

Santiago, veintiocho de enero de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos N° **2.182-1998**, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por dictamen corriente en el tomo VII, el ministro de fuero castigó a los encausados Gonzalo Enrique Arias González y Eduardo Orlando Riquelme Rodríguez, a sufrir cada uno la pena corporal de presidio mayor en su grado medio por el término de diez años y un día, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la respectiva condena y a enterar las costas del juicio, por su responsabilidad de coautores del delito de **secuestro calificado** cometido en la persona de **Luis Jorge Almonacid Dumenez**, en la ciudad de Temuco a contar desde el 20 de septiembre de 1973. En su sección civil, denegó las excepciones de incompetencia del tribunal, de prescripción extintiva y de pago opuestas por el demandado Fisco de Chile y acogió las demandas civiles sobre indemnización de los perjuicios por concepto de daño moral, deducidas por los padres del desaparecido Herminio Almonacid Rivera y Franelia Dumenez Barría, por un monto de cien millones de pesos (\$ 100.000.000.-) y por su hermana Liliana Almonacid Dumenez, por un valor de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000.-), ambas cantidades con más los reajustes registrados por el índice de precios al consumidor y los intereses corrientes devengados entre el período que indica, con costas.

Apelado dicho veredicto por ambos convictos y el demandado civil, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, desechó la petición de la defensa de Arias González, en orden a invalidarlo de oficio, y terminó por confirmarlo, con declaración, en la fracción civil, que los reajustes se cuentan desde que lo resuelto quede ejecutoriado hasta la data del pago efectivo.

Los enjuiciados atacaron este pronunciamiento mediante sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, mecanismo éste que también utilizó el demandado civil, y para el conocimiento de todos los arbitrios, se trajeron los autos en relación, a fojas 2.228.

Considerando:

Primero: Que en lo que concierne a la nulidad formal, por lo pronto, los sentenciados Arias González y Riquelme Rodríguez apoyan la crítica preliminar en el artículo 541, N° 9°, del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haberse extendido el fallo en la forma dispuesta por la ley, en consonancia con el 500, N° 4°, de ese estatuto, por carecer de consideraciones, toda vez que, según aquél, se evadieron las declaraciones de sus dos testigos; y la ausencia de elementos que comprueben el injusto, ni su participación culpable; en tanto que Riquelme le añade el artículo 488 y el N° 5° del mencionado 500, para quejarse de no existir decisión acerca de la media prescripción alegada por su asesoría letrada.

A su turno, Arias adiciona la causal contemplada en el N° 10° del citado artículo 541 de la compilación procedimental, es decir, la ultrapetita, al advertir incongruencia entre los títulos de imputación, dado que la acusación judicial y sus adhesiones le reprochan autoría ejecutora, conforme al artículo 15, N° 1°, del Código Penal, pero termina por sustentar la condena como autor inductor, con arreglo al N° 2° de este precepto.

Segundo: Que en lo que atañe al medio de nulidad sustantiva, el libelo de Arias descansa en el artículo 546, N°s. 1° y 7°, en armonía con el 488, N° 1°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, por transgresión a las normas reguladoras de la prueba; mientras

que Riquelme reemplaza el literal inicial por el ordinal 2°, en concordancia con los artículos 10, 460, N°s. 2°, 6° y 8°, y 141, incisos primero y tercero, de dicho ordenamiento, desde que se acogió la tacha contra un testigo y después se asienta el castigo en esos asertos ya desestimados, además, aquél se alza sobre presunciones judiciales contradictorias.

En subsidio, éste agrega el numeral 12° del referido artículo 546, por inobservancia de los cánones 1°, 15, N° 1°, 141 y 148, inciso segundo, del Código Penal y 456 bis, 485, 486, 488, 500, N° 4°, y 502 de su homónimo procesal del ramo, por cuanto resultó condenado sin antecedentes que acrediten el injusto, ni su participación culpable; todavía en subsidio, renueva la excepción de la prescripción de la acción penal como motivo de extinción de su responsabilidad o minorante especial de la misma; y, siempre en subsidio, aduce la causal establecida en dicho artículo 546, N° 5°, para insistir en tal prescripción, de idéntica manera a la recién expuesta.

Los restantes cimientos, que se hacen consistir en la equivocación de derecho en la determinación de su participación culpable, como también la ausencia de elementos para comprobar el hecho punible y/o la intervención de los inculpados y la aceptación de presunciones judiciales contradictorias, bien pueden insertarse dentro de las vulneraciones a las leyes reguladoras de la prueba consagradas en el artículo 546, N° 7°, del Código de Procedimiento Penal e igualmente invocadas por estos comparecientes, sea por vía principal, como lo hace la asistencia jurídica de Arias González, o subsidiaria, en la posición de Riquelme Rodríguez.

Tercero: Que, a su vez, el mecanismo empleado por el Fisco de Chile en contra de la resolución civil reprueba, en un acápite preliminar, desconocimiento de los artículos 17 a 27 de la ley N° 19.123 de 1992, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, y 19 y 22 del Código Civil, al negar lugar a su excepción de pago, pues se concedió a los actores una nueva indemnización, en circunstancias que ya fueron resarcidos por el mismo hecho, desde que el Estado de Chile desplegó un conjunto de acciones y medidas tendientes a reparar los daños morales y materiales causados por las vejaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen de facto inaugurado el 11 de septiembre de 1973, las que representaron un esfuerzo económico nacional digno de justipreciar al momento de decidir esta controversia.

En seguida, devela atropello de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 2332 de la compilación sustantiva, en relación con los artículos 2492, 2497, 2514, 19 y 22, inciso primero, de esta última recopilación, al dejar de adaptar al caso sub lite, la normativa de derecho interno sobre prescripción extintiva, ya que en nuestra legislación no existe texto legal alguno de fuente local o foránea que establezca, prorrogue, suspenda o interrumpa los plazos de prescripción de las acciones por responsabilidad civil extracontractual del Estado en situaciones de vejámenes a los derechos humanos, en vista de lo cual no se respetó el período de cuatro años fijado por el artículo 2332 para este tipo de prescripción, con evidente error de derecho.

A continuación, protesta también falsa aplicación de la preceptiva sobre la materia, que no prevé la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales, no obstante ahora se imponen cánones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, bajo el pretexto de los artículos 6° y 9° del Código Civil, a pesar que se trata de disposiciones de derecho internacional que recién entraron en vigencia en el sistema patrio desde el año 1990 y así se extiende indebida e ilegalmente al ámbito patrimonial una imprescriptibilidad prevista exclusivamente para la persecución penal, lo que involucra grave confusión de las

categorías jurídicas, ni se explicita ninguna norma concreta y precisa que la consagre, máxime si la discusión no apunta a determinar la obligación jurídica de los Estados de compensar a las víctimas de semejantes agravios, ni si debe comprenderse el daño moral, tópicos ya reconocidos desde antaño en el propio derecho interno, sino que se centra en deslindar si esa reparación puede perseguirse ad aeternum contra el infractor.

Finalmente, los falladores olvidan que ambas clases de responsabilidad, civil y penal, no sólo son diferentes, sino que incluso diametralmente contrapuestas, en cuanto a su naturaleza y fines, como que los reconocimientos de competencia contenidos en la documentación en que se apoyan, incumben a episodios posteriores al depósito de los instrumentos de ratificación, cuyo principio de ejecución es ulterior al 11 de marzo de 1990, por lo que la resolución importa error de derecho que tiene influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que debió aceptarse la prescripción.

Cuarto: Que, desde luego, conviene dejar en claro que el artículo 541, N° 9°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, sobre el cual ambos condenados montan sus impugnaciones de nulidad formal, exige para su admisibilidad, como requisito indispensable, que quien “lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley”, con apego a lo preceptuado en el artículo 769, inciso primero, del estatuto procedimental civil, aplicable al caso por mandato del artículo 535, inciso primero, de la recopilación primigenia recién aludida.

Entonces, no es dable levantar este arbitrio contra un laudo del superior al que se reprochan vicios o defectos contenidos en la resolución del inferior o en la omisión de trámites en que se habría incurrido durante la sustanciación del proceso en esa etapa, y justamente en la especie no se aprecia esa censura previa imprescindible.

Quinto: Que, aunque lo expuesto permite desestimar la causal esgrimida, tampoco puede perderse de vista que las sentencias se construyen estableciendo hechos sobre la prueba rendida, lo cual no entrega la tarea al mero capricho de los jueces, sino que debe ponderarse de acuerdo con las reglas que le indican los parámetros de valoración. La garantía constitucional tendiente a evitar arbitrariedades los obliga, no sólo a estudiar racionalmente y sopesar las pruebas producidas mediante una apreciación lógica y plausible de los antecedentes acopiados, en términos de hacer inteligible la aceptación o rechazo, tanto de esas probanzas, como de las alegaciones y defensas planteadas, sino que el artículo 500, N° 4°, del estatuto procedimental exige de los fallos definitivos de primera instancia y los de segunda que los modifiquen o revoquen, deben comprender “las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o lo que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta” y en su ordinal siguiente añade “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.”

Sexto: Que esta Corte ya ha manifestado como criterio que las simples afirmaciones desprovistas de antecedentes que permitan sostenerlas, sin un análisis y ponderación de las probanzas reunidas y las elucubraciones que sugiere su estudio crítico y comparativo, necesarios para arribar a una conclusión cabalmente fundamentada respecto de los hechos fijados, tanto en lo atinente al delito mismo, como a la participación de los imputados, importan quebrantamiento del artículo 500 tantas veces reseñado.

Séptimo: Que el compareciente Arias González reclama haberse eludido dos testimonios de descargo presentados por su defensa y acordes en que, al instante de la

detención y ulterior desaparición de la víctima, aquél se hallaba fuera de la ciudad de Temuco, donde se desarrollaron los acontecimientos, sino en Santiago por razones profesionales y familiares, por lo que no tuvo ninguna intervención en el ilícito, como igualmente, la omisión en la valoración de estos elementos.

Octavo: Que como puede advertirse el veredicto en revisión no analiza en detalle y uno a uno los antecedentes de imputación y, en especial, los de descargo para determinar los componentes básicos que describen el grado de participación de Arias y se contenta con consolidarla casi automáticamente, como autor inductor, al parecer por el solo hecho de dirigir una comisión civil que funcionaba al interior de la Segunda Comisaría de Carabineros de Temuco donde se interrogó a algunos detenidos, situación no apta porque es indispensable desarrollar las razones y como colofón de esa carencia de análisis, tampoco abarca el fallo desaprobado los fundamentos legales o doctrinales que sirven para calificar esa participación.

De esta manera y sin perjuicio de lo expresado acerca de la falta de preparación de la nulidad impetrada, sea como fuere, el laudo incurre en la motivación alegada y consagrada en el artículo 541, N° 9°, del Código de Enjuiciamiento Criminal, porque no acata la exigencia del literal 4° de su artículo 500, que impone el deber de los jueces de anotar las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no acreditados los hechos tendientes a establecer la responsabilidad de los acusados.

Noveno: Que en estas condiciones esta Corte hace uso de sus facultades correctoras de oficio para invalidar el dictamen en revisión, lo que torna innecesario estudiar y pronunciarse sobre los demás capítulos de nulidad formal insertos en lo principal de fojas 2.112 a 2.139, y en el medio de la misma índole formulado por parte de Riquelme Rodríguez en lo principal de fojas 2.140 a 2.158; como asimismo, se tienen por no entablados los recursos de casación en el fondo comprendidos en los primeros otrosíes de dichas presentaciones y de fojas 2.160 a 2.215, por el demandado civil Fisco de Chile.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 500, N° 4°, 535, inciso primero, 541, N° 9°, y 544 del Código de Procedimiento Penal y 769, inciso primero, 775, inciso primero, y 808 del de Enjuiciamiento Civil, se declara que, procediendo de oficio, esta Corte invalida la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de treinta de abril recién pasado, que se lee de fojas 2.097 a 2.108, la que, por consiguiente, es nula y se reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Atento lo resuelto, se hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes motivos instaurados por parte de Arias González y el de nulidad formal intentado por la defensa de Eduardo Orlando Riquelme Rodríguez; y se tienen por no interpuestos los recursos de casación en el fondo formalizados por dichos procesados y por el Fisco de Chile.

Acordada la decisión referida a tener por no interpuestos los recursos de casación intentados por la defensa de Riquelme Rodríguez y del Fisco de Chile, desechada la indicación previa del Ministro señor Brito, quien estuvo por emitir pronunciamiento a su respecto, en atención a que, en su concepto, la situación que prevé el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil no comprende los recursos que no estén directamente relacionados con el motivo de invalidación formal en virtud del cual se ha resuelto la actuación oficiosa, por lo que se impone darles adecuada respuesta.

Acordada, asimismo, la actuación de oficio con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien fue del parecer de no proceder como se ha acordado, en atención a que en su opinión, la sentencia censurada se encuentra provista de las menciones que el artículo 500

del Código de Procedimiento Penal impone obligatoriamente a los sentenciadores, particularmente en los fundamentos 9° y 21° del fallo de primer grado, que el de segunda hace suyos, sin perjuicio del evidente error de referencia que el último realiza a los descargos de Riquelme (aludiendo en realidad a los de Arias González) y conforme a los cuales se dan razones para desestimar la prueba rendida en su favor, referida a su estancia en otro extremo del país el día del secuestro de la víctima desde dependencias de la Cárcel Pública de Temuco.

Regístrese.

Redacción del abogado integrante señor Rodríguez, y la prevención y voto en contra, de su autor.

Rol N° 7.399 – 2015.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y los abogados integrantes Sres. Jaime Rodríguez E. y Arturo Prado P. No firman los abogados integrantes Sres. Rodríguez y Prado, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

Santiago, veintiocho de enero de dos mil dieciséis.

En cumplimiento de lo ordenado en los artículos 786 del Código de Procedimiento Civil y 544, inciso tercero, del de Enjuiciamiento Penal, y en el veredicto que antecede, se emite la siguiente **sentencia de reemplazo**.

Vistos:

Se reproduce la resolución en alzada, con excepción de sus basamentos octavo, noveno, vigésimo primero, vigésimo cuarto y vigésimo sexto al vigésimo octavo inclusive, y de las citas de los artículos 28, 51 y 52 del Código Penal y 481 del de Enjuiciamiento del ramo, que se eliminan.

En los racionios trigésimo segundo y trigésimo tercero, se sustituyen las referencias a “los acusados” y “ambos imputados”, por “Riquelme Rodríguez”.

Entre las disposiciones legales, se cambia la alusión al inciso 2° del artículo 68 del Código Penal, por el inciso tercero.

De la decisión anulada, se incorporan las reflexiones comprendidas entre los numerales 5° al 13° inclusive.

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

1°).- Que después de repetir los dichos de los procesados en sus razonamientos séptimo y décimo, el juez de la instancia da por comprobada la participación de Arias en el fundamento octavo, con el mérito de los medios que enuncia. Empero, de los 15 elementos colacionados en staa premisa, que, en su concepto, contribuyen a desvirtuar las excusas de aquél, en realidad sólo tres lo sindicaron específicamente como uno de los oficiales de Carabineros que retiró al detenido desde la cárcel de Temuco, a saber: el informe de la Vicaría de la Solidaridad (N° 1) y los asertos de Nelson Almonacid Dumenez (N° 2) y de Víctor Hernán Maturana Burgos (N° 3). El primero sólo constituye un mero antecedente susceptible de apreciar conforme a las reglas generales, en los términos gobernados por el artículo 110, inciso segundo, del Código de Enjuiciamiento Criminal; y el acogimiento de la tacha opuesta en contra de Nelson Almonacid Dumenez, confieren a sus dichos el mérito de una presunción judicial, con apego a los artículos 464, incisos primero y segundo, y 497 de esa misma compilación procesal.

2°).- Que es así como subsiste exclusivamente la declaración de Maturana Burgos, contradicha por los atestados de Carlos Ramón Donoso Pérez, de fojas 1.491, y Claudio Gabriel Arias Salas, de fojas 1.494, contestes en que el imputado Arias González estaba efectivamente en Santiago aquel 26 de noviembre de 1973, cuando el afectado fue sacado finalmente desde la cárcel de Temuco.

3°).- Que las restantes probanzas pormenorizadas revelan la existencia al interior de la Segunda Comisaría de Carabineros de Temuco de una llamada “comisión civil”, agrupación de origen administrativo y jerarquizada dependiente directamente del subprefecto de los servicios y que de hecho se dedicó a los denominados temas políticos, para lo cual interrogaba a los detenidos, no inscritos en ningún registro de la unidad; así vinculan a los encartados con su pertenencia a esa entidad, y con estos medios los magistrados estiman que conforman “un conjunto de presunciones judiciales” que reposan “en hechos reales y probados” (motivación 5ª), para tener por legalmente acreditada en forma automática la participación culpable de Arias González, en calidad de autor inductor del ilícito que se le imputa. sin consignar otras probanzas diferentes de las presunciones

sobre las cuales éstas se alzan, como lo exige el convocado artículo 488, N° 1°, del Código de Procedimiento Penal.

4°).- Que entonces no es factible inferir de aquéllas, nuevas presunciones judiciales idóneas, con cuyo mérito se llegue a comprobar fehacientemente y con el nivel de certeza requerido, dicha participación culpable, sin que sea bastante al efecto y por sí sola la circunstancia de haberse desempeñado Arias González como jefe de aquella comisión civil que, durante la época en que acaecieron los sucesos indagados, operaba en la Segunda Comisaría de Carabineros de Temuco, pero sin aclarar su nexo específico y determinado como autor, con la detención, ni menos con su subsecuente prolongación en ese estado, más allá de su incursión, como funcionario policial, en la aludida comisión.

5°).- Que tal como lo reclama su defensa, no se han valorado los testimonios de descargo presentados y acordes en que, al momento de la postrera desaparición de la víctima, aquél no se hallaba en la ciudad de Temuco, donde se llevaron a cabo los acontecimientos, sino en Santiago por razones profesionales y familiares, por tanto, no tuvo ninguna intervención en el ilícito.

A la vez, nada se dice respecto de alguna conexión directa de este sentenciado con la providencia de privar de libertad al ofendido, diversa de aquella que se colige de su solo enlace con la unidad policial que sirvió de escenario, lo que resulta insuficiente para los fines propuestos, máxime si la propia sentencia establece la intervención de una serie de agentes de otras instituciones en esa actuación y en el agravamiento de las condiciones de la misma, hasta culminar con su desaparición.

6°).- Que, ajustado a la noción que proporciona el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, la presunción judicial es “la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona”, y entonces sólo puede llegar a configurar prueba completa de un determinado suceso cuando se basa en eventos reales y probados y no en otras presunciones, legales o judiciales, de acuerdo con el artículo 488, N° 1°, del reseñado ordenamiento adjetivo. No es posible sacar una presunción de otro indicio, pues el legislador se refiere aquí a la “calidad” de los fenómenos y las condiciones de reales y probados que exige la disposición, se satisfacen si los acontecimientos han sido acreditados por otros medios legales diferentes de la presunción, o sea, que hayan sido legalmente demostrados en el juicio, excluyendo como medio de la comprobación a los indicios de cualquier naturaleza (Graciela Latorre Ceballos: “Las presunciones en el proceso penal”, memoria de prueba, Editorial Universitaria S.A., 1964, pág. 178). Los episodios generadores deben hallarse establecidos en la causa y esta prueba tiene que constar por los otros medios, es decir, no por otras inferencias (Mauricio Silva Cancino: “Las presunciones judiciales y legales. Construcción lógica de las pruebas indirectas“, Editorial Jurídica Ediar – ConoSur Ltda., 1989, pág. 58).

7°).- Que, como se anticipó, sobre el único soporte disponible para esta Corte, cuales son los antecedentes reunidos durante el curso de la indagación, no es posible tener como hechos comprobados, que resultan esenciales, la actuación indirecta de Arias González en la privación de libertad de Almonacid Dumenez que desembocó en la pérdida definitiva de datos sobre su paradero, al existir prueba sobre la presencia de este procesado en otro punto del país en la época en que el secuestro y ulterior desaparición se produjeron.

La Corte no está en condiciones de dar por acreditada, a través de presunciones judiciales que acaten todas las exigencias del artículo 488 del estatuto procesal del ramo, la participación culpable del referido encartado, en calidad de autor inductor, en el delito cuya

comisión se halla establecida, no obstante existir sospechas e incluso conjeturas al respecto, las que descansan únicamente en su posición jerárquica al interior de la institución policial a la que pertenecían los autores materiales del retiro de Almonacid desde dependencias de la cárcel de Temuco, tópico no apto a la luz de los medios de convicción aportados por su defensa, ya que las presunciones representan la prueba del hecho por raciocinio, en otras palabras, por inferencia, de suerte que su requisito inicial se constriñe consecuentemente a los sucesos accesorios que le sirven de soporte y ordena que éstos se encuentren probados por medios naturales y no por meras especulaciones racionales, como ocurre en el caso.

8°.- Que en las condiciones anotadas, asentado como ha quedado que el afectado fue detenido por personal de Carabineros en la localidad de Padre Las Casas, para después de algunos días, trasladarlo hasta el regimiento Tucapel de Temuco y más tarde conducirlo a un centro carcelario de Gendarmería dentro de esa ciudad y retirado de allí durante la mañana del 26 de noviembre de 1973, por una patrulla policial, sin que se tengan noticias suyas desde entonces (considerando 5°, N° V), los que se calificaron en la reflexión siguiente como secuestro agravado de Almonacid, descrito en el artículo 141, incisos primero y tercero, del Código Penal.

Sin embargo, amén de negar toda actividad en el secuestro y posterior desaparición, según lo apunta el fundamento 7°, Arias González demostró que se encontraba ausente de dicha ciudad durante el período en que se perpetraron los injustos, lo cual impide a este tribunal tener por establecido el dominio del hecho atribuido en el dictamen a este compareciente, aún a través de presunciones judiciales, ya que éstas sólo pueden ser inferidas de testimonios que no reúnen todos los supuestos legales para producir plena prueba, y ello obsta absolutamente a tener tales hechos como reales y probados, lo que determina el incumplimiento subsecuente del ordinal primero del artículo 488 de la recopilación procedimental para afinar tal presupuesto en otra presunción, lo que la ley perentoriamente excluye.

9°.- Que, por lo tanto, al disponerse sólo de presunciones judiciales como medio probatorio para llegar a fijar los soportes fácticos de que se trata, estos eventos no satisfacen el requisito de estar reales y probados por otros medios y no está permitido extraer de ellos otras presunciones, con las cuales arribar a la comprobación, con el grado de certeza que la ley exige, la participación culpable en comento.

10°.- Que las cláusulas del artículo 488 son copulativas, de modo que la ausencia de la primera, deviene inconducente examinar la concurrencia de las demás.

Por otra parte, el Mensaje del Código de Procedimiento Penal denota como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del magistrado, adquirida por los medios de prueba legal, es desde todo punto de vista indispensable para condenar. Si esa certeza no llega a formarse podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo, noción que en el derecho positivo recoge el artículo 456 bis de dicha compilación procesal.

11°.- Que como corolario de estas disquisiciones, no cabe sino acoger la pretensión absolutoria impetrada por la asistencia jurídica de Arias González, en su contestación de la acusación de oficio y sus adhesiones, y, por tanto, se discrepa del informe de la señora Fiscal Judicial, de fojas 1.851, donde fue de parecer de confirmar sin modificaciones el pronunciamiento apelado.

12°.- Que la asesoría letrada de Riquelme rebate el rechazo de la atenuante de la media prescripción, tema sobre el cual esta Corte ha discurrido que, sin perjuicio de los argumentos diseminados en numerosas sentencias para desestimar la prescripción de la

acción penal como causal de extinción de esa responsabilidad en ilícitos calificados como delitos de lesa humanidad, es lo cierto que el instituto de la prescripción gradual constituye, por el contrario, sólo una minorante calificada de tal responsabilidad, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción extintiva, con fundamentos y secuelas diversas. Así, aquella encierra olvido del delito, apoyado en móviles procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso; a la inversa, la morigerante halla su razón de ser en lo ajeno a los fines preventivos que puede resultar una pena excesivamente severa para sucesos ocurridos largo rato atrás, pero no por ello suprime el castigo inexorablemente, aunque reduce de su reconocimiento una sanción menor. De este modo, en los casos como el presente, pese a que el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la sustracción completa de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a su morigeración, pues el lapso transcurrido atempera, en concepto del propio legislador, el rigor de la represión.

13°.- Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional, ni de *ius cogens* para su entronización, desde que aquellas reglas sólo se ciñen al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad del convicto en la forma que se pidió por su asistencia profesional, por operar la presente motivación, si se repara en que a la redacción del precepto vigente a la data de los hechos, el delito indagado es susceptible de estimarse consumado a partir desde el día noventa y uno del encierro del secuestrado, que en la especie lo es el 19 de diciembre de 1973, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que importa considerar para la procedencia de la institución en análisis, además del establecimiento del grave daño sufrido ya en esa época por la víctima.

Del estudio de los autos fluye que el período requerido para la procedencia de la institución que aduce el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público ella ha debido ser aplicada, con reducción de la pena en dos tramos, habida cuenta que el artículo 103, inciso primero, del Código Penal le confiere el valor de dos o más “atenuantes muy calificadas”, a las cuales se une su irreprochable conducta pretérita reconocida en el raciocinio 23°.

Y de conformidad, asimismo, con lo previsto en los artículos 24 y 26 del Código Penal y 514 y 527 del de Procedimiento del ramo, **SE REVOCA** la sentencia apelada de veintinueve de octubre de dos mil trece, escrita de fojas 1.691 a 1.705, sólo en cuanto condena a Gonzalo Enrique Arias González como autor del delito de secuestro agravado cometido en la persona de Luis Jorge Almonacid Dumenez y, en su lugar, se declara que se le absuelve de los cargos librados en su contra por la acusación judicial de fojas 1.126 y sus adhesiones de fojas 1.179 y 1.190, por parte de los querellantes particulares Herminio Almonacid Rivera y Franelia Dumenez Barría y Liliana Almonacid Dumenez, respectivamente, y a fojas 1.224, por el Programa de Continuación de la ley N° 19.123.

SE CONFIRMA, en lo demás apelado, el referido fallo, **CON DECLARACIÓN** que se rebaja a **cinco años de presidio menor en su grado máximo** la pena corporal infligida a **Eduardo Orlando Riquelme Rodríguez** en el segmento 1 del resuelto II, y se le sustituyen las accesorias, por las de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, las que le quedan impuestas por su responsabilidad de autor del mismo ilícito, con

el beneficio de la libertad vigilada por el mismo lapso determinado para la sanción corporal privativa de su libertad, y sujeto a la supervisión de Gendarmería de Chile, para tales efectos, en los términos señalados en los artículos 16 y 17 de la ley N° 18.216 de 1983 y sus modificaciones.

Se confirma, igualmente, la aludida resolución, en su parte civil.

Se aprueba el sobreseimiento definitivo y parcial de fojas 1098.

Se previene que el abogado integrante señor Rodríguez concurre a la aceptación de la imprescriptibilidad de la acción penal proveniente del injusto y de la mitigante de la prescripción gradual o media prescripción, en atención a las siguientes razones adicionales, pero previas al carácter de lesa humanidad que se le asigna, la que comparte sólo a mayor abundamiento:

A) Que en lo atinente a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como lo enseña la cátedra, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese instante la conducta típica queda completa, vale decir, se consuma, pero la privación de la libertad, esto es, el resultado, empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste el estado antijurídico creado por el hechor, extensión que naturalmente sigue dependiendo de su albedrío y que debe estar dirigida a concretar el tipo objetivo (Garrido: “Derecho Penal”, cuarta edición, t. III, 2010, N° 23.1.5, pág. 389; y Etcheberry: “Derecho Penal”, tercera edición, t. III, 2004, pág. 204) con indiferencia de su duración, salvo para calificarlo (art. 141, inciso cuarto, del Código Penal) (Labatut: “Derecho Penal”, séptima edición, t. II, 1996, N° 287, pág. 31).

B) Que la cesación de ese estado antijurídico, en cambio, puede o no depender del arbitrio del delincuente: aquello ocurre cuando voluntariamente reintegra al ofendido a su ambiente original, evento en el cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en que se realiza la devolución (artículo 142 bis del Código Penal).

C) Que también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados por la doctrina “cursos salvadores”, o sea, factores independientes del consentimiento del partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga del propio agravado; o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevivientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior pérdida de las facultades mentales, o incapacidad síquica, o sólo para levantar la prórroga del estado antijurídico; o por último, la muerte del secuestrado, hipótesis ésta igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

D) Que bajo este prisma, es necesario traer a colación algunos episodios de pública notoriedad que, en concepto de este previniente, han hecho perder el dominio del hecho punible y que consisten en el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, junto con la situación de retiro de las Fuerzas de Orden en que permanecen desde hace bastante rato los enjuiciados, como consta en el juicio, de edad avanzada, incluso sometidos a proceso, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a su persecución (Etcheberry: ob. cit.. pág. 205).

E) Que esa clausura del estado antijurídico, en la especie bien puede fijarse en aquel día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la detención o encierro del ofendido cuando las querellas criminales encaminadas a la averiguación del hecho punible fueron

presentadas después de transcurrido en su totalidad y con exceso el período máximo de quince años determinado por la ley para la prescripción.

F) Que, sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado o tiempo de guerra interna, decretado por el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, en relación con el artículo 418 del Código de Justicia Militar, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los encausados, en virtud de los Convenios de Ginebra, aunque no impide considerarlo como la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como “muy calificada” y así todavía le asigna los desenlaces singulares del artículo 68 bis de esta misma recopilación.

G) Que, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de tiempo y la forma de computarlo, ello en forma alguna la hace perder su naturaleza jurídica morigerante de la responsabilidad criminal, y que la academia ubica entre aquellas denominadas especiales o específicas que “nada tienen que ver con la extinción de” esa responsabilidad (Politoff et al: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, parte general, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 587; Yuseff: “La prescripción penal”, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pág. 17; y González et al: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, Editorial Samver, pág. 120), cuya colocación se explica sólo por serles comunes las reglas señaladas, pero en todo el resto el instituto se rige por la normativa de las mitigantes (artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal).

H) Que, desde otra perspectiva, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes no abordan y ni siquiera mencionan este nuevo alcance de la prescripción del delito, y no puede ser de otra manera si se tiene en cuenta que, en realidad, es original de la Comisión Revisora de nuestro Código Penal (Pedro J. Fernández: “Código Penal...explicado y concordado”, t. I, segunda edición, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1899, pág. 238), de suerte que no se divisa inconveniente para darle plena aplicación, por cuanto atendido su carácter de norma de Derecho Público, el tribunal debe declararla incluso de oficio (artículo 102 del Código Penal), por igual y sin discriminaciones de ninguna índole a todas las personas (artículos 1° y 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República).

Acordada la decisión absolutoria del acusado Arias González, con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por confirmar lo resuelto por el tribunal de primera instancia, en virtud de sus propios fundamentos.

Acordado el reconocimiento de la media prescripción en favor del condenado Riquelme Rodríguez, con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes fueron del parecer de denegarla sobre la base de las siguientes consideraciones:

1° Que al efecto es relevante consignar que la actividad criminal del sentenciado se ha encuadrado en el tipo penal de secuestro, que corresponde a lo que se denomina un delito permanente, en que el bien jurídico protegido admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo. Así, entonces, considerando que los ilícitos permanentes son aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo y aunque en ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado, como en el caso del secuestro, en que el agente encierra o detiene a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero ese encierro o detención puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor debido a

que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

2° Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del estado antijurídico creado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo de los secuestros, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte del ofendido, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta el término de la privación ilegítima de la libertad, sea por haber quedado en libertad el afectado o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término del estado antijurídico provocado por la acción delictiva.

Se deja constancia, asimismo, que el Ministro señor Brito tiene además en consideración, para los efectos de la presente disidencia que por aplicación de las normas del Derecho Internacional, dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

Acordada la confirmatoria de la parte civil del fallo con el voto en contra del Abogado Integrante señor **Arturo Prado, quien fue del parecer de revocar dicha sección de la sentencia**, teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

Primero: Que la naturaleza y objeto de la pretensión deducida en esta controversia es de carácter puramente patrimonial y propia del ámbito de las relaciones que pertenecen a dicha esfera en que la prescripción extintiva o liberatoria tiene plena aplicación sin distinción alguna de áreas o sectores o si es a favor o en contra del Estado, según lo establece en el artículo 2.497 del Código Civil, que establece que "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo*"; y lo rematan los artículos 2.521 del Código Civil y Art 200 y 201 del Código Tributario que conforman el régimen jurídico que gobierna dicho supuesto..

Segundo: Que tal y como se ha concebido por la doctrina y resuelto por la jurisprudencia, la prescripción en sus fundamentos ha sido establecida por la ley por razones superiores de orden y tranquilidad y permite albergar y dar cabida, en nuestro ordenamiento- en la medida y con la imperfección con que opera, hasta ahora, toda institución humana - a otro valor jurídico fundamental para la convivencia de los individuos como es el de la seguridad jurídica, la certidumbre, la estabilidad y, en último término la paz social.

Tercero: Que a juicio de este sentenciador no se divisan razones que justifiquen hacer la distinción entre el Estado y los particulares a efectos de aplicar el estatuto

sustantivo de la prescripción de índole pecuniaria, a menos que por expresa disposición legal se ordene prescindir de ella y se establezca la imprescriptibilidad, dejando sin efecto y sin aplicación el Párrafo I, del Título XLII del Código Civil, que consagra como regla general la prescriptibilidad de las acciones sin mayores distingos.

Cuarto: Que resulta un hecho indubitado que el ilícito penal cometido por agentes del Estado contra la víctima que origina la presente acción de indemnización de perjuicios, tuvo lugar el día 20 de septiembre de 1973 y que el Estado de Chile reconoció la responsabilidad de agentes del Estado en este y en otros hechos perpetrados de similar naturaleza, obligándose a reparar el daño moral sufrido por familiares de estas víctimas frente a la Comunidad Nacional, según da cuenta el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por la Ley 19.123 de 8 de Febrero de 1992, estimándose que dicho reconocimiento oficial, que comprende a los actores familiares de don Luis Almonacid Dumenez, importa el efecto interruptivo de la prescripción de las acciones que tienen como propósito condenar al Fisco e indemnizar los perjuicios no obstante la entrega dispuesta por esta normativa de una bonificación compensatoria y una pensión mensual de reparación, así como otros beneficios pecuniarios y sociales, que se otorgaron a los familiares más próximos de la víctima, de diversa naturaleza resarcitoria de dichos daños concedidos a los familiares de víctimas de los derechos humanos o de la violencia política debidamente individualizados, según se indica en el cuerpo legal que se cita.

Quinto: Que la demanda de carácter patrimonial en contra del Fisco de Chile fue notificada recién el día 20 de abril de 2011, cuando el plazo extintivo establecido en el artículo 2.332 del Código Civil de cuatro años al que se remite el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente, ya había transcurrido, acción de naturaleza pecuniaria que, en todo caso, no modifica la fecha inicial de cómputo de la prescripción civil desde la cual que se debe contar el plazo de cuatro años, la que corre en este caso en particular, desde que el Estado de Chile a través de la Ley 19 123 de 1992, admitió su responsabilidad en estos hechos y se obligo a repararlos, todo lo cual lleva a acoger la apelación del Fisco, dando cabida a la pertinente excepción de prescripción opuesta dicha parte.

Háganse las comunicaciones que ordena el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante señor Rodríguez y de las disidencias, sus respectivos autores.

Rol N° 7.399-2015.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y los abogados integrantes Sres. Jaime Rodríguez E. y Arturo Prado P. No firman los abogados integrantes Sres. Rodríguez y Prado, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.