

Delito permanente, amnistía y prescripción

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Marcelo Torres Duffau

Profesor de Derecho Penal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION¹

I. Texto de apuntes de clases de Derecho Procesal Penal del profesor Rojas²

La doctrina sostiene que "... si se trata de un delito permanente, no puede decirse que él sea cometido en un día preciso, sino que mientras se prolonga la actividad delictiva el delito se está cometiendo y por consiguiente el día que marca el comienzo de la prescripción será el día en que se termine la actividad delictiva...".³

También es importante la categoría del delito permanente a efectos de operación de la amnistía, que igualmente implica la extinción de responsabilidad –3° del artículo 93 del CP– conduciendo al sobreseimiento definitivo –5° del artículo 408 del CPP–, puesto que, promulgada la ley de olvido, ésta debe aplicarse a los ilícitos respectivos que se hayan cometido durante el período que cubra la norma legal extintiva, surgiendo de ello mismo la relevancia de la fijación de la oportunidad o momento de comisión, que presenta las pertinentes dudas, tratándose, por cierto, de delitos permanentes.

La cuestión se ha debatido seriamente entre nosotros respecto de las situaciones de los llamados "detenidos desaparecidos", es decir, de aquellas

¹ Los autores son socios en Alvarez, Rojas & Torres Abogados.

² El texto corresponde a la versión del año 2000.

³ Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo II, página 257; en el mismo sentido, Politoff, *Derecho Penal*, página 2.

personas aprehendidas por agentes de órganos estatales de seguridad en los primeros años del Gobierno Militar, cuyos restos físicos no han sido ubicados, en relación con la norma legal de amnistía contenida en el DL N° 2.191 de 1978 y con la normativa legal de prescripción.

No es serio obviar que el debate de derecho acerca de esta materia se encuentra afectado, lamentablemente, por las particulares posiciones políticas de magistrados y abogados, en lo que hace a los hechos políticos ocurridos en Chile en septiembre de 1973 y en los años sucesivos, entendimientos que varían, por lo demás, en tanto que transcurre el tiempo y el poder cambia de titulares. Ello se advierte de la simple observación del agrupamiento de magistrados más cercanos a una u otra sensibilidad política precisamente en una u otra línea jurisprudencial. A guisa de ejemplo, puede citarse un párrafo del Informe evacuado por el Fiscal de la ECS, don Enrique Paillás, con fecha 25 de julio de 1996:⁴ “No existe ningún interés social en que estos luctuosos acontecimientos queden en la penumbra, ya que la sociedad necesita conocer la verdad y que se haga justicia y se sancionen los delitos; sólo así se puede llegar a la verdadera paz social”. Se trata, obviamente, de una consideración subjetiva del señor Fiscal.

Se ha sostenido⁵ que tales hechos deben tipificarse como delitos de secuestro o de detención ilegal, esto es, ilícitos permanentes, de manera que no puede aplicarse la regla de amnistía, en la medida que, por no haber aparecido los restos, ha de concluirse que la ejecución delictiva perseveraba al día de vigencia del DL N° 2.191, que consagró la amnistía, aplicable sólo a ilícitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Por la misma razón, se ha planteado que no puede computarse el término de prescripción de la acción penal, desde que, en tanto no aparezcan los cuerpos en cuestión, no es posible concluir que ha cesado la ejecución delictiva.

Originalmente, la ECS⁶ desechó esta tesis, entendiendo que “...si bien los delitos... pudieren ser de tipo permanente, para todos los efectos de carácter procesal debe considerarse cometido el hecho delictivo en el mo-

⁴ *Gaceta Jurídica* N° 213, página 148, N° 1°, párrafo final.

⁵ Como uno de los primeros fallos de ICA en que se recoge este planteamiento, puede verse el publicado en *Gaceta Jurídica* N° 171, página 126. Seguidamente, la tesis es acogida en un voto disidente del ministro señor Pérez Zañartu, contra la mayoría formada por los ministros señores Navas, Chaigneau, Cury, integrante señor Bullemore y auditor señor Torres, en fallo de 6 de octubre de 1998, *Gaceta Jurídica* N° 220, página 99. Finalmente la tesis es acogida en fallo de 7 de enero de 1999 por los ministros señores Chaigneau, Cury y Pérez, e integrantes señores Bullemore y Castro, contra el voto del auditor señor Torres, en fallo de 7 de enero de 1999, publicado en *Gaceta Jurídica* N° 223, página 138.

⁶ Por ejemplo, *R.D.J.* T. 86, sección cuarta, página 42.

mento en que se dio comienzo a su ejecución ...”, esto es, en el instante de la aprehensión de los sujetos cuyos cuerpos no han sido posteriormente ubicados, afincándose en la aplicación analógica del artículo 157 del COT, que, a efectos de competencia judicial territorial entre tribunales de igual jerarquía, así lo previene; aplicación analógica que se asienta en que “...en materias de tanta relevancia como son las situaciones de exención de responsabilidad penal, necesariamente debe quedar fijado de forma precisa el momento de la comisión del delito, el cual no puede ser otro que el del comienzo de su ejecución...”.

Nosotros discrepamos de esta opinión, que ha sido más tarde abandonada,⁷ porque la aplicación analógica no encuentra sustento en nuestro ordenamiento jurídico, desde que éste no presenta vacío legal; de contrario, la creación de una presunta causa de extinción de responsabilidad penal, allí donde la ley consagra esta última, se opone, claramente, al ordenamiento jurídico chileno.

De consiguiente, nosotros entendemos que, tratándose de delitos permanentes, no es posible computar el lapso de prescripción mientras subsista la acción delictiva, ni es posible, tampoco, tornar operativa la amnistía, si la misma conducta ilícita subsiste con posterioridad al fin del período que aquélla cubre.

Debe anotarse, en este entendimiento, que incluso algunos jueces que han aplicado rigurosamente el DL N° 2.191, sobre amnistía, tales como los ministros señores Germán Valenzuela y Efrén Araya, y, todavía, el entonces Auditor General del Ejército señor Torres, al votar por la confirmatoria de un sobreseimiento definitivo,⁸ o al rechazar un recurso de queja contra la resolución de una Corte Marcial⁹ que ha confirmado un sobreseimiento definitivo,¹⁰ han dicho expresamente que éste no rige respecto de “la prolongación de algún supuesto delito de secuestro más allá del 10 de marzo de 1978, fecha de término del período de amnistía, pues tratándose de un delito permanente, la conducta que lo tipifica podría mantenerse después de esa fecha”.

⁷ Incluso por ministros de la ECS que, en general, optaron por aplicar la amnistía en estos casos. Véase *Caceta Jurídica* N° 185, página 120, consideración 16ª, ministros señores Dávila, Bañados, Navas, Ortiz, e integrante señor Pfeffer.

⁸ *R.D.J.* T. 90, sección cuarta, página 94. Consideración II de prevención.

⁹ Curiosamente integrada por don Juan Guzmán Tapia, Ministro de la ICA de Santiago, que, más tarde, ha cambiado absolutamente su criterio jurídico, al conocer de diversas acciones penales instauradas contra el senador señor Pinochet Ugarte.

¹⁰ *R.D.J.* T. 90, sección cuarta, página 201. A este fallo concurre también, como integrante de la ECS, el destacado penalista don Luis Cousiño Mac Iver.

De modo que compartimos la tesis del delito permanente, en relación con la operatoria propia de la prescripción y de la amnistía.

Empero, la subsistencia ulterior del estado delictivo o, lo que es lo mismo, de la acción típica, debe acreditarse, por los medios legales, desde que, si así no se entiende, quedan categóricamente violados tanto la presunción de inocencia del imputado, como el principio pro reo. Puede considerarse como un fallo paradigmático en esta línea, uno dictado por la ECS con fecha 26 de octubre de 1995,¹¹ consideraciones 16^a a 18^a.

Es por esto que, en cuanto concierne al caso de los llamados “detenidos desaparecidos”, no compartimos la tesis que se ha planteado, pese a que ésta viene siendo recogida por la Sala Penal de la ECS desde 1998 y ha sido aceptada por la mayoría de once Ministros en fallo del Pleno de la ECS,¹² que confirmó una decisión previa, también de mayoría de trece ministros de la ICA de Santiago,¹³ que hizo lugar a una solicitud de desafuero del Senador don Augusto Pinochet.

Entendemos nosotros que el referido entendimiento mayoritario se aleja de mínimas exigencias de razón jurídica. En efecto, la tesis judicial deja de analizar cuestiones fundamentales. La acción típica del secuestro, similar a la detención ilegal, consiste en encerrar o detener a una persona, privándola de libertad; no es discutible, en nuestro concepto, que el ilícito es de ejecución permanente –en la medida que subsiste el momento consumativo– mientras se mantiene la acción de encerrar o detener, privando de libertad.

Pero la doctrina que criticamos ha resuelto una cuestión intelectualmente distinta: sostiene que mientras no aparece el cuerpo de la víctima, hay que entender que la actividad delictiva, consistente en el hecho de encerrar o detener, privando de libertad, subsiste, manteniéndose, así, la ejecución de la ilicitud. Se trata, entonces, de la deducción judicial de un hecho del que se deriva una consecuencia jurídica. Más precisamente, de una presunción, meramente judicial, porque no resulta de la ley: a partir del hecho de la falta de aparición física de la

¹¹ *Gaceta Jurídica* N° 185, página 120, ministros señores Dávila, Bañados, Ortiz, Navas, e integrante señor Pfeffer. Debe tenerse en cuenta que el ministro señor Navas ha variado su criterio con posterioridad, sumándose a los jueces que han optado por debilitar la institución de la amnistía.

¹² Fallo de 8 de agosto de 2000 publicado en diario electrónico El Mostrador.

¹³ Sentencia de 5 de junio de 2000 publicada íntegramente en el diario La Segunda de la misma fecha.

persona antes secuestrada, entonces el juez deduce otro hecho, esto es, que el agente mantiene a su víctima encerrada o detenida y privada de libertad. En esto último consiste la permanencia en la ejecución delictiva. Empero: ¿puede sostenerse esta deducción fáctica como un hecho actualmente existente, si la detención o encierro han ocurrido casi treinta años antes, en circunstancias que no hay antecedente alguno que permita plantear con sustento que el agente ha persistido en la acción durante el tiempo posterior?

En realidad, los magistrados han mutado un tipo de razonamiento judicial –extremadamente discutible– en una especie de presunción de derecho, que opera sobre una base y conexión deductiva fijas y de imposible cuestionamiento lógico. Las presunciones judiciales, en cambio, han de estar gobernadas por principios lógicos estrictos, recogidos claramente en el artículo 488 del CPP. La deducción fáctica anotada no cumple con éstos. Del desaparecimiento no se deriva, en lógica, la subsistencia, hasta casi treinta años a posteriori, ni tampoco después del 10 de marzo de 1978, de la actividad delictiva, y es este último hecho de mantención de conducta criminosa –categóricamente contrario a los datos empíricos– el que interesa a la consecuencia jurídica analizada.

En la consideración 54^a del fallo de la ECS de 8 de agosto de 2000, citado supra, se sostiene que en el proceso seguido contra el senador señor Pinochet "...no se ha probado que esas víctimas hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho de los lugares en que se encontraban detenidas, y, lo que es más importante, que su deceso haya sido anterior a la fecha en que se dictó el DL N° 2.191 sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última...". Pero el fallo comete un grave error: constituyendo el estado normal de las cosas el deceso anterior a la fecha de vigencia de la norma de amnistía y siendo claro, por añadidura, que la acción delictiva de los agentes no ha subsistido hasta esa fecha, considerando además la presunción de inocencia, la cuestión es exactamente la inversa, desde que la mantención ulterior de la conducta ilícita debe probarse en contra del imputado. La ECS, inversamente, ha exigido al imputado que acredite el estado normal de las cosas. De modo que la conclusión judicial que se viene imponiendo por los votos de mayoría de nuestros magistrados es, en nuestro concepto, evidentemente errónea.

II. Extracto de sentencia de casación en el fondo de la ECS, de 17 de noviembre de 2004¹⁴

15º) Que de lo expuesto hasta ahora no se advierte en la sentencia recurrida transgresión de las leyes reguladoras de la prueba, por lo que a esta corte le está vedado entrar a alterar los hechos de la causa, que han de tenerse por inamovibles de acuerdo a la atribución exclusiva que en esta materia corresponde a los jueces del fondo y, por ende, cabe examinar exclusivamente si se ha incurrido en error de derecho al calificar los hechos que se han dado por establecidos en el proceso como descritos en el artículo 141 del código punitivo, sin lugar a la argumentación del recurrente tendiente a modificarlos.

Tales hechos son los siguientes, según se lee en el segundo motivo de la sentencia de primera instancia y vigésimo quinto de la de segunda: a) en la mañana del 7 de enero de 1975, Miguel Angel Sandoval Rodríguez, sastre, de veintiséis años de edad, apodado "Pablito", militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, salió desde su casa ubicada en Avenida Grecia 1159 A, sin regresar a ella, perdiendo sus padres, hermanos y cónyuge todo contacto con él; b) aproximadamente entre los días 7 y 21 de enero de 1975 Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue visto privado de libertad, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, en un centro clandestino de detención denominado Villa Grimaldi, recinto donde fue sometido a tortura, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, sin que el ilegítimamente privado de libertad haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar salidas o entradas al país, sin que conste tampoco su defunción; c) este cuartel que oficialmente se decía que era para detenidos "en tránsito", en la mayoría de los casos fueron muy prolongadas las estadías en los mismos y estaba a cargo de oficiales del Ejército y de Carabineros de Chile, quienes ejercían mando sobre los miembros de agrupaciones operativas denominadas Brigadas y respondían a las órdenes del oficial que ejercía el cargo de Director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), institución militar según lo establecido en el DL N° 521 de 1974, por lo tanto, jerarquizada, de manera que todos sus miembros se encontraban supeditados a la autoridad del Director, sin perjuicio de sus personales responsabilidades; en efecto, las prolongadas estadías de los detenidos, que desvirtúan la aseveración de todos los acusados, en el sentido que se trataba de un lugar de "tránsito", están reseñadas en los

¹⁴ Sólo se incluyen las consideraciones pertinentes a la materia del artículo.

dichos de fojas 124 de María Isabel Matamala, correspondiente a quince días, de fojas 131 de María Eugenia Ruiz-Tagle Ortiz, un mes y medio, de fojas 154 de Hugo Ernesto Salinas Farfán, diecisiete días, y de fojas 212 de Silvia Durán Orellana, un mes; d) en este lugar Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue metódicamente torturado y obligado a participar en actividades planificadas por oficiales de Ejército y de Carabineros, interviniendo en "careos" con otros privados de libertad de su misma filiación política y saliendo a la calle con el propósito de revelar el paradero de otros miembros del MIR para que fueran, a su vez, también privados de libertad.

27°) Que el último capítulo de casación de Krassnoff denuncia conculcado el N° 5° del artículo 546 del código procesal criminal, en relación a la omisión de las reglas de extinción de la responsabilidad penal contempladas en el DL N° 2.191 de 1978, sobre amnistía, y las de la prescripción de la acción penal consagradas en los artículos 93 y siguientes del código del ramo. Además de reiterar que su defendido es completamente inocente de los cargos que se le incriminan, su asistencia letrada reprocha a los sentenciadores del grado haber dejado de acoger la excepción que oportunamente fue opuesta y consistente en la excusa legal absolutoria del referido DL 2.191 y de la prescripción de la acción penal alegadas, procediendo con abuso de derecho al no asignar valor a los reseñados textos legales. La defensa de Krassnoff explica que el DL 2.191 se halla plenamente vigente y que en su artículo 1° se establecieron con precisión cuáles eran las personas favorecidas, de cuyo análisis, adaptado al caso en concreto, resulta inamovible que el delito de secuestro tipificado en el inciso 3° del artículo 141 del código punitivo, vigente a la data de la perpetración del ilícito que se averigua, queda comprendido dentro de aquél, además que el mismo se habría cometido entre los días siete y veintiuno de enero de mil novecientos setenta y cinco, lo cual significa que estaba dentro del lapso que cubre la ley de amnistía, que corre desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1978, con mayor razón cuando se considera que al 19 de abril de 1978 ni siquiera estaba sometido a proceso, pues ello recién aconteció el 10 de junio de 2002, según se lee a fs. 656, y por ende, veintisiete años después de la fecha fijada como comisión del delito. De acuerdo con lo dispuesto en el número tercero del artículo 93 del código criminal, la amnistía extingue la responsabilidad penal y su colofón jurídico consiste exactamente en poner fin a la pena y sus efectos; y para que opere es indispensable que se encuentren acreditados el hecho punible, la responsabilidad criminal atribuida a los procesados y los presupuestos de procedencia de aplicación y cumplimiento de la ley de amnistía, la que en la sentencia impugnada ha sido ignorada por los sentenciadores de la instancia, con desconocimien-

to de ley y bajo pretensiones inaceptables, como meros pretextos ideológicos fundados en una interpretación libre y arbitraria de un derecho internacional donde se han incluido, con abuso, ciertas reglas sin vigencia actual en Chile y de tenerla, no podrían aplicarse, debido a que ello afecta gravemente el axioma de irretroactividad de la ley penal, consistente en que ningún delito puede ser reprimido con otra sanción que la señalada por una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, omitiéndose en el actual caso el adagio que indica que si se ha cometido un delito y antes de la sentencia de término se promulgan otras leyes que eximan el hecho indagado de toda pena o le asignen una menos rigurosa, debe ajustarse el juzgamiento a este nuevo precepto, tal como lo estatuyen los incisos 1º y 2º del artículo 18 del código sancionatorio, agravando dicha situación lo preceptuado en el artículo 456 bis del Código Penal (sic), que ordena que nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y en él le ha correspondido al enjuiciado una participación culpable y penada por la ley. Afirma el recurrente que si se consideran las circunstancias de 1975, de acuerdo a las normas de derecho imperantes al momento de la perpetración del delito pesquisado, el país se hallaba en estado de sitio y la Constitución Política suspendida, por lo que se encontraba alterado gravemente el estado de derecho sin siquiera poder determinar con certeza el verdadero estatuto jurídico aplicable en ese instante, situación que se extendió hasta el año mil novecientos ochenta. En atención a lo anterior, resulta indispensable recurrir al cúmulo de máximas legales ya invocadas y que en este caso han sido gravemente atropelladas por los sentenciadores, olvidando los hechos y circunstancias en medio de los cuales el ilícito de autos pudo haberse llevado a cabo, dado que la ley de amnistía se inspiró precisamente en la necesidad de conceder solución legal a un problema extraordinario que se produjo, entre muchos otros, en circunstancias que la sociedad se desenvolvía excepcionalmente en un completo régimen de extra legalidad. Expone que los sentenciadores de la instancia igualmente dejaron de aplicar en este caso la normativa atinente a la prescripción de la acción penal consagrada perentoriamente y con carácter de derecho público en los artículos 93 y siguientes del código criminal, incurriendo así en contravención de ley y procuraron establecer que, con arreglo a la aplicación de ciertos tratados internacionales que invocan, casi todos ellos de data posterior al delito y uno incluso que aún no se ha incorporado a la legislación chilena, el hecho de marras constituye delito, lo que envuelve una errada y falsa calificación, ya que sería equivalente al denominado tipo de desaparición forzada de personas, que se cataloga como de lesa humanidad y como tal, sería imprescriptible. También discurren acerca de una figura delictiva que nuestro Código Penal no contempla, como

aquella del secuestro permanente, que por ser tal y presentar características de extensión indefinida en el tiempo, no permitiría jamás determinar el momento exacto desde el cual debe iniciarse el cómputo de la prescripción alegada. Entonces los juzgadores del fondo se han negado a cursar la prescripción contenida en nuestro ordenamiento, pretextando meras interpretaciones ideológicas a las cuales se refieren la mayor parte de las reflexiones del veredicto atacado para llegar a la conclusión que veintinueve años más tarde de la verificación del hecho juzgado o veintisiete años después del mismo ilícito, si se considera la fecha del procesamiento, que fue en el año 2002, el plazo de prescripción ordinaria no se habría cumplido y acorde con el mismo discurso, jamás se cumplirá, así transcurran cincuenta, cien o más años, colocando en la más severa duda el sentido y naturaleza jurídica de la prescripción, que no tiene otro designio más importante que el de conceder protección jurídica a la certeza y estabilidad de los derechos de las personas, siendo una piedra angular de nuestro estado de derecho y de la sociedad. Al negarse su aplicación, se ha privado ilegítimamente a los justiciables y a la sociedad toda de la estabilidad jurídica en que se apoya la certeza de los derechos, sometiénolos a una situación permanentemente sísmica respecto a nuestra institucionalidad, ya que ha introducido la más grave falla estructural en el subsuelo del estado de derecho patrio. Así también advierte las contradicciones de la misma sentencia, al declarar, por una parte y conforme a ciertos fundamentos de hecho relativos al ilícito que establecen, la prescripción de la acción civil; pero simultáneamente y con los mismos antecedentes, la imprescriptibilidad de la acción criminal, ignorando el antiguo apotegma que a una misma razón debe existir siempre una misma disposición, porque, o bien la acción penal no está prescrita y por ende tampoco lo está la responsabilidad criminal que con ella puede perseguirse y como corolario lógico, tampoco la acción de reparación de daños, o están prescritas todas, cuestión en la cual yerran los falladores de segundo grado, debido a que en un mismo acto declaran la imprescriptibilidad de la acción punitiva, que sirve de fuente primaria a la acción reparatoria subsecuente y la prescripción de esta última, dejando de manifiesto la arbitrariedad en que incurrir.

28º) Que lo propio realiza la asistencia jurídica del condenado Laureani Maturana basada en que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se ha incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva las que se hayan alegado en conformidad al inciso 2º del artículo 434. Apoya su alegato en que el fallo en alzada no hizo lugar al fondo de su defensa, consistente en la extinción de su responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93,

Nº 3º, de nuestro compendio punitivo, referente a la amnistía, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, reiterando, en lo que toca a las defensas esenciales pertinentes, lo expresado a este propósito por el recurrente Krassnoff, pero con el aditamento que en dicho fallo se dio por establecido que la víctima fue detenida el 7 de enero de 1975 y desde el 21 del mismo mes no se supo más de ella, concluyendo que desapareció forzosamente y al no saberse de él hasta la fecha, no sería procedente aplicar la ley de amnistía, porque ella sólo se emplea en los ilícitos consumados entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1978. Reitera asimismo lo ya expresado en lo que atañe a la imposibilidad de la aplicación en el territorio nacional de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, fundado en la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, único vigente al momento que acaecieron los hechos materia de la instrucción, pero inaplicable en nuestro país debido a que no cumplieron las disposiciones contenidas en los artículos 3º y 4º del citado Tratado y que estatuyen: Artículo 3º En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. Artículo 4º A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas

armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; 4) las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto; 5) los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las Partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional; 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra. B. Se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra: 1) las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento; 2) las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en su territorio por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de un trato más favorable que dichas Potencias juzguen oportuno concederles, exceptuando las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30, párra-

fo quinto, 58 a 67 incluidos, 92 y 126, así como las disposiciones relativas a la Potencia protectora, cuando entre las Partes en conflicto y la Potencia neutral o no beligerante interesada haya relaciones diplomáticas. Cuando haya tales relaciones, las Partes en conflicto de las que dependan esas personas estarán autorizadas a ejercer, con respecto a ellas, las funciones que en el presente Convenio se asignan a las Potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas Partes ejerzan normalmente de conformidad con los usos y los tratados diplomáticos y consulares. C. El presente artículo no afecta al estatuto del personal sanitario y religioso, como se estipula en el artículo 33 del presente Convenio. El recurrente afirma que la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 ya ha sido recogida por la jurisprudencia de esta corte, que ha resuelto que no son aplicables a situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, que la declaración de Estado de Guerra del Decreto Ley N° 5 de 1973 se hizo para dar valor a lo prevenido en el artículo 418 del Código de Justicia Militar, atendidas las circunstancias históricas que vivía el país en ese momento y además que en parte alguna de los mencionados Convenios se propugna que los delitos cometidos no serán amnistiabiles. En lo que se refiere a los otros tratados acogidos por los juzgadores en la apelación, indica que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados fue ratificada por nuestro país recién en 1981, sin perjuicio que en su mismo artículo 28 señala que las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, por lo que, en su opinión, en lo que a su defendido concierne, se quebrantó la ley con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia, por lo que pide se la invalide y se dicte fallo de reemplazo, acogiendo los argumentos expuestos.

29°) Que, a su vez, la asistencia del encausado Contreras Sepúlveda solicita la anulación del fallo por expresa aplicación del mentado DL 2.191, de 1978, reiterando lo ya alegado por la defensa de Krassnoff y de Laureani, misma situación que se observa por la defensa de Moren Brito, quien asila sus alegaciones en idéntico motivo y por similares consideraciones, agregando que tampoco se ha observado por parte de los falladores lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código Penal, pues ha transcurrido con largueza un periodo superior a quince años desde que acaeció el suceso de autos, el 7 de enero de 1975, data de su perpetración y desde la cual debe contarse el tiempo de prescripción de la acción penal y como se dijo en el primer acápite del razonamiento decimoséptimo de esta resolución, la defensa de Godoy García repite también tales argumentos. Por consiguiente, puede apreciarse que dentro de esta causal, los recurrentes coinciden en alegar dos situaciones en forma conjunta,

consistente la primera de ellas en que el injusto habría ocurrido durante la vigencia de la llamada ley de amnistía del Decreto Ley N° 2.191 de 1978, y también impetran la aplicación de la prescripción de la acción penal.

30°) Que en lo que guarda relación con el primero de estos tópicos, es del caso expresar que la amnistía 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 ésta 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, ob. cit., pág. 133), no es posible, al parecer de esta corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de 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 amnistía u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

31°) Que, en el caso en análisis, el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, como se ha señalado en el considerando decimoquinto de la presente resolución, sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de segundo grado en sus motivaciones 26° a 33° 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 Miguel Angel Sandoval Rodríguez, 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.

32°) Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que afecta hasta el presente a Miguel Angel Sandoval Rodríguez, 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 9 de junio de 1994, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional el 29 de marzo de 1996, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.

33°) Que se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido en contra de Sandoval Rodríguez no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto. Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho y, lo que es aun más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el DL 2.191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última. En otras palabras, si bien el DL en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el delito de autos comenzó a perpetrarse el 7 de enero de 1975 y desde el 21 de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al 10 de marzo de 1978, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del DL 2.191, Sandoval Rodríguez 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.

36°) 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 CP, 11, 18, 77 N° 1°, y 263 del CPP y 165 del COT, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio CP, 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 afina 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 perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él 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 verbo indicador de la acción que esa descripción 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 susceptible de ser prolongado 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 CP 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 qué es lo que debe entenderse por delito permanente y cuál 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).

37°) Que entre las particularidades 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; Cousiño Mac-Iver, ob. cit., pág. 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U., *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, edic. 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 raptó, 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°).

39°) 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 reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma que 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 trigésimo séptimo). Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de

su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido. Y, por consiguiente, no han incurrido en error de derecho los jueces recurridos al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal alegadas en sus descargos.

Por todas estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 6º y 7º del CC, 141 del CP; artículos 6º y 334 del CJM, 535, 541, N°s 9º y 10º, 546, N°s 2º, 3º, 5º y 7º, y 547 del CPP, 767 del CPC y lo establecido en los DL N° 5 de 1973, N° 521 de 1974, N° 640 y N° 641 de 1974, se decide que **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma y en el fondo criminales intentados por Miguel Krassnoff Martchenko, representado por el abogado Sr. Gustavo Promis Baeza, en lo principal de su libelo de fs. 1898 a 1955; la casación en el fondo interpuesta por el Sr. Juan Carlos Manns Giglio, en asistencia de Fernando Laureani Maturana y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, en sus presentaciones de fs. 1956 a 1971 y 1972 a 1992; las casaciones en la forma y fondo alegadas por el Sr. Luis Fernando Bravo Ibarra, mandatario de Gerardo Godoy García, que se lee de fs. 1993 a 2006; la casación en el fondo del Sr. Francisco Javier Piffaut Passicot, patrocinante de Marcelo Moren Brito, de fs. 2007 a 2013; y la casación en el fondo civil deducida por el Sr. Nelson Caucoto Pereira, apoderado de la demandante civil doña Pabla Segura Soto, que se encuentra de fs. 2014 a 2017, en contra de la sentencia de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fs. 1841 a 1891, complementada el ocho de enero del mismo año, que se lee de fs. 1892 a 1895, la que en consecuencia no es nula.

Redacción del Ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 517-2004.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Sr. Fernando Castro A. y Sra. Luz María Jordán A.

III. Opinión del profesor Rojas respecto de la sentencia de casación en el fondo de la ECS de 17 de noviembre de 2004

La opinión que expresaré acerca del pronunciamiento judicial bajo examen exige recordar que se trata de una sentencia que decide acerca de recursos de casación en el fondo, en que es preciso y exigible distinguir la cuestión de hecho de la cuestión de derecho.

La ECS resolvió desechar los capítulos de impugnación que denunciaban infracciones a las leyes reguladoras de la prueba, de modo que los hechos de la causa quedaron irrevocablemente establecidos de la manera en que los fijó la ICA de Santiago y son aquellos que el fallo de casación en el fondo transcribe en la consideración 15^a.

Así entendido, los hechos del caso juzgado se circunscriben y limitan a los siguientes:

“a) en la mañana del 7 de enero de 1975, Miguel Angel Sandoval Rodríguez, sastre, de veintiséis años de edad, apodado “Pablito”, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, salió desde su casa ubicada en Avenida Grecia 1159 A, sin regresar a ella, perdiendo sus padres, hermanos y cónyuge todo contacto con él; b) aproximadamente entre los días 7 y 21 de enero de 1975 Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue visto privado de libertad, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, en un centro clandestino de detención denominado Villa Grimaldi, recinto donde fue sometido a tortura, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, sin que el ilegítimamente privado de libertad haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar salidas o entradas al país, sin que conste tampoco su defunción; c) este cuartel que oficialmente se decía que era para detenidos “en tránsito”, en la mayoría de los casos fueron muy prolongadas las estadías en los mismos y estaba a cargo de oficiales del Ejército y de Carabineros de Chile, quienes ejercían mando sobre los miembros de agrupaciones operativas denominadas Brigadas y respondían a las órdenes del oficial que ejercía el cargo de Director de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), institución militar según lo establecido en el DL N° 521 de 1974, por lo tanto, jerarquizada, de manera que todos sus miembros se encontraban supeditados a la autoridad del Director, sin perjuicio de sus personales responsabilidades; en efecto, las prolongadas estadías de los detenidos, que desvirtúan la aseveración de todos los acusados, en el sentido que se trataba de un lugar de “tránsito”, están reseñadas en los di-

chos de fojas 124 de María Isabel Matamala, correspondiente a quince días, de fojas 131 de María Eugenia Ruiz-Tagle Ortiz, un mes y medio, de fojas 154 de Hugo Ernesto Salinas Farfán, diecisiete días y de fojas 212 de Silvia Durán Orellana, un mes; **d)** en este lugar Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue metódicamente torturado y obligado a participar en actividades planificadas por oficiales de Ejército y de Carabineros, interviniendo en “careos” con otros privados de libertad de su misma filiación política y saliendo a la calle con el propósito de revelar el paradero de otros miembros del MIR para que fueran, a su vez, también privados de libertad.”

La ECS, al resolver acerca de los recursos de casación en el fondo, esto es, al decidir en torno a las cuestiones de derecho que aquellos planteaban, no pudo exceder la circunscripción de los hechos establecidos por los jueces de las instancias, puesto que la descripción fáctica de éstos delimita y encierra el marco de la competencia casacional.

Esto, que resulta en Chile de lo dispuesto en el artículo 535 del CPP en relación con lo previsto en el artículo 785 del CPC y que ha sido decidido en múltiples oportunidades por la ECS¹⁵ –al menos en el verbo, porque no siempre el respeto al principio legal ha sido íntegro–, es común en los sistemas jurídicos europeos continentales de los que el nuestro proviene. Dice Roxin: “El legislador ha entregado la cuestión de hecho al juicio exclusivo del juez de instancia como juez de hecho (mérito) y ha limitado al tribunal de casación las lesiones de la ley y con ello al control de la cuestión de derecho” (*Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2003, pág. 469).

En consecuencia, como expreso aquí opinión acerca de un fallo de casación concreto y no en torno a un asunto de academia pura, la interrogante a despejar requiere resolver, antes que nada, si la ECS, al desechar la aplicación a los hechos del caso de las normas legales sobre amnistía y prescripción, ha razonado sobre la base de los hechos establecidos por los jueces de las instancias –tal como éstos los fijaron en sus expresiones verbales– ; o si, por el contrario, sus razonamientos y consecuente decisión excedieron esa circunscripción fáctica y por lo mismo extralimitaron la competencia casacional.

Esta consideración es particularmente relevante en un proceso que es penal.

El artículo 5° de la CPE obliga a tener en cuenta y aplicar con preeminencia los tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁵ Por ejemplo, roles 3300/02 y 1437/03.

De acuerdo a la letra B del N° 2 del artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, todo inculpado tiene derecho a que durante el proceso se le comunique en forma previa y detallada la acusación formulada en su contra. Por otra parte, con arreglo a la letra A del N° 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

De estas reglas fundamentales surge el principio –que circunscribe competencias judiciales– de congruencia, del que fluye que la sentencia penal no puede exceder –de ninguna manera– el marco de los hechos descritos en la imputación.

El CPP de 1906, modificado por la Ley N° 18.857, es estricto en este orden. Con arreglo al inciso 2° del artículo 275, el auto de procesamiento debe contener la descripción sucinta “de los hechos que constituyan las infracciones penales imputadas”. Al tenor del artículo 403, la elevación a plenario por medio de la acusación exige el procesamiento previo de las personas acusadas, cuyas descripciones de hechos han de ser por cierto coincidentes. Y en conformidad al artículo 541 N° 10°, las sentencias de las instancias tampoco pueden extralimitar esas descripciones fácticas coincidentes. Los excesos de los jueces de las instancias, respecto de estos particulares, pueden ser subsanados por medio de los recursos procesales ordinarios y extraordinarios.

La cautela garantística del ordenamiento jurídico –que veda que el juicio jurisdiccional de derecho exceda los hechos imputados al incriminar– se proyecta, obviamente, a la Corte Suprema que juzga en casación de fondo acerca de lesión de leyes, puesto que ésta, como ha quedado dicho, al razonar acerca de si concurre o no infracción de ley, debe estar en todo a los hechos establecidos por los jueces de las instancias, o, dicho en otros términos –concretos y aplicables al caso juzgado–, le es prohibido fundar la conclusión que es de estricto derecho –acerca de concurrencia o inconcurrencia de infracción de ley– en bases fácticas que los jueces del fondo no incluyeron en la descripción de hechos que dieron por establecidos.

El tribunal de casación en el fondo no puede incurrir en exceso en este orden, porque los jueces de las instancias, a su vez, al fijar los hechos, no pudieron ir más allá de los hechos descritos coincidentemente en el procesamiento y en la acusación de que el imputado se defendió en el juicio, de manera que si la hipótesis fáctica incriminatoria pudiere ser excedida en

casación en el fondo, se violarían las reglas convencionales internacionales de derechos humanos que exigen que el imputado sea juzgado sobre la base de la acusación de que fue previamente informado en detalle, única respecto de la que pudo oponer defensa jurídica eficaz.

Desde esta perspectiva: ¿hay exceso de competencia en el fallo de la ECS de 17 de noviembre de 2004?

Los razonamientos que utilizó el tribunal de casación para sostener la inconcurrencia de lesión de ley en el rechazo de la amnistía y de la prescripción son, en síntesis, los siguientes:

A. "A pesar que ... la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, ... no es posible, al parecer de esta corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de 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 amnistía u olvido cuando **en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración**" (consideración 30^a);

B. "El hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, ... sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del CP, ... 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**; ... por lo que **no es posible concluir la muerte del ofendido**. Teniendo presente que ... 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 Miguel Angel Sandoval Rodríguez**, 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**" (consideración 31^a);

C. "Si bien el DL en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, el delito de autos **comenzó a perpetrarse el 7 de enero de 1975 y desde el 21 de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima**, existiendo certeza de que **al 10 de marzo de 1978**, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1º del DL 2.191, **Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noti-**

cias 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” (consideración 33^a);

D. “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” (consideración 36^a);

E. “Entre las particularidades 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...: ‘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’...” (consideración 37^a); y,

F. “La prescripción... es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, ... en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva ... Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido...” (consideración 39^a).

Lo que me interesa subrayar, con los textos destacados precedentemente, es que la ECS –en su fallo de casación en el fondo– **razona sobre la base de una hipótesis que es de hecho**, esto es, la subsistencia de las conductas atribuidas a los agentes imputados más allá del 10 de marzo de 1978 y hasta el día de la sentencia, esto es, el tribunal de casación, para concluir en la inexistencia de lesión de ley, **sostiene el hecho que los encartados han continuado realizando la conducta típica de secuestro**, puesto que, dicen, privaron de libertad y encerraron a la víctima y han omitido liberarla, de modo que **han mantenido la voluntad de realización de una conducta tipificada por la ley penal y han continuado realizándola hasta el día de la sentencia**.

Hay pues la aseveración –en el fallo de casación en el fondo– de una cuestión que es de hecho, toda vez que corresponde a la descripción de conductas humanas atribuidas a los imputados –manutención de encierro y omisión de liberación que presupone la posibilidad fáctica de la liberación– . La existencia o inexistencia de una conducta humana es una cuestión que es, clásicamente, de hecho, toda vez que tiene que ver con la realidad fenomenológica y no con cuestiones normativas.

Sin embargo, la fijación de estos hechos, sobre cuya base razona el fallo de casación, es decir, la subsistencia de la voluntad y conducta calificada como criminal, que habrían continuado realizando los encartados hasta más tarde que el 10 de marzo de 1978 –a efectos de amnistía– y hasta la fecha de la sentencia –a efectos de prescripción– , no se encuentra en el establecimiento fáctico de los jueces de las instancias –transcrito por la ECS en su consideración 17^a–, puesto que ese establecimiento, imperativo para el tribunal de casación, que debe entenderse coincidente con la hipótesis fáctica dada a conocer a los imputados en los procesamientos y en las acusaciones, única de que pudieron defenderse en el proceso, se limita a expresar lo siguiente: “aproximadamente entre los días 7 y 21 de enero de 1975 Miguel Angel Sandoval Rodríguez fue visto privado de libertad, sin mediar orden alguna para ello, emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, en un centro clandestino de detención denominado Villa Grimaldi, recinto donde fue sometido a tortura, **ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, sin que el ilegítimamente privado de libertad haya tomado contacto con su cónyuge o familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar salidas o entradas al país, sin que conste tampoco su defunción**”.

En síntesis, los hechos establecidos por los jueces del fondo –únicos que el tribunal de casación pudo tomar en consideración para resolver acerca de

conurrencia o inconurrencia de lesión de ley–, se limitan a expresar que desde el 21 de enero de 1975 se ignora el paradero de la víctima y la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad, **pero la descripción de hechos no establece de manera alguna que los agentes imputados hayan desplegado conducta alguna** –ni siquiera de omisión de liberación, la cual presupone la posibilidad fáctica de la liberación, en el sentido que ésta dependa de la voluntad del imputado– **a partir del 21 de enero de 1975.**

¿Cómo entonces ha podido jurídicamente la ECS desechar las infracciones de leyes denunciadas en materias de amnistía y prescripción sobre la base de la invocación de hechos que no están establecidos por los jueces del fondo conforme a lo que el propio fallo de casación transcribe?

La ECS ha podido resolverlo así –todo se puede de hecho–, pero no ha debido en derecho, puesto que ha incurrido en exceso en el marco de su competencia legal, desde que ha agregado hechos a los establecidos por los jueces del fondo y a la acusación dada a conocer en detalle a los imputados y de que éstos pudieron defenderse.

El exceso competencial del tribunal de casación constituye una conducta judicial que adolece de nulidad de derecho público por infracción al principio de juridicidad establecido en los artículos 5º, 6º y 7º de la CPE. Ha sido el Pleno de la propia ECS el que ha dicho en recientes fallos: “la competencia del tribunal es condición de la legitimidad de las decisiones que se emitan en toda tramitación judicial, según lo prescribe el artículo 108 del COT, en consonancia con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 7º de la CPE”.¹⁶ Y en una prevención los ministros señores Libedinsky, Tapia, Gálvez, Álvarez Hernández, Marín, Yurac, Espejo y Oyarzún, han dicho: “al tribunal le está vedado examinar asuntos ajenos al otorgamiento o rechazo de la autorización que le es requerida, porque la competencia de todo órgano jurisdiccional es condición esencial de la legitimidad de sus actuaciones, con arreglo a lo que previenen los artículos 7º, 10 y 108 del COT, en armonía con el primer inciso del artículo 7º de la CPE; serían inválidas las resoluciones que pudieran adoptarse acerca de materias que no consistan específicamente en la decisión legalmente facultada.”¹⁷

En estos pronunciamientos se ha admitido en la sede suprema que sus propios fallos pueden adolecer de nulidad constitucional de derecho público, sanción jurídica que, ha dicho ella misma, no puede sanearse: “Puede admitirse que, por referirse la nulidad de derecho público a los actos de los órganos públicos que sobrepasan sus potestades legales, contradicien-

¹⁶ Rol 4783/02.

¹⁷ Rol 1969/03.

do el principio de juridicidad, básico en un Estado de Derecho, está consagrada constitucionalmente y, al ser declarada, debe entenderse que aquellos actos han sido nulos desde su nacimiento y lo son y serán para siempre: la acción para requerirla será por eso imprescriptible e inextinguible, así hubiera transcurrido el tiempo que fuere”.¹⁸

¿Cómo puede alegarse la nulidad de derecho público de un fallo judicial? Refiriéndose en términos genéricos –no a pronunciamientos judiciales– la ECS ha dicho: “La nulidad constitucional y de derecho público puede hacerse valer tanto como acción para impetrar la destrucción retroactiva del acto ilegítimo, cuanto como defensa para enervar la demanda que persiga el reconocimiento de un derecho derivado del acto o contrato defectuoso, o bien, el cumplimiento forzado de las obligaciones nacidas de tales actos o convenciones; y, en ambos casos, en el procedimiento judicial ordinario aplicable en la materia, en ausencia de uno especial para invocar esa nulidad de origen constitucional”.¹⁹ El más alto tribunal admite la amplitud en la facultad y forma de alegación.

En un ordenamiento como el chileno, en el que, inversamente a como ocurre, por ejemplo, en España, contra los fallos de la ECS no hay recurso por infracción constitucional a un tribunal de garantías constitucionales, nosotros estimamos que, tratándose de un pronunciamiento de la ECS, la nulidad de derecho público constituye una cuestión accesoria del juicio, que debe alegarse dentro de éste por la vía incidental. No obsta a ello la regla del artículo 98 del COT, porque el incidente de nulidad de derecho público no es un recurso procesal. Al respecto, hay al menos un precedente. En los autos Rol 3084/01, la parte recurrida dedujo incidente de nulidad de derecho público, por exceso competencial, respecto de un fallo de casación de la Tercera Sala, presentación que fue conocida por el Pleno de la ECS, que, en resolución de 11 de junio de 2003,²⁰ en voto de mayoría, entendió que no correspondía a su competencia de conocimiento, pero dispuso pasarla al Presidente para que fuere objeto de la tramitación debida, contra el voto de los ministros señores Cury, Medina, Kokisch y Juica, quienes, sin expresar fundamentos, estuvieron por desestimarla de plano; pero el voto minoritario no primó. En definitiva, el Presidente ordenó dar cuenta del incidente en la misma Tercera Sala, la cual rechazó la incidencia, integrada por los mismos ministros que habían dictado el fallo objetado de nulidad de derecho público, circunstancia procesal que pudo ocurrir porque el incidentista no reclamó la inhabilidad pertinente por prejuzgamiento, que parecía a todas luces concurrente.

¹⁸ Rol 1458/03.

¹⁹ Rol 3598/02.

²⁰ Folio 9307.

Finalmente, cabe referirse al fondo del asunto, haciendo ahora tabla rasa de las restricciones procesales que se han analizado detalladamente en lo precedente. Sobre este particular, nos parece claro que la ECS ha incurrido en yerros básicos al desechar la lesión de ley en materias de amnistía y prescripción, por las mismas razones explicadas en nuestros apuntes de clases del año 2000, transcritos al inicio.

La conducta criminal subsiste en la medida que se prolongue la acción del agente, esto es, en la medida que éste mantenga privada de libertad y encerrada a la víctima u omita liberarla pese a encontrarse en la posibilidad de liberarla. La ECS ha concluido que la conducta imputada debe darse por subsistente después del 10 de marzo de 1978 –a efectos de amnistía– y hasta el día de la sentencia –a efectos de prescripción–, esto es, ha de entenderse que “han persistido la acción y el resultado” (consideración 31^a); y esto, por las solas circunstancias que “no es posible concluir la muerte del ofendido” (consideración 31^a), que “aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Angel Sandoval Rodríguez” (consideración 31^a), manteniéndose un “estado delictuoso” (consideración 31^a), que “Sandoval Rodríguez 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” (consideración 33^a) y que “no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta” (consideración 39^a).

Estos razonamientos merecen, en mi concepto, dos clases de críticas.

En primer lugar, la ECS ha deducido un hecho –persiste la acción de los agentes imputados, hecho que, si se quiere respetar el principio de tipicidad, sólo puede consistir en que mantienen desde 1975 privada de libertad y encerrada a su víctima omitiendo liberarla– a partir de otros hechos de base –no está probada la muerte de la víctima, no hay noticias ciertas suyas, no se conoce el lugar de sus restos si estuviere muerto–, de manera que, en síntesis, al tenor del artículo 485 del CPP, el tribunal de casación ha presumido judicialmente un hecho sobre la base de otros conocidos o manifestados en el proceso.

Pero ocurre que –al así proceder– ha infringido los principios lógicos más elementales, puesto que el hecho deducido –la subsistencia de la acción de encierro y omisión de liberación de los imputados– no se encuentran conectados con gravedad y precisión con los hechos de base de la deduc-

ción, toda vez que, como ha dicho con suficiente claridad el Presidente de la ECS, la referida conclusión de hecho “desafía el sentido común” y una conclusión fáctica debe, ante todo, estarse al más elemental de los sentidos. La subsistencia de una conducta criminal es –como está ya varias veces dicho– una cuestión de hecho: no es una abstracción jurídica en que pueda razonarse sobre la base de ficciones.

En segundo lugar, recuérdese que la ECS, en la consideración 39ª, dijo: “Entonces tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal alegada, **desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse**, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido...”.

Está aquí probablemente la más censurable de todas las secciones del fallo de casación. Como ha dicho el profesor Bascuñan²¹ –mencionado en el fallo a otros fines–: “Ahora la Corte sostiene que el carácter de delito permanente justifica la condena aplicando la ley posterior al 10 de marzo de 1978, aunque el secuestro se haya comenzado a cometer el 7 de enero de 1975. Esto es incorrecto. **No basta con que el secuestro haya podido permanecer todo ese tiempo. Es necesario que se pruebe que efectivamente permaneció hasta ese entonces. La Corte sostiene que a los acusados corresponde probar que no permaneció. Eso no es correcto. Es al Estado al que le corresponde probar que el delito se cometió, en este caso, que permaneció.** Presumir que el delito ha permanecido mientras no se pruebe lo contrario, y hacer depender de esa presunción la condena, implica infringir garantías constitucionales e internacionales de los derechos humanos”. El profesor Bascuñan está en lo cierto: la presunción de inocencia pone sobre los órganos estatales la carga de la acreditación del delito y de la participación; la alteración de esta regla básica y elemental implica la infracción de aquello mismo que se imputa a los encartados, el respeto de los derechos humanos, aunque con una diferencia importante, porque el 17 de noviembre de 2004 tienen vigor reglas constitucionales y de derecho internacional incorporado al derecho interno que no regían en 1975 y que obligan a toda persona y por cierto al más alto tribunal republicano.

Queda pendiente otra cuestión: ¿pueden revisarse esta misma clase de cuestiones por vías procesales ulteriores o se opone a ello la institución de la cosa juzgada? En concreto, ¿puede plantearse ante el juez de primer

²¹ *El Mercurio*, domingo 21 de noviembre de 2004.

grado la amnistía impropia –en la tesis recientemente planteada por el CDE en cuanto extingue la pena impuesta en la condena respecto de personas determinadas– en incidencia de sobreseimiento definitivo como excepción al cumplimiento de la condena y revisarse el fallo en apelación y en casación? No vemos obstáculo procesal. En efecto, la jurisprudencia tiene resuelto desde mucho tiempo que la cosa juzgada tiene requisitos propios y específicos en lo penal, que son básicamente la identidad de imputado y de hecho punible, pero ha agregado otro: para que opere la cosa juzgada penal como impedimento al nuevo juzgamiento es menester que en el juicio previo haya sido juzgado el mismo asunto y en su propio contexto,²² y ocurre que la amnistía impropia, en los términos restringidos que han quedado aludidos, como obstáculo al cumplimiento de la pena impuesta en la condena, no ha sido antes alegada, conforme a los antecedentes procesales publicados.

De manera que una incidencia de sobreseimiento definitivo puede constituir, en otra perspectiva procesal y en relación una petición jurídica distinta de la amnistía propia, el mecanismo de revisión de cuestiones que han sido comentadas en esta opinión.

²² Por ejemplo, *R.D.J.* T. 83, sección cuarta, página 217; T. 90, sección cuarta, página 26, consideración 3ª.

IV. Opinión del profesor Torres respecto de la sentencia de casación en el fondo de la ECS de 17 de noviembre de 2004

Formulamos en los párrafos siguientes algunas consideraciones después de la primera lectura de la sentencia ECS recaída en los autos sobre recursos de casación Rol N° 517-2004.

Se extienden estas consideraciones a cuanto hay en la citada sentencia sobre la problemática que surge en torno a los delitos permanentes y a la aplicación a su respecto de la amnistía, especialmente la contemplada en el DL 2.191, de 1978, y de la prescripción.

En nuestro concepto, la sentencia de la ECS aborda de manera adecuada y resuelve correctamente la citada problemática. La aborda adecuadamente por cuanto al fundar su decisión, casi a modo introductorio, según lo percibimos, en el considerando 36°, se hace cargo de un tópico relativo a la noción de delito permanente –que tantas páginas ha ocupado en los últimos años–, tópico que de seguro será de utilidad especialmente para quien se dé a la lectura del fallo sin ser experto en la materia, para dejar en claro algo que no debe ser olvidado, ni pasado por alto, cual es que si bien el origen de la noción de delito permanente es doctrinario, no se trata de una mera creación teórica, sino de una elaboración dogmática, vale decir, realizada por la doctrina jurídico penal a partir y sobre la base del ordenamiento jurídico penal vigente, con especial consideración de la estructura que presentan determinados tipos penales –los de los llamados delitos permanentes– y el correspondiente bien jurídico tutelado, de modo que no cabe duda, ni puede caberla, de que la categoría de los delitos permanentes ha estado y está receptada en nuestro ordenamiento penal desde sus orígenes, especialmente entre el catálogo de delitos contenidos en nuestro más que centenario Código Penal.

Adecuadas nos parecen también las líneas que la sentencia dedica a evidenciar que si bien suele vincularse la noción de delito permanente con el delito de secuestro, son muchos otros los delitos que también pertenecen a la categoría de permanente, y comparten con aquel la problemática que de dicho carácter se deriva. A modo de ejemplo, la sentencia menciona los delitos previstos en los artículos 135, 217, 219, 224 N° 5, 225 N° 5 y 457 del Código Penal.

Que sean estas dos las primeras consideraciones que el lector encuentre en la sentencia que comentamos, en las materias sobre las que reflexionamos, nos parece interesante, pues ellas evidencian que el tema y la problemática sobre que se formulan, y que es aquel sobre que la sentencia poste-

riormente resuelve –delito permanente, amnistía, prescripción–, no son puramente teóricos ni exclusivos de estos tiempos, sino que ellos son temas y problemáticas de alto interés práctico, de dogmática penal, que la doctrina penal nacional lleva más de medio siglo tratando de manera uniforme, lo cual deja en claro que es posible tratarlos con fundamento y objetividad.

Compartimos las consideraciones de la sentencia en torno a la conceptualización del delito permanente. Recoge en este aspecto el fallo una uniforme doctrina penal nacional. Entendemos, entonces, que son de esta clase de delitos aquellos cuyo momento consumativo no se cierra en un solo instante –como ocurre en los delitos instantáneos–, sino que dicho momento se prolonga en el tiempo, permanece en él por voluntad del sujeto activo, siendo de destacar que durante el lapso de permanencia del momento consumativo el sujeto activo está en situación de hacerlo cesar. Esto último nos parece relevante y decisivo a la hora de determinar acerca de la temporalidad del delito permanente, y en particular del delito de secuestro sobre que versa la sentencia, y de resolver acerca de la aplicación de la amnistía y de la prescripción de la acción penal a tales casos.

Conceptualizado el delito permanente en la forma señalada, queda en evidencia que constituye él un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el caso de estos delitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro –uno entre los varios casos de delito permanente que contempla nuestra legislación penal– 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, pues afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo del delito –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.

De este modo, comete secuestro quien sin derecho encierra o detiene a otro, privándolo de su libertad ambulatoria, y permanece en la realización del delito mientras pudiendo con su actuar hacer cesar la privación de libertad, no lo hace. A los efectos de establecer temporalmente la comisión del delito de secuestro, es decisiva, entonces, la posibilidad concreta del sujeto activo en orden de actuar para hacer cesar la privación de libertad. Está en dicha posibilidad de actuación quien se halla en situación de

alcanzar la liberación que no ejecuta. Quien actúa en el sentido señalado –realizando la acción de liberación– deja de incurrir en el delito de secuestro, desde el momento en que actúa. Así también cesa en el secuestro quien no actúa por carecer de poder para ello, desde que esto último acontece. Por el contrario, quien después de encerrar o detener en los términos de artículo 141 del Código Penal tiene la posibilidad concreta de hacer cesar la detención o encierro y no obstante mantiene ociosa la correspondiente finalidad de realización, omite, y, por ende, permanece en la realización del delito de secuestro.

Tratándose de delitos permanentes, amnistía y prescripción requieren, para su aplicación, de la cesación de la realización del delito, esto es, de la cesación de la permanencia o perduración de su momento consumativo por voluntad del sujeto activo, de modo que lógicamente mientras ello no ocurra, no podrá ser aplicada ni una ni otra. En palabras del fallo que comentamos, "... en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido".

Según entendemos, en el caso sometido al juzgamiento que comentamos, son hechos comprobados que se detuvo al ofendido, privándosele de su libertad, sin derecho, por más de noventa días, sin que hasta ahora se tengan noticias ciertas de su paradero, sin que obre en autos ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal distinta de la de secuestro prevista en el artículo 141 del Código Penal, sin que sea posible concluir la muerte del ofendido, de modo que, entonces, la omisión en la cesación del estado indeseado creado con la detención sin derecho del ofendido, que integra junto a la acción de detener o encerrar el hecho típico, está comprobada y no ha cesado, o, por lo menos, no está comprobado que esto último haya ocurrido, por lo que no pueden aplicarse ni la amnistía ni la prescripción, por estar ausentes los presupuestos indispensables para ello.

Las razones expuestas nos hacen concluir que el fallo de la ECS resuelve correctamente lo relativo al delito permanente y la aplicación a su respecto de la amnistía prevista en el DL 2.191, de 1978, y de la prescripción de la acción penal.