

Santiago, once de octubre de dos mil siete.

Vistos:

Por sentencia de fecha catorce de octubre de dos mil cinco, dictada en el proceso Rol N° 4.246 del Juzgado del Crimen de Palena - Chaitén, escrita de fojas 2353 a 2470, se absolvió a Jorge Hernán Veloso Bastías, Belarmino Sánchez Triviño y Raúl Bécker Álvarez de la acusación de ser autores del delito de secuestro calificado de Nelson Nolberto Llanquilef Velásquez.

Se condenó en cambio, a Hernán Escobar Inostroza, Víctor del Carmen Retamal Carrasco, Joel de Jesús Osorio Morales y José Desiderio Barría Vargas como autores del delito de secuestro calificado, cometido en la persona de Nelson Nolberto Llanquilef Velásquez el día 8 de octubre de 1973, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias legales correspondientes y las costas de la causa.

Se acogió la demanda civil deducida por los querellantes Jorge Antonio, Luisa del Carmen, Víctor Hernán y Sergio Eduardo, todos apellidados Llanquilef Velásquez, en contra de Hernán Escobar Inostroza, Víctor Retamal Carrasco, Joel de Jesús Osorio Morales y José Desiderio Barría Vargas, condenándolos a pagar por concepto de daño moral la suma de sesenta millones de pesos. Se rechaza la demanda entablada en contra de Belarmino Sánchez Triviño, Raúl Bécker Álvarez y Jorge Hernán Veloso Bastías, por haber sido absueltos de la acusación judicial. Finalmente, se acoge la excepción de incompetencia opuesta por el Fisco de Chile.

Apelada esta sentencia por el organismo del Gobierno denominado Programa Continuación de la Ley N° 19.123, por los querellantes particulares y por los sentenciados Hernán Escobar Inostroza, Joel de Jesús Osorio Morales, Víctor del Carmen Retamal y José Desiderio Barría Vargas, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por resolución de diez de abril del presente año, escrita de fojas 2744 a 2745 vuelta, la confirmó con declaración que a los mencionados acusados, se les rebaja la pena privativa de libertad impuesta a la de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las costas de la causa. Se previene que la Ministra Sra. Teresa Mora Torres estuvo por no calificar la atenuante de la irreprochable conducta anterior, atendido que en su concepto no se cumplen los requisitos que exige la ley para acreditar la irreprochable conducta anterior, entre ellos la concurrencia de testigos u otros antecedentes que la justifiquen, razón por la que fue de parecer de confirmar la sentencia en cuanto a la pena impuesta, sin declaraciones.

En contra de esta última decisión se interpusieron los siguientes recursos de casación:

1°. En lo principal de fojas 2748, el abogado Vladimir Alberto Riesco Bahamondez, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, deduce un recurso de casación en el fondo en contra de la decisión que absolvió a Jorge Hernán Veloso Bastías, fundado en las causales de los numerales 1°, 4° y 7° del artículo 546 del Código de

Procedimiento Penal, dando por infringidos los artículos 15 N° 2 del Código Penal, 160 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

2°. En lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 2758, el abogado Arturo Baeza Allende, en representación del sentenciado Hernán Escobar Hinostroza, dedujo un recurso de casación en la forma y otro en el fondo. El primero, lo sustenta en las causales cuarta y onceava del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, las que invoca subsidiariamente una de la otra. El segundo de los recursos, lo fundamenta en la causal 1ª del artículo 546 del mismo código, solicitando que se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo que absuelva a su representado u otra que lo sancione con una pena inferior.

3°. En lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 2771, el abogado Álvaro Díaz Schwerter, en defensa de Joel de Jesús Osorio Morales, dedujo un recurso de casación en la forma y otro en el fondo. El primero de ellos, lo basó en las causales cuarta y onceava del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, las que interpone subsidiariamente una de la otra. El segundo de los recursos, lo sustenta en la causal primera del artículo 546 del mismo código, solicitando que se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo que absuelva a su representado u otra que lo sancione con una pena menor.

4°. Finalmente, a fojas 2786, el abogado Marcos Velásquez Macías, encargado de la defensa de José Barría Vargas interpuso un recurso de casación en el fondo por los motivos 2° y 7° del artículo 546 del Código del Ramo, solicitando que se dicte sentencia absolutoria o que se condene a su defendido como autor del delito contemplado en el artículo 148 del Código Penal.

Todos estos arbitrios procesales se ordenaron traer en relación por resolución de fojas 2829.

Considerando:

Primero: Que, finalizada la vista de la causa, se advirtió la existencia de un vicio de casación de forma, respecto del cual no se llamó a los abogados a alegar, atendida la oportunidad en que el mismo se observó;

Segundo: Que, la sentencia de segunda instancia no contiene consideración alguna que explique qué razones llevaron al tribunal a suprimir en el dictamen de primer grado, el capítulo sexagésimo séptimo, que determinaba el castigo corporal aplicable a los acusados según la penalidad establecida para el delito en el inciso 3° del artículo 141, vigente a la época de los hechos, deduciéndose que los Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt estimaron que la pena privativa de la libertad que debía imponerse era la del actual artículo 141 del Código Penal, atendido el contenido del considerando sexto del fallo;

Tercero: Que, la pena establecida para el delito, según la legislación vigente a la época en que se cometió el delito de secuestro en examen, mes de Septiembre del año 1973, era de presido mayor en cualquiera de sus grados, de manera tal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, era esa la penalidad que debía tomarse en cuenta para sancionar a los acusados;

Cuarto: Que, no obstante haberse considerado la penalidad del delito según la redacción de la norma actualmente vigente, no se explica ni se dan las razones de por qué se procedió de esa forma para la determinación del castigo corporal que en definitiva se impuso a los acusados;

Quinto: Que, la fundamentación de las sentencias constituye una garantía del principio de legalidad, que tiende a evitar la arbitrariedad, puesto que de esa forma las partes podrán conocer las razones y motivos que sustentan y justifican la decisión, teniendo los jueces la obligación de expresarlas cada vez que deben resolver acerca del mérito de los antecedentes del proceso sobre la existencia del delito, la participación y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal concurrentes, y en virtud de todo ello, determinar las sanciones penales aplicables.

El artículo 500 del Código de Procedimiento Penal dispone que “La sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán: 5°. 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”.

Para estimar cumplida esta obligación, corresponde a los jueces del fondo razonar y fundamentar sus decisiones, explicando por qué se va a sancionar a los acusados con una pena determinada que debe ser aquella prevista en la ley, que permitan comprender las motivaciones que los conducen a resolver como lo han hecho;

Sexto: Que, de esta forma, al omitirse las razones y consideraciones que en derecho corresponden para explicar los motivos de la resolución, se infringe lo ordenado en el artículo 500, N° 5°, del Código de Procedimiento Penal, configurándose consecuentemente la causal de casación en la forma contemplada en el literal 9° del artículo 541 del texto legal citado, dando lugar al pronunciamiento de una sentencia que no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley;

Séptimo: Que, en estas condiciones y en virtud de lo dispuesto en el artículo 535, inciso 1°, del Código de Enjuiciamiento Criminal y de lo ordenado en el artículo 775 de su homónimo de Procedimiento Civil, esta Corte se halla autorizada para anular la resolución en examen, toda vez que concurren en la especie los presupuestos que autorizan para proceder de oficio, y siendo evidente la existencia del vicio o defecto de que adolece el fallo en estudio, como asimismo su influencia en lo dispositivo del mismo, el tribunal hará uso de dicha facultad y lo anulará; y,

Octavo: Que, en mérito de lo expuesto, los recursos de casación en el fondo entablados en lo principal del escrito de fojas 2748, del abogado Vladimir Alberto Riesco Bahamondez por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123; los de casación en la forma y en el fondo, interpuestos en lo principal y primer otrosí del libelo de fojas 2758 por el abogado Arturo Baeza Allende en representación del sentenciado Hernán Escobar Hinostroza; los mismos dos recursos deducidos en lo principal y primer otrosí del escrito

de fojas 2771, por el abogado Álvaro Díaz Schwerter, defensor de Joel de Jesús Osorio Morales; y, el de casación en el fondo de fojas 2786, del abogado Marcos Velásquez Macías encargado de la defensa de José Barría Vargas; se tendrán por no deducidos.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 500 N° 5°, 535, 541 N° 9° y 544 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765, 775 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, **se invalida de oficio** la sentencia de diez de abril de dos mil siete, que se lee de fojas 2744 a 2745 vuelta, y se declara que esta resolución es nula, por lo que acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, se dicta el fallo de reemplazo que corresponde.

En virtud de lo resuelto, se tienen por no interpuestos los recursos de casación en el fondo entablado en lo principal del libelo de fojas 2748, del abogado Vladimir Alberto Riesco Bahamondez por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123; los de casación en la forma y en el fondo, interpuestos en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 2758, por el abogado Arturo Baeza Allende en representación del sentenciado Hernán Escobar Hinostroza; los mismos dos deducidos en lo principal y primer otrosí del escrito de fojas 2771, por el abogado Álvaro Díaz Schwerter, defensor de Joel de Jesús Osorio Morales; y, el de casación en el fondo de fojas 2786, del abogado Marcos Velásquez Macías encargado de la defensa de José Barría Vargas.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 2370-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Santiago, once de octubre de dos mil siete.

En cumplimiento con lo ordenado en el fallo de casación que precede y lo prescrito en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primer grado, con excepción de sus considerandos octogésimo segundo y octogésimo cuarto que se eliminan; en el motivo sexagésimo primero se suprime la oración que comienza con las palabras: “No obstante no se...”, hasta su conclusión; en el basamento sexagésimo tercero, se sustrae la frase que se inicia con las palabras: “En cuanto a que...”, hasta su término; en el razonamiento sexagésimo séptimo, se sustituye la frase: “de manera que en virtud de la norma inciso 2º del artículo 68 del código citado, no se aplicará, a su respecto, el grado máximo”, por la oración: “muy calificada de responsabilidad, en cuya virtud se procederá a rebajar la pena en un grado al mínimo señalado en la ley, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 68 bis del Código Penal”.

De la sentencia de segunda instancia se reproducen sus fundamentos primero, segundo, tercero, cuarto, séptimo y octavo. Se reproduce también el motivo quinto, sustrayéndose de su texto la oración: “como también ocurre por ejemplo tratándose de los miembros del Poder Judicial”.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

1º.- Que, en relación con las argumentaciones de la defensa en orden a que la calificación jurídica de los hechos reseñados en el considerando tercero, debido a que los acusados se desempeñaban en calidad de funcionarios de Carabineros de Chile, constituirían la figura descrita en el artículo 148 del Código Penal, denominada por la doctrina “detenciones ilegales” que sería plenamente aplicable a ellos, conviene recordar que el legislador presupone en éste delito que el funcionario actúe con un móvil concordante con la función pública que desarrolla y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico.

Así, lo lógico es concluir que este tipo penal ejecutado por funcionarios de Carabineros, es equivalente a la figura privilegiada que existe para el particular que detiene a alguien para presentarlo ante la autoridad y que sanciona el artículo 143 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, la sanción aplicable a un funcionario de Carabineros, como en el presente caso, dependerá de su actuar y del tipo penal que se configure, que puede ser tanto el especial, descrito en el referido artículo 148 del Código Penal, como el tipo común contemplado en el artículo 141 del mismo texto, según el siguiente supuesto disyuntivo: a) cuando es posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorga un trato más benigno con el tipo especial privilegiado del artículo 148; o, b) de lo contrario, la acción que el funcionario realiza es la del tipo común de privación de libertad

consagrada en el artículo 141, ya sea, su hipótesis genérica o cualquiera de las figuras calificadas, como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, para determinar el tipo penal en el cual se encuadra la conducta de los acusados, éstos en su condición de tales, no sólo deben actuar en función del interés en la cosa pública, sino que su intervención debe tener también objetivamente un importante grado de congruencia o relación con el régimen o procedimiento regular de privación de la libertad individual. Lo esencial en este punto ha sido que estos funcionarios en su acción se han sustraído de propia voluntad de los procedimientos de control judicial o administrativos de la privación de libertad de una persona, lo que trae como consecuencia que no se encuentren en la situación del artículo 148 del Código Penal, sino que en las figuras del artículo 141.

La norma que fija el tipo no restringe el círculo de autores, sino que considera autor idóneo a cualquier persona al utilizar la expresión “el que”.

El concepto de “particular” no es apto para fundamentar un círculo de autoría restringido. Los ámbitos especiales de autoría descansan en la existencia de deberes jurídicos extra penales, cuyos destinatarios son justamente los autores especiales.

En nuestra sistemática legal el uso del término "particular", como concepto opuesto al de "empleado público", sólo tiene por fin establecer que el delito de comisión por los primeros es un delito residual o genérico frente al injusto de comisión por los segundos.

Se ha estimado que son condiciones que previamente deben determinarse para establecer cual de las dos disposiciones procede aplicar, las siguientes: a) que se detenga en razón de la persecución de un delito; b) que se deje alguna constancia de la detención; y, c) que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Faltando estos requisitos corresponde entender que los hechos merecen la calificación jurídica de los tipos penales contemplados en el artículo 141, por lo que corresponde considerar en dicho tipo la detención ilegal llevada a cabo con grave abuso del cargo por el funcionario (Antonio Bascuñán Rodríguez: “Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución”, materiales de estudio del Curso de Derecho Penal II, de la Universidad de Chile, noviembre de 1996, págs. 23 a 27);

2º.- Que, los elementos probatorios reunidos durante el transcurso del juicio no permiten concluir que concurren las exigencias mencionadas para encuadrar la acción de los acusados en la hipótesis prevista en el artículo 148.

De los antecedentes no es posible establecer que la detención haya obedecido a la existencia de un delito perpetrado por Nelson Norberto Llanquilef Velásquez u otro hecho que hubiere legitimado su detención, sino que, tal como se advierte de la lectura de los hechos fijados irrevocablemente por la sentencia de alzada, fue detenido sin orden administrativa o judicial que la justificase y desaparece luego de haber estado bajo custodia de los Carabineros que formaron parte de la comitiva compuesta por personal de la Cuarta Comisaría de Chaitén y del Retén de Puerto Ramírez, por lo que no es posible recalificar el delito como de detención ilegítima del artículo 148 del Código Penal;

3°.- Que, en lo que guarda relación con la amnistía que también se alegó, es del caso expresar que ella se encuentra regulada en el artículo 93, N° 3°, del Código Penal, que prescribe que la responsabilidad criminal termina: “3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.”

A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances o efectos de la amnistía son mayores que los que fluyen del propio texto legal, llegando incluso a decirse que “esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado” (Rafael Fontecilla R. “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1978, N° 675, pág. 133), no es posible, en el parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de su procedencia, especialmente por no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio, sin perjuicio que debe considerarse la ingerencia que en esta materia tienen las convenciones y tratados internacionales, que podrían llegar a modificar en esta materia, el derecho interno;

4°.- Que, en este proceso, los hechos han sido establecido por los sentenciadores de primera instancia en el fundamento tercero de la sentencia en alzada, y ellos los han radicado en la figura penal contemplada en el artículo 141, inciso 3° del Código Penal, por haberse acreditado la detención de una persona, producida su privación de libertad, prologándose este estado por más de noventa días;

5°.- Que, a mayor abundamiento, es preciso consignar que el delito de secuestro que afecta hasta el presente a Nelson Norberto Llanquilef Velásquez, y que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al ilícito descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará en Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, que ya entró en vigencia internacional el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos;

6°.- Que, también se ha sostenido que el delito no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que Llanquilef Velásquez esté aún privado de libertad, lo que resultaría inverosímil transcurridos más de treinta y tres años a la fecha.

Sin embargo, los intentos del tribunal no fueron suficientes, a pesar de las diligencias realizadas para establecer la efectividad de la muerte de Llanquilef Velásquez o que el ilícito cesó de cometerse, no ha sido posible determinar si murió o recuperó su libertad en algún momento posterior, por lo que no puede sino entenderse que tal hecho continúa. La investigación estableció el inicio del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su término;

7°.- Que, en estas condiciones, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta

y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el ocho de octubre de mil novecientos setenta y tres y desde entonces no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del D.L. N° 2191, no había aparecido Nelson Norberto Llanquilef Velásquez y de quien no se tienen aún noticias, por lo que es inaplicable la amnistía, ya que el secuestro continúa perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal;

8°.- Que, es necesario precisar que, si bien la noción del delito permanente es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, 263 del Código de Procedimiento Penal y 165 del Código Orgánico de Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio Código Penal, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afina en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso de ejecución que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se comete suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque no obstante haberse demorado la ejecución, quedó consumado en el momento en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, aún cuando los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay una ocasión en que el autor se apropia de la cosa y esto marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa configuración contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, 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; 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. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en

ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5, 225 N° 5 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos emplean la expresión "continuare" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio." (Eduardo Novoa Monreal, "Curso de Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1960, Págs. 259 a 261).

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a que es lo que debe entenderse por delito permanente y cual es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: "Derecho Penal, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág. 165; y Luis Cousiño Mac-Iver, "Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1975, tomo I, págs. 316 a 319).

9°.- Que, entre las singularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado profesor Novoa, quien expresa que "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo"... "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca:

La prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo". (Eduardo Novoa, Ob. Cit. Pág. 260; Gustavo Labatut, Ob. Cit. Pág. 298; Luis Cousiño Mac-Iver, Ob. Cit. Pág. 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: "Derecho Penal, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo II, Pág. 433; Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal", Carlos Gibbs Editor, tomo II, Págs. 282 y 283; y Hugo Ortiz de Filippi: "De la Extinción de la responsabilidad penal", Ediar Conosur Ltda., 1990, pág 92).

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de raptó, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, 1960, segunda parte, sección cuarta, págs. 166 y 167, considerando 6°);

10°.- Que, en el caso en estudio, de conocerse el lugar en que se encuentra la víctima, recién comenzaría a contarse la prescripción, y si esta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el periodo amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al

no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrió el secuestrador, toda vez que el injusto se ha mantenido;

11°.- Que, la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo enseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma “en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, pág. 167, recién mencionada en el basamento 12° de este veredicto).

Es así como tampoco cabe aplicar la prescripción de la acción penal invocada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el ilícito haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad al ofendido o por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la fecha de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que las alegaciones de la defensa no pueden prosperar;

12°.- Que, favorece a los acusados la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el numeral 6° del artículo 11 del Código Penal, la que se encuentra acreditada con los extractos de filiación y antecedentes exentos de anotaciones penales anteriores, agregados a fojas 836, 1143, 1148 y 1308, conducta que en concepto de este tribunal ha de tenerse como muy calificada, puesto que se trata de personas con sesenta y dos, sesenta y siete, sesenta y cinco y setenta años de edad, que exhiben un comportamiento anterior y posterior exento de tachas;

13°.- Que, la sanción asignada al ilícito acreditado, contemplado en el artículo 141, inciso 3°, del Código Penal, vigente a la época de su comisión, era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que resulta más beneficiosa para el acusado y que corresponde imponer en virtud de lo ordenado en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, recogido a nivel de ley en el artículo 18 del Código Penal. De esta manera, concurriendo una atenuante de la responsabilidad criminal que se ha considerado muy calificada, con arreglo a lo prevenido en el artículo 68 bis del mismo texto, este tribunal procederá a rebajar dicho castigo en un grado partir del mínimo fijado por la ley, quedando en presidio menor en su grado máximo; y,

14°.- Que, conforme a lo expresado se comparte parcialmente el parecer del señor Fiscal Judicial, manifestado en el dictamen de fojas 2576, discrepándose en relación al acusado Jorge Hernán Veloso Bastías, quien ha sido absuelto.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 11, N° 6°, 14, N° 1°, 15, N° 1°, 18, 24, 26, 29, 47, 50, 68 bis, 69 y 76 del Código Penal y 457, 488, 503, 504, 509 bis, 514 y 534 del de Procedimiento del Ramo, **se confirma** la sentencia de catorce de abril de dos mil cinco, que rola de fojas 2353 a 2470, **con declaración** que Hernán Escobar Inostroza, Víctor del Carmen Retamal Carrasco, Joel de Jesús Osorio Morales y José Desiderio Barría Vargas quedan condenados a la pena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos

políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a satisfacer las costas del pleito, como autores del delito de secuestro calificado, cometido en la persona de Nelson Norberto Llanquilef Velásquez, a contar del día 8 de octubre de 1973.

Por reunirse en la especie respecto de los cuatro sentenciados los requisitos del artículo 17 de la Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a la Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, se concede a los sentenciados la Libertad Vigilada, fijándose el período de observación y control ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que se designe, por un término similar al de la condena, debiendo los sentenciados presentarse ante ese organismo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de este dictamen y se le provea de las comunicaciones pertinentes por el tribunal de primera instancia.

Si les fuere revocada la medida alternativa en referencia, cumplirán la pena impuesta, sirviéndoles de abono el tiempo reconocido en la sentencia de primer grado.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Acordada contra el voto del Ministro señor Ballesteros, quien fue del parecer de revocar la sentencia en alzada de 14 de Octubre de 2005, escrita a fojas. 2.353 y siguientes, respecto de los acusados Hernán Escobar Hinostroza, Víctor del Carmen Retamal Carrasco, Joel de Jesús Osorio Morales y José Desiderio Barría Vargas, y declarar en su lugar, que se les absuelve de la acusación judicial de fojas.1896 bis como autores del delito de secuestro calificado en la persona de Nelson Norberto Llanquilef Velásquez, por haberse extinguido su responsabilidades criminales por la presencia de la causal de extinción de la responsabilidad criminal de la prescripción de la acción penal, teniendo presente para así decidirlo, los antecedentes que se exponen a continuación:

PRIMERO: Que, en el considerando Tercero de la sentencia de primera instancia, se tienen por acreditados, entre otros hechos, los siguientes:

“f) De esta forma en la madrugada del día sábado 08 de Octubre de 1973, la patrulla formada por tres funcionarios de Carabineros de Chaitén, se desplazaban en la embarcación del señor Eschmann, para arribar cerca de las 08.00 horas al embarcadero de Puerto Piedra, lugar en que les esperaba el Jefe de Retén de Carabineros de Puerto Ramírez, en su camioneta, una Ford 100 cabina simple con cúpula, trasladándolos hasta las dependencias de su unidad policial”.

“g) Instalados los funcionarios de la comitiva, en el retén de Puerto Ramírez, alrededor de las 08.00 horas, se ordena a un carabinero de dotación de esa unidad, que proceda a la detención de José Ainol Paillacar, obrero vial, compañero de trabajo de Nelson Llanquilef, quién mantenía su domicilio a unos 100 metros de la Unidad. En ese lugar fue interrogado. Al finalizar este procedimiento el detenido es dejado en custodia del funcionario de guardia”.

“h) Después de concluir los interrogatorios de Ainol, dos funcionarios de Chaitén y dos de Puerto Ramírez, en la camioneta del Jefe de Retén conducida por él, se desplazan hasta el puente Futaleufú, distante a 15.1 Kilómetros y una vez puestos en el acceso al puente, la camioneta se detiene descendiendo a lo menos dos de los aprehensores, quienes se dirigen hasta el campamento en que se encontraba Nelson Llanquilef, y que se ubicaba el extremo Sur Este del puente y lo detienen. Esta detención, es presenciada por los compañeros de trabajo que se encontraban junto a él en esos momentos, como asimismo por los demás compañeros de faenas, que se ubicaban en el campamento ubicado al otro extremo del Puente Futaleufú, y más cercanos al lugar en que se había estacionado la camioneta. Los aprehensores desplazan caminando tranquilamente al detenido por todo el puente, y lo suben en la parte trasera de la camioneta”.

“i) Con Llanquilef en el vehículo, un carabinero se queda con él y la comitiva se dirige hasta el domicilio del también trabajador de Vialidad, Oscar Santana Uribe, que se ubica en un sector cercano al puente “Las Enredaderas”. En dicho lugar dos carabineros proceden a detenerlo, oportunidad en que otros dos, aprovechan para revisar el inmueble. Detenido Santana, lo ubican en la parte trasera de la camioneta, disponiéndose su custodia, en ese lugar el detenido tiene oportunidad de intercambiar algunas palabras con el desaparecido Llanquilef, que estaba a su lado”.

“j) El vehículo se dirige hasta el sector de Puerto Piedra, conduce la camioneta su dueño, viajan en la cabina dos carabineros, más el chofer; en la parte trasera los dos detenidos y dos custodios. En Puerto Piedra, en una caseta de madera que existía, dejan a Llanquilef bajo la custodia de un carabinero, regresando el vehículo al Retén de Puerto Ramírez en busca del teniente y el detenido Ainol”.

“l) La camioneta se dirige con la comitiva y los detenidos hasta el sector de Puerto Piedra, estacionándose aproximadamente a unos 400 metros de la caseta en que se encontraba detenido Llanquilef, desde la camioneta hacen descender a ambos, trasladando a Ainol, hasta unos montes cercanos para ser interrogado, mientras un carabinero se encarga de la custodia de Santana, a quien desplaza hasta la garita en que permanecía detenido Llanquilef bajo custodia”.

“ñ) Concluidos los interrogatorios de Santana y Ainol, se dispone que se traslade a un lugar cercano a Llanquilef, a fin de ser interrogado. Esta es la última vez que se tiene antecedentes del mismo, encontrándose desaparecido hasta la fecha”.

“q) Que supuestamente se habría avistado un cuerpo en las aguas del Lago Yelcho, en un tiempo cercano al desaparecimiento de Nelson Llanquilef, no obstante, a pesar de las búsquedas e investigaciones efectuadas por este Tribunal junto a peritos, este no logró ser hallado, ni tampoco se logró establecer si el cuerpo correspondería al desaparecido Nelson Llanquilef o a José Raúl Velásquez Vargas, cuyo desaparecimiento ocurrido en la misma época se investiga en los autos Rol N° 7039 de este Tribunal, por lo que hasta la fecha, se ignora su actual paradero”;

SEGUNDO: Que, revisados los elementos probatorios relacionados en el fundamento segundo de la sentencia, de cuyo examen y estudio surgen los hechos que se dan por acreditados en el capítulo Tercero antes aludido, fluyen antecedentes de haberse ejercido actos de violencia en la persona de Llanquilef Velásquez, que permiten inferir que de alguna forma se provocó grave daño en su persona, pudiendo presumirse que en esa oportunidad, aquella descrita en el apartado de la letra “**q**”) anteriormente transcrito, se puso fin a su detención y encierro y se cumplieron una a una las exigencias o elementos del tipo penal del secuestro calificado. Asimismo, se tiene presente que transcurrido el día de la detención y encierro, en los días posteriores, semanas, meses y aún, años, ninguna prueba, vestigio, huella, rastro, pista o indicio ha surgido que pudiera hacer pensar que Llanquilef Velásquez se encuentra con vida, detenido y secuestrado, y no muerto. De esta forma se establece según esos hechos que la detención y encierro de Llanquilef Velásquez no se prolongó por más de noventa días, y que no hay datos precisos y determinantes que permitan contradecir esa evidencia y sostener que la privación de libertad subsiste;

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

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

CUARTO: Que, los hechos así descritos permiten ser calificados jurídicamente como constitutivos del delito de secuestro con grave daño de Nelson Norberto Llanquilef Velásquez, previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente en el mes de Diciembre de 1974, por cuanto la víctima ha sido encerrada y detenida por un lapso de tiempo no superior a noventa días, pero si con grave daño en su persona. En la hipótesis de grave daño en su persona, ha podido incluirse su muerte, puesto que en esa época, según la redacción de la norma que regía, el homicidio era un hecho o con secuencia constitutiva de grave daño;

QUINTO: Que, esta calificación jurídica de los hechos, causa o produce diversas consecuencias, entre ellas, que se estima que el delito de secuestro calificado se ejecuta el día Sábado 8 de Octubre de 1973 y que sus efectos, esto es, la privación de libertad del secuestrado se prolonga por breve tiempo, prácticamente un día, por cuanto no hay antecedentes que permitan acreditar fehacientemente que la privación de libertad durara más tiempo; que el estado de consumación se completó con la detención y encierro de la víctima; que lo permanente en esta figura penal, no es la consumación, esto es, la ejecución completa de los actos de encierro, detención, y aún de maltrato que cause grave daño, lo permanente del delito, es la prolongación del comportamiento o conducta del sujeto activo que mantiene y hace perdurar el estado de privación de libertad; que el grave daño podrá ser producido por acciones homicidas, de lesiones u otras de la misma naturaleza, y por actos que causen grave perjuicio en sus intereses o bienes y derechos patrimoniales; que el sujeto activo del delito podrá ser un particular, la figura se incluye en el párrafo 3º, del Título III, del Libro II, del Código Penal, relativo a los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad cometidos por particulares, puede ser también cometido por funcionarios públicos, lo que acontecerá cuando estos no obren en esa calidad;

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

SEPTIMO: Que, 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, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

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

ello, se pudiese producir el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

OCTAVO: Que, como consta de los antecedentes, los hechos ocurren el día 8 de Octubre de 1973, en el lugar denominado Puerto Piedra cercano a la localidad de Chaiten, en Chiloé Continental, donde fue visto Llanquilef Velásquez con vida por última vez, llegando a su fin en ese momento la privación de libertad que le afectaba con ocasión del delito de que era víctima.

Asimismo consta que, que la acción penal se dirige en contra de los acusados y condenados Hernán Escobar Hinostroza, Víctor del Carmen Retamal Carrasco, Joel de Jesús Osorio Morales y José Desiderio Barría Vargas, con motivo de la denuncia de la madre de la víctima, doña Luzvenia Velásquez Uribe, de fecha 31 de Agosto de 1990, que da inicio a la investigación y que se incorpora a los autos como fs. 1, y con la querrela criminal deducida por sus hermanos Luisa del Carmen, Víctor Hernán, Sergio Eduardo y Jorge Antonio Llanquilef Velásquez, la que fue presentada con fecha 7 de Octubre de 1993 y agregada al proceso a fs. 243;

DECIMO: Que, por tratarse entonces de la imputación de un delito de secuestro calificado, en que la privación de libertad llegó a su fin en la época antes anunciada, cuya pena es de presidio mayor en cualquiera de sus grados que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen que la ley castiga con esa pena, el plazo de la prescripción es de quince años, término que transcurrió en exceso entre el día en que se cometió el delito y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra de los condenados de la causa.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro don Nibaldo Segura Peña quien, compartiendo los fundamentos primero y tercero del voto del Ministro Ballesteros, es también de opinión de absolver a los acusados de autos pero teniendo presente, en particular, los siguientes razonamientos:

Primero: El artículo 141 del Código Penal, en su tenor vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos de autos, contemplaba en su inciso tercero la figura calificada de secuestro cuando “el encierro o la detención se prolongare por más de noventa días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del encerrado o detenido ...”, esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, siendo, en consecuencia, para la procedencia del delito y la pena irrelevante el tiempo posterior que transcurra.

Dentro de esta óptica, los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, el día 7 de enero del año 1974.

Segundo: Que, desde la comisión del delito (8 de Octubre de 1973) a la fecha de la denuncia del suceso por parte de la madre de la víctima (31 de Agosto de 1990), ya habían transcurrido dieciséis años y conforme la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y

96 del Código Penal operó plenamente la prescripción de la acción penal en favor de los acusados de secuestro, y en ello se funda el parecer de este juez para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo, y de las disidencias sus autores.

Rol N° 2.370-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.