

Min. Vinto Juan Funes B.

Del 99.580-MG

Intime 2a. instancia

Foja:1710

Mil Setecientos Diez

**C.A. de Santiago**

**Santiago, cinco de enero de dos mil doce .**

A fs.1709: téngase presente.

**Vistos:**

El mérito de los antecedentes, y lo dispuesto en los artículos 510, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia apelada de siete de octubre de dos mil diez, escrita a fojas 1613 y siguientes.

**Regístrese y devuélvase.**

**N°Criminal-3062-2010.**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago presidida por el Ministro señor Mario Rojas González e integrada por la Ministro señora Pilar Aguayo Pino y por el abogado integrante señor Bernardo Lara Berrios.

*Min. Juan Eduardo Fuentes B.*

*Del 99.580-115*

*Sustento C. Suprema*

Santiago, cinco de julio dos mil doce.

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 99580-MG, por sentencia de 7 de octubre de 2010, pronunciada por el Ministro en Visita Extraordinaria don Juan Eduardo Fuentes Belmar, que se lee de fojas 1.613 a 1.681, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, como autor de los delitos de secuestro calificado de José Hipólito Jara Castro y Alfonso Domingo Díaz Briones, perpetrados entre los días 13 y 16 de septiembre de 1974, en adelante.

Apelado dicho pronunciamiento por la defensa del condenado, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 5 de enero de 2012, escrita a fojas 1.710, lo confirmó íntegramente.

Contra la anterior decisión, el abogado Luis Hernán Núñez Muñoz, por el condenado, dedujo recurso de casación en el fondo sustentado en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal.

A fojas 1.724 se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso instaurado se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al

calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena; denunciando infracción a los artículos 109 del Código de Procedimiento Penal; 233 letra a) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 96 y 103 del Código Penal y 6°, 7° y 19 N° 3° de la Constitución Política de la República.

Explica que el fallo impugnado ha conculcado las disposiciones señaladas al confirmar el pronunciamiento de primer grado, pues en la especie ha transcurrido el tiempo necesario que contempla el artículo 103 del Código Penal, desde que se dirigió la acción contra su representado, esto es, más de la mitad del lapso requerido para la prescripción de la acción penal.

Estima que de haberse aplicado correctamente el derecho, además de la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, reconocida por el fallo atacado, debió incluirse la del artículo 103 del mismo cuerpo legal y considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas, y aplicar las reglas de los artículos 65, 66 inciso 3°, 67 inciso 4° y 68 del Código Penal y, en tal caso, no pudo imponerse una sanción superior a la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

En la conclusión y no obstante aducir la falta de participación del condenado en los hechos, pues ninguna de las diligencias y testimonios permitirían arribar a esa decisión, insta por la invalidación del fallo de segunda instancia a fin de que se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que, por la aplicación de las reglas de la prescripción, por tratarse de una norma de carácter imperativo y dada la imposibilidad de calificar el delito pesquisado como de lesa humanidad pues recién se han tipificado y sancionado tales conductas a

partir del 18 de julio de 2009, imponga a su mandante la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, con las accesorias legales correspondientes, otorgándole los beneficios de la Ley N° 18216.

**SEGUNDO:** Que en lo concerniente a la denunciada infracción al artículo 103 del Código Penal, es relevante consignar que la actividad criminal del hechor se ha encuadrado en el tipo penal de secuestro, que corresponde a lo que se denomina un delito permanente, noción que si bien es de origen doctrinario, pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 de su homónimo de procedimiento criminal y 165 del Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio estatuto punitivo, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes figuras de la sección especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes se afinca en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

**TERCERO:** Que los ilícitos permanentes son aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado, como en el caso del secuestro, en que el agente encierra o detiene a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero

ese encierro o detención puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor.

**CUARTO:** Que en el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseada para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación se prolonga, permanece, perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

**QUINTO:** Que la cesación de ese estado puede o no depender de la voluntad del hechor (artículo 142 bis del Código Penal), aunque también puede producirse por obra de terceros (liberación), del propio ofendido (fuga) o por otras causas (muerte de la víctima), nada de lo cual se ha acreditado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado por más de noventa días sin que se tengan noticias ciertas del paradero de los afectados o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

**SEXTO:** Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes -hace perdurar la flagrancia, torna viable una legítima defensa por parte de la víctima o de extraños, excluye el encubrimiento pues cualquier cooperación con los delincuentes opera sólo a título de coautoría o

complicidad-, resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado.

**SÉPTIMO:** Que en el evento en estudio, el cese de la prolongación del resultado no ha sido acreditado por los juzgadores del fondo, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

**OCTAVO:** Que este mismo parecer ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de este tribunal, recientemente, en la causa Rol N° 288-12, de 24 de mayo pasado, se argumentó 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”. (En el mismo

sentido, SCS Rol N° 4531-08, de 25 de marzo de 2009; SCS Rol N° 874-08, de 27 de enero de 2009; SCS Rol N° 1198-10, de 20 de diciembre de 2010).

Se ha argumentado también que “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), ha sostenido 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 de la prescripción. 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, como ya se expresó, ese transcurso de un plazo, ha de

tener un momento fijo en el tiempo, de inicio, de comienzo, lo que no es posible determinar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado dada su naturaleza de “permanente”, perdura o 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, 20.12.2010, Rol Nro. 1198-10)”.

**NOVENO:** Que, por las razones anotadas cabe concluir que los sentenciadores no han incurrido en error de derecho al no acceder a los requerimientos de la defensa del condenado para que se le reconozca la procedencia de la prescripción gradual consagrada en el artículo 103 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 93 N° 6°, 94, 95, 96 y 103 del Código Penal, y 535, 546 N° 1° y 547 del de Procedimiento Penal, **SE RECHAZA** el recurso de casación en el fondo promovido por el abogado Luis Hernán Núñez Muñoz, en lo principal de su libelo de fojas 1711, en representación del condenado **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda**, contra la sentencia de cinco de enero de dos mil doce, escrita a fojas 1.710, la que, en conclusión, **no es nula**.

**Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch**, quien fue de opinión de acoger el recurso de casación en el fondo deducido y, por ello, invalidar la sentencia de alzada, toda vez que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que el instituto de la prescripción gradual constituye una



minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada de los ilícitos, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la

responsabilidad criminal que afecta al encausado, 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 norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- los delitos indagados son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, lo que ocurre en los casos en análisis a partir del mes de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez ha debido aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

En su oportunidad, dese cumplimiento al trámite ordenado a fojas 1.054.

Redacción a cargo del abogado integrante Luis Bates y de la disidencia, su autor.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

N° 2661-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Juan Escobar Z. y el abogado

integrante Sr. Luis Bates H. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de julio 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.