

## Desaparición de Rudy Cárcamo

Concepción, a veinticinco de noviembre de dos mil once.

VISTO:

**1.-** Que por sentencia de primer de grado de 15 de enero de 2011, dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria, don Carlos Aldana Fuentes, se condenó a Hugo Nelson González D'Arcangeli, Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía, Osvaldo Francisco Harnish Salazar y José Raúl Cáceres González, como autores del delito de secuestro descrito y sancionado en el artículo 141 inciso cuarto del Código Penal, de **Rudy Cárcamo Ruiz**, cometido el 27 de noviembre de 1974, en la comuna de Talcahuano, a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, a cada uno, más a las accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa. Se les concedió a cada uno de los sentenciados el beneficio de la remisión condicional de la pena, previsto en el artículo 4 de la Ley 18.216, con un plazo de observación igual al de la condena, debiendo cumplir con las demás exigencias que establece el artículo 5 la mencionada ley.

**2.-** Que a fs. 2551, 2555 y 2557 apelan de la sentencia los acusados Víctor Ernesto Donoso Barrera, Conrado Alfredo Sesnic Guerricabeitía, Osvaldo Francisco Harnish Salazar, Hugo Nelson González D'Arcangeli y José Raúl Cáceres González.

**3.-** Que a fs. 2560 apela de la sentencia el abogado Nelson González Bustos por la querellante.

**4.-** Que a fs. 2562 apela de la sentencia el abogado Renato Fuentealba Macaya, por don Hugo González D'Arcangeli, solicitando la absolución de su representado, y en subsidio que se le reconozcan todas las atenuantes invocadas, y se le condene a 61 días de presidio menor con beneficio de remisión condicional de la pena.

**5.-** Que a fs. 2564 apela la abogada doña Patricia Parra Poblete, por el Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior, solicitando no aplicar la prescripción gradual en la forma que se señala en la sentencia, y elevar a la pena máxima contemplada por el legislador la sanción impuesta a los sentenciados.

**6.-** Que a fs. 2571 apela de la sentencia el abogado Fernando Saenger Gianoni, por todos sus representados, solicitando la absolución de éstos, y en subsidio que se les reconozcan todas las atenuantes invocadas, y se les condene a 61 días de presidio menor con beneficio de remisión condicional de la pena.

**7.-** Que a fs. 2580 informa la Fiscal Judicial sra. Gladys Lagos Carrasco, quién señala en síntesis que no cabe aplicar a los condenados, por no favorecerlos, la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal, puesto que no existe fecha desde la cual se pueda computar su inicio temporal. Solicita, en atención a lo anterior, que se confirme la sentencia, con declaración de que se aplique a los condenados las penas que en derecho correspondan.

**8.-** Que en cuanto a la amnistía, y a mayor abundamiento de las reflexiones contenidas en la sentencia en revisión, es necesario tener presente que, según la doctrina reiterada por el máximo Tribunal “ nuestro país, al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra, de 1949, asumió el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves defendidas en ese instrumento internacional; también se obliga a los Estados Partes a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer

ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. El Estado de Chile se impuso el deber de no recurrir a medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismo o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos”.... Y continúa más adelante “ ..El legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y, si bien podría dictar una ley en tal sentido, prescribiendo disposiciones contrarias a ese compromiso o que hiciesen imposible su cumplimiento, tal acto del órgano legislativo importaría una contravención al ordenamiento internacional”. ( Corte Suprema. Rol 2.569-2009)

**9.-** Que a su vez los elementos de convicción reseñados en el fallo de alzada, y su ponderación efectuada de conformidad con las normas legales son suficientes para concluir la existencia del delito de secuestro de Rudy Cárcamo Ruiz, descrito y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, en su texto vigente a la fecha de los hechos investigados.

**10.-** Que igualmente los elementos de convicción consignados en los considerados trigésimo séptimo a quincuagésimo primero de la sentencia de primer grado, son constitutivos de presunciones judiciales que reúnen los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, y que resultan suficientes para dar por acreditada la participación punible de todos y cada uno de los encartados, en calidad de autores, en los términos del artículo 15 n° 1 del Código Penal, en el ilícito referido.

**11.-** Que en cuanto a la prescripción de la acción penal alegada por los acusados respecto de los hechos investigados, se comparte el criterio del sentenciador de primer grado expresado en los considerandos vigésimo segundo al trigésimo del fallo en alzada, respecto que esta causal de extinción de responsabilidad penal no resulta procedente en la especie, tanto porque de hacerlo se infringirían los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, en razón del estado de guerra interna que imperaba a la época de los hechos, como por la circunstancia de que estamos en presencia de un delito que, de acuerdo a su forma de ejecución, corresponde a un ilícito de tipo permanente, además de considerarse imprescriptible por tratarse de un delito de lesa humanidad.

**12.-** Que en cuanto a la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 103 del Código Penal, se comparten igualmente las reflexiones contenidas en los considerandos sexagésimo primero al sexagésimo sexto de la sentencia de primer grado respecto a la decisión de considerar a favor de los acusados la concurrencia de la causal de mitigación contenida en la norma indicada, por cuanto el proceso estuvo paralizado por casi veintiún años, entre el 12 de marzo de 1980, cuando quedó ejecutoriada el sobreseimiento temporal de la causa y el 20 de abril de 2001, cuando se reabrió el sumario.

A este respecto la Excma. Corte Suprema ha señalado reiteradamente que “la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena. En efecto, el señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante – que también se explica en razón de la normativa humanitaria – encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás y nada parece oponerse a que

los tribunales recurran a la señalada atenuación de la sanción, pues el lapso cumplido debe atemperar la severidad del castigo.” (Corte Suprema. 30/08/2010. Rol 8939-2010.)

**13.-** Que se disiente en esta parte de la opinión de la Fiscalía Judicial, en orden a no aplicar la institución de la media prescripción, y a elevar las penas que se han impuesto a los acusados, teniendo presente además que en atención a la redacción vigente del artículo 141 del Código Penal a la época de los hechos, y tal como se consigna en el motivo sexagésimo cuarto del fallo en alzada, el delito pesquisado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del 27 de noviembre de 1974, fecha cierta que permite precisar el inicio del plazo que es necesario considerar para la procedencia de la prescripción gradual.

**14.-** Que atento a los razonamientos anteriores, y apareciendo que la sentencia recurrida se encuentra ajustada al mérito del proceso y ha sido dictada conforme a derecho, se procederá a confirmarla.

Por estas consideraciones, lo informado por la Fiscalía Judicial a fojas 2580, y a lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia de fecha quince de enero de dos mil diez, escrita de fojas 2507 a 2549.

Se previene que el Ministro Ascencio Molina, fue de parecer de **confirmar la sentencia en alzada, con declaración** que se eleva la pena privativa de libertad impuesta a cada uno de los sentenciados, a la de **veinte años de presidio mayor en su grado máximo**, más las accesorias legales correspondientes, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena. Manteniéndose la imposición del pago de las costas de la causa.

Que dada la extensión de la pena privativa de libertad impuesta, no se le concede, a ninguno de los sentenciados, beneficio alguno de la Ley 18.216.

Que la pena de presidio mayor en su grado máximo impuesta a cada uno de los sentenciados, habida consideración que todos ellos se encuentran excarcelados, se le empezará a contar desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono, en cada caso, los días que han permanecido privados de libertad en esta causa, conforme se indica en los numerales 1° al 5° de la parte final de lo resolutivo del fallo en alzada.

De esta manera, se concuerda por quien previene, con la opinión de la Fiscal Judicial de esta Corte de Apelaciones, señora Gladys Lagos Carrasco, manifestada en su dictamen de fs. 2580.

Que para concluir de la manera ya dicha, el Ministro que previene ha tenido en consideración los siguientes antecedentes:

**1.-** Que, en lo que dice relación con las minorante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 n° 6 del Código Penal, esto es la irreprochable conducta anterior de los encartados, no basta para darla por concurrente con la sola circunstancia que los procesados no registran anotaciones prontuariales en sus extractos de filiación y antecedentes. En efecto, irreprochable, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa, “*1. adj. Que no merece reproche. O bien, 2. adj. Que no tiene defecto o tacha que merezca reproche*”. En consecuencia, la irreprochable conducta anterior equivale a haber tenido una vida anterior sin mácula alguna, lo que va más allá de la mera ausencia de antecedentes penales.

En consideración a lo expresado y, siendo insuficiente para tener por acreditada la irreprochable conducta de los encartados, las pruebas aportadas al efecto por sus respectivas defensas, se desestima la minorante del artículo 11 n° 6 del Código Penal, invocada a favor de cada uno de los acusados.

**2.-** Que, en lo que dice relación con la aplicación de la minorante de la media prescripción, contemplada en el artículo 103 del Código Punitivo, que ha sido alegada a favor de cada uno de los encartados por sus respectivas defensas letradas, en concepto del Ministro que previene, ella no resulta posible de ser aplicada, en atención a que en autos se ha dado por acreditado el delito de secuestro, sin que haya aparecido la víctima del mismo, por lo que los efectos del ilícito han de ser considerados permanentes en el tiempo. En razón de lo anterior, no resulta posible contabilizar el plazo desde el cual ha de contarse el inicio de la prescripción. Por lo mismo, si no se tiene certeza respecto de la fecha en que habrá de contarse el plazo para que comience a correr la prescripción, no se puede tampoco hablar de que ha transcurrido la mitad del plazo exigido para que opere la institución en comento.

En otras palabras, y como lo ha sostenido en voto disidente el Ministro de la Excma. Corte Suprema don Carlos Künsemüller dada la naturaleza de permanente del delito que en el proceso ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. La disposición citada gira en torno al tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura o se mantiene hasta que no se produce determinado evento, tal precisión temporal es imposible (véase al efecto fallo de la Excma. Corte Suprema, en causa rol 8939-09).

**3.-** Que, en consecuencia, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los encausados se debe tener presente que en el delito no concurren modificatorias de responsabilidad penal, por lo que el Tribunal está autorizado para recorrer toda la extensión de la pena y, en atención a las características del delito de que se trata, el Ministro que previene ha optado por aplicarla en su grado máximo.

Regístrese y devuélvase con su custodia.

Redacción abogado integrante Jorge Bécar Pereira y de la prevención su autor.

No firma el abogado integrante señor Jorge Bécar Pereira, quien concurrió a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente.

Rol 172-2010. Criminal.