

Santiago, veintiséis de enero de dos mil doce.

VISTOS:

En estos autos N° 54-2009, rol de la Corte de Apelaciones de Chillán, por sentencia extendida por el Ministro en Visita Extraordinaria Claudio Arias Córdova, el doce de abril de dos mil once, que se lee de fojas 770 a 780, se condenó a Aldo Patricio Leiva Rojas a 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 mientras dure la condena y a satisfacer las costas del juicio, por su responsabilidad de autor del **secuestro en la persona de Jaime del Carmen Espinoza Durán**, a contar del once de octubre de mil novecientos setenta y tres, en la ciudad de Chillán, concediéndosele el beneficio de la libertad vigilada.

Apelado dicho pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Chillán, por dictamen de veintiséis septiembre de dos mil once, escrito a fojas 819, lo confirmó en su totalidad.

En contra de esta decisión, el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, asistido por la abogada Patricia Parra Poblete, formalizó recurso de casación en el fondo sustentado exclusivamente en el primer numeral del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como se desprende de fojas 822 a 831.

Declarado admisible el indicado arbitrio, a fojas 837 se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso intentado se construye únicamente en la motivación primera del artículo 546 del cuerpo adjetivo criminal, mediante el cual reclama violentados los artículos 68 y 103 del Código Penal, pues aunque se estimó el delito con arreglo a la ley, se impuso al delincuente una pena menos grave, cometiendo error de derecho al calificar los hechos que configuran la circunstancia atenuante de responsabilidad penal denominada media prescripción, instituida en el artículo 103 del Estatuto Punitivo, lo que incidió en una errada aplicación del artículo 68 del mencionado ordenamiento.

Explica que Leiva Rojas fue sancionado por su intervención en calidad de autor del secuestro calificado de Jaime Espinoza Durán, suceso catalogado por el tribunal de primer grado como delito de lesa humanidad, calificación no alterada en la alzada, lo que determina su carácter imprescriptible e inamnistiable. A pesar de ello, los jurisdicentes de las instancias aplican al caso la prescripción gradual, lo que resulta, además de errado, contradictorio con el contexto del propio fallo, dado que si bien declaran el injusto como imprescriptible, enseguida reconocen a favor del acusado la prescripción parcial, lo que conlleva la determinación de una penalidad bastante menor a la que corresponde, junto a la concesión de beneficios de la Ley N° 18.216, que son del todo improcedentes.

Explica que la media prescripción es un instituto que configura una norma reguladora de la prescripción total, por lo que desde la óptica de su naturaleza jurídica conforman una misma institución que comparten como fundamento indispensable el transcurso del tiempo, diferenciándose únicamente en el efecto jurídico que generan y no en sus cimientos. Lo expuesto lleva necesariamente a concluir que si el carácter imprescriptible de los injustos de esta naturaleza habilita la persecución y penalización de los intervinientes sin consideración a límites cronológicos, pierde significación conceder los beneficios provenientes de la prescripción gradual, porque la esencia de ésta reside en estar sometida a cotos temporales.

Es así como los magistrados del fondo califican el secuestro como un delito de consumación permanente, caracterizado por el mantenimiento del estado antijurídico o la prolongación del período consumativo. En ese entendido, al aplicar la media prescripción han debido enfrentar el problema de determinar el momento para contabilizar el plazo, atendido el carácter peculiar de éste, uno de cuyos corolarios estriba exactamente en que el inicio del cómputo del período de la prescripción coincide con la terminación del injusto, discusión que se torna estéril si se parte de la premisa de su imprescriptibilidad, por lo que la imposibilidad de aplicar la prescripción parcial se transforma en un impedimento de índole procesal más que penal, ya que demostrada la privación de libertad de la víctima, pero no su muerte o liberación, se entiende que el fin de su consumación tampoco ha sido probado de manera objetiva, por lo que falta un presupuesto legal para la procedencia de la mentada institución.

Advierte que con la estimación de la media prescripción a favor del condenado, al momento de regular la pena, los juzgadores aplicaron el artículo 68, inciso tercero, del texto penal, debiendo utilizar su inciso segundo, pues únicamente contaba a su favor la atenuante de responsabilidad criminal del artículo 11, N° 6°, del mismo ordenamiento y no le favorecía el aludido artículo 103, por lo que el correcto marco punitivo, dentro del cual debió ajustarse el castigo corporal, es el de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, vale decir, desde cinco años y un día a quince años, sin concedérsele ninguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216.

En la conclusión, insta a que se acoja el presente libelo y se anule el fallo impugnado, se emita otro que le imponga al agente el máximo de la sanción privativa de libertad asignada por el legislador, esto es, quince años de presidio mayor en su grado medio.

SEGUNDO: Que como lo ha sostenido esta Corte en otros pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

La señalada institución envuelve una atenuante especial o específica, pero calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum del castigo corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes, aunque ambas instituciones están reglamentadas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus fundamentos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la llamada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia minorante, ésta sólo permite introducir una disminución a la pena correspondiente y aunque uno de sus factores es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última se apoya en el principio de la seguridad jurídica (Politoff, Matus y Ramírez: “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año dos mil ocho, página 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se torne indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que muchas legislaciones contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal

después de corridos ciertos plazos (Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, año dos mil ocho, página 402).

Sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida precisamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo resultado jurídico que producen las circunstancias morigerantes genéricas consagradas en el artículo 11 del ordenamiento criminal.

La cátedra instruye 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 régimen sancionatorio, de donde emerge su peculiaridad, se afinan sus consecuencias y se determinan sus deslindes o demarcaciones en orden a su ejercicio. Se estima como una “idea afortunada de la CR, la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso” (“Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año dos mil dos, página 483). Y así lo estudian como razón de atenuación y no como norma reguladora de la prescripción extintiva (Gustavo Labatut G.: “Derecho Penal”, tomo I, novena edición, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, N° 210, pág. 218; y Gustavo y Gastón González P.: “De las circunstancias atenuantes y agravantes – Ley, doctrina y jurisprudencia chilena”, Editorial Samver, Concepción, N° 25, págs. 118 a 120).

TERCERO: Que, en otro orden de ideas, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del Código Penal, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los presupuestos legalmente establecidos.

CUARTO: Que ceñidos al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” aparece consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a dos parámetros al menos: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados - generalmente en votación dividida- esta magistratura la ha reconocido en favor de algunos condenados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes de lesa humanidad no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la minorante referida.

QUINTO: Que, en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos resultados inciden sólo en el rigor del castigo, pero deja entregado a la prudencia del tribunal del fondo reducir en uno, dos o tres tramos la penalidad asignada por la ley, ya que las minorantes de responsabilidad integran un régimen general de individualización de la pena que tiende a favorecer a todo procesado, y por su carácter de norma de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Desde este punto de vista, no se divisa ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, porque aquellas reglas sólo rigen el efecto extintivo de la responsabilidad criminal, tampoco se ve antinomia con el rechazo de la prescripción extintiva de la acción penal nacida del ilícito que alega el oponente. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para

la prescripción de la acción penal surgida del injusto, sin que la misma sea posible declararla por impedirlo los Convenios de Ginebra, no se presenta razón que obstaculice considerarla como atenuante para reducir la responsabilidad criminal que afecta al encartado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la disposición aplicable al suceso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito pesquisado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre aquí a partir del mes de enero de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta con que se da inicio al tiempo requerido para la procedencia de la institución de marras.

SEXTO: Que, en la especie, el delito de secuestro calificado materia de las averiguaciones se ubica en el artículo 141 del Código Penal, vigente al instante de ocurrencia de los acontecimientos, cuya penalidad era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, como se dilucidó en el basamento vigésimo del fallo apelado, no alterado por el ad quem, de donde resulta que contado el período de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del injusto indagado, el once de octubre de mil novecientos setenta y tres, hasta aquella en que se interrumpió, en el mes de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, con ocasión de la presentación de la denuncia por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, que corre a fojas 4, el lapso adecuado para considerar la atenuante de que se trata, a saber, la mitad del exigido para la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad, ha transcurrido con exceso frente a todos los términos fijados al efecto por el artículo 94 del Código Penal.

SÉPTIMO: Que de esta forma es menester reconocer al acusado Leiva Rojas el motivo de atenuación de la pena contemplado en el citado precepto legal, como lo realizaron los magistrados del fondo, sin que se denote error de derecho en dicha actividad.

OCTAVO: Que por los ratiocinios anotados procede consignar que los sentenciadores no han incurrido en yerro de derecho al no acceder a los requerimientos del querellante de desestimar la procedencia de la media prescripción.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 535, 546, N° 1° y 547 del Código de Procedimiento Penal, **SE RECHAZA** el recurso de casación en el fondo instaurado por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, representado por la letrada Patricia Parra Poblete, en su presentación de fojas 822 a 831, en contra de la sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil once, que rola a fojas 819, la que, en consecuencia, no es nula.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez no acepta el momento de consumación del ilícito que se fija en la frase final del considerando quinto, que empieza con las locuciones “es susceptible de estimarse consumado desde” hasta el punto (.) aparte, ni aquella inicial que se señala en el basamento sexto, de suerte que concurre al rechazo del libelo impugnatorio del Ministerio del Interior, no obstante incidir en un delito de secuestro, sólo en razón de haber variado su criterio con un mejor estudio y reflexión acerca de la materia de que se trata. Para ello tuvo presente las disquisiciones que pasa a explicitar:

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

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

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

3).- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, como es público y notorio, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en su condición de capitán, como consta en el proceso, lo cual razonablemente franquea suponer dicha incapacidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto.

4).- Que esa clausura del estado antijurídico bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro del secuestrado, y por ende, el secuestrador perdió el dominio del hecho, en circunstancias que el sumario fue abierto recién el once de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, cuando ya había transcurrido casi en su totalidad el período máximo de diez años determinado por la ley para la prescripción de este ilícito.

Sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, lo que, en su concepto, es esencial para imposibilitar la declaración de extinción de la responsabilidad criminal del acusado, pero nada impide considerar la minorante consagrada en el artículo 103 del Código Penal, por los fundamentos contenidos en el fallo y que el previniente comparte.

Acordada la sentencia después de haberse desechado la indicación previa del Ministro Sr. Ballesteros en orden a anular de oficio en la forma la sentencia impugnada por las contradicciones que en ella advierte respecto de la prescripción total y gradual, y dictar una de reemplazo en que se decida revocar la de primer grado y acoger la excepción de prescripción de la acción penal ejercida en autos, para luego, con su mérito, absolver a Aldo Patricio Leiva Rojas de la acusación fiscal y su adhesión, deducidas en su contra como autor del secuestro de Jaime del Carmen Espinoza Durán.

Para ello, tiene en consideración las siguientes razones:

1°).- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal, disposición que reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del dos de junio de mil ochocientos setenta y tres, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2°).- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto de la época, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia -como

también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, tomo I, 2ª Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

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

4°).- Este parecer no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza: “Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días”.

5°).- En relación a esta norma y a los Delitos contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996,

páginas 137 y ss.), expresa que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo”. “Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. cit, página 144).

6°).- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el paso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, 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 el que refiere los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

7°).- Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, este disidente ya ha rechazado tal posición en anteriores fallos consignando: Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de conflicto armado sin carácter de internacional, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

El jurista Jean Pictet, a quien le cupo especial participación en la gestación de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni

enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las 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 CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”.

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º, N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial el uno de agosto del dos mil nueve, por lo que no tenían vigencia a la época de los delitos investigados, en consecuencia, esta normativa no resulta aplicable a la data de comisión del delito, por tanto no pueden modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que se permita interpretar que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un conflicto armado no internacional, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del

aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban (Causa Rol N° 457-05, Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente -en los autos Rol N° 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición” (Memoria de una época, 1990 1998 Grijalbo, 1999), refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo: “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la guerra interna de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar” (pág. 44) .

8°).- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de cuarenta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del acusado por el secuestro de Jaime del Carmen Espinoza Durán, y en ello se funda el parecer del disidente para absolverlo de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Con todo lo anterior, y sin perjuicio de las convicciones de este disidente, es necesario advertir que no deja de reconocer la gravedad y relevancia del delito cometido por el o los responsables y comparte la unánime decisión de tener por establecido que el hecho punible existió como resultado de acciones voluntarias y punibles de personas naturales. Sin embargo, las razones dadas en los fundamentos anteriores son fuertes e importantes para no sancionar, en cumplimiento de las normas jurídicas internas expresas y dentro del contexto del principio de legalidad proclamado por nuestra Carta Fundamental.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo intentado por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, con el voto en contra del Ministro señor Künsemüller, quien estuvo por acogerlo, invalidar el fallo impugnado y en la sentencia de reemplazo, denegar la denominada “media prescripción” y la consecuente rebaja de la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado, teniendo presente para esta determinación las opiniones por él manifestadas en otras resoluciones anteriores, y que se apoyan, esencialmente, en la circunstancia de que, atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al

“tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

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

El profesor José Luis Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: “el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, Libro Primero Parte General, Título V, De la Extinción de la Responsabilidad Penal, artículos 93 a 105, pp. 433 y siguientes). Pues bien, este transcurso de un plazo, ha de tener, como ya se precisó, un momento fijo en el tiempo, de inicio, lo que no es posible determinar en un delito cuyo ataque al bien jurídico tutelado, dada su naturaleza de “permanente”, se mantiene hasta que no se acredita o bien el deceso del sujeto pasivo o su recuperación de la libertad, situaciones en las cuales el “estado antijurídico” no puede continuar (SCS, 20.12.10, Rol Nro. 1198-10).

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico provocado por el delito de secuestro, de lo que se desprende que tal alegación de la defensa debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse al encausado sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal, en su favor y, por ende, estuvo por confirmar la sentencia en alzada, con declaración que Leiva Rojas queda condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y a las costas del juicio, por su responsabilidad de autor del delito de secuestro calificado en la persona de Jaime del Carmen Espinoza Durán.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Pozo; y de la indicación previa, prevención y disidencia, sus respectivos autores.

Rol N° 10.434-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiséis de enero de dos mil doce, 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.