

Santiago, veintinueve de abril de dos mil quince.

**Vistos:**

En estos autos **Rol N° 2182-98**, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de dieciocho de noviembre de dos mil trece, escrita a fojas 1523, se condenó a **Patricio Sergio Román Herrera y a Pedro Eduardo Vivian Guaita**, como autores del delito de **secuestro calificado de Pedro Acevedo Gallardo**, perpetrado a contar del mes de abril de 1975, cada uno, a seis años de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas; y, a **Francisco León Jamett** por su participación de autor del mismo delito, tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. A todos los sentenciados se impuso, además, el pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de catorce de julio de dos mil catorce, a fojas 1621, la confirmó con declaración que los tres enjuiciados quedan condenados a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y las accesorias legales correspondientes, otorgándoles la medida de libertad vigilada intensiva.

Contra ese fallo el Ministerio del Interior, Programa Ley N° 19.123, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se lee a fojas 1624, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1644.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de casación en la forma deducido se funda en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por infracción al artículo 500 N° 5 del mismo cuerpo legal, ya que, en su concepto, el fallo no se pronunció acerca de las razones legales o doctrinales que sirven para calificar las circunstancias agravantes de alevosía, prevalencia del carácter público del culpable y auxilio de gente armada, contempladas en los números 1, 8, y 11 del artículo 12 del Código Penal, que concurrirían en la especie, las cuales fueron reclamadas oportunamente en el escrito de adhesión a la acusación, en la apelación y en la vista de la causa ante el tribunal de alzada. De no haberse incurrido en este error de derecho, unido al rechazo de la prescripción gradual -lo que aborda su recurso de casación en el fondo- y la extensión del mal producido, debía imponerse a los acusados sanciones de mayor entidad, pues aquellas a que arriba el fallo, considerando la naturaleza de los hechos pesquisados, vulneran el principio de proporcionalidad de la pena.

Solicita que se anule la sentencia impugnada y en su reemplazo se condene a los acusados a la pena máxima que establece el ordenamiento jurídico.

**Segundo:** Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo se sostiene únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

El error de derecho fundante de la solicitud de invalidación deriva de la aplicación del artículo 103 del Código Penal a hechos que constituyen un delito de lesa humanidad, contraviniendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, lo que acarreó, además, falta de aplicación del artículo 68 inciso 4° del Código Penal.

Explica el recurso que el delito de secuestro es de carácter permanente, en que el cómputo de la prescripción se cuenta desde que concluye el estado jurídicamente

indeseable, es decir, cuando cesa el estado consumativo. Ese carácter permanente ha sido expresamente reconocido por la sentencia de primer grado, no modificada en esa parte por la de alzada.

La prescripción gradual, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, constituye una eximente incompleta, que solo puede aplicarse a delitos que se encuentran en vías de prescribir, pero en el caso de delitos de lesa humanidad, como el de la especie, falta ese elemento esencial.

Por otra parte, la aplicación del señalado instituto infringe obligaciones internacionales contenidas en diversos tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, como sucede, por ejemplo, con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que impone a los Estados Partes la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y la de garantizar su libre y pleno ejercicio. Para dar cumplimiento a tales obligaciones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de derechos reconocidos por la Convención, con la consiguiente obligación de reparar los daños producidos a las víctimas. La necesidad de la sanción en estos casos debe considerar la proporcionalidad de la pena en relación al delito cometido, principio que se encuentra consagrado en los artículos 4 N° 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, 3° N° 3 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2 N° 2 de la Convención sobre la Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas y artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta última expresamente dispone que los Estados Partes se comprometen a imponer al delito de desaparición forzada de personas una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Este mismo artículo señala que las atenuantes podrán ser establecidas cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona, nada de lo cual ha sucedido en la especie.

Finaliza señalando que de no incurrirse en estos errores la pena debía situarse en el marco del presidio perpetuo simple por lo que, en lo petitorio, solicita la anulación del fallo recurrido a fin que en su reemplazo se sancione a los enjuiciados a la máxima pena que establece el ordenamiento punitivo, más las accesorias legales correspondientes y el pago de las costas de la causa.

**Tercero:** Que la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal se conecta en el recurso con las prescripciones del artículo 500 de ese mismo cuerpo legal, en particular su numerando 5°, vale decir, porque se habrían omitido en la sentencia las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las atenuantes como las agravantes.

**Cuarto:** Que como ya ha sido jurisprudencia reiterada de este tribunal, para el cabal cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal es menester que el fallo contenga las razones que conducen a la decisión que se adopta. Por ello, el motivo de invalidación que se alega tiene un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda valorar el contenido de sus fundamentos, pues la finalidad de la casación formal no es ponderar la razonabilidad de otras posibles conclusiones, dado que la apreciación de los

elementos de convicción está radicada en forma exclusiva en los jueces del fondo, sin que este Tribunal pueda entrar a modificar lo obrado en el ejercicio de esa facultad.

**Quinto:** Que bajo esta perspectiva, es conveniente tener en consideración que el impugnante adhirió a la acusación fiscal, sosteniendo, según su parecer, que los hechos, tal cual fueron presentados en el auto de cargos, permitían sostener la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes de responsabilidad penal, lo que el fallo no comparte.

**Sexto:** Que en relación a las menciones que exige la norma en estudio, la sentencia que se revisa entrega de manera pormenorizada los fundamentos de la decisión y en especial de la calificación de los hechos, de cuyas conclusiones el recurso disiente, pero la falta de conformidad con las consideraciones que llevaron a los jueces a adoptar la decisión en esta materia no cabe dentro del reproche formal contenido en el recurso.

Por otro lado, es conveniente recordar que la sentencia reconoció en favor de los enjuiciados la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, uno de cuyos efectos es considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, remitiéndose para efectos de la imposición de la pena a las reglas de los artículos 65 a 68 del referido cuerpo legal. De este modo y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a propósito del recurso de casación en el fondo, aun suponiendo la concurrencia de las agravantes que el recurso dice olvidadas que, como se dijo, se trata de una cuestión de apreciación y calificación de hechos ajeno al reproche formal que se hace al fallo, ellas no han podido ser consideradas, por efecto de la norma del artículo 103.

En tales condiciones el arbitrio, en esta parte, será rechazado.

**Séptimo:** Que en cuanto al recurso de casación en el fondo, el reproche se vincula a la decisión del fallo de estimar concurrentes las circunstancias que permiten la aplicación del artículo 103 del Código Penal.

Sobre esta alegación, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la media prescripción está relacionada con el transcurso incompleto del tiempo y que siempre requiere de un inicio para efectos de concluir que ha transcurrido más de la mitad del tiempo de la prescripción. Pero al haberse establecido que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, no es posible determinar el momento de inicio del plazo de prescripción de la acción penal.

En efecto, 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 que reprueba el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico de la libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo - objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo, hasta que se acredite o la liberación del secuestrado o su deceso, nada de lo cual se ha demostrado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, 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 ni la muerte del ofendido, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no

consta la cesación del estado antijurídico creado por el delito, sea por haber quedado en libertad el ofendido 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 de esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término de la situación lesiva para la libertad ambulatoria provocada por la acción delictiva.

**Noveno:** Que, en tales condiciones, el fallo incurrió en el motivo de invalidación en que funda el recurso de casación en el fondo, al acoger la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal en un caso que era improcedente, lo que tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues su estimación, condujo a los jueces del fondo a imponer un castigo menor al que legalmente correspondía, de manera que el arbitrio, en este capítulo, será acogido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se rechaza el recurso de casación en la forma** deducido por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior en contra de la sentencia de catorce de julio de dos mil catorce, escrita a fojas 1621. **Se acoge el recurso de casación en el fondo** formalizado por la misma parte en contra del aludido fallo, el que se anula y se reemplaza por el que dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

**Se previene que los Ministros Sres. Juica y Brito** concurren a la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto teniendo también en cuenta que tanto la prescripción como la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribiera la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, de modo que no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo.

**Acordada la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo deducido con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas**, quienes estuvieron por rechazarlo y, por ende, mantener la sanción impuesta. Para lo anterior tuvieron en consideración lo siguiente:

1° Que 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, pues no conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso. Esta 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 irremediamente 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.

2° Que 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 penal.

3° Que 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 del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado 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 en el caso en análisis a partir del mes de julio de mil novecientos setenta y cinco, 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 esta institución ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión de los disidentes, no se configura el vicio de casación denunciado.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 22.979-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de abril de dos mil quince, 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.

Santiago, veintinueve de abril de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente **fallo de reemplazo** del que se ha anulado en estos antecedentes.

**Vistos:**

Se reproduce el fallo apelado con excepción de la mención que se hace en su fundamento duodécimo al Código Civil, la que se sustituye por el Código Penal.

Se reproducen, asimismo, los considerandos Séptimo y Octavo de la sentencia de casación que antecede.

**Y se tiene, además, presente:**

1.- Que en relación a la minorante de irreprochable conducta que beneficia al sentenciado León Jamet, de actuales setenta años, como consta de autos, no registra ninguna investigación judicial o antecedente policial diverso del que motiva este proceso, desarrollando una carrera funcionaria sin ninguna tacha por treinta años, alcanzando el grado de teniente Coronel, condiciones en las que este tribunal comparte lo decidido en el fundamento Vigésimo del fallo que se revisa. En consecuencia, como faculta el artículo 68 bis del Código Penal, se reducirá la sanción en un grado al mínimo, y dentro del grado así determinado -presidio menor en su grado máximo-, en atención a los móviles y circunstancias del delito, se impondrá la pena en el máximo.

2.- Que de este modo se discrepa parcialmente con lo informado por el señor Fiscal Judicial a fojas 1587, quien propuso por confirmar la sentencia sin modificaciones.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 509 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia de dieciocho de noviembre de dos mil trece, escrita de fojas 1523 a 1554, con declaración que Francisco León Jamett queda condenado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro calificado de Pedro Acevedo Gallardo, aumentándose de la misma forma el tiempo, cinco años, del beneficio de la libertad vigilada intensiva que le fue concedido.

**Se previene que los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas** estuvieron por mantener íntegramente la sentencia de primer grado, en que se reconoce la concurrencia de la prescripción gradual contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

**Acordada la decisión de calificar la atenuante de irreprochable conducta anterior que beneficia al sentenciado León Jamet con el voto en contra del Ministro Sr. Brito** quien estimó que la sola inexistencia de anotaciones prontuariales no constituye un antecedente de mérito suficiente que haga procedente la aplicación del artículo 68 bis del Código Penal. En consecuencia estuvo por sancionarlo con la pena asignada al delito en su tramo inferior.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 22.979-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de abril de dos mil quince, 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.