

Santiago, veintisiete de Diciembre de dos mil siete.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544., del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación, la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de las letras a) y c) del fundamento 79, como también, de sus razonamientos 89, 90 y 105, que se eliminan.

Se reproducen, asimismo, el primer motivo y el primer párrafo del fundamento segundo del fallo anulado.

Y se tiene, además y en su lugar, presente:

Primero: Que, es menester advertir que el tipo penal vigente a la época de comisión de los ilícitos sublite, esto es, el artículo 141., del Código punitivo, tenía la siguiente redacción: "El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados. En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si el encierro o detención se prolongare por más de noventa días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados."

Segundo: Que, a su turno, el artículo 142 del Código punitivo, al momento de comisión del ilícito de autos consignaba que, "La sustracción de un menor de 10 años será castigada: 1º. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en los siguientes casos: a) Si se ejecutare para obtener un rescate o si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor; y b) Si a consecuencia de ella resultaren lesiones de las indicadas en el artículo 397, número 1º., o la muerte del menor. 2º. Con presidio perpetuo o muerte si concurrieren a lo menos dos de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del número anterior. 3º. Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos. Si el sustraído fuere mayor de 10 años y menor de 18 años, la pena será de presidio menor en su grado máximo; pero si concurriere cualquiera de las circunstancias prescritas en las letras a) y b) del No. 1, se aumentará en dos grados. Si antes de iniciarse procedimiento judicial, el raptor devolviera voluntariamente al menor sustraído, libre de todo daño a sus padres, guardadores, encargados de su persona o a la autoridad, podrá imponérsele una pena inferior en dos grados a las señaladas en este artículo."

Tercero: Que, como marco básico para el desarrollo del presente fallo de reemplazo, cabe acotar que si bien los tipos penales antes descriptos han experimentado modificaciones en el decurso, por aplicación del principio de reserva o legalidad, consagrado en el artículo 19 N° 3, de la Constitución Política de la República, corresponde juzgar el caso subjure acorde a la normativa antes transcrita.

Cuarto: Que, son hechos no discutidos de la causa, que el acusado Pablo Rodney Caulier Grant, Mayor de Carabineros, quedó a cargo de la Tercera Comisaría de Carabineros de Parral desde Diciembre de 1.972, y que más tarde, aproximadamente el 23 de Octubre de 1.973, asumió además, como Gobernador, debido al accidente automovilístico sufrido por Hugo Cardemil Valenzuela, cargo éste que Caulier ejerció hasta Febrero de 1.975.

Del mismo modo, no se encuentra discutido que Hugo Alfredo Cardemil Valenzuela, con el grado de Capitán de Ejército, se desempeñó como Gobernador de Parral desde el 11 de Septiembre y hasta el 19 de Octubre de 1.973.

Quinto: Que, con el mérito de los antecedentes referidos en los motivos 33, 37, 40, 42, 48, 50, 56, 58, 59, 63, 65, 67, y 73, se encuentra acreditado en autos que, aún cuando Cardemil Valenzuela ha pretendido exculparse de toda responsabilidad en las detenciones practicadas por Carabineros de Chile, atendido el hecho que el Comisario Caulier Grant detentaba un grado jerárquico superior al suyo, es lo cierto que en su calidad de Gobernador se encontraba al mando de las fuerzas y que, tal como ha sido descrito por los testigos que han prestado declaración en autos, las detenciones eran practicadas por grupos mixtos, integrados por funcionarios de Carabineros y del Ejército, movilizándose incluso, los funcionarios policiales en vehículos militares. Del mismo modo, las órdenes de ingreso a la Cárcel de Parral y los egresos para ser trasladados los aprehendidos a la Escuela de Artillería de Linares o a la Fiscalía Militar, aparecen dadas por el Gobernador, esto es, por Cardemil Valenzuela.

Además, Cardemil Valenzuela ha sido señalado de manera directa por el inculpado y condenado Luis Alberto Hidalgo -quien cumplía materialmente las detenciones- como la persona que requirió a Caulier Grant la designación del personal más antiguo y conocedor de la zona para trabajar en operativos especiales y que fueron desligados de las funciones policiales. El inculpado Hidalgo describió de manera expresa la forma de operar que tuvieron en la zona de Parral, señalando que Cardemil Valenzuela daba las órdenes escritas y firmadas y que aquellas también eran rubricadas por Caulier Grant. Que lo propio sucedió con Caulier Grant cuando éste sucedió en la Gobernación a Cardemil, al sufrir éste el accidente automovilístico que lo mantuvo alejado de sus funciones por largo tiempo. Así, Caulier Grant mantuvo el *modus operandi* y dispuso de inmediato el traslado de varios de los detenidos en la Cárcel a otros lugares, perdiéndose todo rastro de ellos.

Necesario resulta consignar además, que en cuanto el condenado Luis Alberto Hidalgo, reconoció su intervención en los hechos, explicitó su desempeño en la manifestación según la cual debían "cumplir las órdenes de nuestros superiores porque estábamos en estado de guerra y si teníamos que matar, matábamos.". Es del caso que tanto Cardemil Valenzuela como Caulier Grant tenían responsabilidad jerárquica sobre Luis Hidalgo, estando acreditado que las detenciones fueron ordenadas por el Comisario y por el Gobernador y ejecutadas por el personal reunido por su decisión y que se encontraba a su cargo.

Sexto: Que, este tipo de participación criminal logra encuadrabilidad con la autoría, según lo dispone el artículo 15, del Código punitivo, en cuanto se consideran autores, según el numeral tercero, "Los que concertados para su ejecución facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él."

Séptimo: Que, resulta necesario determinar explícitamente la modalidad de participación de los encartados, la que, acorde al mérito de autos, se comprende en el No., 3, antes transcripto, esto es, en que concertados para su ejecución, es decir, en convergencia de dolo con respecto al tipo penal de secuestro calificado, estos partícipes facilitaron los medios con que se llevaron a efecto los ilícitos, o, los presencian sin tomar parte inmediata en ellos, situación diáfana, incluso o además, si se analiza el hecho reiterado que luego de repartir órdenes para que las víctimas salieran de la Cárcel, produciéndose el desaparecimiento de éstas, los encausados persistieron en su actuar.

Octavo: Que, sin perjuicio de la calificación de autoría que se determina para con los encartados, según se ha dicho en el motivo que precede, y razonando siempre acorde al mérito de autos -a título complementario- no escapa a estos sentenciadores que, la conducta de los hechores es *ex - ante*, intelectual, de instigación, toda vez que, hicieron nacer en los autores materiales, subordinados, las resoluciones delictivas que llevaron a éstos a la comisión de los ilícitos, a cuyos efectos los procesados Caulier y Cardemil actuaban desde la posición de superioridad jerárquica, Jefes directos en la que se encontraban.

Noveno: Que, respecto de las figuras penales acotadas, es necesario considerar que son de aquellas que tanto la doctrina como la jurisprudencia clasifican y desarrollan como "de consumación permanente", en atención a que la vulneración del bien jurídico tutelado -en este caso la libertad material en su ámbito ambulatorio o de desplazamiento- persiste en el tiempo, acorde a la voluntad del hechor, hasta el instante en que recupera su ejercicio, o dicho de otro modo, hasta el momento mismo en que cesa el ataque al señalado objeto jurídico, lo que se traduce en el término del encierro o de la detención, en la conclusión de la substracción, sin que de otro extremo, exista una interpretación auténtica o de autoridad, es decir, ni contextual ni a posteriori, por la cual pueda afirmarse que la ley conceptualice o determine esta tesis de consumación.

Décimo: Que, la generalidad de los delitos, lo son "de consumación instantánea", como ocurre, *v. gr.*, con el homicidio, que se consuma al producirse la muerte, (término la de la vida humana); o con las lesiones corporales que se consuman al momento de herir, golpear o maltratar, (afectación de la salud individual, o de la integridad corporal); o con el hurto que se consuma cuando el agente o sujeto activo se apropia de la cosa mueble ajena, (momento de afectación de la propiedad.), considerando, para estos efectos, que no resulta posible que persista el ataque al bien jurídico objeto de tutela en el decurso.

Undécimo: Que, así entonces, y siempre en el ámbito de la determinación doctrinaria -en línea gruesa- se ha sostenido que, la institución de la prescripción -en el presente caso acotada a la correspondiente a la acción penal- comienza a contarse desde el momento o instante en que cesa la vulneración a la libertad ambulatoria o de desplazamiento, según la voluntad del hechor.

Décimo segundo: Que, los procesados con motivo de contestar la acusación fiscal y sus adhesiones han alegado en sus beneficios la aplicación de la institución consistente en "la media prescripción", conocida también como "prescripción gradual", consagrada en el artículo 103., del Código punitivo, la cual no fue acogida por el sentenciador, según da cuenta el fallo que motivara el presente recurso, y que da origen a esta sentencia de reemplazo, por estimar que reiteradamente tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que los delitos de secuestro y de substracción de menores son permanentes, esto es, que se trata de un estado delictuoso que se prolonga en el ámbito personal mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado, por lo que no ha podido comenzar a contarse respecto de ninguno de los ilícitos cometidos en perjuicio de las víctimas el plazo de prescripción de la acción penal.

Décimo tercero: Que, a título de mejor ilustración, el artículo 103., del Código Penal consigna a la letra en lo pertinente, que, "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna atenuante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta."

Décimo cuarto: Que, cabe tener presente que los hechos sublite tienen lugar entre el 26 de Septiembre de 1.973 y el 25 de Octubre de 1.974., en el contexto de las circunstancias muy excepcionales acaecidas en el país, de grave convulsión social, en que el 11 de Septiembre de 1.973., las Fuerzas Armadas y de Orden, destituyendo el gobierno constitucional, asumen el ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, dictando la Junta de Gobierno, con fecha del 12 de Septiembre de 1.973., el Decreto Ley No., 5., el que, sustentado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país", como asimismo en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo 1º, declara - interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar- que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 3, del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el señalado Código y demás leyes penales y para todos los efectos de la mentada legislación.

Según Decreto Ley No., 641 1.974., de 11 de Septiembre, se declaró a Chile en "Estado de Sitio", en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley No., 640., del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º., letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III., del Libro I., del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV., del Libro II., de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se mantuvo por seis meses luego de la publicación del referido Decreto Ley No., 641., es decir, hasta el 11 de Marzo de 1.975.

Décimo quinto: Que, la existencia del "estado de guerra", es un hecho reconocido por esta Corte en diversos fallos, debiendo agregarse que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 418 del Código de Justicia Militar, "entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial". Por tal razón, y como ha dicho esta Corte, según consta en los autos rol 3.462-06., "los referidos Decretos Leyes Nos. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley No., 641, cuando declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse "en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", único supuesto que para este caso admite el artículo 60., letra b), del Decreto Ley No. 640. Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho. Además, el Decreto Ley No. 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la

aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era "para todos los efectos de dicha legislación", o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile en mil novecientos cincuenta y uno", no pudiendo concluirse sino que son leyes vigentes a la época de comisión de los hechos de autos.

Décimo sexto: Que, si bien es cierto que los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo No., 752 1.951., de 17, 18, 19 y 20 de Abril, dicen relación, en su marco general, con conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aun para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, no lo es menos que -acorde lo dispone el artículo 3º, común de los Convenios- se aplican excepcionalmente respecto del "conflicto armado sin carácter de internacional", situación que, como lo han determinado diversos fallos de esta Corte, concurre en la especie.

Décimo séptimo: Que, como también lo ha concluido esta Corte, v. gr., en fallo rol 3.452-06., una de las características que presenta este tipo de ilícitos, entre otras, radica en su imprescriptibilidad, en razón de las Convenciones de Ginebra, criterio que debe tenerse expresamente presente para los efectos del desarrollo del presente fallo.

Décimo octavo: Que, razonando en torno de la institución consistente en "la media prescripción", conocida también como "prescripción gradual", a los efectos de determinar su acogimiento, como por esta vía lo pretenden los recurrentes, es menester tener presente que, tanto la prescripción propiamente tal, como la media prescripción, comparten algunas características fundamentales, como lo son el hecho que ambas se ubican bajo un mismo Título del Código punitivo, cual lo es el V., de su Libro I., el cual ha consagrado el legislador para tratar "De la extinción de la responsabilidad penal"; y también, el hecho que ambas se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

Décimo noveno: Que, sin embargo, cabe advertir que ambas - prescripción o prescripción completa; y, media prescripción- persiguen objetivos jurídicos disímiles, como que es de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal, lo que no ocurre con la media prescripción, cuya teleología por el contrario, se radica no en el extinguir, sino que en el atenuar la dicha responsabilidad, correspondiendo entonces, aquí, en género, a la familia de las circunstancias modificatorias de la señalada responsabilidad, y en especificidad, a la estirpe de las atenuantes, denominadas también minorantes de dicha responsabilidad.

Vigésimo: Que, según se ha visto, la ubicación de la media prescripción en el Título V., del Libro I., del Código punitivo no desnaturaliza su finalidad, teniendo presente para ello que ésta no es el extinguir, sino el modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal. Esta situación por lo demás no es única en el Código Penal, si se observa, v.gr., que no resulta posible interpretar los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II., del Código en comento, como atentados en contra el orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII- sino que deben ser concebidos, en su hermenéutica, como atentados en contra de la vida humana, y más particularmente en contra de la vida humana dependiente. Tampoco es posible interpretar, desde su teleología, las figuras ubicadas en el Título VIII., del Libro II., como atentados en contra de "las personas", como lo denomina el Código punitivo, porque "las personas" son los titulares de dichos derechos, de dicha objetividad jurídica, pero no son los bienes jurídicos objetos de protección, cuales lo son, la vida humana; la salud individual o la integridad corporal; la vida humana y la salud individual o integridad corporal; y, el honor.

Vigésimo primero: Que, autores de elevada trascendencia en el ámbito punitivo chileno, como lo son el Profesor D., Eduardo Novoa Monreal, en cuanto trata del fin de la responsabilidad penal, y de la prescripción, en su "Curso de Derecho Penal Chileno", (Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1.966), tomo II., pág., 453., respecto de los delitos permanentes y con motivo de rememorar el momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal, efectúa un reenvío al numeral 173 del tomo I., de su obra, y en éste, con motivo de ocuparse de las clasificaciones del delito según su duración, tratando de los delitos permanentes, entre los cuales señala como ejemplo, precisamente la figura que nos ocupa, anota en la pág. 259, que, 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.". El Profesor D. Enrique Cury Urzúa, en su "Derecho Penal. Parte General, (Ediciones Universidad Católica de Chile,

Santiago de Chile, 2.005), pág. 801., y con motivo de ocuparse de los plazos de prescripción del delito y su cómputo, anota: "en los permanentes, desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad."

Vigésimo segundo: Que, a esta altura resulta necesario concatenar la raíz de las instituciones de la prescripción completa y de la media prescripción, resaltando que la ontología de aquélla, se advierte, según el estudioso y destacado catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo en Brisgovia, Prof. Dr. h.c. Hans-Heinrich Jescheck, en su "Tratado de Derecho Penal. Parte General", (Traducción y adiciones de Derecho español por los catedráticos Prof. Dr. Santiago Mir Puig, y Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde. Bosch, casa editorial. Barcelona, España, 1.981), pág. 1.238 y 1.239., en torno de la teoría mixta, "que considere la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material, al mismo tiempo". Por un lado, sirve de fundamento a esta teoría la idea de que la necesidad de pena, tanto desde el punto de vista retributivo y general preventivo, como en atención al fin resocializador de la pena, desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo y termina por desaparecer finalmente. Esta experiencia explica por qué algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros, permiten una atenuación de la pena conforme al tiempo transcurrido antes de llegar a la prescripción total "También desempeñan un papel la idea del ejercicio de derecho de gracia, de la equidad y la necesidad de autolimitación del Estado frente al factor tiempo y al cambio operado durante ese tiempo en la personalidad del delincuente. Pero la prescripción del delito no solo descansa en la ausencia de la necesidad de pena, sino también en la experiencia procesal de que, con el creciente distanciamiento temporal entre el proceso penal y el momento de la comisión del hecho, aumentan las dificultades probatorias, hasta el punto de ser cada vez mayor el peligro de sentencias erróneas."

Vigésimo tercero: Que, los hechos sublite, en los cuales los recurrentes invocan el haber alegado en sus beneficios la media prescripción, o prescripción gradual, la que no les fuera reconocida en el fallo objeto del presente arbitrio, han acaecido en el curso de los meses de Septiembre de 1.973., a Octubre de 1.974., esto es, hacen más de treinta y cuatro años, y aún cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación ésta que en aras de la Justicia, ha de ser tenida en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, subjure, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron -en la especie, como se ha señalado no con la finalidad de tener por extinguida la responsabilidad penal- a fin de aquilatar y conceder el reproche que en Justicia emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho.

Vigésimo cuarto: Que, en el caso que nos convoca, se encuentran acreditadas las diversas fechas de inicio de las privaciones de la libertad ambulatoria o de desplazamiento -entre Septiembre de 1.973., y Octubre de 1.974- sin que conste que hubieren cesado los ataques a dicha objetividad jurídica o que hubieren concluido los encierros o la detención en el caso de los secuestros, o la sustracción en el caso de la sustracción del menor, a pesar de lo obrado inquisitivamente por el tribunal en el ámbito investigativo, y sin que tampoco hubieren los procesados, en este mismo sentido, acreditado sus pretensiones, manteniendo al respecto, inactividad, actitud que no se condice con las invocaciones que efectúan al acusar que se ha invertido la carga de la prueba, argumento, este de la inversión, que no se ajusta a las características propias del sistema inquisitivo, lo que lleva a desestimar dicha vía argumental.

Vigésimo quinto: Que, la prescripción gradual como se ha anotado, acorde a su naturaleza, es de aquellas instituciones cuyos efectos inciden en la responsabilidad punitiva, concebida como atenuante calificada de la responsabilidad penal, disminuyendo la pena, determinando un quantum menor de ésta, sin que su aplicación se vea afectada por la normativa internacional, lo que lleva a examinar en cada caso su procedencia y su eventual aplicación.

Vigésimo sexto: Que, sin embargo, y sin que nada obste a determinar a favor de los encausados la concesión del beneficio de la media prescripción, toda vez que lo que no puede ocurrir por aplicación de los tratados internacionales es aplicar la prescripción completa, y considerando, como lo ha señalado alguna doctrina minoritaria de esta Corte -aún cuando lo hace en vías de declarar la prescripción completa en los delitos de secuestro, es decir, enteramente en otra dirección, dirección no compartida por estos sentenciadores- es posible estimar a efectos específicos de atenuación, que la consumación se ha producido al prolongarse el encierro o la

detención por más de noventa días, pudiendo iniciarse el cómputo de la media prescripción a partir de esta fecha, es decir, a contar del día noventa y dos, teniendo en cuenta para ello que, aún en su prolongación en el tiempo, o incluso en el caso de resultar un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena determinada por este tipo calificado es siempre la misma: la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, sin alteración de su disvalor.

Vigésimo séptimo: Que, es menester tener en consideración expresa, que esta Corte, en relación con figuras de homicidio acaecidos en el mismo contexto de grave alteración o convulsión social, con motivo del 11 de Septiembre de 1.973., reconociendo la imprescriptibilidad de esta figura por aplicación de los tratados internacionales, ha aplicado como circunstancia de atenuación de la responsabilidad punitiva -no de extinción- la institución de la media prescripción -así, v.gr., en causa rol 6.525-06- a cuyos efectos, y a fin de determinar el plazo requerido por el artículo 103., del Código de punición, ha recurrido al cómputo de prescripción establecido en su artículo 94., estableciendo un reconocimiento expreso a la atenuación de la responsabilidad penal por aplicación de la prescripción gradual, lo que ha acaecido en relación con la afectación de un bien jurídico-la vida humana- de mayor enjundia que el sublite cual lo es el ejercicio de la libertad ambulatoria o de desplazamiento.

Vigésimo octavo: Que, es menester dejar constancia que se encuentran acreditados los hechos punibles que se han tenido por establecidos en autos, los que acaecieron los días 13., 14., 16., 20., 22., 23., y 25., de Septiembre, 4., 5., 8., 9., 12., y 13., de Octubre de 1.973., y 4., de Enero, 28., de Julio, 1º., de Agosto, 25., de Octubre de 1.974., y se tuvieron noticias de las personas secuestradas por últimas vez, los días 26., de Septiembre, 5., 11., 12., 13., y 23., de Octubre de 1.973 y los días 9., de Enero, 28., de Julio, 1º., de Agosto, 8., y 25., de Octubre de 1.974.

Los familiares de las personas desaparecidas presentaron denuncias por su presunta desgracia, los días 14., de Agosto de 1.974, (Hernán Sarmiento Sabater), cuyo sobreseimiento fue aprobado el 12 de Diciembre de 1.974, y aún cuando fue luego reabierto, el 2 de Julio de 1.975, de igual modo se sobreseyó por la causal del artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, el 13 de Agosto de 1.975, aprobado por la Corte de Apelaciones respectiva el 26 de Agosto de ese mismo año y dictándose el cúmplase respectivo, al día siguiente.

El 2 de junio de 1.976 se denunció la presunta desgracia de Aurelio Peñailillo Sepúlveda, causa sobreseída por el artículo 409 N° 1, el 15 de Julio de 1.976; aprobado el 23 de Julio de ese mismo año, y dictado el cúmplase al día siguiente.

Se denunció el 25 de Noviembre de 1.976, la presunta desgracia de Oscar Eladio Saldías Daza, indagación que también fue sobreseída por la causal del artículo 409 N° 1, el día 21 de Enero de 1.977. Si bien se revocó en una primera oportunidad, luego fue aprobado, el 18 de Julio de 1.977.

A consecuencia de un recurso de amparo la Corte de Apelaciones respectiva ordenó instruir sumario por la desaparición de Miguel Rojas y Gilberto Rojas, el 25 de Noviembre de 1.975, luego denunciada el 16 de Diciembre de 1.975. Se sobreseyó de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 409 N° 1, el 23 de Enero de 1.976, decisión aprobada el 24 de Febrero de ese mismo año, recayendo en ella su cúmplase dos días más tarde.

El día 5 de abril de 1.979, la Corte de Apelaciones de Chillán, ordenó instruir sumarios por la desaparición y presunta desgracia de Rafael Alonso Díaz Meza, Claudio Escanilla Escobar, Manuel Bascuñán Aravena, José Bustos Fuentes, Enrique Carreño González, Armando Morales Morales, Luis Rivera Cofré, José Riveros Chávez, Víctor Vivanco Vásquez, Luis Pereira Hernández, Rolando Ibarra Ortega, Edelmiro Valdés Sepúlveda y Oscar Retamal Pérez, causas todas que luego de una breve tramitación fueron sobreseídas por la causal del artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, entre Julio y Agosto de 1.979, siendo en todos los casos aprobados por la Corte de Apelaciones respectiva, salvo uno que luego de una revocación, cumplida la diligencia ordenada, no fue consultado.

Asimismo, se presentaron querellas por parte de algunos de los familiares de las víctimas de los detenidos, el 4 de Diciembre de 1.986 por Miguel y Gilberto Rojas Rojas (fs. 165 T.I), sobreseída de conformidad también a lo dispuesto en la norma del artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, el 10 de Julio de 1.987, aprobado el 5 de Agosto de 1.987, cuyo cúmplase se dictó un día después. Hubo otra querella por el secuestro de Miguel y Gilberto Rojas el 18 de Marzo de 1.992 y otra más, por idéntico delito respecto de Ruperto Torres Aravena, interpuesta el 24 de Marzo de 1992. A ellas se sumaron las querellas de 15 de Febrero de 1.993 por ese delito cometido

en las personas de Luis Aguayo Fernández, Hernán Sarmiento Sabater, Edelmiro Valdés Sepúlveda y Rolando Ibarra Ortega (deducidas precisamente contra los acusados) y las interpuestas por la desaparición de Oscar Saldías Daza y Luis Rivera Jofré el 4 de Mayo de 1.998; la de Oscar Retamal Pérez, el 9 de Julio de 1.998; la de la familia de Claudio Escanilla Escobar, el 9 de Agosto de 1.998; y la incoada a propósito del delito que afectó a Aurelio Peñailillo Sepúlveda, el 5 de Agosto de 1.998.

Se agregó también, la denuncia de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en cuya virtud se ordenó la instrucción de sumario, el día 22 de Febrero de 1.991 y una segunda denuncia por detención ilegal y secuestro 23 de Diciembre de 1.992 (fs.1202 tomo IV).

Con fecha 13 de Febrero de 1.993, a fs. 1612 (tomo V), se dictó auto de procesamiento contra Hugo Cardemil Valenzuela, Pablo Rodney Caulier Grant y Luis Alberto Hidalgo, resolución que en esa oportunidad, fue revocada por la Corte de Apelaciones respecto de Caulier y mantenida por los demás. Más tarde, el 9 de Julio de 2002, a fs. 3113 (tomo XI), se libró nuevo auto de procesamiento contra Hugo Cardemil Valenzuela, Pablo Rodney Caulier Grant y Luis Alberto Hidalgo como autores de diversos secuestros calificados.

Las paralizaciones producidas en todos los casos se extendieron por lapsos mayores a tres años, de modo que se produjo el efecto establecido en el artículo 96 del Código Penal, en el sentido que siguió computándose el tiempo de prescripción como si éste no se hubiera interrumpido, a pesar que conforme se aprecia del informe de viajes, emanado de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional (fs. 1908 tomo VI), Hugo Cardemil Valenzuela registra salidas del país sin retorno al mismo, como también entradas sin haber salido, de forma tal que en total, no está probado que estuviera en el país por 5 años y medio, entre noviembre de 1974 y septiembre de 1981. Algo parecido ocurre con el acusado Pablo Caulier Grant, quien también aparece sin registro de regreso, a cuya consecuencia mantiene 8 años entre septiembre de 1981 y octubre de 1990 por los que no justifica haber estado en el territorio nacional.

Como se dijo, a pesar de esos largos periodos de tiempo que se mantuvieron lejos del territorio patrio, o más precisamente, que según los registros públicos, no aparecen ingresados al país, de igual modo, transcurrió el tiempo suficiente para proseguir el cómputo del lapso establecido para la prescripción, como si aquella no se hubiera interrumpido.

Vigésimo noveno: Que, así, aparecen cumplidos los supuestos de hecho que autorizan para aplicar la atenuante especial descrita en el artículo 103., del Código Penal, a favor de los encausados Hugo Cardemil Valenzuela y Pablo Caulier Grant.

Trigésimo: Que, Hugo Alfredo Cardemil Valenzuela y Pablo Caulier Grant, resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y con la media prescripción considerada en el artículo 103 del mismo texto, sin que concurran circunstancias agravantes en sus contras.

Trigésimo primero: Que, el secuestro calificado se encuentra sancionado, en cuanto a penas privativas de libertad, con presidio mayor en cualquiera de sus grados, en términos que en lo que dice relación con Pablo Rodney Caulier Grant, la pena base es la de presidio mayor en su grado mínimo, la que, por aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, se aumentará en un grado, en atención de las reiteraciones, alcanzando en consecuencia, la de presidio mayor en su grado medio, y, dado que le benefician las dos atenuantes antes mencionadas, sin que le perjudique agravante alguna, se rebajará en dos grados dicha penalidad, quedando en presidio menor en su grado máximo, en el quantum de cuatro años.

Trigésimo segundo: Que, en lo concerniente a Hugo Alfredo Cardemil Valenzuela, corresponde condenarle por secuestros calificados reiterados y sustracción de menor de edad, según lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, a la pena de presidio mayor en su grado máximo, considerando que le benefician dos circunstancias atenuantes y no le perjudica ninguna agravante, se rebajará en tres grados dicha penalidad, quedando en presidio menor en su grado máximo, en el quantum de cinco años.

Trigésimo tercero: Que, en atención de lo expuesto esta Corte disiente parcialmente de la opinión de la señora Fiscal Judicial expresada a fojas 3.893.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 29 y 103 del Código Penal, y 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se decide:

l) En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesto a fs. 3.862., atendido el estado procesal de los autos, dado el hecho que el referido arbitrio se afinca en la circunstancia de haberse

omitido dos cargos contra el acusado Luis Alberto Hidalgo, respecto de quien se ha dictado ya sobreseimiento definitivo y parcial en la causa, conforme se aprecia de las actuaciones de fojas 4.012 y 4.018, se omitirá pronunciamiento respecto del señalado recurso, por falta de oportunidad.

II) En cuanto a los recursos de apelación, se confirma la sentencia en alzada, fechada en Santiago el cuatro de Agosto de dos mil tres, escrita a fojas 3.766 y siguientes, con las siguientes declaraciones:

III) Que Hugo Alfredo Cardemil Valenzuela queda condenado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y Pablo Rodney Caulier Grant, queda condenado a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autores de los delitos que a continuación se señala:

Cardemil Valenzuela: por la sustracción del menor Claudio Jesús Escanilla Escobar, perpetrado a contar del 23 de octubre de 1973 y de los delitos de secuestro calificado cometidos a contar de las fechas que se indican, en las personas de Aurelio Clodomiro Peñailillo Sepúlveda -26 de septiembre de 1973-, Oscar Saldías Daza -26 de septiembre de 1973-, Hugo Soto Campos -26 de septiembre de 1973-, Luis Rivera Cofré -5 de octubre de 1973-, Víctor Vivanco Vásquez -8 de octubre de 1973-, Armando Morales Morales -11 de octubre de 1973-, José Riveros Chávez -12 de octubre de 1973-, Ruperto Torres Aravena -13 de octubre de 1973-, Manuel Bascuñán Aravena -23 de octubre de 1973-, Rafael Díaz Meza -23 de octubre de 1973-, Ireneo Méndez Hernández -23 de octubre de 1973-, Oscar Retamal Pérez -23 de octubre de 1973-, Roberto Romero Muñoz -23 de octubre de 1973-, Enrique Carreño González -9 de enero de 1974- y Luis Evangelista Aguayo -26 de septiembre de 1973-.

Caulier Grant: como autor de los delitos de secuestro calificado perpetrados en las personas de Aroldo Vivian Laurie Luengo -28 de julio de 1974-, Hernán Sarmiento Sabater -28 de julio de 1974-, Luis Alcides Pereira Hernández -25 de octubre de 1974-, Armando Aroldo Pereira Meriño -25 de octubre de 1974-, Edelmiro Antonio Valdés Sepúlveda -25 de octubre de 1974- y Oscar Retamal Pérez -23 de octubre de 1974-.

Aún cuando no se cuenta en autos con los informes de libertad vigilada, tratándose de documentos cuyo pronunciamiento no resulta vinculante para este tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde que se verificaron los hechos que dieron motivo a la formación de esta causa y a la existencia de las hojas de vida de los acusados, en tanto funcionario públicos, se prescindirá de los referidos informes y estimándose que los sentenciados Cardemil Valenzuela y Caulier Grant cumplen los requisitos legales para acceder a la medida alternativa de la libertad vigilada respecto de los castigos corporales que se les imponen, por lo que se les concede el referido beneficio, debiendo dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 17., de la Ley No. 18.216 1.983., de 14 de Mayo, estableciéndose como plazo de observación uno igual al de la pena, esto es de cinco y de cuatro años respectivamente. Para el evento que el beneficio les fuere revocado, y debieren cumplir efectivamente la pena o bien ésta se convirtiera en reclusión nocturna, se abonaran a los mencionados acusados, los días que permanecieron privados de libertad, con ocasión de este proceso y que han sido reconocidos por el fallo que se revisa.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez Espoz no acepta la minorante de la media prescripción o prescripción gradual y estuvo por mantener las condenas de primera instancia, por cuanto se trata de delitos reiterados de secuestros y sustracción de un menor, respecto de los cuales, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que son de carácter permanente, esto es, crearon un estado delictuoso que no ha cesado hasta ahora, no obstante las averiguaciones tendientes a saber el paradero de las víctimas o de sus restos en caso de muerte, de suerte que ese estado ilícito se ha prolongado en el tiempo por la subsistencia de la lesión al bien jurídico protegido, y entonces que no se ha iniciado el plazo de prescripción de la acción penal respecto de ninguno de los delitos, razón por la cual, no es viable la aplicación de esta institución, ni como causal de extinción de la responsabilidad penal, ni como mitigante de la misma.

Por el contrario el Ministro señor Segura estima que no resulta posible considerar las circunstancias temporales como fundamento para la aplicación de la media prescripción, en desprecio del reconocimiento de la prescripción plena, teniendo presente para ello que la una y la otra aparecen tratadas conjuntamente en el Título V del Libro I del Código Penal, encontrándose en ambos casos el transcurso del tiempo sujeto a la misma reglamentación, iniciándose en el mismo

momento, de modo que la existencia de la media prescripción lo es en razón de la existencia de la prescripción, de manera que para el evento que en que el legislador haya negado la procedencia de la prescripción, no puede tener cabida la prescripción gradual, en razón de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

Sin embargo, el Ministro Sr. Ballesteros, pese a su opinión de absolver por prescripción de la acción penal, comparte el criterio de que a los encausados favorece la media prescripción como minorante de su responsabilidad en los delitos materia de la investigación, por las razones expresadas en el presente fallo y particularmente, por estimar que, si participa de la prescripción total, con mayor razón lo hace respecto de la gradual o media prescripción.

Acordada la condena de Cardemil Valenzuela y Caulier Grant, contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes, estuvieron por revocar la sentencia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogéndola fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los mencionados acusados, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1° La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2° Que la figura del secuestro calificado requiere que las personas detenidas o encerradas no hayan recuperado su libertad, y que racionalmente estén en condiciones, o puedan hoy -año 2007-, permanecer detenidas o encerradas y en poder de quienes ejecutaron la detención o encierro y o de terceros.

3° Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir a la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presenta en dos formas, una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consiste en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resulte para la víctima grave daño en su persona o intereses. Se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

La segunda forma de ejecución del delito, se consigna en el inciso tercero, que establece: "que si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados." Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por el hecho que el encierro o la detención dure más de noventa días, o si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima.

4° Que, el Ministro Sr. Segura, tiene en especial consideración, que se produce la figura calificada de secuestro cuando "el encierro o la detención se prolongare por más de noventa días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del encerrado o detenido ", esto es,

para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, siendo, en consecuencia, para la procedencia del delito y la pena irrelevante el tiempo posterior que transcurra.

5° Que, dentro de esta óptica, los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en diversas fechas a partir de diciembre de 1973 y hasta enero de 1975.

6° Que, desde la comisión del delito y la fecha de la denuncia del suceso por los familiares de las víctimas y aquella en que se prosiguió sin interrupciones el procedimiento dirigido contra los acusados de autos, ya habían transcurrido diecisiete años y conforme la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal operó plenamente la prescripción de la acción penal en favor de los acusados de secuestro, y en ello se funda el parecer de este juez para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

7° Que, por su parte, el Ministro Sr. Ballesteros en fundamento de su voto en contra, consigna que en el caso de autos, no existen pruebas que acrediten efectiva y realmente que continúa y se mantiene el estado de detención o encierro de quienes fueron privados de su libertad entre septiembre de 1973 y octubre de 1974, mismas fechas desde las cuales se ha perdido toda comunicación y noticia de ellos.

8° Que los hechos así descritos permiten ser calificados jurídicamente como constitutivos del delito de secuestro por más de noventa días de los detenidos, previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente en el mes de Diciembre de 1974, por cuanto la víctima ha sido encerrada y detenida por un lapso de tiempo superior a noventa días.

9° Que, esta calificación jurídica de los hechos, causa o produce diversos efectos, entre ellos, que se estima que el delito de secuestro calificado se ejecuta el día de la detención y encierro de la víctima y que sus consecuencias, esto es, la privación de libertad del secuestrado se prolonga por tiempo indeterminado, en todo caso, más de noventa días; que el estado de consumación se completó con la detención y encierro de la víctima; que lo permanente en esta figura penal, no es la consumación, esto es, la ejecución completa de los actos de encierro y detención, y aún de maltrato que cause grave daño, lo permanente del delito, es la prolongación del comportamiento o conducta del sujeto activo que mantiene y hace perdurar el estado de privación de libertad; que el grave daño podrá ser producido por acciones homicidas, de lesiones u otras de la misma naturaleza, y por actos que causen grave perjuicio en sus intereses o bienes y derechos patrimoniales; que el sujeto activo del delito podrá ser un particular, la figura se incluye en el párrafo 3°, del Título III, del Libro II, del Código Penal, relativo a los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad cometidos por particulares, puede ser también cometido por funcionarios públicos, lo que acontecerá cuando estos no obren en esa calidad.

10° Que, en el entendido que la privación de libertad de la víctima durara breve tiempo, probablemente sólo un día, resulta procedente razonar sobre la causal de extinción de la responsabilidad criminal, de la prescripción de la acción penal.

11° Que en tales condiciones la calificación jurídica de los hechos, cuadra en forma lógica con la descripción típica del artículo 141 inciso tercero del Código Penal, en cuanto los antecedentes conducen a este disidente, a concluir que la detención o encierro de cada una de las víctimas se prolongó por más de 90 días.

12° Que la investigación de la desaparición de cada víctima en estos autos, se inicia con cada denuncia por presunta desgracia, presentada en fechas próximas a la desaparición y en algunos casos incluso por las querellas que se dedujeron, como ya se explicó latamente en el fundamento octavo de esta sentencia.

13° Que de tal escenario se desprende que entre el cese del estado consumativo del secuestro investigado en autos - días próximos a septiembre o bien octubre de 1973, o en otros casos, a enero, julio u octubre de 1974-, y la investigación criminal que permite inculpar directamente a los acusados, ha transcurrido un lapso mayor a los 10 años que exige la disposición legal antes citada para la declaración de prescripción de la acción penal.

14° Que, en este caso, por tratarse de la imputación de un delito de secuestro calificado, en que la privación de libertad llegó a su fin en la época antes anunciada, siendo su pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen, el

plazo de la prescripción es de diez años, término que en todo caso transcurrió en exceso como se evidencia de lo razonado en el motivo precedente.

15° Que, de esta forma ha operado la causal de extinción de la responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, cuyo texto, en lo pertinente, es el siguiente: "Art. 93. La responsabilidad penal se extingue: N° 6. Por la prescripción de la acción penal".

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Cárcamo, y de las disidencias sus autores.

Rol N° 3.587-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el Abogado Integrante Sr. Juan Carlos Cárcamo O.

