

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil doce.

VISTOS:

En estos autos N° 24.776, denominados “Episodio Rudy Cárcamo Ruiz”, rol del Ex Primer Juzgado del Crimen de Talcahuano, por resolución de quince de enero de dos mil diez, escrita de fojas 2.507 a 2.549 vuelta, se resolvió castigar a los encausados **Hugo Nelson González D’Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía, Osvaldo Francisco Harnish Salazar y José Raúl Cáceres González** a sufrir cada uno la pena de ***quinientos cuarenta y un días*** de presidio menor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y a enterar las costas del juicio, todo por sus responsabilidades de autores en el delito de secuestro calificado en la persona de Rudy Cárcamo Ruiz, llevado a cabo a partir del 27 de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, en la ciudad de Talcahuano. En cuanto a beneficios alternativos, en atención a cumplir con los requisitos de la Ley N° 18.216, se favoreció a los cinco enjuiciados con la remisión condicional de la pena.

La anterior decisión fue recurrida de apelación por todos los sentenciados, conforme aparece de sus respectivos actos de notificación de fojas 2.551, 2.555 y 2.557, así como por las presentaciones de fojas 2.562 y 2.571 correspondientes a las respectivas defensas; en tanto que la parte querellante particular y el Programa de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, dedujeron igual medio de impugnación, según consta a fojas 2.560 y 2.564, respectivamente, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial el que rola a fojas 2.580 y siguiente, una Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por dictamen de veinticinco de noviembre de dos mil once, el que figura entre fojas 2.722 y 2.726, procedió a confirmarla en todas sus partes.

Contra el anterior pronunciamiento de segundo grado, se entablaron sendos recursos de casación en el fondo; el primero, correspondiente a la defensa de los sentenciados Hugo Nelson González D’Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía y José Raúl Cáceres González, contenido en lo principal de fojas 2.727, sustentado en la motivación séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; y a continuación, la asesoría letrada del Programa de la Ley 19.123 del Ministerio

del Interior, conforme aparece de fojas 2.748, interpuso el propio, por la causal 1ª de la norma ya citada.

A fojas 2.759, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso de casación en el fondo de lo principal de fojas 2.727.

PRIMERO: Que, la causal esgrimida por esta defensa fue la motivación 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que la sentencia de segundo grado vulneró leyes reguladoras de la prueba, con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia.

Se denuncian como normas infringidas los artículos 15 y 141, del Código Penal; los artículos 456 bis, 459, 460 N°s. 2 y 3, 475, 476, 488 y 502, todos del de Procedimiento Penal.

SEGUNDO: Que, el error que se denuncia consistió -a juicio del recurrente- en determinarse la intervención de sus defendidos como propia de autores del delito investigado; no obstante ello, de la lectura del libelo en análisis aparece que en realidad se cuestionaron ambos aspectos de la imputación penal, desde que el centro de su análisis se dirigió a los motivos 34º, 35º y 36º, todos relativos al establecimiento de la realidad fáctica acontecida en la especie y a su calificación jurídica de secuestro calificado.

TERCERO: Que, al momento de explicar la forma en que se produjeron los vicios denunciados, como ya se anticipó, procede en primer lugar, a cuestionar que el hecho punible se estableció en base a presunciones que vulneran las leyes reguladoras de la prueba, para luego afirmar que la discusión se reduce a determinar la participación, procediendo de forma contradictoria a citar uno a uno los elementos inculpativos consignados en el motivo 34º del fallo de primer grado, reproducido por el de alzada (relativos al hecho punible), señalando que los documentos signados en sus letras a), b), q1, r), s), t), u), v), w), x), y), z), A1, B1, C1, D1, E1, G1, H1, K1, L1, N1, O1, P1, R1, S1, T1, no acreditan de manera alguna la existencia del delito ni menos la participación de autores en el mismo, a lo más acreditan la existencia de la víctima.

CUARTO: Que, a continuación, señala del mismo motivo 34º del fallo de primer grado, que igual deficiencia presentan los medios de prueba que dicen

relación con la participación de sus representados, para ello sostiene que las declaraciones de Elizabeth Alegría Erices, Nelson Cárcamo Ruiz, Valentina Cárcamo Ruiz, Guillermo Alarcón, Bruno Iturra Casanova, Juan Ormeño, Erick Zott Chuecas, Eduardo Cruz Farías, Washington Pérez Medina y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, son testimonios de oídas y no pueden constituir más que una presunción judicial, y ninguno de ellos inculpa directamente a sus defendidos.

A continuación procede a reseñar brevemente los dichos de los testigos Elizardo Alegría Erices, Flor Erices Silva, Luis Peebles Skarnic, Jaime Oehninger Gatica, Sergio Medina Viveros, Juan Fuentealba Ríos, Lilian Alegría Erices, los que reconoce que son presenciales de la detención de Rudy Ruiz Cárcamo y posterior permanencia en la Base Naval de Talcahuano, pero sin inculpar a los enjuiciados de autos.

QUINTO: Que, análisis separado se efectúa de lo expresado por el testigo Arturo Eugenio Garay González, único que atribuye responsabilidad a sus defendidos en la desaparición de la víctima, cuyos dichos califica de poco creíbles, provenientes de un testigo inhábil y que adolecen de una serie de contradicciones, las que se citan a continuación, referidas principalmente a ser el único que afirmó la existencia de un delito de inhumación ilegal, la no coincidencia de las fechas que señala respecto de la detención, permanencia y posterior desaparición de Cárcamo Ruiz, las que se reiteraron en las diligencias de reconstitución de escena, sin lograr establecerse siquiera la ocurrencia del delito de inhumación ilegal imputado por el testigo.

A continuación censura la conducta del testigo ya individualizado, analizando las diversas sanciones (3) que registra en su hoja de vida durante los años 1974, 1984 y 1985, antes de su retiro temporal en agosto de 1986, siendo eliminado en forma definitiva de la Policía de Investigaciones el 12 de septiembre de 1986. Luego, cita el extracto de filiación y antecedentes en el que se registran dos anotaciones, por cuasidelito de lesiones menos graves la primera y lesiones causadas por arma de fuego la segunda, correspondientes a los años 2005 y 2006.

Finalmente, hace presente faltas administrativas del deponente (7), y los antecedentes de salud del Servicio Médico Legal, por padecer de alcoholismo crónico.

SEXTO: Que, de lo anterior concluye el recurrente que esas declaraciones no cumplen con los requisitos del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, al contradecirse el testigo, y no ser congruente con lo aportado por el resto de los deponentes, quien debió ser declarado inhábil en virtud de los artículos 460 N° 2 y 3, al haber sido condenado por simple delito y ser un ebrio consuetudinario.

SÉPTIMO: Que, en cuanto a la vulneración del artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, esta se produce al no explicar cuál es y en qué consiste; y respecto del artículo 488 del mismo texto, siempre refiriéndose al motivo 34° del fallo de primer grado, reproducido por el de alzada, en el que se consignan los elementos incriminatorios para establecer el hecho punible, la trasgresión se produjo a sus cinco numerales.

Respecto del primero, se indica que las presunciones no se fundan en hechos reales y probados, desde que existe un solo testigo (Garay) cuyos dichos no cumplen con los requisitos del artículo 459 del código ya citado, de manera tal que no es posible construir siquiera una presunción; respecto de su segundo numeral, denuncia que no son múltiples, desde que no se mencionan en el fallo y lo único que los sindicaba es la declaración de un testigo (Garay), tampoco graves, desde que no es explícita en el veredicto aquéllo.

Tampoco son precisas por similares deficiencias ya indicadas del fallo, menos directas, pues no conducen a determinar la participación de los cuatro sentenciados recurrentes, y por último, no son concordantes, desde que se basan en realidad en el testimonio singular de un testigo no creíble.

OCTAVO: Que, a partir de fojas 2.741, se procede por el recurso a confrontar la prueba anterior, con la que se califica por el propio recurrente como prueba de inocencia respecto de la detención y posterior desaparición de Rudy Cárcamo Ruiz los dichos de Jaime Oehninger Gatica, Luis Puebles Skarnic, Lilian Alegría Erices, Elizardo Alegría Erices, Flore Erices Leiva, agregando la cita de una serie de informes policiales, oficios, inspecciones personales del tribunal y certificaciones, para concluir afirmando que esas pruebas reúnen los requisitos del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, afirmando la correspondencia de cada una de sus exigencias, y que coinciden perfectamente con el resto de las pruebas rendidas en autos. Y también, cumplirían los requisitos del artículo 488 del igual código, efectuando

la misma operación sintáctica.

NOVENO: Que, al respecto agrega que los hechos sobre los cuales declararon dichos testigos están considerados en Acta de Inspección Personal del Tribunal -que no se identifica-, lo que constituye plena prueba de conformidad los artículos 475 y 476 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la inexistencia de la denuncia sostenida por el testigo Garay respecto de un cuerpo enterrado en el sector del Museo Hualpén, efectuada sin asidero alguno.

DÉCIMO: Que, como colofón, se señala que la errada aplicación de la ley causó a sus defendidos un agravio o perjuicio al condenárseles como autores de un delito, en circunstancias que no lo eran, por lo que se solicita que se acoja su libelo, se anule la sentencia recurrida y se dicte otra de reemplazo por la que se resuelva la absolución de sus defendidos.

UNDÉCIMO: Que desde ya cabe advertir que el recurso de casación de la defensa de Hugo Nelson González D'Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía y José Raúl Cáceres González, si bien invoca de manera exclusiva la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, lo cierto es que cuestiona diversos aspectos relacionados con los presupuestos fácticos de la condena recurrida, como una supuesta falta de determinación del tipo penal, lo que se extiende también al establecimiento de la participación, solicitando sus absoluciones, sin mencionar la causal sustantiva que procede para revisar esos extremos, dirigiendo sus cuestionamientos de manera directa al contenido del motivo 34° del fallo de primer grado, en el que se señalan los diversos elementos incriminatorios que sirvieron para establecer los hechos acontecidos en la presente investigación, asuntos que sin duda alguna resultan ajenos e incompatibles de plantear a la luz de la referida causal, lo que desde luego obsta a su procedencia, ya que este tribunal, dada la naturaleza extraordinaria y de derecho estricto del presente recurso, queda imposibilitado para pronunciarse sobre una causal cuyos fundamentos y objetivo son propios de otra muy distinta.

DUODÉCIMO: Que las consideraciones precedentes, ponen en evidencia las graves imprecisiones en que se ha incurrido en la formalización del libelo, que son contrarias a su naturaleza y fines y siendo el recurso de

casación de derecho estricto y no pudiendo por ello admitírselo cuando se basa en razonamientos errados, incompletos o contradictorios, como se ha demostrado que lo son los desarrollados en el caso “sub-lite”, no resta otra solución que su rechazo.

DÉCIMO TERCERO: Que, en todo caso, respecto de la causal séptima impetrada, cabe recordar, como bien lo ha señalado reiteradamente esta Corte, que para que pueda prosperar este motivo de invalidación, quien lo interpone debe señalar con precisión y en carácter de vulneradas, normas reguladoras de la prueba, que caen dentro del estudio y decisión de este tribunal, o sea, aquellas pautas básicas que importan prohibiciones o limitaciones impuestas por la ley a los sentenciadores para asegurar una correcta decisión en el juzgamiento criminal y que, si son conculcadas con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, pueden provocar su invalidación.

En este orden de ideas, como regla general, se ha estimado que hay inobservancia de las aludidas leyes cuando se invierte el peso de la prueba, se rechaza un medio probatorio que la ley permite o admite uno que repudia o cuando se modifica, niega o altera el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos.

DÉCIMO CUARTO: Que acorde con lo expuesto, las únicas normas que se dan por vulneradas en relación a dicha causal -conforme aparece del libelo a fojas 2.727 – referida a la prueba inculpatoria son las contenidas en los artículos 456 bis, 459, 460 N°s. 2 y 3, 488 y 502 del Código de Procedimiento Penal, y respecto de la evidencia que califica de exculpatoria, agrega los artículos 475 y 476 de igual texto.

Al respecto cabe señalar que dada su naturaleza, el recurso de casación en el fondo está sometido a un conjunto de reglas absolutas de las que no es posible prescindir, ya que lo contrario llevaría a desnaturalizar su fisonomía jurídica y la finalidad perseguida por la ley al incorporarlo a su normativa.

Entre esas exigencias de carácter ineludible, se hallan las consignadas en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en la especie, por la remisión que a ese precepto hace el artículo 535 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en orden a explicar específicamente en qué consisten el o los yerros de derecho de que adolece la sentencia recurrida y señalar de qué modo ese o esos equívocos influyen sustancialmente en lo dispositivo del

fallo. Bajo este prisma, nuestro ordenamiento procesal coloca al recurso en la necesidad de determinar el alcance o sentido de la ley y explicar la forma en que ha sido violentada. En otras palabras, es indispensable un verdadero enjuiciamiento de las disposiciones legales conculcadas a fin de demostrar que han sido incorrectamente aplicadas, en términos tales que el tribunal de casación quede en condiciones de abocarse de una manera perfectamente concreta y definida al análisis de los problemas jurídicos que se someten a su decisión, porque de otro modo este recurso se convertiría en una nueva instancia del pleito que el legislador expresamente quiso evitar, conclusión que resulta, tanto del claro tenor de las pautas que lo gobiernan, cuanto de la historia fidedigna del establecimiento de la ley. (Sobre este punto, Waldo Ortúzar Latapiat: "Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año mil novecientos cincuenta y ocho, N° 5, pp- 12 y 13; Santiago Lazo: "Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil", Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago de Chile, año mil novecientos dieciocho, p. 675).

DÉCIMO QUINTO: Que, a mayor abundamiento, el dictamen cuya anulación se intenta en parte alguna violentó, como pretende el compareciente, el artículo 456 bis del Código de Instrucción Criminal, que no tiene el carácter normativo requerido, puesto que, implícita pero claramente, regula la forma en que puede tenerse por comprobado un delito y dictarse una subsecuente condena, esto, en la medida en que fija el criterio de la prueba legal como principio central, haciendo objetables las sentencias condenatorias que no cuentan con los medios probatorios que las sustenten.

DÉCIMO SEXTO: Que en el caso en estudio, el impugnante no atribuye a los juzgadores haber fundado su decisión en algún elemento probatorio no contemplado en la ley; en todo caso, con claridad se advierte del pronunciamiento que se ha recurrido a las presunciones para tener por acreditado el injusto, medio contemplado expresamente como idóneo en el artículo 457 de la recopilación procesal penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que la siguiente norma invocada como ordenadora de la evidencia tampoco tiene ese efecto, pues el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, constituye una facultad discrecional para el juez de la causa en la apreciación de la prueba testimonial, en los términos gramaticales

en que está construida la norma que se denuncia como infraccionada, la que señala que los jueces “pueden” tener como demostración suficiente de un hecho, la declaración de dos testigos hábiles contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció y concurriendo las demás condiciones que allí se expresan; y en cuanto a los artículos 475 y 476 del Código del ramo, que se refieren a la inspección personal del juez, el recurrente se limita a criticar el que no se hayan aplicado dichas normas imperativas, vinculándolas a establecer la inexistencia del cuerpo o restos del desaparecido, que es lo que precisamente han dado por configurado los jueces del fondo, sin señalarse de forma lógica de qué forma dichas actas -que ni siquiera se especifican-, permitirían tener por acreditada la inocencia de los enjuiciados de autos, indeterminación que desde luego carece de la certeza necesaria de un recurso en el que se pretende la invalidación de la sentencia.

DÉCIMO OCTAVO: Que, otro tanto sucede con el artículo 460 del código del ramo, que no contempla una disposición reguladora de la prueba, desde que son tales las que señalan el peso de la prueba, los medios probatorios que la ley permite y el valor probatorio que ésta asigna a los diversos medios establecidos por el legislador, mientras que la disposición en consulta establece una inhabilidad de testigos, que en el caso concreto, fue invocada de forma exclusiva por su numeral 3° solamente por la defensa del enjuiciado González, fundándola en haberse faltado a la verdad en una declaración jurada, la que ni siquiera fue planteada en el escrito de contestación ni se indicó circunstanciadamente -como lo ordena la ley-, la inhabilidad que le afectaría y los medios de prueba con que pretendía probarla, sin perjuicio que ello no impedía a los jueces del fondo valorar sus dichos, y al no resultar tampoco probada la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, conforme al resto de la prueba reunida en contra de los enjuiciados de autos.

DÉCIMO NOVENO: Que, en lo relativo al artículo 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal que el objetante reclama desconocido en toda sus partes, debido a que, en su opinión, las presunciones configuradas no son múltiples ni graves y no conducen lógica y naturalmente a deducir que fueron autores del suceso en estudio, es pertinente señalar que conforme ha expresado la jurisprudencia reiterada de este tribunal, sólo una parte del mismo -no su integridad- reviste el carácter de ley reguladora. En efecto, sólo dos de

los presupuestos mandados por el mentado artículo 488 pueden encuadrarse dentro de tales defectos, a saber: el N° 1°, atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2° en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que ellas envuelven límites a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba.

Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo numeral y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicha regla permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque importan cánones que, por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo único criterio ha de quedar sujeto estimar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la comprobación de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, por cuanto se trata de un asunto de hecho que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

VIGÉSIMO: Que, por último, acorde con lo expuesto, el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, no es dable erigirlo como base de contravención a las leyes reguladoras de la prueba, dado que no establece reglas perentorias en los términos definidos anteriormente, sino que sólo constituye una norma de índole o naturaleza procedimental, que se limita a exigencias de orden adjetivo procesal que deben reunir las sentencias a que se refiere el artículo 500 del mismo Código (En este sentido, SCS, N° 144 – 07, de dieciséis de mayo de dos mil siete y SCS, N° 4538-08, de diecisiete de marzo de dos mil nueve)

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, conforme lo expuesto, resulta del todo evidente que la cita de los artículos del texto adjetivo criminal, que se denuncian vulneradas y a las que el recurrente atribuye el carácter de “reguladoras de la prueba”, no son tales, desde que ninguna de ellas cumple algunas de las condiciones ni participa de las características normativas que en el contexto de un sistema de prueba legal o tasada conllevan una limitación o prohibición en el sentido plasmado en la motivación precedente razón por la que el recurso en estudio, por esos errores denunciados, no puede prosperar.

A mayor abundamiento, se debe considerar que los jueces del fondo son soberanos en cuanto al establecimiento de los hechos y a la valoración o ponderación de la prueba que obra en el proceso, sin que la distinta apreciación que de esta última pueda hacer el recurrente y conforme a la cual llega a conclusiones diversas, como queda en evidencia del análisis de su libelo, faculte a esta Corte para revisar la decisión cuestionada por no quedar tal devenir dentro de la esfera de control de este Tribunal de Casación, desde que le está vedado entrar a examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los jurisdicentes del grado en el ejercicio de sus atribuciones privativas, así como revisar las conclusiones a que ellos han llegado, ya que eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio, que debe fundarse exclusivamente en cuestiones de derecho.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, la situación fáctica probada en el fallo atacado no puede ser revisada por esta vía extraordinaria de impugnación, de modo tal, que por reunirse en los hechos acreditados en el proceso todos los elementos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del ilícito por el cual se dictó sentencia condenatoria en contra de los acusados, no cabe sino concluir que los jueces han efectuado una correcta aplicación del derecho, razones que conllevan a decidir el rechazo del recurso de casación en el fondo por la deficiente formulación del mismo y que es contraria a su carácter de derecho estricto, sin que baste como motivo suficiente el que los sentenciadores del fondo no concuerden en sus decisiones con las que estima la parte recurrente debieran ser, lo que no es en absoluto motivo suficiente para acoger el recurso.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en todo caso, los antecedentes probatorios que constan en el proceso, relacionados tanto con la ocurrencia del hecho delictuoso ocurrido a partir del día 27 de noviembre de 1974, como los atinentes a la participación culpable de los encausados Hugo Nelson González D'Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía y José Raúl Cáceres González, consignados detalladamente en los fundamentos trigésimo octavo, trigésimo noveno, cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo, cuadragésimo cuarto, cuadragésimo quinto, quincuagésimo, quincuagésimo primero, quincuagésimo quinto, quincuagésimo sexto y quincuagésimo séptimo del fallo de primer grado, reproducidos por el

de segundo grado, y a los que se agregó como 9.- y 10.- por la de alzada, no pueden estimarse insuficientes, como se reprocha por los peticionarios, pues los jueces, al respecto, apreciaron la prueba como lo señala la ley.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en realidad, los recurrentes pretende cuestionar dicha aseveración, en el sentido que los sucesos asentados por los jueces del mérito no están debidamente comprobados; y, a la inversa, procura que otros que no se han dado por acreditados en autos debieron haberlo sido; criticando la ponderación que se hizo de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de la investigación, en circunstancias que se trata de una materia que escapa del control de este tribunal, como antes se ha anotado, desde que le está vedado entrar a examinar y aquilatar los instrumentos probatorios mismos que ya han sido justipreciados por los jurisdicentes del grado en el ejercicio de sus atribuciones privativas, así como revisar las conclusiones a que ellos han llegado, ya que eso importaría desnaturalizar el arbitrio en estudio, que debe fundarse exclusivamente en cuestiones de derecho.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, entonces, al no concurrir las pretendidas violaciones a las leyes reguladoras de la prueba, y siendo por tanto inamovibles los hechos determinados por la sentencia recurrida, aparece incontrarrestable que el comportamiento imputado a los acusados Hugo Nelson González D'Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitia y José Raúl Cáceres González César Manríquez Bravo, se encuadra en el tipo del artículo 141 del Código Penal, y aparecen ajustadas a derecho sus respectivas condenas.

VIGÉSIMO SEXTO: Que por los fundamentos anotados, cabe concluir que los juzgadores del grado al fijar la realidad fáctica, ponderarla y calificar sus circunstancias en la forma que lo hicieron, no han cometido error de derecho y han dado una correcta y cabal aplicación a las disposiciones cuyo quebrantamiento se denuncia.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo del Programa de la Ley N° 19.123 de fojas 2.748.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, el vicio detectado por dicho litigante, se construye al amparo de la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, le ha impuesto una pena más grave que la

designada en ella, cometiendo error de derecho al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, y al fijar la naturaleza y grado de la pena; denunciando como norma conculcada el artículo 103 del Código Penal.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, al respecto, se precisa que los jueces del fondo desconocieron la improcedencia de la atenuante contenida en el artículo 103 del Código Penal, referida a la media prescripción, respecto de cuya procedencia considera contradictorios los reproducidos motivos décimo cuarto, décimo séptimo y trigésimo, del fallo de primer grado, en los que se determina que se está en presencia de delitos de lesa humanidad, por lo que la prescripción de la acción penal como de la pena sólo puede operar una vez que ha cesado la prolongación de la consumación delictiva, lo que ocurre cuando la víctima obtiene su libertad o cuando se produce su fallecimiento, circunstancias que no fueron demostradas en la presente investigación, lo que revela la prosecución de la etapa consumativa.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, por otro lado, de los motivos quinto a vigésimo noveno de igual fallo, se determinó acertadamente el carácter imprescriptible e inamnistiable del delito investigado por lo que no aparece lógico ni jurídico lo expresado en los motivos sexagésimo cuarto, sexagésimo quinto y sexagésimo sexto de la sentencia de primer grado debidamente reproducida por la de alzada, en los que se resolvió -contrario a derecho- aplicar la mencionada circunstancia, olvidando los jueces del fondo que la prescripción es una norma reguladora de la prescripción y, en ese sentido, jurídicamente conforma una misma institución que tiene como fundamento base el transcurso del tiempo, mientras la prescripción de la acción penal extingue la responsabilidad criminal, la prescripción gradual confiere al juez un poder discrecional para atenuar la sanción, dada la remisión efectuada por el artículo 103, a los artículos 65, 66 67 y 68, todos del Código Penal.

Por ello es que al tratarse de delitos imprescriptibles pierde sentido conceder beneficios derivados de la prescripción gradual toda vez que la esencia de ésta reside en estar sometida a límites de tiempo.

TRIGÉSIMO: Que, al calificar en el fallo el delito investigado como de secuestro, éste refiere a uno de consumación permanente, de manera tal que no tiene parámetro para computar ningún plazo dado su carácter, máxime si es

por esencia un delito de lesa humanidad imprescriptible.

Por todo lo anterior, es que la influencia del error de derecho anotado, se produjo al considerar procedente tal institución respecto de los cinco sentenciados de autos , lo que les permitió una considerable rebaja de la sanción y el otorgamiento de beneficios alternativos al del cumplimiento efectivo de las condenas, lo que se tradujo en una pena no proporcionada al crimen cometido y la sanción aparece como una apariencia de justicia, que deja a sus autores sometidos a castigos irrisorios y desproporcionado en libertad, por lo que solicita que se acoja su recurso, se anule la sentencia atacada y se dicte otra de reemplazo en la que se decida confirmar la sentencia condenatoria de primer grado con declaración que se les imponga el máximo de la pena privativa de libertad considerada por el legislador, accesorias correspondientes o la que se crea más conforme con el mérito del proceso, con costas.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, atendida la naturaleza del hecho pesquisado y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente inferir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica universal ha dado en denominar delito contra la humanidad.

Efectivamente, el ilícito fue perpetrado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas, integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquél que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fue sindicado de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política proyectada por los sublevados, garantizando la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante las peticiones de los tribunales ordinarios de justicia, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada encaminada a desprestigiar al gobierno autoritario.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, de este modo, tal como son presentados los hechos en la sentencia que se analiza y teniendo en cuenta el contexto en el que indudablemente deben inscribirse, no cabe duda alguna que debe ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.

El secuestro realizado por agentes del Estado -o por un individuo que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial-, es un caso de privación de libertad que conculca, además de la libertad ambulatoria, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su “arresto” y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y del debido respeto a la dignidad inherente al ser humano; configuran, por tanto, una violación múltiple y continuada de numerosos derechos, que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como “una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad” (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar, pues tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y

la sanción, en su caso, de los responsables.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que para los efectos de la prescripción de la acción penal –sea total o gradual- necesariamente ha de considerarse la naturaleza o carácter del delito en cuanto a su estado de consumación, esto es, si se trata de ilícitos de ejecución instantánea o permanente, pues ello habrá de determinar el inicio del cómputo del respectivo plazo de prescripción.

En tal perspectiva, el secuestro es de aquellos que la doctrina conoce como de ejecución permanente, pues perdura en el tiempo su momento consumativo.

En la especie, se produce un instante en que la conducta típica se completa, pero se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, que constituye subsistencia de esa acción: el delincuente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello (consumación), pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede prolongarse 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 acción susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 148, 224, N° 5°, 225, N° 5°, 357 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuar" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio (Eduardo Novoa Monreal: "Curso de Derecho Penal Chileno", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249).

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, como ya se dijo, entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos de consumación permanente resalta aquella de que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la prolongación del resultado. Así lo enseña parte de la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa: "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” (ob. cit. página 250;).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, la circunstancia de que atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible. (SCS., 25.03.2009, Rol Nro. 4531-08; SCS, 27.01.2009, Rol Nro. 874-08; SCS, 20.12. 2010, Rol Nro.1198-10).

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

El profesor José Luis Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: “el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida

y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, Libro Primero Parte General, Título V, De la Extinción de la Responsabilidad Penal, artículos 93 a 105, pp. 433 y siguientes). Pues bien, como ya se expresó, ese transcurso de un plazo, ha de tener un momento fijo en el tiempo, de inicio, de comienzo, lo que no es posible determinar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado dada su naturaleza de “permanente”, perdura o se mantiene hasta que no se acredita o bien el deceso del sujeto pasivo o su recuperación de la libertad, situaciones en las cuales el “estado antijurídico” no puede continuar (SCS, 20.12.2010, Rol Nro. 1198-10).

En consecuencia, equivocadamente se acogió el reconocimiento de la denominada “media prescripción” y de la rebaja de la pena que se solicitaba por dichas defensas como consecuencia de su aceptación.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que lo anotado precedentemente permite sostener que el pronunciamiento refutado ha incurrido en la hipótesis de nulidad pretendida, lo que conduce necesariamente a acoger el recurso procesal intentado a fojas 2.748, puesto que el error de derecho cometido ha influido sustancialmente en lo dispositivo del dictamen impugnado, ya que se no mediar el yerro aludido, se habría impuesto una pena superior a la determinada, con lo cual configura la causal de nulidad a que se refiere el N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, 546, N°s 1° y 7°, y 547 del de Instrucción Criminal:

I.- Que se **RECHAZA** el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de los sentenciados Hugo Nelson González D’Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía y José Raúl Cáceres González, contenido en lo principal de fojas 2.727, dirigido en contra de la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil once, escrita entre fojas 2.722 y 2.726.

II.- Que se **ACOGE** el recurso de casación en el fondo del Programa de Continuación de la Ley N° 19.213 del Ministerio del Interior de lo principal de fojas 2.748, entablado en contra de la sentencia ya singularizada, la que, en consecuencia, **se invalida** y se reemplaza por la que se dicta a continuación,

por separado, pero sin nueva vista.

Acordada la sentencia, en aquella parte que estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, con el **voto** en contra del **Ministro Sr. Dolmestch** quien estuvo por rechazarlo, al igual que el anterior, porque, los jueces del fondo, al aplicar el derecho, concretamente reconocen la concurrencia de la prescripción gradual de la acción penal de que se trata, dando una correcta aplicación a la norma contemplada en el artículo 103 del Código Penal, considerándola una atenuante especial de responsabilidad criminal, atendidas las razones que al efecto contiene el fallo en revisión -con las que concuerda- y teniendo en consideración, además, las reflexiones que contienen sus innumerables sentencias sobre la materia. En consecuencia, a su juicio, no se configura causal alguna de nulidad de fondo, por lo que estimó debe mantenerse el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, en todas sus partes.

Regístrese.

Redacción del Abogado Integrante don Luis Bates y de la disidencia, su autor.

Rol N° 288-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y el abogado integrante Sr. Luis Bates. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticuatro de mayo de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.