

Santiago, veinticinco de Septiembre de dos mil ocho.

Vistos:

En estos autos rol N° 2.182-98., denominado “**Episodio Liquiñe**”, e instruido por el señor Ministro en Visita D. Alejandro Solís Muñoz, por sentencia de primera instancia, fechada en Santiago el veinticinco de Enero de dos mil seis, la que corre de fojas 2.641., a fojas 2.734., del Tomo VIII, se condenó a **Hugo Alberto Guerra Jorquera**, como autor de los delitos reiterados de secuestro calificado, perpetrados a contar del 10 de Octubre de 1973., en las personas de Salvador Alamos Rubilar; José Héctor Bórquez Levicán; Daniel Antonio Castro López; Carlos Alberto Cayumán Cayumán; Mauricio Segundo Curiñanco Reyes; Carlos Figueroa Zapata; Isaías José Fuentealba Calderón; Luis Armando Lagos Torres; Ernesto Juan Reinante Raipán; Modesto Juan Reinante Raipán; y Luis Alfredo Rivera Catricheo; a las penas de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como asimismo, al pago de las costas de la causa.

Penaliza además -el fallo sublite en referencia- a **Luis Osvaldo García Guzmán** como autor del delito de secuestro calificado perpetrado a partir del 10 de Octubre de 1973., en la persona de Luis Armando Lagos Torres, a cinco años y un día presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

El fallo en cuestión, en su parte civil, acogió la demanda deducida en el primer otrosí de fojas 1.815., por Miguel Angel e Isaías Julián Fuentealba Lagos y Héctor Hernán, Hugo Raúl y Didier Antonio Figueroa Arriagada, sólo en cuanto el demandado Hugo Alberto Guerra Jorquera deberá pagar la suma única de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos), para cada uno de los cinco demandantes, mas las costas de la causa.

Conociendo de los recursos de casación en la forma y de apelación presentados en contra del veredicto anterior por parte de las defensas de los dos sentenciados de autos, como asimismo por el querellante particular, con fecha uno de Agosto de dos mil siete, la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, conformada por los Ministros señores Juan González Zúñiga y Dobra Lusic Nadal y por el Abogado Integrante señor Eduardo Morales Robles, decidieron declarar sin lugar el recurso de casación en la forma deducido en lo principal de fojas 2.751; y en lo que respecta a los recursos de apelación del que se ocupan el primer otrosí de fojas 2.751., y las presentaciones de fojas 2.777., y 2.800., resolvieron confirmar la sentencia de primer grado en todas sus partes.

En cuanto al fallo de segundo grado, las defensas de **Hugo Alberto Guerra Jorquera** a fojas 2.808., y de **Luis Osvaldo García Guzmán** a fojas 2.886., interpusieron sendos recursos de casación en el fondo, basados, el primero en las causales 1ª y 2ª del artículo 546., del Código de Procedimiento Penal, en tanto que el segundo en la causal 2ª, del mismo artículo citado. Los objetivos perseguidos en ambos libelos fueron, respectivamente, que se declare nula la sentencia de segundo grado, dictando -sin nueva vista- la de reemplazo y en ésta declarar, respecto del reclamo de Guerra Jorquera, que se acogen las eximentes de amnistía y prescripción de la acción penal; pero para el caso de ser rechazadas, se proceda a recalificar el delito imputado al acusado, por el de detención ilegal o arbitraria del artículo 148 del Código Penal. En tanto, en lo que dice relación con el medio de impugnación de

García Guzmán, se pide por su defensa que la condena lo sea por el delito de secuestro, descrito en el inciso primero del artículo 141 del texto punitivo, que contempla una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, y por la concurrencia de la circunstancia atenuante reconocida en el fallo de primer grado, sin que lo perjudique circunstancia agravante alguna, proceda a regular la sanción establecida en la ley en sus primeros dos tramos, concediendo alguno de los beneficios de la ley N° 18.216.

A fojas 2.915., se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, se tiene presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del de Instrucción Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio una sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

SEGUNDO: Que, la anomalía detectada surgió luego de la vista de la causa, durante el estudio y análisis del fallo impugnado, advirtiendo este tribunal que la sentencia en referencia adolece de tales defectos, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de aquello.

TERCERO: Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral cuarto exige que las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben comprender, “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su número quinto con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.”.

CUARTO: Que, las defensas de los acusados Guerra Jorquera y García Guzmán por intermedio de sus presentaciones de fs. 2.220 y 2.305, ambas del Tomo VII de éstos autos, solicitaron en forma subsidiaria el reconocimiento -entre otras- de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, consistente en la aplicación gradual de la prescripción, contenida en el artículo 103 del Código Penal.

QUINTO: Que, a su turno, la sentencia de primer grado destinó exclusivamente el raciocinio 34º) para referirse a la petición expresada anteriormente, sin emitir un pronunciamiento directo al respecto, toda vez que se limitó a rechazarla, teniendo para ello presente, lo manifestado en otro fundamento -el 24º)-, en donde se pronunció latamente respecto de una petición diferente de los acusados, consistente en reclamar la existencia de una circunstancia extintiva de la responsabilidad penal, como fue la prescripción de la acción de igual carácter.

SEXTO: Que, del examen de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, que hace suya la de primer grado, es posible apreciar que se mantuvo la omisión de todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho que hacían procedente o no, acoger la petición efectuada por los acusados referentes a la media prescripción, ya que se limitó a confirmarla en todas sus partes.

SÉPTIMO: Que, de lo dicho anteriormente, aparece de manifiesto que los sentenciadores de segundo grado, dejaron en los hechos sin motivación específica el planteamiento y resolución acerca del rechazo a aplicar el artículo 103 del texto penal, fundando esa opción en el mismo motivo (24° del fallo de primera instancia) en el que se resolvió una solicitud de naturaleza diferente. De ese modo, no es posible encontrar en el dictamen en estudio, motivo alguno que permita dilucidar las circunstancias que llevaron a los jueces a resolver de la forma en que lo hicieron, lo que prueba la ausencia de los requisitos que ordena la ley, los que conllevan como sanción al nulidad.

OCTAVO: Que, a mayor abundamiento, lo anterior implicó dejar sin fundamentos la decisión adoptada por los jueces de segundo grado de no acoger la media prescripción alegada por la defensa de los querellados de autos, desde que se limitaron aquellos jueces a repetir los elementos de cargo que contribuyeron a formar la convicción del juez de primer grado y la de los sentenciadores de alzada, los que estaban contruidos respecto de otra alegación formulada por esas defensas, lo que significó que el fallo quedase desprovisto de todo raciocinio respecto de la materia propuesta.

NOVENO: Que, en consecuencia, el fallo de alzada, queda incurso en la causal contemplada en el literal noveno del artículo 541., del Código persecutorio penal, en relación con el artículo 500., N° 4., y 5., de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, por expresa disposición del inciso final del artículo 541 ya citado, deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación del fallo que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarla de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544., de la compilación adjetiva penal antes citada.

DECIMO: Que, atendida la existencia del vicio denunciado, y lo descrito en el motivo anterior, y lo señalado por los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y el 808 de Enjuiciamiento Civil, se tienen por no interpuestos los recursos de casación en el fondo, deducidos por las defensas de los dos acusados de autos a fojas 2.868., y 2.886.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 535., y 541., del Código de Procedimiento Penal, **se anula de oficio** la sentencia de segunda instancia fechada en Santiago el uno de Agosto de dos mil siete, escrita a fojas 2.863 bis., y siguiente, la que es nula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista.

Regístrese.

Redacción de cargo del Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos.

Rol N° 4662-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Kunsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Francisca Arteaga Smith.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinticinco de Septiembre de dos mil ocho.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 544., del Código de Procedimiento Penal, se procede a dictar, acto continuo y sin nueva vista, la pertinente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos vigésimo cuarto, vigésimo sexto, trigésimo cuarto; cuadragésimo quinto; cuadragésimo noveno; quincuagésimo; quincuagésimo primero; quincuagésimo segundo; quincuagésimo sexto; quincuagésimo séptimo; quincuagésimo octavo; quincuagésimo noveno; sexagésimo; sexagésimo primero y, sexagésimo segundo.

En el considerando vigésimo quinto, se elimina la manifestación “el análisis precedente, respecto” y seguidamente se cambia la expresión “al” por: el. Y en el raciocinio vigésimo octavo se elimina la frase siguiente: “Afirmación que se corrobora con el artículo 1ro. del Decreto Ley Nro. 2191 que expresa que se amnistía a las personas que cometen delito como autores, cómplices o encubridores.”. En el motivo trigésimo, se cambia la palabra “encerrase” por: encerrare. Y siempre dentro de este, en su parte final, se elimina la frase que comienza: “Por otra...” y concluye: “de “extremistas”.”. En el raciocinio trigésimo sexto se elimina la expresión “en el apartado 51.”, y se coloca en su lugar un punto (.) aparte.

Se reproduce, asimismo, de la sentencia de segunda instancia anulada, su acápite I.-, referido al recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal de fojas 2.751, raciocinios 1º y 2º), que rolan a fojas 2.863 bis y 2.864, respectivamente.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMAS PRESENTE:

PRIMERO: Que, el fallo de primer grado ha sido recurrido de la siguiente manera:

A) En lo que respecta al acusado ALBERTO GUERRA JORQUERA. Fojas 2.751., y siguientes.

A.a) Apelación. Penal y civil. Apela del fallo de primer grado, por considerarse agraviado según los varios acápites que desarrolla y que corresponden a los numerales I., a IX: I) así, cuestiona la participación criminal que el fallo que objeta le imputa en sus fundamentos 12º y 17º, como autor mediano de los delitos por los cuales fue acusado y condenado en razón de haber tenido “dominio de los hechos” por su jerarquía en la organización, compuesta por militares, carabineros y civiles, destinada a reprimir a los presuntos opositores al gobierno militar, insertos entre quienes trabajaban en el Complejo Forestal y Maderero de Panguipulli, acción que habría ejecutado como medio de inducción, una orden jerárquica; II) por haber basado el sentenciador del grado primitivo, tal decisión en las propias indagatorias del acusado Hugo Alberto Guerra Jorquera, de fojas 501., y 1.447, y en sus declaraciones -extrajudicial de fojas 382., y policial de fojas 383.- según se señala en los fundamentos 10º y 11º N° 1); III) por afectarse, en el fallo cuestionado por esta vía, el artículo 456., bis., del Código de Procedimiento Penal, a cuyos efectos razona en torno de los requisitos de las presunciones judiciales según lo dispone el artículo 488., del ya indicado cuerpo de ley, las que estima no concurren en la especie; IV) por no encontrarse precisado por qué hecho se le acusaba y por cual de las hipótesis contempladas en el N° 2., del artículo 15., del Código Penal se le efectuaban estos cargos, indicándose recién ahora por qué hechos y por cual tipo de autoría se le condena, omisiones que impidieron una adecuada defensa, y lo que impide que pueda ser ahora condenado; V) por cuanto, aún cuando

eventualmente se pudiera dar por establecida su participación en los delitos investigados en autos, SS. Itma. debió acoger las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal que al contestar la acusación y las adhesiones particulares a ella, alegó en el capítulo V., consistentes en la prescripción y en la amnistía, en razón de los motivos que expone; VI) por cuanto se le condena como autor de los delitos de secuestros calificados reiterados y no por delitos de detenciones ilegales o arbitrarias de los mismos; VII) por cuanto, en el evento de que se hubiera dado por establecida su participación en los delitos materia de la acusación, la pena que se le debió aplicar tuvo que ser considerablemente menor a la luz de las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal que lo favorecían y que también manifiesta haber alegado en el Capítulo VII., de la contestación a la acusación y a las adhesiones particulares, para luego, referirse a las atenuantes del N° 1., del artículo 11., del Código Penal, desechada según el fundamento 32., del fallo recurrido, lo que también ocurre con la prescripción gradual del artículo 103., del precitado cuerpo de ley, sin que tampoco se acojan las atenuantes como muy calificadas, especialmente la del artículo 11., N° 6., de este mismo texto de ley; VIII) porque según el artículo 509., del Código de Procedimiento Penal, debió imponerle la pena aumentada en un solo grado y no en dos como en la práctica ocurrió; y, IX) porque no concurren los presupuestos para aceptar las demandas civiles, toda vez que no se acreditó el daño moral, siendo insuficientes los pocos documentos que al efecto se acompañaron en el plenario.

B) En lo que respecta al acusado LUIS OSVALDO GARCIA GUZMAN. Fojas 2.777., y siguientes.).

B.a) Apelación. Del fallo de primer grado, por cuanto rechaza tachas que indica; y por condenarle como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Luis Armando Lagos Torres, a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, y accesorias, más las costas de la causa. Aboga respecto de imprescriptibilidad, amnistía, prescripción, participación criminal y atenuantes, entre las que invoca la del N° 6., del Código punitivo que considera se debió estimar como muy calificada, e invoca en su beneficio la prescripción gradual del artículo 103., del Código de delitos, solicitando, en suma, la revocación del fallo apelado, en cuanto rechaza las tachas y por condenarle como autor de secuestro calificado a la pena que se ha indicado precedentemente, y solicita en definitiva que se le absuelva o en subsidio de ello, para el caso de atribuírsele responsabilidad, que no podría ser más que como cómplice de detención ilegal, o en su defecto de secuestro simple, que se dicte sentencia de sobreseimiento definitivo a su favor por amnistía o en su defecto por prescripción de la acción penal, y subsidiariamente, que junto con considerar la pena menor asignada al delito que eventual e improbablemente se estimara, se determine dicha pena en función de las atenuantes muy calificadas alegadas, disponiendo en todo caso la devolución de las cauciones constituidas y el archivo de los autos, con costas.

C) En lo que respecta a los querellantes. Fojas 2.800.

C.a) Apelación. Civil. Deduce apelación el letrado D. Nelson Caucoto, por estimar que al acogerse la incompetencia del tribunal, planteada por el FISCO de Chile, se inhibió de fallar las demandas civiles interpuestas por su parte.

D) En lo pertinente al ámbito de punición.

SEGUNDO: Que, a fin de delimitar los efectos provenientes de la aplicación de la ley penal en el tiempo, atendido a que el tipo punitivo en el decurso ha experimentado modificaciones, se estará a lo dispuesto en el artículo 141., del Código Penal al momento de comisión de los delitos, esto es, irretroactivamente, por mandato de lo dispuesto en los

artículos 19., Nro., 3., inciso séptimo de la Constitución Política de la República, según el cual, “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”, principio que también, y a su turno, recoge el artículo 18., del pertinente Código. Así, el marco legal vigente a la época de comisión de los crímenes sublite es del siguiente tenor: “Artículo 141. El que 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 de presidio mayor en cualquiera de sus grados.”.

TERCERO: Que, como lo consigna el fallo de primer grado que se reproduce, *en suma*, son hechos establecidos en autos, sin que pueda arribarse a conclusión contraria, en mérito de la prueba rendida y debidamente ponderada de acuerdo a los cartabones de anclaje procesal, que, el diez de Octubre de mil novecientos setenta y tres, fueron privados de libertad, al margen de todo proceso, a diferentes horas del día y de la noche: en la localidad de Liquiñe, Salvador Alamos Rubilar, Daniel Antonio Castro López, Mauricio Segundo Curiñanco Reyes e Isaías José Fuentealba Calderón; en la localidad de Trafún, José Héctor Bórquez Levicán, Carlos Alberto Cayumán Cayumán, Ernesto Reinante Raipán, y Modesto Juan Reinante Raipán; en la localidad de Paimún, Carlos Figueroa Zapata y Luis Alfredo Rivera Catricheo; y, en la localidad de Carranco, Luis Armando Lagos Torres, todos, por personal de Carabineros y del Ejército llegado desde Valdivia a la zona, quienes portaban una lista con los nombres de los detenidos, movilizándose en un vehículo particular, una camioneta del Servicio Agrícola y Ganadero, un vehículo policial y en la ambulancia del Retén de Liquiñe, perdiéndose, desde entonces, todo rastro, sin que los privados de libertad hayan tomado contacto con sus familiares, ni realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, ni registraren entradas o salidas del país, sin que consten tampoco, sus defunciones.

CUARTO: Que, como también lo concluye el fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autor le ha correspondido al encartado HUGO GUERRA JORQUERA, sin que el examen de ésta pueda abstraerse su condición -por corresponder a su esencia- en cuanto Teniente Coronel del Ejército de Chile a la época de los hechos, en los delitos reiterados de secuestros calificados cometidos respecto de todas las personas que se consignan en el motivo tercero que antecede, de la manera como se razona y concluye en el considerando duodécimo del fallo de primer grado -esto es, reiterándose y precisándose- en lo correspondiente a la modalidad prevista en el numeral segundo del artículo 15., del Código punitivo, segunda parte, en la particularidad de la *inducción* y en el matiz y contexto de la *autoría mediata*, en lo que se conoce como “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”. Cabe tener presente, que en nuestro orden de punición se da -según sea por cierto el mérito de autos- un concurso aparente de leyes penales entre la modalidad de autoría en estos autos determinada, con aquellas establecidas en el mismo numeral segundo del artículo 15., parte final, en cuanto inducción instigativa, y también con respecto de la que cobija el número tercero del artículo 15., del Código Penal -como por lo demás se constata en diversos fallos de esta misma Corte- modo tal, que, de prescindirse *abstractamente* de la autoría mediata en los términos que aquí consagran encuadrabilidad jurídica, esto es, aún recurriendo a la hipótesis de supresión mental hipotética, en definitiva no se sustraería como partícipe el recurrente, a título de autor,

la que del mismo modo le correspondería por alguna de las otras vías antes acusadas. Y, en cuanto a la participación que a título de autor le ha correspondido al civil LUIS OSVALDO GARCIA GUZMAN, en el delito de secuestro calificado de LUIS ARMANDO LAGOS TORRES, según el numeral tercero del artículo 15., del Código de punición, ésta se encuentra suficientemente acreditada como lo consigna la antes indicada sentencia en su motivo décimo quinto.

QUINTO: Que, acorde al mérito de autos, se encuentra probado que los crímenes sublite ocurrieron con fecha del diez de Octubre de mil novecientos setenta y tres, en el contexto de las circunstancias excepcionales extremas por las que atravesaba el país, de gravísima convulsión social, en que, con fecha del once de Septiembre de este indicado año, las Fuerzas Armadas y de Orden destituyeron al Gobierno constitucional del Presidente Salvador Allende Gossens, asumiendo el ejercicio de las facultades ejecutiva, constituyente y legislativa. En la referida situación, la Junta Militar de Gobierno, dictó con fecha del doce de Septiembre de mil novecientos setenta y tres, el Decreto Ley No. 5/1.973., de 22 de Septiembre., por el cual, y como lo consigna a la letra su artículo 1º., “Declarase, interpretando el artículo 418º del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación.”. El consignado “estado de sitio decretado por conmoción interna” a que se refiere la disposición recién transcrita dice relación con lo dispuesto en Decreto Ley Nº 3/1.973., de 18 de Septiembre., que se dictara con fecha del once de Septiembre, el que consigna: “ARTICULO UNICO: Declarase a partir de esta fecha, Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las fuerzas que operará en la emergencia.”. Cabe tener presente que, según consta de los motivos que fundamentan la dictación del Decreto Ley Nº 5/1.973., según lo señala explícitamente este cuerpo de ley, la Junta Militar de Gobierno tuvo en consideración, “a) La situación de conmoción interna en que se encuentra el país”, como, “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;”.

A título de más decantada ilustración, conceptualización y determinación del marco legal en torno de lo cual gira la materia sublite, el Decreto Ley Nº., 641/1.974., de 11 de Septiembre, estableció en su “ARTICULO UNICO: Declárase que todo el territorio de la República se encuentra en Estado de Sitio, en grado de Defensa Interna, por el plazo de seis meses, a contar desde la publicación del presente decreto ley en el Diario Oficial”, lo cual, a los efectos de su interpretación, debe concatenarse con lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 640/1.974., de 10 de Septiembre., el que, en lo pertinente precisa que, “Artículo 6º La declaración de Estado de Sitio podrá decretarse en alguno de los siguientes grados: b) Estado de Sitio en grado de Defensa Interna, que procederá en caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad.”, 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 N° 641., es decir, hasta el once de Marzo de mil novecientos setenta y cinco.

SEXTO: Que, la existencia del “estado de guerra” es un hecho asentado por esta Corte en diversos fallos, debiendo agregarse que, según lo dispone el artículo 418., del Código de Justicia Militar, “se entiende que hay *estado de guerra*, o que es *tiempo de guerra*, no solo 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 asimismo lo ha concluido esta Corte en diversas sentencias que anteceden a la presente, v.gr., 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 N° 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 de forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6º., letra b), del Decreto Ley N° 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 N° 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.”.

SEPTIMO: Que, el examen de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificados por la República de Chile por Decreto Supremo N° 752/1.951., de 17, 18, 19 y 20 de Abril., llevan a concluir que su aplicación no se agota exclusivamente en lo que dice relación con conflictos armados *entre dos o varias de las Altas Partes contratantes*, aún para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que -y como lo consigna su artículo 3º- alcanzan los casos de *conflicto armado sin carácter de internacional*, situación ésta última concurrente en la especie, como lo ha interpretado en diversos fallos esta Corte.

OCTAVO: Que, y como también lo ha concluido este tribunal -y así lo determina y detalla el fallo de primer grado- una de las características que presenta este tipo de ilícitos, entre otras, es *su imprescriptibilidad*, en atención de las Convenciones de Ginebra, y de la aplicación del Derecho penal internacional en las materias propias de este ámbito de protección, lo que debe tenerse expresamente presente para los efectos aquí pertinentes.

En este sentido el Derecho Internacional Humanitario se contiene en los cuatro Convenios de Ginebra de 1.949., sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y las Personas Civiles en tiempos de Guerra, ratificados por Chile según Decreto Supremo N° 732/1.951., de 17, 18, 19 y 20 de Abril, en la actualidad ratificados por prácticamente todos los países del orbe.

A lo anterior se suma el hecho cierto que esta Corte ya ha acogido el *principio de imprescriptibilidad respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad*, considerando entre otras razones para ello su cabida y naturaleza en el ámbito del Derecho punitivo universal, como efecto de la ley penal en el espacio y su consecuencia en el tiempo, a cuyos

específicos efectos el Convenio IV., de Ginebra, referido a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que en Chile cobró vigor el 21 de Octubre de 1.950., manifiesta en su Título IV., denominado “Aplicación del Convenio”: “Artículo 146. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente./Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes./Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio./Los inculcados se beneficiarán, en todas las circunstancias, de garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.”. A su turno, el “Artículo 147. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.”. Finalmente, en lo que respecta a la cita textual de estas disposiciones de ley, el “Artículo 148. Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.”.

Resulta conveniente destacar, *además*, las disposiciones de ius cogens, como ocurre con el preámbulo de la Convención de 1.968., cuyo artículo primero es conciso en cuanto a que, los crímenes de guerra (letra a) y de lesa humanidad (letra b) “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.”.

NOVENO: Que, nuestro Ordenamiento punitivo establece, como institución a la que concede efectos generales respecto de los delitos, *la prescripción* -tanto de la acción punitiva como de la pena- atribuyéndole la finalidad de “extinguir la responsabilidad penal”, en atención expresa del decurso o transcurso del tiempo, como consta del Título V., del Libro I., del Código de punición, según lo manifiestan los artículos 93., y siguientes pertinentes, siguiendo en este sentido, el baremo humanista adoptado por la legislación punitiva acunada a partir del iluminismo propio de la legislación penal de raigambre liberal.

DECIMO: Que, ocupándose de desentrañar el thelos de la institución de la *prescripción*, el destacado catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia, Profesor Dr. h.c. Hans Heinrich Jescheck, en su “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, (Traducción y adiciones de Derecho Penal

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., razonando 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.”.

UNDECIMO: Que, el *telos* de la institución de la **prescripción** alcanza asimismo acogida en la **seguridad jurídica como fin del Derecho**, lo que requiere que en algún momento o instante, en consideración, entre otras, de afinaciones de tiempo, el Estado autolimite su potestad punitiva, situación que no concurre respecto de los crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, debido a que, por la gravedad de los mismos, se vulneran derechos esenciales del ser humano, lo que les sitúa en el ámbito de protección de la Justicia Universal, legitimando su **imprescriptibilidad** -acotada ésta a que los referidos crímenes, atendida su naturaleza no queden en la impunidad- institución ésta -la de la imprescriptibilidad- que permite acoger en dicho fin, **cual es el de evitar impunidad**, las más diversas hipótesis de prescripción que pudieren emanar de los actos humanos y que de otra manera conducirían a la extinción de la responsabilidad penal. Sin embargo, lo expresado no importa ni significa por cierto, la consagración de jure de la **atemporalidad**, situación ésta ajena al humano acontecer e insondable por tanto a la luz de la razón en cuanto ésta emana de la experiencia.

Sin embargo, la conclusión manifestada en el párrafo que antecede no obsta al reconocimiento del tiempo como elemento objetivo en el arte de juzgar, lo que impulsa al sentenciador al estudio, análisis, y por cierto, aplicación de la institución pertinente -que contemple el decurso- y que en nuestro Ordenamiento de punición no tan solo existe por disposición expresa de la ley como norma de aplicación general, sino que más todavía, no aparece renunciada para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad, cuyo es el caso de la “*media prescripción*” o “*prescripción gradual*”, sin que lo dicho importe o implique hurtar, cercenar o afectar de manera alguna **la imprescriptibilidad al patrimonio jurídico del Derecho Penal Internacional**, sino que más bien, **la armonización** unívoca de las instituciones de jure vigentes y propias del derecho punitivo interno, con aquellas de jure también vigentes propias del orden punitivo internacional.

DUODECIMO: Que, en lo atinente, resulta fundamental lo que dispone el Código Penal, al expresar: “Artículo 103. 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 o más circunstancias atenuantes

muy calificadas y de ninguna agravante 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.”.

DECIMO TERCERO: Que, es pertinente determinar si en el caso sublite *-afecto a la imprescriptibilidad-* resulta o no menester aplicar el artículo 103., del Código Penal antes transcripto, que como emana de su inteligencia, institucionaliza lo que se conoce como “media prescripción” o “prescripción gradual” -la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere- la que en su ejercicio, y por disposición de los artículos a los que se reenvía, esto es, 65, 66, 67 y 68 del Código punitivo, otorga una *facultad discrecional* al juzgador según la cual *puede* bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos artículos del orden punitivo lo permiten.

DECIMO CUARTO: Que, al respecto, se tiene presente que, **a)** la institución de la *media prescripción*, no es una entidad de jure que contemplen todos los ordenamientos jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. En lo pertinente, y de manera coincidente con estos sentenciadores, la obra “Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, dirigida por los Profesores señores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, en artículo de la autoría del Profesor de Derecho Penal, don José Luis Guzmán Dálbora, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.002., págs., 103., y siguientes, se le aprecia como “Idea afortunada de la CR (cfr.Actas, 497), la **prescripción gradual de la acción penal y de la pena**, cuyo hallazgo en el derecho comparado es raro – con horizonte alicorto.” **b)** que, en este mismo orden de consideraciones, los estudiosos están contestes en la flexibilidad que observa nuestro Código punitivo, cuya fuente de inspiración determinante lo ha sido el Código Penal español de 1.848., inspirado éste -como arguye el muy destacado catedrático de Derecho Penal Prof. Dr., don José Cerezo Mir, en su “Curso de Derecho Penal Español”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 6ª Edición 2.004., Tomo I., págs., 102 y siguientes- en el *eclecticismo* de Joaquín Francisco Pacheco, virtud ésta que por cierto recoge nuestro Código punitivo y que ha permitido que en él encuentren cobijo muy diversos criterios doctrinales y de jurisprudencia como ocurre, entre otros tantos ejemplos, respecto de la inteligencia de delito como acción típica, antijurídica y culpable, en circunstancias que el artículo 1º., lo define como “...toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, flexibilidad que permite hacer cima (en el sentido de culminación, ápice o punto más alto que alcanzan una cualidad o proceso) en los elevados presupuestos inherentes a la Justicia en un Estado de Derecho; y, **c)** que, la República de Chile según los Convenios suscriptos, y por aplicación del Derecho punitivo internacional, según se ha visto, si bien recoge, como en el caso presente, *la imprescriptibilidad -lo que resulta excepcional a su normativa interna que no la contempla-* ello no significa, entre otros raciocinios por lo dicho, que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva a extremo tal, en materia de “media prescripción” frente a delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, situación ésta -la de la autolimitación- que de concurrir, aparejaría efectos de afectación limitativos severos para el fin de Justicia, más aún sopesando que se trata, en su regulación, de un parámetro de ejercicio y aplicación acotado estrictamente al ámbito de la atenuación de la responsabilidad penal “*discrecional*”; y, **d)** que a título de más luz, y recurriendo al **elemento lógico** de hermenéutica, y en él al *método histórico*, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “*media prescripción*” -como circunstancia de *atenuación muy calificada de la responsabilidad penal-* se encuentra

consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en 1.874., esto es, su vigencia alcanza incluso veteranía con mucha o suficiente demasía al acogimiento de la **imprescriptibilidad** o inextinción de la responsabilidad criminal para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad en términos, como se ha indicado, *discrecionales* respecto del Juzgador, encontrándose éste en consecuencia, facultado en su ejercicio conforme a lo menos en base de dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente; e) que, en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte ha acogido la institución consistente en la **media prescripción**, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos rol N° 6.188-06; N° 1.489-07; N° 1.528-06; N° 3.587-05; 559-04; 559-04.

DECIMO QUINTO: Que, del estudio de la **“prescripción”** o *“prescripción completa”*; y, de la **“media prescripción”** conocida ésta última también como *“prescripción gradual”*, resulta indubitado que ambas instituciones de jure comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V., del Libro I., que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan **en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.**

DECIMO SEXTO: Que, sin embargo, cabe advertir que ambos institutos de jure, esto es, tanto la **“prescripción”** como la **“media prescripción”** más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambas del transcurso del tiempo, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos – **extinción y no extinción** de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la **“prescripción completa”** **la extinción de la responsabilidad penal**, esto es, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la **“media prescripción”**, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente **en la atenuación de la pena**. Así entonces, la **“prescripción completa”** adquiere identidad gregaria con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93., del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la **“la media prescripción”** es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto **el atenuar o disminuir** la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11., del Código punitivo, y también en otros continentes del mismo, como ocurre, v.gr., en los artículos 142., bis., o 456.

DECIMO SEPTIMO: Que, el hecho que la institución de la **“media prescripción”** se ubique en el Título V., del Libro I., del texto punitivo, dedicado éste a la **“extinción de la responsabilidad penal”**, no desnaturaliza su finalidad de **atenuación**, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicha extinción, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su texto, persigue sólo el modificar, concretamente el atenuar, no el extinguir. Esta

situación -de aparente promiscuidad en el sentido de mezcla de las instituciones de jure- no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, si se considera, v.gr., que no resulta posible alcanzar inteligencia suficiente en lo propio de la hermenéutica en los tipos penales de aborto, ubicados en el Libro II., del Código en comento, en tanto éste los sitúa entre los atentados en contra del orden de las familias, contra la moralidad pública o contra la indemnidad sexual -así se denomina el Título VII del Libro II- los que para tales efectos constituyen *atentados en contra de la vida humana dependiente*, debiendo separarse de otros tipos punitivos disímiles, que obedecen a otras objetividades jurídicas, con los que comparten la misma cuna. Otro tanto ocurre, v.gr., respecto de las figuras punitivas comprendidas en el Título VIII., del Libro II., del Código Penal, que el legislador denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas”, porque “las personas” en sí no son *bienes jurídicos tutelados*, sino que titulares de los bienes u objetos jurídicos, cuales lo son, en el caso en comento, *la vida humana; la salud individual o la integridad física; la vida humana y la salud individual; y, el honor*, respectivamente. La necesaria interpretación que ha de darse a toda disposición de ley, a fin de determinar su alcance y contenido, su inteligencia para su ejercicio o praxis, requiere por cierto, tanto el disipar aquellas aparentes confusiones o espejismos, como el salvar los severos escollos tan propios de la geografía de jure, a fin de arribar a **la seguridad jurídica y a la paz social** en tanto atributos esenciales propios de un *estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático* encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia, o thelos.

DECIMO OCTAVO: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, y que precisamente por haber visto ya la luz, nada obsta aquí a la cita de su enjundia- e intitulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56., y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que, “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una **Rebaja Legal de Pena**, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.”.

DECIMO NOVENO: Que, como se encuentra establecido, la calificación de los delitos de autos, corresponde a la figura que contempla el artículo 141., del Código punitivo a

la época de ocurrencia de los hechos, disposición de ley que se encuentra transcrita en el motivo segundo precedente, y que pertenece a las figuras de secuestro calificado, situación ésta que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la morigerante consistente en la ***media prescripción*** que registra el artículo 103., del texto punitivo.

VIGESIMO: Que, a los efectos de la aplicación de la ***media prescripción***, es menester tener presente que el secuestro calificado corresponde a la categoría de delitos ***de consumación permanente***, esto es, en palabras de los Profesores de Derecho Penal, don 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., acotado al momento en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal en este tipo de delitos, 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, y tratando precisamente del tipo penal que nos ocupa, anota en la página 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.”. Don Enrique Cury Urzúa, en su “Derecho Penal. Parte General. Ediciones de la 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.”, criterios ambos, como se advierte, que se construyen en base *de requisitos copulativos*, convergentes con la apreciación de estos sentenciadores, todo lo cual resalta así entonces, que, el parámetro fundacional a considerar para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado ***en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor, en el contexto de la autoría propia del delito de dominio de la voluntad, como aquí ocurre.***

VIGESIMO PRIMERO: Que, estos graves hechos criminosos acaecieron, según se encuentra establecido en autos, con motivo u ocasión de la convulsión social extrema experimentada por el país en Septiembre del año mil novecientos setenta y tres, que trajo por consecuencia el derrocamiento del Gobierno de la época y la asunción de facto al poder por las Fuerzas Armadas y de Orden ***-ésta en actoría institucional y a cuyos efectos se invocó y declaró el “estado o tiempo de guerra”-*** como se ha recogido anteriormente, de manera tal que, la afectación o conculcación de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas sobre la que inciden los hechos sublite, -aquilatado conforme a derecho- *ha de juzgarse en rigor, en dicho contexto*, lo que lleva necesariamente a estos sentenciadores, a examinar si a la fecha se encuentra acreditado en autos que exista ***ejercicio de voluntad*** sobre los encierros o detenciones, alcanzando de ello -es decir, del mérito de autos-convicción que no resulta posible así asumirlo en términos de *certeza* jurídica -entre otros, en los límites del artículo 109., del Código procesal de punición- de donde se concluye que ***el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuridicidad***, en el caso particular de autos, no ha operado o podido operar más allá del treinta y uno de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, fecha ésta en que, al Teniente Coronel Hugo Alberto Guerra Jorquera se le concede el ***retiro absoluto del Ejército***, cesando en consecuencia y en dicha categoría y alcance su ***actividad institucional***, que en su momento y como se encuentra probado, le determinó esencialmente en estos hechos, como consta de fojas 651. Es necesario tener también presente, que a la fecha actual han transcurrido más de treinta y cuatro años contados desde la

comisión de los ilícitos, como asimismo, más de dieciocho años desde que el país se reencontró y volvió a la acunación en los valores cosubstanciales a su esencia y normalidad democrática-republicana. Así, y retornando a la fecha en que al reo se le concede el retiro absoluto del Ejército, se considerará ésta como de inicio de cómputo de la media prescripción, lo que se extiende para ambos condenados, de donde resulta consecuentemente huero el ocuparse, en el caso sublite, de la institución de la amnistía invocada por los apelantes.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, en este acápite angular del raciocinio, y para su más caracterizado y cabal desarrollo, el sentenciador no puede sustraerse de la calificación que de la **participación criminal** se atribuye al Teniente Coronel Guerra Jorquera, delimitada en la propia y específica *del autor mediato*, acorde lo dispone el artículo 15 N° 2., del Código de punición, en la modalidad de lo que se conoce como “*dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado*”, a cuyos efectos se ha circunscrito expresamente la *actuación institucional-militar-temporal* del encartado dentro de su grado jerárquico, lo que resulta coherente por cuanto resulta impertinente -y así también en la singularidad de la especie- efectuar una evaluación de jure que fluya de una supuesta e inagotable “fuente de atemporalidad”, en tanto no valora o excluye parámetros de la realidad, objeto ésta, de la Justicia.

Como se ha dicho, es en este específico y acotado contexto fáctico en que ocurrieron los secuestros calificados objeto del presente juicio criminal, lo que importó la muy grave o delictiva conculcación disvalorativa de la libertad ambulatoria o de desplazamiento de las víctimas, sin que se hubiere tenido ulterior noticia de la suerte corrida por las mismas, todo lo cual lleva a la condena de los encartados.

El punto de determinación de la calificación de la participación criminal resulta insoslayable y determinante al momento de juzgar, en tanto se enmarca en la “autoría mediata” y ésta en el contexto de un “aparato organizado de poder” lo que importa y conlleva la medición de sus características intrínsecas, acotando la específica posición del encartado en la jerarquía de la institucionalidad militar de la época, en que no es éste el único hecho ni el único autor, toda vez que son varias las situaciones y diversos los autores de hechos de similares características acaecidos en diferentes puntos del país en aquellos días, lo que permite hacerse opinión de jure en cuanto al grado y alcance de preponderancia de la participación del hechor dentro de la “cadena de mando”, o de dicho aparato organizado de poder. En lo pertinente, el Profesor don Claus Roxin en su muy célebre trabajo “SOBRE LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL DERECHO PENAL”, traducido al español por el Profesor don Enrique Bacigalupo, que viera la luz en “PROBLEMAS ACTUALES DE LAS CIENCIAS PENALES Y LA FILOSOFIA DEL DERECHO. EN HOMENAJE AL PROFESOR LUIS JIMENEZ DE ASUA”, ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1.970., páginas 55 y siguientes, y comentado en nuestro medio por el Profesor don Enrique Cury Urzúa, en su obra “DERECHO PENAL. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, 2.001., páginas 597., y siguientes”, permite alcanzar inteligencia en la cuestión pertinente, en tanto se sopesa con atención y detenimiento la modalidad de participación subjure, anclada ésta en el dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado, en que el sujeto situado en un punto preponderante de poder dentro de una organización jerárquica dispone de “un número indefinido de ejecutores plenamente responsables, de manera que si alguno de ellos se opusiera a cumplir la orden, siempre puede ser sustituido por otro u otros que realizarían lo mandado.”, en términos que, “una de las

peculiaridades de esta forma de autoría mediata la constituiría el hecho de que, a diferencia de lo que suele ocurrir en los supuestos tradicionales, en los que cuenta con más dominio quien se encuentra más próximo a la ejecución, aquí sucede al contrario, pues usualmente el jerarca con más poder y, por consiguiente, con mayor capacidad de control de la voluntad fungible de sus posibles ejecutores es quien se halla más distante del teatro del suceso.”. (El subrayado es de cargo de estos sentenciadores.).

VIGESIMO TERCERO: Que, visto el fenómeno juris sublite desde otro ángulo, también insoslayable para el sentenciador, es un hecho público y notorio que Chile retornó o se reencontró con su idiosincrasia democrática y republicana en los primeros meses del año 1.990., luego de elecciones libres en que se pronunció la ciudadanía, bajo el régimen de separación y autonomía de los poderes del Estado, en el orden de independencia que establece la Constitución Política, sin que pueda concluirse que a partir de la fecha indicada existiere poder alguno del Estado que quedare al margen del control institucional democrático, o que pudiere mantener o sustentar los ilícitos que determinan estos autos, consistentes en la conculcación sostenida de derechos fundamentales como lo son la libertad ambulatoria o de desplazamiento. La acusada situación no es menor por cuanto incide en los efectos de la ley penal en el tiempo, en lo pertinente a la media prescripción como circunstancia de atenuación de la responsabilidad penal en lo que dice relación con ambos condenados, toda vez que, desde el inicio del retorno democrático republicano, a la fecha de las denuncias o querellas, y luego, de la dictación de los autos de procesamiento de los condenados, han transcurrido con creces, más de los cinco años requeridos para los efectos del cómputo y determinación de la prescripción gradual según lo contempla el artículo 103., de nuestro Código de punición.

VIGESIMO CUARTO: Que, cabe tener consecuencialmente presente que, dentro del escenario antes descripto, la figura de secuestro calificado se sostiene en lo particular -según emana del mérito de autos- en razón de no haberse acreditado que las víctimas hubieren sido ultimadas o muertas, como pareciera deducirse –aún cuando insuficientemente- de algunas deposiciones testificales e incluso indicios, y sin que tampoco existiere colaboración en tal sentido, por parte de los condenados.

VIGESIMO QUINTO: Que, el cómputo del tiempo transcurrido desde el treinta y uno de Mayo de mil novecientos ochenta y uno -fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el diecisiete de Abril de dos mil uno, en que los familiares de las víctimas deducen querella, o al veintidós de Mayo de dos mil uno, en que se somete a proceso a LUIS OSVALDO GARCIA GUZMAN según consta de fojas 474., y siguientes, arroja un decurso de casi veinte años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, de cinco años. Esta situación de igual manera cumple con dicho requisito legal de cinco años si el tiempo se cuenta a partir de la fecha en que el país retornó a su esencia y cauce democrático institucional en los inicios de 1.990.

Otro tanto, de manera similar ocurre respecto de HUGO ALBERTO GUERRA JORQUERA, objeto de querella el 17 de Abril de dos mil uno, y sometido a proceso el diez de Marzo de dos mil tres, como se lee a fojas 575., y siguientes, habiendo transcurrido casi veinte años, también más que suficiente para aquilatar la concurrencia y concesión o no, de la minorante consistente en la media prescripción, y más de cinco años contados desde el retorno a la normalidad democrática.

Lo anterior, acorde lo disponen los artículos 103., 94., y 95., del Código Penal, considerando que, según el artículo 94., de este mismo texto, el plazo de prescripción de la acción penal de los que denomina “demás crímenes”, prescribe en diez años, toda vez que la pena asignada al delito subjure es de *presidio mayor en cualquiera de sus grados*, lo que exige, a los efectos de la ponderación y eventual concesión de la media prescripción, la concurrencia de un plazo de cinco años.

VIGESIMO SEXTO: Que, en el caso del acusado HUGO ALBERTO GUERRA JORQUERA estos sentenciadores tienen presente la reiteración de crímenes, motivo por el cual, y recurriendo a lo dispuesto en el artículo 509., del Código de Procedimiento Penal, tal como lo hace el fallo de primer grado, aumentarán la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, en dos grados, alcanzando de esta manera, la de presidio mayor en su grado máximo, la que, por aplicación del artículo 103., del texto punitivo, en atención del transcurso del tiempo, el que cumple el exigido para el acogimiento de la media prescripción y concurriendo además en favor del acusado la atenuante del artículo 11., Nº 6., y por aplicación del artículo 68., todas disposiciones contenidas en este mismo cuerpo de ley, la rebajarán en tres grados.

VIGESIMO SEPTIMO: Que, en lo pertinente al acusado LUIS OSVALDO GARCIA GUZMAN, y también en consideración de la concurrencia de la media prescripción, según lo dispone el artículo 103., del Código Penal, a lo que se suma la del artículo 11., Nº 6., del mismo cuerpo de ley, estos sentenciadores consideran el hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas, por lo que, en el ejercicio de las facultades discrecionales que les confiere la ley, rebajarán la pena en un grado.

VIGESIMO OCTAVO: Que, de lo expresado en las consideraciones precedentes, se concuerda con lo informado y concluido por el señor Fiscal Judicial en su informe de fojas 2.807 y 2.808., con las excepciones de que se da cuenta en el presente fallo y por los motivos que en él se consignan y razonan.

II) En lo pertinente al ámbito civil.

VIGESIMO NOVENO: Que, en lo que concierne a los recursos de apelación interpuestos por los demandados Guerra Jorquera a fojas 2.751., y García Guzmán a fojas 2.777., así como el de los demandantes civiles Ramona Lagos Lagos y Marta Castro González de fojas 2.800., estos sentenciadores procederán a confirmar el fallo de primer grado, en cuanto acogió la demanda civil contenida en el primer otrosí de fojas 1.815, interpuesta por Miguel Angel Fuentealba Lagos, Isaías Julián Fuentealba Lagos, Héctor Hernán Figueroa Arriagada, Hugo Raúl Figueroa Arriagada y Didier Antonio Figueroa Arriagada, la que se dirigió en contra del sentenciado Hugo Alberto Guerra Jorquera, en los mismos términos establecidos por el juez de la instancia. De igual manera, se confirmará el rechazo de la acción interpuesta por los mismos accionantes ya singularizados en lo que dice relación con la pretensión perseguida respecto del condenado Luis Osvaldo García Guzmán, por compartir los sentenciadores de mayoría los fundamentos esgrimidos por el tribunal a quo según consta de los racionios 66º, 67º y 68º).

TRIGESIMO: Que, en lo pertinente a la demanda civil de que da cuenta el motivo 53º), referida a Miguel Angel Fuentealba Lagos, Isaías Julián Fuentealba Lagos, Héctor Hernán Figueroa Arriagada, Hugo Raúl Figueroa Arriagada y Didier Antonio Figueroa Arriagada de fojas 1.815, la que se dirigió además en contra del Fisco de Chile a fojas 2.023., esa defensa opuso la excepción de litis pendencia en carácter de previo y especial pronunciamiento, y los demandantes señalados precedentemente en presentación de fojas

2.351., se allanaron expresamente a ella, lo que motivó que se dictara con fecha 16 de Noviembre de 2.005., la resolución que rola a fojas 2.353, en donde se acogió la citada excepción, la que se encuentra firme y ejecutoriada.

TRIGESIMO PRIMERO: Que, en cuanto a la acción civil de fojas 1.846., y siguientes de que da cuenta el motivo 54º) del fallo a quo, cuyos titulares son Ramona Lagos Lagos y Marta Elena Castro González, la que se entabló exclusivamente en contra del Fisco de Chile, cuyos fundamentos y peticiones se contienen en el mismo motivo ya señalado, y que el demandado contestó a fojas 2.187., y siguientes en los términos que se detallan en el motivo 55º) del veredicto que se revisa, deberán tenerse presente a su respecto las consideraciones que siguen.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que, la acción indemnizatoria por daño moral intentada por los querellantes y demandantes Ramona Lagos Lagos (respecto de su padre Luis Armando Lagos Torres) y Marta Elena Castro González (en relación a su abuelo Daniel Antonio Castro López), contenidas en el primer otrosí de fojas 1.846., sobre las cuales, por escrito de fojas 2.187., el Fisco de Chile opuso en primer lugar la excepción de incompetencia, ésta será rechazada teniendo en atención para ello el que las acciones ejercidas en ésta sede se fundan en la participación criminal de un funcionario del Ejército, empleado público, agente del Estado, en los ilícitos de los cuales fluye su responsabilidad demandada en estos autos.

TRIGESIMO TERCERO: Que, en cuanto al substrato en que se asienta la responsabilidad civil demandada a título de daño moral, estos sentenciadores tienen en consideración -entre otras- la concurrencia de dos vertientes de jure, cuales lo son, en el orden interno, la normativa contenida en disposiciones de Derecho público, de rango constitucional, procesal penal y propia de la Ley N° 18.575., Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado; en tanto que en el orden pertinente al concierto internacional, lo dispuesto por la propia Constitución Política de la República sobre acogimiento de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como el ius cogens.

TRIGESIMO CUARTO: Que, así, en lo correspondiente a la acción civil, se tiene presente que la pretensión indemnizatoria -cosubstancial a la sede penal- según lo dispone el artículo 10., del Código de Procedimiento de punición -acorde su actual redacción y vigencia- presenta como limitación “que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que importa y determina una exigencia que fluye de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

TRIGESIMO QUINTO: Que, resulta necesario determinar si en la especie, se encuentra acreditada o no la concurrencia de los baremos de causa (delito) y efecto (daño) por un lado, y el puente causal que una ambos extremos, situación que exige y requiere del examen del mérito de autos. Así, el resultado de tal praxis procesal arroja como conclusión que en la especie todos y cada uno de los requisitos antes singularizados aparecen no tan solo concurrentes, sino que además satisfechos. No escapa a estos sentenciadores -por encontrarse en el hipocentro de la cuestión a resolver- la actuación punible del hechor -condenado circunsriptamente en cuanto agente del Estado- lo que determinó específicamente su participación como autor mediato en la modalidad de lo que se conoce como “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”.

TRIGESIMO SEXTO: Que, la inteligencia del actual artículo 10., del Código adjetivo de punición, acusa el mayor espectro y consecuencia sistemática de jure que cubren hoy en día las acciones civiles en el proceso penal, acorde a la aplicación de los elementos hermenéuticos gramatical y lógico, y en lo pertinente a este último, por consideración de los métodos sistemático, teleológico e histórico, no resultando entonces ajeno, a estos jueces, que la reforma al artículo en cuestión ha importado una ampliación dentro de la cual se ejerce la acción civil en el proceso criminal, excluyendo por cierto, el conocimiento de aquellas acciones civiles cuyo fin es el perseguir perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que, así entonces, la indemnización de la injuria o daño producido por el delito, y por ende su acción procesal para hacerla efectiva alcanzan consecuencia lógica en nuestro Ordenamiento Jurídico, reconociéndose para tal conclusión, los elementos ontológicos del fenómeno en cuanto, como se ha observado, delito-causa (acción típica antijurídica y culpable, así determinado por sentencia) y daño-efecto, todo lo cual queda, en criterio de estos sentenciadores de mayoría, cubierto por las modalidades sistemática y teleológica de interpretación, lo que resulta ajustado y consecuente con el contexto general y específico de nuestro Ordenamiento jurídico en cuanto recoge y consagra la reparación del daño.

TRIGESIMO OCTAVO: Que, en la dirección en examen -y aún cuando se ha señalado expresamente y de manera previa en este mismo fallo- estos jueces no pueden dejar de tener presente -al pronunciarse sobre la pretensión civil indemnizatoria deducida en autos- que se encuentra suficientemente acreditado que los autores de los delitos reiterados de secuestro calificado, perpetrados a contar del 10 de Octubre del año 1.973., -en las personas de Salvador Alamos Rubilar; José Héctor Bórquez Levicán; Daniel Antonio Castro López; Carlos Alberto Cayumán Cayumán; Mauricio Segundo Curiñanco Reyes; Carlos Figueroa Zapata; Isaías José Fuentealba Calderón; Luis Armando Lagos Torres; Ernesto Juan Reinante Raipán; Modesto Juan Reinante Raipán; y, Luis Alfredo Rivera Catricheo; Fernando Gabriel Vergara Vargas- fueron cometidos -en lo que a este específico punto dice relación- por Hugo Guerra Jorquera, Teniente Coronel de Ejército a la fecha de ocurrencia de los hechos, funcionario dependiente del Estado de Chile, quien actuando oficialmente en ejercicio de su función, y excediéndose abusivamente de la órbita de sus atribuciones, ocasionó, en cuanto agente del Estado los perjuicios o daños cuya indemnización se demanda.

TRIGESIMO NOVENO: Que, la Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 6° que, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. / Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”. En sentido convergente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653., de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575., Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que “*el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado*”. Cabe

observar que este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil.

*Así, en conformidad con los referidos hitos y normas de jure sobre **responsabilidad del Estado**, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita del funcionario o agente del Estado autor de los delitos de secuestro de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho pertinentes.*

CUADRAGESIMO: Que, así las cosas, todavía cabe considerar la aplicación del frente de jure proveniente de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como la normativa internacional en cuanto ius cogens, en el contexto de lo que dispone el artículo 5º., de la Constitución Política de la República, al consagrar que, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”.

CUADRAGESIMO PRIMERO: Que, en consecuencia con lo expuesto, y en relación a lo antes dicho, ha de considerarse que la reparación generada por el maleficio, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la *institución jurídica de la responsabilidad*, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad.

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que, la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial -de conformidad a los en Convenios y Tratados celebrados por Chile- que por disposición constitucional le son vinculantes, como ocurre v.gr., y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de Enero de 1.980., la que establece en su artículo 27., que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado". (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas...; página 231).

CUADRAGESIMO TERCERO: Que, en consecuencia, no se acogerán las invocaciones formuladas por el Fisco de Chile, conducentes a eximirse de la responsabilidad civil generada por los delitos aquí establecidos, en razón de los factores antes analizados, y teniendo expresamente en cuenta la normativa internacional, por lo cual estos sentenciadores rechazan la excepción de incompetencia absoluta formulada por el Fisco, por resultar inatinerante en la especie.

CUADRAGESIMO CUARTO: Que, en cuanto a la segunda batería argumental desplegada por el Fisco de Chile, referida a la excepción de prescripción de la acción ejercida por los querellantes en su contra, las razones antes esgrimidas para desechar la incompetencia absoluta del tribunal son aplicables a dicha alegación, teniendo también presente para ello, como se ha explicitado, las normas internacionales sobre Derechos Humanos, en cuanto consagran el derecho de las víctimas y familiares a recibir la justa reparación, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.

CUADRAGESIMO QUINTO: Que, haciendo un ejercicio de jure acotado al derecho civil común chileno, el cómputo del plazo correspondiente para determinar la

supuesta prescripción de las acciones indemnizatorias, en los términos planteados por el Fisco de Chile, no resulta aplicable desde que la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por los ilícitos cometidos por sus propios agentes, *obligación que deriva de su responsabilidad penal, la cual requiere de una decisión jurisdiccional al efecto, certeza ésta que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, a lo menos, a partir de la acusación formal en contra del inculpado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo que permita acoger la prescripción invocada..*

CUADRAGESIMO SEXTO: Que, en cuanto a la tercera alegación del Fisco de Chile en orden a controvertir los hechos, debe tenerse presente que conforme se recogió en la sentencia de casación que antecedente y en la presente son hechos establecidos en autos -sin que pueda arribarse a conclusión contraria- en mérito de la prueba rendida y debidamente ponderada de acuerdo a los límites de la prueba legal o tasada, que, el diez de Octubre de mil novecientos setenta y tres, fueron privados de libertad, al margen de todo proceso, a diferentes horas del día y de la noche: en la localidad de Liquiñe, Salvador Alamos Rubilar, Daniel Antonio Castro López, Mauricio Segundo Curiñanco Reyes e Isaías José Fuentealba Calderón; en la localidad de Trafún, José Héctor Bórquez Levicán, Carlos Alberto Cayumán Cayumán, Ernesto Reinante Raipán, y Modesto Juan Reinante Raipán; en la localidad de Paimún, Carlos Figueroa Zapata y Luis Alfredo Rivera Catricheo; y, en la localidad de Carranco, Luis Armando Lagos Torres, todos, por personal de Carabineros y del Ejército llegado desde Valdivia a la zona, quienes portaban una lista con los nombres de los detenidos, movilizándose en un vehículo particular, una camioneta del Servicio Agrícola y Ganadero, un vehículo policial y en la ambulancia del Retén de Liquiñe, perdiéndose, desde entonces, todo rastro, sin que los privados de libertad hayan tomado contacto con sus familiares, ni realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, ni registraren entradas o salidas del país, sin que consten tampoco, sus defunciones.

CUADRAGESIMO SEPTIMO: Que, como también lo concluye el fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autor le ha correspondido al encartado HUGO GUERRA JORQUERA, en su condición de Teniente Coronel del Ejército de Chile, agente del Estado, lo que le determinó en los hechos sublite -delitos reiterados de secuestros calificados de la manera como se razona y concluye en el considerando duodécimo del fallo de primer grado- en la modalidad prevista en el numeral segundo del artículo 15., del Código punitivo, segunda parte, en la particularidad de la *inducción* y en el matiz y contexto de la *autoría mediata*, en lo que se conoce como “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”, aspectos no cuestionados por la defensa fiscal, y que traen como consecuencia la acreditación de los fundamentos en que se construye la demanda civil deducida por Ramona Lagos Lagos y Marta Castro González.

CUADRAGESIMO OCTAVO: Que, como cuarta alegación del Fisco de Chile, éste sustenta que no existiría un régimen de responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado, argumento que recogido y examinado por estos sentenciadores, les lleva a concluir que son aplicables al efecto los mismos fundamentos desarrollados precedentemente por lo que desestiman dicha pretensión, al emanar de la ley de rango constitucional la responsabilidad que se pretende hacer efectiva según el ya citado artículo 5° de la Constitución, en cuanto ha posibilitado la incorporación en el Ordenamiento Jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del

Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

En el mismo curso de raciocinio, en relación con la procedencia de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, cabe considerar también que por tratarse en la especie de un delito encartado como de “lesa humanidad”, su especial naturaleza antijurídica le determina en la categoría de aquellos no prescriptibles, como lo ha resuelto por demás esta Corte Suprema en casos similares -por aplicación de los instrumentos internacionales y de acuerdo también con las normas de ius cogens, en cuanto se trata de ilícitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, lo que relacionado con el artículo 5º., inciso segundo de la Constitución Política de la República en cuanto a la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria, no resulta pertinente tener por extinguida por prescripción, el deber del Estado y el derecho de la víctima a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados.

CUADRAGESIMO NOVENO: Que, en relación a un quinto capítulo denominado “Improcedencia de la indemnización en el caso de haber sido ya indemnizados los actores de acuerdo con la ley 19.123”, por la que se busca obtener la improcedencia de la indemnización demandada al cobijo de los términos que dispone la Ley citada, tal alegación del Fisco será desechada, toda vez que no resulta incompatible con la reparación material el daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la comisión de los delitos cuya certeza se obtiene recién como resultado de este proceso. Por lo demás, el espíritu de la ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992, respecto de los beneficios allí contemplados, expresa que éstos dicen relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objeto de coordinar ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, circunstancias estas que en ningún caso pueden confundirse con aquellas que emanan del derecho común, relativas a la responsabilidad civil como consecuencia de un delito, conforme expresamente lo disponen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por la actora, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.

QUINCAGESIMO: Que, a mayor abundamiento, la normativa referida en el numeral que antecede, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno la incompatibilidad a que se refiere el Fisco de Chile en su contestación, sin que sea procedente suponer aquí que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de que se trata ante, la evidencia de que las acciones para obtener aquéllo se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en definitiva, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado, voluntariamente en el primer caso, no importando de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4º de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que “En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiere haber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de

hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia".

QUINCAGESIMO PRIMERO: Que, en cuanto a la sexta carga argumental del Fisco, consistente en que los nietos carecerían de interés para demandar los daños morales, referida a la demanda de Marta Elena Castro González, respecto de la cual se reiteran las apreciaciones resueltas precedentemente, y las que siguen, relativas a que el vínculo no estaría acreditado, no tendría preferencia frente a parentescos más cercanos, el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos conforme a la prescripción, el sistema de beneficios de la ley 19.123, lo exagerado de los montos solicitados o la improcedencia de la acción, estos sentenciadores se estarán a lo que en lo pertinente a esos tópicos se diga y resuelva en la presente sentencia, para así evitar repeticiones innecesarias.

QUINCAGESIMO SEGUNDO: Que, en cuanto a las alegaciones séptima, octava y novena, efectuadas por el Fisco de Chile, y sustentadas en que lo demandado a título de indemnización por daño moral se estima excesivo, que igualmente debe ser legamente acreditado, y la improcedencia de reajustes e intereses, se tiene presente que en lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

QUINCAGESIMO TERCERO: Que, la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve per se la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se le condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho maleficio, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste.

En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto le producen sufrimiento, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

QUINCAGESIMO CUARTO: Que, se encuentra establecido que Ramona Eliana Lagos Lagos es hija del desaparecido Luis Armando Lagos Torres de 50 años de edad a la fecha de su desaparición, viudo, nueve hijos, de ocupación obrero maderero, militante socialista; y que Marta Elena Castro González es nieta del desaparecido Daniel Antonio Castro López, de 68 años de edad, casado, siete hijos, comerciante, militante socialista, -vinculaciones que pese a que no se han objetado ni discutido derechamente, se encuentran

debidamente acreditadas con los documentos agregados a fojas 22 y 23 del Tomo I de estos antecedentes respecto de la primera; en tanto, que la segunda, acreditó su parentesco conforme los certificados agregados a fojas 796 y 797 del Tomo III de éstos autos, vinculados a su querella de fojas 798 y siguientes.

QUINCAGESIMO QUINTO: Que, a lo anterior, cabe colacionar las propias declaraciones de las afectadas de fojas 43, en donde la primera expresa haber tenido 24 años de edad a la fecha en que ocurrieron los hechos, y que le tocó presenciar la detención ilegal de su padre ignorando su paradero hasta la fecha; en tanto que la segunda, lo hizo a fojas 870 del Tomo IV, ratificando su querella por la desaparición de su abuelo paterno de fojas 798, de todo lo cual se concluye que ambas demandantes mantenían con los ofendidos una relación de cercanía y afecto, lo que sumado a los testimonios de fojas 45; careos de fojas 48; informe de fojas 234 del Programa Continuación Ley 19.123 (242); Documentación del Arzobispado de Santiago Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad de fojas 318 y siguientes; Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de fojas 645 y siguientes; artículos de prensa de fojas 878 y siguientes; 1.048 y siguientes; 1.066 y siguientes; 1.412 y siguientes; 1.678 y siguientes; Documentos de fojas 1.833 y siguientes, y en especial los de fojas 2.423 e Informe de fojas 2.536, todo lo cual se ve reafirmado por los informes técnicos que se acompañaron en autos y que corresponden a los remitidos al tribunal por el Centro de Salud Mental y Derechos Humanos "CINTRAS", de fojas 2.604 a 2.614 todos los cuales son coincidentes en concluir sobre los dramáticos efectos que en las familias, particularmente los niños, produce la desaparición de un ser querido en condiciones semejantes a la que se ha estudiado en estos antecedentes, por lo que es dable concluir la existencia de consecuencias psicosociales y efectos traumáticos de la ejecución política, del secuestro y desaparición de personas sobre sus familiares directos, así como las circunstancias en que ellos sucedieron, le han provocado a las actoras un dolor, un sufrimiento y angustia por la pérdida y por la manera que se produjo, lo que por sí solo constituye un daño moral, del cual fluye la obligación del Estado a indemnizar.

QUINCAGESIMO SEXTO: Que, en lo que respecta al quantum solicitado, éste se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa.

En relación a la reajustabilidad de la indemnización, que el demandante pide se aplique, igual que los intereses, desde la fecha de ocurridos los hechos delictivos de que se trata, mas costas, cabe tener presente que, el Fisco de Chile en su contestación se opone a ello, estimándolos improcedentes, argumentación que se desechará considerando como pertinente el momento en que se notifica válidamente la demanda como aquel en que se hace efectiva la pretensión del actor, debiendo aplicarse en consecuencia a partir de este hito en el tiempo, el reajuste de la indemnización que en definitiva se fije, mientras tanto que los intereses habrán de calcularse desde que el deudor se constituya en mora, esto es, a partir desde la fecha en que la sentencia adquiera el carácter de firme o ejecutoriada.

QUINCAGESIMO SEPTIMO: Que, estos sentenciadores valoran el mérito de los antecedentes del proceso y tienen en dicho contexto presente que se encuentra legalmente acreditada la existencia del daño moral que se reclama, consistente en la aflicción o dolor que los secuestros calificados han ocasionado a las demandantes Ramona Lagos Lagos producto de la desaparición de su padre Luis Armando Lagos Torres; y a Marta Elena Castro Gonzalez la de su abuelo Daniel Antonio Castro López, que son sus cercanos parientes, de los cuales han debido no sólo lamentar y llorar su pérdida, sino que además luchar para que se conociera después de muchos años la verdad de lo ocurrido.

QUINCUAGESIMO OCTAVO: Que, por todo lo anteriormente razonado, se acogerá la demanda civil intentada por Ramona Eliana Lagos Lagos y Marta Elena Castro González, rechazándose las excepciones opuestas por el Fisco, y reduciéndose prudencialmente el monto de la indemnización según se fijará en lo resolutive del presente fallo.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 29., y 103., del Código de punición criminal, y 514., y, 527., del Código de enjuiciamiento punitivo, se resuelve que:

A.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION.

Se rechaza el recurso de Casación en la Forma interpuesto por el abogado Don Carlos Donoso Benedetti, en representación del sentenciado Hugo Guerra Jorquera, contenido en lo principal de fojas 2.751.

B.- EN SU PARTE PENAL

Se confirma la sentencia de primer grado, fechada en Santiago el veinticinco de Enero de dos mil seis, que corre de fojas 2.641., a fojas 2.734., ambas inclusive, las que se ubican en el Tomo VIII., *con declaración:*

I) Que, HUGO ALBERTO GUERRA JORQUERA queda condenado a la pena de **cinco 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 autor de los delitos reiterados de secuestro calificado, perpetrados a contar del 10 de Octubre de 1.973., en las personas de Salvador Alamos Rubilar, José Héctor Bórquez Levicán, Daniel Antonio Castro López, Carlos Alberto Cayumán Cayumán, Mauricio Segundo Curiñanco Reyes, Carlos Figueroa Zapata, Isaías José Fuentealba Calderón, Luis Armando Lagos Torres, Ernesto Juan Reinante Raipán, Modesto Juan Reinante Raipán, y de Luis Alfredo Rivera Catricheo.

II) Que, LUIS OSVALDO GARCIA GUZMAN queda condenado a la pena de **tres años y un día** 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 autor del delito de secuestro calificado, perpetrado a contar del 10 de Octubre de 1.973., en la persona de Luis Armando Lagos Torres.

III) Que, estimando estos sentenciadores que los sentenciados Hugo Alberto Guerra Jorquera y Luis Osvaldo García Guzmán cumplen con los requisitos legales para acceder a la medida alternativa consistente en la libertad vigilada, y aún cuando no obran en autos los informes respectivos, situación que no resulta vinculante para el tribunal, teniendo en consideración el largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos punibles, como asimismo, el mérito que se desprende del extracto de filiación y antecedentes de los condenados, se les concede a ambos el referido beneficio alternativo, debiendo dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en el artículo 17., de la Ley N° 18.216/1.983., de 14 de Mayo., con excepción de la exigencia de su letra d), referida a la satisfacción de las indemnizaciones civiles y costas impuestas por el fallo al sentenciado Guerra Jorquera como requisito previo para gozar del beneficio aquí concedido, sin perjuicio de la persecución de dichas obligaciones conforme a las reglas generales.

Se establece como plazo de observación uno igual al de la pena impuesta, esto es, de cinco años para Hugo Alberto Guerra Jorquera, y de tres años y un día para Luis Osvaldo García Guzmán. Ante la circunstancia que el señalado beneficio le fuere revocado a cualquiera o a ambos beneficiarios y debieren cumplir efectivamente la pena, se abonarán 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.

C.- EN SU PARTE CIVIL

*I) Se **revoca*** la sentencia de primer grado, fechada en Santiago el veinticinco de Enero de dos mil seis, que corre de fojas 2.641., a fojas 2.734., fojas que se ubican en el Tomo VIII., en aquella parte que aceptó la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile respecto de la demanda civil intentada en el primer otrosí de fojas 1.846 por parte de las actoras Ramona Lagos Lagos y Marta Castro González; y en su lugar se declara que ésta queda rechazada, procediéndose en consecuencia a acoger la indemnización de perjuicios por ellas solicitada, debiendo el Fisco de Chile pagar a Ramona Lagos Lagos la suma de \$70.000.000.- (setenta millones de pesos), y a Marta Castro González la suma de \$40.000.000.- (cuarenta millones de pesos) por concepto de daño moral, sumas que en cada caso se reajustarán según la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de notificación de la demanda y la de su pago efectivo, mas intereses desde que quede ejecutoriada esta sentencia; sin costas, por haber tenido el Fisco de Chile motivos plausibles para oponerse a las acciones indemnizatorias interpuestas en autos.

D.- Se confirma en lo demás apelado, la referida sentencia.

Acordada la condena penal de los acusados Guerra Jorquera y García Guzmán, con el voto en contra del **Ministro señor Segura**, quien estuvo por revocar la sentencia, en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por sus defensas y, en cambio, acogióndola fue de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los mencionados acusados y por tanto absolverlos, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1°.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma:

“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias”.

Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2°.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia —como también por esta sentencia—, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se comete al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero, su consumación se prolonga y permanece mientras dura la

privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, I, 2ª. Ed. Conosur, julio 2001, pág. 183).

De ser de este modo, surge para estos disidentes la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado?

3º.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de 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 presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía 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 resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso 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 y 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 la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. 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, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que 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 este caso concreto, a partir del 10 de enero de 1974. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

4º.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza:

“Artículo 163.

1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.”

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en Título VI de “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996, pág. 137 y ss.), comenta que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo...” “Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal.” En otra parte sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea...”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, pág. 144).

5º.- Que, por otra parte, 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 genera 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.

6º.- Que, desde la comisión del delito de autos (10 de octubre de 1973), y la fecha de la querrella por los familiares de las víctimas (17 abril de 2001), y habiéndose producido la paralización y efecto contemplado en la parte final del 96 del Código Penal, transcurrieron 27 años, 6 meses y 7 días y conforme, además, la normativa expresa de los artículos 93, 94, y 95

del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del acusado por los secuestros calificados que fueron investigados en la presente causa, y en ello se funda el parecer de éste juez para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

En su parte civil, acordado también con el voto en contra del **Ministro Sr. Segura Peña** quien estuvo por declarar la incompetencia del juez en lo penal para pronunciarse sobre la acción civil, teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

Primero: Que, con arreglo al artículo 10 del Ordenamiento Procesal Penal, la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en la litis criminal, reconociendo que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del enjuiciamiento punitivo, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, estableciendo, de esta manera, un coto al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

Segundo: Que, en este orden de ideas, a pesar que el primer criterio de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar su petición, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de competencia objetiva, situación que, por lo demás, conlleva a realizar una interpretación restrictiva de la reseñada norma al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un cánón excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

Tercero: Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que le se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador -recogiendo la tendencia doctrinaria de acotar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil-, al modificar el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, si bien, por una parte, pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el litigio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo los prejudiciales y precautorias; al mismo tiempo estableció un límite claro a las mismas, circunscribiéndola a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata –consagrando condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos del texto anterior- imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de

suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquel y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente. En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata) con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

Cuarto: Que, corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa que: “De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda al campo de las acciones civiles a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado”.

Quinto: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código Adjetivo Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la pretensión civil en asiento penal y el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción concedida al actor civil.

Sexto: Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente limitada el ejercicio de la pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados y/o responsables, entregando el conocimiento de tales peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales.

Séptimo: Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y,

por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

Octavo: Que, sin perjuicio de lo anterior, es útil dejar en claro, que como lo ha sostenido anteriormente esta Corte: “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho”. Añadiendo que “en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad” (Corte Suprema Rol N° 428-03, de dieciséis de agosto de dos mil cuatro, basamento décimo quinto).

Acordado, asimismo, en su parte civil, con el voto en contra del **Abogado Integrante Sr. Hernández**, quien estuvo por rechazar las acciones civiles interpuestas, teniendo para ello presente los siguientes razonamientos:

1°.- Que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de “ius cogens”. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

2°.- Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad -categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos- es imprescriptible, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Roles Nos. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

3°.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos.

En efecto, hay quienes piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad, se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito, trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil.

A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.

4°.- Que cabe desde luego dejar establecido que, al tiempo de los hechos investigados, no se encontraba vigente en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – el que sólo vino ser aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 – y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991.

Ambos tratados internacionales contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la **“indemnización compensatoria”** fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y **“el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”**, respectivamente.

Empero, la publicación de ambas convenciones internacionales con posterioridad a los ilícitos sancionados penalmente en este veredicto, obsta a su aplicación retroactiva y al intento de fundar en sus disposiciones la pretendida imprescriptibilidad de la acción civil.

5°.- Que, a juicio de este disidente, la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad, es una de derecho consuetudinario, que encuentra su base de sustentación y reconocimiento en el Preámbulo y en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXII), de 26 de noviembre de 1968, aunque no ratificada ni publicada en nuestro país.

En lo pertinente, dicho Preámbulo consigna: **“Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”**. De su tenor se extrae que la norma convencional se limita a **“afirmar”** tan relevante principio, con el claro objetivo de **“asegurar”** su aplicación a todas las naciones, independiente de la concurrencia de éstas a la firma o adhesión al tratado.

Por su parte, el artículo I b) mencionado complementa y refuerza el alcance indicado, al disponer: **“Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1.945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1.946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1.946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1.948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos”**.

A su vez, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg define como crimen contra la humanidad: "El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen" (art. 6°).

La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, entonces, no ha venido sino a cristalizar principios recogidos desde mucho antes de su adopción, en la forma de un derecho consuetudinario que sanciona tan deshumanizados comportamientos.

6°.- Que el artículo IV de la aludida Convención – que en este punto “se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la norma y la fijación de su contenido”- según tuvo oportunidad de declararlo este mismo Tribunal Superior en autos Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2.006 – introduce un mandato vigente respecto de toda la comunidad internacional, en el sentido que “la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo”, no debe aplicarse a los crímenes designados en los artículos I y II de ese tratado.

Sin embargo, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.

7°.- Que el derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68 del relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55 del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Pero tampoco estas prescripciones contienen alusiones implícitas o explícitas a la prescripción civil que interesa.

8°.- Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, “no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo” (Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.

9°.- Que la explícita precisión, en orden a la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, formulada en el artículo IV de la Convención mencionada en la reflexión precedente, es demostrativa que el instituto de la prescripción no es ajeno al derecho internacional y,

además, de que este peculiar ordenamiento no ha regulado la procedencia y límites de aquélla, en el ámbito reparatorio.

10°.- Que la prescripción, en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar - más que la justicia- la seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, en el vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir, que la admite tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance a sólo este último aspecto.

11°.- Que, confirmando esta deducción, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24.10.2005, los **“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”**.

En lo atinente a la cuestión estudiada, la resolución reza:

“7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”

El transcrito numeral 7° es categórico en distinguir la prescripción de “las acciones civiles” y de otras especies de violaciones, prohibiendo limitar indebidamente la posibilidad de interponer la “víctima” demanda contra el “autor” del ilícito, ni aplicarse a períodos en que no haya “recursos efectivos” contra aquéllas violaciones.

Más adelante, la misma resolución agrega que: **“16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”**.

Conforme a esta regla, la opción resarcitoria de las víctimas de los crímenes en análisis debe someterse, por remisión de los propios principios del derecho internacional, al derecho interno de los Estados.

12°.- Que, si bien sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de computarse desde una época inicial distinta de la que establece el artículo 2.332 del Código Civil, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al gobierno militar – el 11 de marzo de 1.990 - o aun la de publicación de la ley N° 19.723, de 8 de febrero de 2.002, que acordó pensiones y otras reparaciones para familiares de las víctimas, produciendo la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos en la jurisdicción doméstica para hacer frente a violaciones de las normas sobre derechos humanos, conciliable con la propuesta declarativa aludida en la reflexión 12ª precedente.

13°.- Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, de modo tal que la aplicación al caso que interesa del artículo 2.332, por remisión del artículo 2.497, ambos del Código Civil, resulta legítima y permite desestimar las de tal naturaleza interpuestas en estos autos, por transcurso del tiempo previsto para su extinción por esa causal.

Se previene en lo penal, que el **Ministro Sr. Künsemüller L.**, fue del parecer, en lo que respecta a la solicitud de prescripción gradual, de rechazarla, como asimismo la rebaja de grados establecida en la decisión de mayoría, al estimar que tratándose en la especie de un delito permanente, calificación atribuida en el fallo al comportamiento típico, antijurídico y culpable de los acusados, cuya realización se mantiene mientras subsiste el estado antijurídico creado por la ilegítima privación de libertad, no existe modo preciso de fijar el exacto inicio temporal de la prescripción de la acción penal; de acuerdo al artículo 103 del respectivo cuerpo legal, esta norma opera cuando ha transcurrido ya la mitad del tiempo que se exige en los respectivos casos para la prescripción, lo que necesariamente exige tener una fecha a partir de la cual se entienda indiscutiblemente comenzado el término de los años cuyo transcurso fundamenta la prescripción completa o cabal, lo que no resulta factible si el ilícito penal no ha culminado su ejecución.

“Se llaman delitos PERMANENTES aquellos que tienen la particularidad de crear un ESTADO DELICTIVO que se dilata y extiende en el tiempo...de tal manera que ellos se continúan consumando indefinidamente, mientras subsista el mencionado estado...” (Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, T.I, pág. 317, cita como ejemplo **el rapto**, que cuanto a la esencia de aquello en que el hecho consiste materialmente - privación de libertad- es idéntico al secuestro). En concepto de Garrido Montt, en el delito permanente, como el secuestro (art. 141) y, en general, en las privaciones ilegítimas de libertad, el hecho se perfecciona cuando una persona es privada de su libertad arbitrariamente, pero mientras continúa ese estado, “el delito se sigue consumando instante a instante y de manera permanente”. (Derecho Penal, Parte General, T.II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, pág. 259) En los delitos permanentes “el delito se comete desde que el autor crea el estado antijurídico hasta su terminación”, ej. el secuestro de personas, art. 141 C. Penal (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, pág. 131). La misma opinión sustenta Etcheberry, refiriéndose concretamente al tipo de secuestro: “En cuanto a su consumación, este delito es permanente, y se prolonga mientras dura la privación de libertad. Sólo al cesar ésta comienza a contarse el plazo de prescripción.” (Derecho Penal, T.III, 3ª edición)

En el caso que nos interesa, el estado antijurídico originado por el delito “no ha terminado”; “Los delitos permanentes son aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. Tal es el caso del secuestro... “; La gran importancia de la clasificación que distingue delitos instantáneos y permanentes queda demostrada por las siguientes particularidades que presentan los delitos permanentes: a) la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo”. (Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, T.I, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, págs. 249-250).

“La misma denominación de delito permanente nos indica que elemento esencial de esta figura es la duración o permanencia, lo que además se ve reforzado por las expresiones que, generalmente, la doctrina emplea para caracterizarlo como ya se ha dicho.” (Paz Lloria García, Aproximación al estudio del delito permanente, Estudios de Derecho Penal y Criminología, dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, Editorial Comares, Granada 2006, pág. 14)

La tesis que identifica la permanencia del delito con la duración del resultado o como mantenimiento de la lesión al bien jurídico, es seguida en España por un importante número de autores: entre otros, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S, Derecho Penal, Parte General, pág. 443; González Rus, J.J., en Cobo del Rosal, M. (Director) Comentarios al Código Penal, T.III, pág. 922 ; Quintero Olivares, Manual de Derecho Penal. Parte General, pág.606). “Es ilustrativa la definición de delito permanente ofrecida por De Toledo Ubieta y Huerta Tocildo, para quienes el delito permanente supone una “ofensa al bien jurídico en el tiempo-generando una especie de estado antijurídico-hasta tanto que el sujeto activo decide su cesación o se ve compelido a ella.” (cit. por Lloria García, op. cit.,pág. 25).

Como no ha cesado el estado consumativo del secuestro perpetrado en la especie-única manera de concordar con la calificación de “delito permanente o “de consumación permanente” - y la lesión del bien jurídico-representada por el resultado que lo comprime - perdura, mal puede hablarse de inicio o comienzo cierto del término de prescripción de la acción penal, que según la ley empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito (art. 95 del Código Penal) y, en esta situación particular, ese plazo se cuenta desde el momento del término de la situación delictiva. (Cousiño, op. y pág. cit.)

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 Angel Sandoval Rodríguez), sostiene 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.

Por ende, falla el presupuesto básico para la aplicación del artículo 103 ya referido, cual es que haya transcurrido la mitad de un plazo que ha de tener un momento de inicio, objetivamente establecido, para su cómputo.

El profesor Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, citado en este fallo, 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.” (op, cit.,págs. 460 y 483) Pues bien, ese decurso de un plazo, ha de tener ,ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo en el tiempo, de inicio, de comienzo, lo que, a juicio de este ministro-y como lo ha expresado en otras sentencias- no es posible fijar 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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos y de los votos disidentes y prevención, sus autores.

Rol N° 4.662-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Kunsemüller L. y los abogados integrantes Sres. Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Francisca Arteaga Smith.