

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil siete.

VISTOS :

En estos autos N° 40.707, rol del Juzgado del Crimen de Quirihue, por sentencia de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fojas 561 a 566, se absolvió a Santiago Humberto Fernández Espinoza de la acusación librada en su contra a fojas 448, como autor del delito contemplado en el artículo 141 del Código Penal, agravado conforme al inciso cuarto del mismo precepto.

Elevado en consulta el indicado fallo, la Corte de Apelaciones de Chillán, por resolución de quince de marzo de dos mil cinco, que corre de fojas 598 vuelta a 608, lo revocó y condenó al señalado encausado a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y costas, por su responsabilidad de autor del **delito de secuestro de Mario Fernández González**, cometido el veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en la localidad de Torrecillas, comuna de Ninhue.

En contra de este pronunciamiento la defensa de Fernández Espinoza presentó recurso de casación en el fondo, como se desprende de fojas 609 a 615 vuelta, el que se ordenó traer en relación a fojas 621.

CONSIDERANDO :

PRIMERO: Que, luego de la vista de la causa, se advirtió la existencia de un vicio de casación de forma, respecto del cual no se pudo llamar a alegar al abogado del convicto, atendida la oportunidad en que el mismo se observó.

SEGUNDO: Que el veredicto de segundo grado no contiene -pues eliminó, entre otros, el basamento primero del dictamen a quo- ninguna alusión a los testimonios prestados por Ramón Gustavo Henríquez Henríquez (fojas 50), Rosicler Vera Pedrero (fojas 52), Héctor Sebastián Mattar Vásquez (fojas 134), Mario Antonio Rojas Molina(fojas 157), Raúl Enrique Flores Escobar (fojas 159), Enrique Ángel Godoy Rodríguez (fojas 187 vuelta) y Alejandro Fuentealba Ávila (fojas 306). Por otra parte, después de referirse a los antecedentes reunidos, los hechos acreditados, su calificación, la participación que le cupo al encartado en los mismos, así como a las razones que los condujeron a desestimar la amnistía, la prescripción, y la solicitud de recalificación de los sucesos, invocadas por la defensa de aquél, consignaron en el motivo décimo tercero, “Que en nada alteran las conclusiones contenidas en los fundamentos que anteceden, las declaraciones prestadas en el plenario por José Cartes Cartes, Mario Antonio Rojas Molina, Casiano Andrade Vera, Enrique Ángel Godoy Rodríguez y José Eugenio Inostroza Santander, a fojas 500, 500 vuelta, 501, 502 y 503, respectivamente y la de Alfonso Eduardo Fernández Pacheco, rendida como medida para mejor resolver a fojas 516, todos los cuales, excepto Andrade, declararon como inculcados en el proceso”.

TERCERO: Que cabe tener en cuenta que las mencionadas personas depusieron durante el sumario, sopesándose únicamente los dichos de Casiano Andrade Vera. De lo anterior aparece que los jueces omitieron el examen y ponderación de numerosa prueba aportada, ya sea por la vía de ignorarla derechamente, o bien al desecharla con la simple afirmación en orden a que en nada altera las conclusiones contenidas en el dictamen, sin precisar los racionios que los llevaron a dicha decisión.

CUARTO: Que, a su turno, la defensa, en la contestación de la acusación judicial, solicitó la recepción de la causa a prueba y -con la finalidad de demostrar las circunstancias, que absolvían a su representado- pidió la citación de Casiano Andrade, Juan Shannon Valenzuela,

Raúl Enrique Flores Escobar, Mario Antonio Rojas Molina, José Cartes Cartes, Arturo Leocán Navarrete Gahona, José Eugenio Inostroza Santander, Belisario Ramón Sáez Torres, Héctor Sebastián Mattar Vásquez, Juan de la Cruz Lobos Abarzúa y Antonio Hernán Aedo Uribe .

QUINTO: Que la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo de las pruebas rendidas. Para estimar cumplida la exigencia del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal incumbe a los jueces del fondo hacer un examen completo de las pruebas producidas en términos que permitan comprender las motivaciones que los conducen a dar por probados o bien denegar los hechos invocados por los litigantes.

SEXTO: Que es así como resulta indispensable que los fallos judiciales contengan las consideraciones donde se analice la prueba aportada para justificar la decisión a la que se arriba . En la especie el pronunciamiento omite toda referencia a prueba legalmente rendida -que el condenado inclusive invocó en apoyo de su línea de defensa- y al mismo tiempo aparece desprovisto de los ratiocinios necesarios para desechar las probanzas que reseñan, sin que sea suficiente su escueta afirmación en orden a que tales atestados “en nada alteran“ sus conclusiones precedentes, puesto que con ello se abstienen de justificar tal dictamen, así como las razones que los conducen a desestimar la posición de la defensa.

SÉPTIMO: Que el análisis de las testificales referidas resulta tanto más necesario, al tratarse de probanzas con las que la defensa pretendió comprobar que el enjuiciado entregó al detenido Mario Fernández a patrullas del Ejército que así lo intimaron, como el hecho que las órdenes para detener provenían y eran requeridas por el Regimiento de Infantería N° 9 de Chillán.

OCTAVO: Que en dicho contexto, al omitir considerar como en derecho corresponde, explicando los argumentos que conducen a denegar tal testimonial de descargo, incumplen lo preceptuado en el artículo 500, N° 4°, del Código de Instrucción Criminal, configurándose consecuentemente el literal noveno del artículo 541 del texto legal citado.

NOVENO: Que acorde con lo expuesto y atento a lo que estatuye el artículo 535, inciso primero, del Código de Enjuiciamiento Penal, en concordancia con el artículo 775 de su homónimo de Procedimiento Civil, esta Corte se halla habilitada para invalidar la indicada resolución en examen, toda vez que concurren en la especie los presupuestos que permiten al tribunal proceder de oficio y siendo evidente la deficiencia de que adolece la resolución en estudio, como asimismo, su influencia en lo dispositivo, hará uso de dicha atribución y anulará el fallo, en virtud de la justificación detallada.

DÉCIMO: Que por lo reflexionado precedentemente, el recurso de casación en el fondo enablado en lo principal de su libelo de fojas 609 a 615 vuelta, por el abogado Gustavo Tomás Baeriswyl Padilla, en representación del acusado, en contra del mismo pronunciamiento y que se asila en los ordinales 1°, 2°, 3° y 5° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, se tendrá por no formulado.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 500, N° 4°, 535, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765, 775 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia de quince de marzo de dos mil cinco, que se lee de fojas 598 vuelta a 608 y se declara que esta resolución es nula, por lo que acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, se dicta el fallo de reemplazo que corresponde.

En razón de lo resuelto, se tiene por no interpuesto el recurso de casación en el fondo formalizado en lo principal de la aludida presentación de fojas 609 a 615 vuelta.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 1427-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Carlos Künsemüller L. No firma el abogado integrante Sr. Künsemüller, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Sentencia reemplazo

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil siete.

En cumplimiento de lo ordenado en el veredicto de casación que precede y lo prescrito en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS :

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus basamentos 2° a 12° y 14° a 16°, todos inclusive y de las referencias a los artículos 93, 94 y 97 del Código Penal, 456 bis del de Enjuiciamiento del ramo y Decreto Ley N° 2.191 de mil novecientos setenta y ocho, que se eliminan.

En la sección enunciativa se reemplaza el párrafo octavo que comienza con las locuciones “A fs. 463 la defensa del procesado,...” hasta el punto (.) aparte incluido, por aquél que lo sustituye en el segmento expositivo de la resolución ad quem anulada.

Se suprimen las letras b), k), n) y ñ) del motivo 1°.

En consecuencia, de la resolución invalidada se repiten el acápite tercero de la fracción expositiva y las reflexiones comprendidas entre los ordinales 1° a 12°, ambos inclusive, 15° y 16°. Empero, se adiciona a continuación del punto (.) aparte con que finaliza el razonamiento 3°, que queda como punto (.) seguido, la siguiente oración: “En el careo de fojas 211 insiste en que detuvo a Mario Fernández, por orden de requerimiento de Chillán, y que al tenerlo en la Comisaría llamó a esa ciudad, que llegó una patrulla, no recuerda si de Carabineros o Militar o combinada y ellos se lo llevaron a Chillán, no sabe lo que pasó luego a esta persona. Aclara que respecto del desaparecido hubo dos procedimientos , uno, el decomiso, lo efectuó Flores, alrededor de las 15 horas, donde no fue detenido, y posteriormente, la detención, la hizo él en la tarde. Agrega que deduce que la orden emanó de la autoridad militar, por tener el control de la

ley de armas y explosivos y en base al primer procedimiento, siendo la autoridad máxima el Jefe de la Zona en estado de sitio de la época”, sucedida por un punto (.) aparte.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

1°).- Que es necesario complementar los elementos de convicción pormenorizados en los fundamentos 1° del pronunciamiento de primer grado y 1° del de segunda instancia, los que se reprodujeron, aunque aquél con enmiendas, con el atestado de José Eugenio Inostroza Santander, de fojas 503, quien ratifica su declaración extra judicial prestada ante la Policía de Investigaciones, como se desprende de fojas 340, donde dice que hizo su servicio militar en mil novecientos setenta y uno, siendo llamado como reservista del Regimiento de Infantería N° 9 de Chillán, a principios de mil novecientos setenta y cuatro, ocasión en que fue agregado a la Comisaría de Carabineros de Quirihue, cuyo jefe era el capitán Santiago Fernández. De sus compañeros militares, con los que estuvo en esa unidad, recuerda al sargento Gallegos y al conscripto Zapata.

2°).- Que como se dejó expresado en el período expositivo del dictamen de primer grado que se reprodujo, Santiago Humberto Fernández Espinoza fue sometido a proceso y acusado como autor del delito reprimido en el artículo 141 del Código Penal, agravado conforme al inciso cuarto del mismo precepto, de manera que no es efectivo lo aseverado por su defensa en su contestación de la acusación judicial, en el sentido que se le encausó y formularon cargos en su calidad de autor de secuestro e inhumación ilegal.

3°).- Que en lo que atañe a la calificación del hecho, ya que a la fecha de la ocurrencia del evento el agente ostentaba la calidad de funcionario público, dado que se desempeñaba en entidades públicas, como Carabineros de Chile, lo que desplaza la conducta a la figura descrita en el artículo 148 del Código Penal, llamada por la doctrina “detenciones ilegales” y, que a juicio de la defensa, es plenamente aplicable al ilícito en estudio, conviene recordar que nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico. Entonces lo lógico es concluir que el tipo de detención ilegal verificada por funcionario es equivalente a la figura privilegiada concedida al particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que reprime el artículo 143 del mismo cuerpo legal.

Por ende, los casos en que no concurren los requisitos que hacen procedente el privilegio corresponden a la conducta genérica de privación de libertad; o dicho de otro modo, la sanción aplicable al funcionario depende del tipo realizado por su actuación, que puede ser tanto el especial, descrito en el referido artículo 148, como el común castigado en el artículo 141 del mismo texto, según el siguiente supuesto disyuntivo: a) cuando es posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad consagrada en el artículo 141, ya sea su hipótesis genérica o cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el presente caso.

Para discernir el tipo donde debe insertarse la conducta del inculpado, es útil precisar que el funcionario no sólo debe actuar guiado por un interés en la cosa pública, sino que su intervención debe probar también objetivamente un importante grado de congruencia o conexión con el régimen o procedimiento regular de privación de la libertad individual. Lo esencial en este punto ha sido la obstaculización o libre desenvolvimiento de los procedimientos de control judicial o administrativos de la privación de libertad de una persona, lo que trae como

consecuencia que el condenado no se encuentre en la situación del artículo 148 de la recopilación sancionatoria, sino que en aquellas del artículo 141.

Lo anterior se explica por las siguientes razones:

La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona al utilizar la expresión “el que”.

El concepto de “particular” no es apto para fundamentar un círculo de autoría restringido. Los ámbitos especiales de autoría descansan en la existencia de deberes jurídicos extra penales, cuyos destinatarios son justamente los autores especiales. Y el individuo común no tiene un deber específico de respetar o proteger la libertad de sus conciudadanos.

En nuestra sistemática legal el uso del término “particular”, como noción opuesta al de “empleado público”, sólo tiene la finalidad de señalar que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al injusto de comisión por los segundos.

Así se ha estimado que son parámetros decisivos para determinarse cual de las dos disposiciones es procedente aplicar, el observar que: a) se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando estos requisitos debe aplicarse el artículo 141, por lo que corresponde subsumir en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario (Antonio Bascañán Rodríguez: “Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución”, materiales de estudio del Curso de Derecho Penal II, de la Universidad de Chile, noviembre de 1996, págs. 23 a 27).

4°).- Que los elementos probatorios reunidos durante el transcurso del litigio no permiten concluir que concurren las exigencias mencionadas para enmarcar la acción de Fernández Espinoza en el artículo 148.

Desde luego, no consta en parte alguna del proceso que la detención efectuada por aquél haya obedecido a un delito cometido por la víctima, ni menos aún que quedara constancia de dicha detención y que se le pusiera a disposición de algún tribunal de la República para su procesamiento, sino que, por el contrario, tal como se lee de los hechos irrevocablemente fijados por el fallo de la alzada, Mario Fernández González fue detenido sin orden administrativa o judicial que la justificase y desaparece luego de su paso por la Comisaría de Quirihue, por lo que no es posible recalificar el delito como de detención ilegítima, según lo pretende el letrado.

5°).- Que la existencia de la supuesta orden de detención de Mario Fernández González no resulta acreditada en autos, así como tampoco su entrega a personal militar que desde Chillán habría concurrido para llevárselo. En efecto, de las personas que atestiguaron, sólo Flores Escobar refiere haber recibido una orden verbal, pero ella justamente emanó del enjuiciado para que pusiera a disposición de la Quinta Comisaría a Mario Fernández González. Sobre la entrega de un detenido a personal militar deponen Juan Shannon Valenzuela, Enrique Godoy Rodríguez y Casiano Andrade Vera -éste último sólo como testigo de oídas-, asertos que no resultan concluyentes para poder dar por comprobada dicha circunstancia dada su vaguedad. Finalmente, es menester consignar que si bien Ramón Gustavo Henríquez Henríquez, Alfonso Eduardo Fernández Pacheco, Rosicler Vera Pedrero, José Cartes Cartes, Héctor Sebastián Mattar Vásquez y Mario Antonio Rojas Molina señalan la presencia de personal militar que operaba en Quirihue, no lo vinculan con la detención de Mario Fernández González.

6°).- Que en lo que guarda relación con la amnistía que también se alegó, es del caso expresar que ella se encuentra regulada en el artículo 93, N° 3°, del Código Penal, el que prescribe que la responsabilidad criminal termina:

“3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.”

A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que “esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado” (Rafael Fontecilla R.: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1978, N° 675, pág. 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos, ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la “amnisís” u “olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

7°).- Que, en el caso en análisis, el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, como se ha señalado en el considerando 7° que se reprodujo de la resolución invalidada, sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, porque se dan estrictamente los requisitos de : a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de noventa días tal situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso sub lite y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo; por lo que no es posible concluir la muerte del ofendido. Teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Mario Fernández González, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

8°).- Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que afecta hasta el presente a Mario Fernández González, y que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al delito descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.

9°).- Que se ha argumentado igualmente, que el delito cometido en contra de Fernández González no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía privado de libertad, lo que parece inverosímil transcurridos más de treinta años.

Sin embargo, en este proceso ha quedado absolutamente acreditado que Fernández González fue privado ilegítimamente de su libertad en la tarde del veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, data en que se consumó a su respecto el delito de secuestro por el cual se ha sustanciado esta causa. Lo que el tribunal no ha podido establecer, a pesar de las averiguaciones enderezadas en ese sentido, es si tal ilícito cesó de cometerse —es decir, si la víctima murió o recuperó su libertad- en algún momento posterior. De allí que no puede hacer otra cosa que entender que tal hecho criminal continúa en curso de consumación, sin que le sea viable fijar una época en la cual tal fase cesa de ocurrir. En otras palabras, sencillamente la indagación ha podido demostrar la iniciación del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización.

10°).- Que en estas condiciones, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres y desde entonces no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del D.L. 2191, Fernández González no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.

11°).- Que estando este tribunal en concordancia con el de segundo grado, estima que es menester precisar que, si bien la noción del delito permanente 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 del Código de Procedimiento Penal y 165 del Código 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 Código Penal, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afianza 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.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se comete suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque no obstante haberse demorado la ejecución, quedó consumado en el momento en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, aún cuando los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay una ocasión en que el autor se apropia de la cosa y esto marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verboindicador de la acción que esa configuración contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, 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 susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. “Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5, 225 N° 5 y 457, entre otros. Obsérvese como varios

de ellos colocan la expresión "continuare" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio." (Eduardo Novoa Monreal, "Curso de Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1960, Págs. 259 a 261).

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a que es lo que debe entenderse por delito permanente y cual es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: "Derecho Penal, parte general", Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 165; y Luis Cousiño Mac-Iver, "Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1975, tomo I, págs. 316 a 319).

12°).- Que entre las singularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo"... "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca:

La prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo". (Eduardo Novoa, Ob. Cit. Pág. 260; Gustavo Labatut, Ob. Cit. Pág. 298; Luis Cousiño Mac-Iver, Ob. Cit. Pág. 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: "Derecho Penal, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo II, Pág. 433; Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal", Carlos Gibbs Editor, tomo II, Págs. 282 y 283; y Hugo Ortiz de Filippi: "De la Extinción de la responsabilidad penal", Ediar Conosur Ltda., 1990, pág 92).

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de rapto, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, págs. 166 y 167, considerando 6°)

13°).- Que en el caso en estudio, de conocerse el lugar en que se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si esta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el periodo amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrió el secuestrador, toda vez que el injusto se ha mantenido.

14°).- Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo enseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma "en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, pág. 167, recién mencionada en el basamento 12° de este veredicto).

Es así como tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal invocada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el ilícito haya cesado de cometerse, sea por

haberse dejado en libertad al ofendido o por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la fecha de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que las alegaciones de la defensa no pueden prosperar.

15°).- Que favorece al hechor la mitigante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal, la que se halla justificada con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones pretéritas, agregado a fojas 400 y con las afirmaciones de Casiano Andrade Vera y Hugo Hernán Araneda Espinoza, de fojas 363 y 363 vuelta, conducta que en concepto de este tribunal ha de tenerse como muy calificada, puesto que se trata de una persona de setenta y cuatro años de edad, que exhibe un comportamiento anterior exento de tacha, y más aún su hoja de vida institucional, corriente de fojas 71 a 95, da cuenta, en general, de logros importantes en el área profesional .

16°).- Que la sanción asignada al ilícito establecido en autos, a saber, aquel descrito en el artículo 141, inciso tercero, del Código Penal, vigente a la época de su comisión, era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que específicamente en lo que a su penalidad se refiere resulta más benigna al encartado, en vista de lo cual corresponde aplicarla cumpliendo así el mandato constitucional del artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, recogido a nivel legal en el artículo 18 del Código Penal. De esta manera, concurriendo una minorante que se ha considerado muy calificada, este tribunal –con arreglo a lo preceptuado en el artículo 68 bis del mismo ordenamiento- procederá a rebajar dicho castigo en un tramo a partir del mínimo fijado por la ley y así se obtiene la pena de presidio menor en su grado máximo a imponer en definitiva.

17°).- Que conforme a lo expresado se comparte el parecer del señor Fiscal Judicial, de fojas 570 a 573, en cuanto estuvo por revocar y condenar al inculcado, discrepándose en relación al quantum de la sanción .

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 11, N° 6°, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68 bis, 69 y 76 del Código Penal y 457, 488, 503, 504, 509 bis, 514 y 534 del de Procedimiento del ramo, se revoca la sentencia consultada de cinco de enero de dos mil cuatro, que rola de fojas 561 a 566, que absuelve al imputado Santiago Humberto Fernández Espinoza, de la acusación formulada en su contra y, en su lugar, se declara que se le condena a sufrir la pena de presidio menor en su grado máximo por el término de tres años y un día, 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 del pleito, por su responsabilidad de autor del delito de secuestro de Mario Fernández González, cometido el veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en la localidad de Torrecillas, comuna de Ninhue.

Por reunirse en la especie los requisitos del artículo 17 de la Ley N° 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de la libertad vigilada con un lapso de observación igual al del castigo corporal impuesto, ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que designe, a la que deberá presentarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de este dictamen por el tribunal de primera instancia.

Si la franquicia concedida le fuere revocada, comenzará a purgar la pena principal desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los tres días que permaneció privado de libertad desde el veinticinco al veintisiete de junio de dos mil dos, según consta de fojas 364 vuelta y 377 vuelta.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Enjuiciamiento Penal.

Acordada contra el voto del Ministro señor Ballesteros, quién fue del parecer de confirmar la sentencia de primer grado de 5 de Enero de 2004 dictada por el señor Juez del Juzgado de Letras de Quirihue, don Fernando Tarbes Pino, y teniendo únicamente presente las reflexiones que se manifestarán a continuación, fue de opinión que se absuelva al procesado Santiago Humberto Fernández Espinoza, del cargo de ser el autor del delito contemplado en el artículo 141 del Código Penal:

1º.- Este disidente manteniendo el resumen de los hechos que se consignan en el considerando 2º de la sentencia en alzada, precisa que los antecedentes probatorios ponderados en el capítulo 1º y aquellos agregados al proceso en carácter de medida para mejor resolver, permiten establecer que en ellos hay o se presentan dos secciones claramente diferenciadas, una que dice relación con la detención de la víctima Mario Fernández González, desde su domicilio en el Sector de Tordecillas, en la comuna de Ninhue, por acción ejecutada por militares y funcionarios de Carabineros de la Comisaría de Quirihue; y, la otra, el traslado del detenido a la ciudad de Chillán, ignorándose entonces, desde esta etapa de los hechos, su paradero o destino;

2º.- Que, esta precisión en los hechos tiene fundamental importancia para la determinación de la culpabilidad del acusado, quien podría ser autor de un delito de secuestro simple, previsto y sancionado en el inciso 1º del artículo 141 del Código Penal, o de un delito de secuestro calificado, conforme al inciso 3º, si se considera el tiempo de la detención o encierro, y si ha durado más de noventa días;

3º.- Que, procede entonces realizar la calificación jurídica del hecho, tarea que arroja los siguientes resultados: en lo que concierne a la primera sección de los hechos, ellos configuran el delito de secuestro simple previsto y sancionado en el inciso 1º del artículo 141 del Código Penal, por cuanto terceros sin derecho detuvieron y privaron de su libertad a Fernández González, por un tiempo no mayor de noventa días; y, en lo atinente a la otra sección, se estimaría que configuran el delito de secuestro calificado, figura agravada contemplada en el inciso 3º de la norma, por haber durado la detención o encierro más de noventa días.

Es necesario consignar también, que el proceso ha sido prácticamente incoado para investigar la participación y responsabilidad que en la detención, encierro y desaparecimiento de Mario Fernández González, le cupo a funcionarios de Carabineros de Quirihue, especialmente al Jefe de dicha Unidad, el Comisario Santiago Humberto Fernández Espinoza, siendo la única persona identificada y acusada, de manera que, en su caso, tiene relevancia establecer si su intervención lo ha sido sólo en la primera sección de los hechos o en ambas;

4º.- Que, los antecedentes del proceso, salvo las declaraciones del acusado, no arrojan otras pruebas que permitan establecer que intervención precisa y determinada le cupo, cuestión sobre la cual deberá recurrirse al tenor de esas exposiciones y así concordar con el Juez de primera instancia, que su acción se remitió única y específicamente a ejecutar la detención y encierro de Fernández González por lapso breve de tiempo, según los hechos no mas de un día, pero en ningún caso más de noventa, de forma que para dilucidar su real participación y responsabilidad, acorde con el principio de la voluntariedad, entenderemos que el acusado ha hecho suyo el hecho de la detención y encierro del día en que se ejecuta la acción, el 25 de Septiembre de 1973, sin que pueda fundadamente reprochársele intervención en acciones posteriores, cuya responsabilidad correspondería a terceros no identificados en la causa;

5º.- Que, los antecedentes de la causa, la precisión acerca de la figura delictiva de la que puede perseguirse responsabilidad criminal del acusado, y la necesidad de hacer aplicación de la ley considerando los sucesos y el tiempo transcurridos, hace que surja la institución de la prescripción.

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 en esa virtud la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan 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 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 “justificar para algunos”, el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

6°.- Que, consta de los hechos ya analizados, que estos ocurren el día 25 de Septiembre de 1973, y que en relación al acusado según este disidente, ellos se agotan a lo más al día siguiente 26 de ese mes y año, pero en ningún caso transcurrieron más de noventa considerada la norma con su redacción vigente a la época de estos, y que la persecución penal en contra del acusado se inicia mediante querrela criminal de fs. 13, de fecha 20 de Marzo de 2001, deducida por Raquel Elena Fernández Silva, ante el Juzgado de Letras de Quirihue, cuando entre ambos sucesos habían transcurrido, más de 28 años, período en el cual el acusado permaneció en el territorio nacional sin que haya constancia que haya cometido nuevo delito;

7°.- Que, por tratarse de la imputación de un delito de secuestro simple, que a la época de los hechos se encontraba sancionado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados, esto es, con pena de simple delito, el plazo de la prescripción es de cinco años, término que ha transcurrido en exceso. Aún, si correspondiese entender los hechos atribuidos al acusado, como constitutivos de crimen, el plazo sería de diez años, lapso también corrido a la época de ejercicio de la acción penal.

Ha operado entonces la causal de extinción de la responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente: “Artículo 93. La responsabilidad penal se extingue: N° 6°. Por la prescripción de la acción penal”;

8°.- Que, la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en el mes de Septiembre de 1973, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados.

La circunstancia que el presente texto precisa los hechos de que sería responsable el acusado, constitutivos de un delito de secuestro simple y la sentencia contra la cual se disiente lo

considera autor de un delito de secuestro calificado, no se hará mención de reflexiones ni argumentaciones sobre la existencia de este delito ni de la influencia que en nuestro derecho, podrían tener los diversos tratados y convenciones acordadas por nuestro país, sobre la causal de extinción de la responsabilidad criminal, de la prescripción, materia sobre la que este disidente tiene clara opinión de su procedencia, como lo ha sostenido en fallo pronunciado en el proceso Rol N° 559-04 de esta Corte Suprema.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz y de la disidencia, su autor.

Rol N° 1427-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Carlos Künsemüller L. No firma el abogado integrante Sr. Künsemüller, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.