

## **Desaparición de José Emiliano Cuevas Cuevas**

Santiago, nueve de noviembre de dos mil nueve.

### **Vistos:**

En estos autos rol N° 22.265, seguidos ante el Juzgado del Crimen de Yumbel, se dictó sentencia de primera instancia el día trece de octubre de dos mil ocho, la que rola de fojas 970 a 991, ambas inclusive, correspondientes al Tomo III de estos antecedentes, y por ella se decidió absolver a los acusados Miguel Oreste Beltrán Santander y a Juan de Dios Oviedo Riquelme, de los cargos formulados en el auto acusatorio de fojas 731, y en las adhesiones a la acusación de fojas 752, en cuanto a ser estimados autores del delito de secuestro calificado de José Emiliano Cuevas Cuevas. Por la misma decisión, se condenó al enjuiciado Israel Ormeño Stuardo, a sufrir una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes y al pago de las costas del juicio, por su responsabilidad que en calidad de autor le correspondió en el delito de secuestro calificado de José Emiliano Cuevas Cuevas, ilícito previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, el que acaeció a partir del 14 de mayo de 1974, en la comuna de San Rosendo; resultando favorecido con el beneficio de la libertad vigilada. En cuanto a la parte civil, se acogió la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta a fojas 752 por la demandante Sonia Angélica Cuevas Hormazabal, condenando al demandado Israel Ormeño Stuardo a pagarle la suma de \$30.000.000.- (treinta millones de pesos), más los reajustes e intereses que en el mismo fallo se precisan. En lo que toca a la misma acción, pero ahora dirigida en contra del Fisco de Chile, se acogió la excepción de incompetencia del tribunal, opuesta por el referido demandado en su presentación de fojas 763, sin costas; la demanda deducida en contra de los otros enjuiciados fué rechazada, como consecuencia de su absolución en la parte penal, sin costas. La sentencia fue objeto de apelación por la querellante, a través por su presentación de fojas 1.000 y por el Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior mediante su escrito de fojas 1.016, y evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial de fojas 1.026, la Corte de Apelaciones de Concepción, por resolución de fecha once de febrero de dos mil nueve, que rola a fojas 1.096, la confirmó en todas sus partes. Contra esta última decisión, el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo, los que rolan a fojas 1.097 y siguientes. A fojas 1.112, se trajeron los autos en relación para conocer de los recursos de fojas 1.097.

### **CONSIDERANDO:**

1.- En cuanto al Recurso de Casación en la Forma:

**Primero:** Que, la causal de casación invocada para el presente recurso es la contemplada en el numeral noveno del artículo 541 del Código de

Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley, vinculándola con el numeral tercero del artículo 500 e inciso primero del artículo 527 ,ambos del mismo cuerpo legal, en razón de que no contiene una exposición breve y sintetizada de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, de las acciones, de las acusaciones formuladas contra los procesados, de las defensas y de sus fundamentos. Tampoco se tomaron en consideración ni se resolvieron las cuestiones de hecho y las de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la causa, aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda la sentencia de primera instancia.

**Segundo:** Que, en cuanto a la forma en que se produjo el vicio denunciado, el recurrente indica que impugnó la sentencia de primer grado en la parte que absolvió a los procesados Oviedo y Beltrán, solicitando que en esa parte fuera revocada y se dictara en su lugar sentencia condenatoria, por estimar que les correspondió una participación de autores en el delito de secuestro calificado investigado, solicitando respecto del acusado Ormeño la aplicación de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 12, nros 10 y 11 del Código Penal y respecto de Oviedo y Beltrán, las agravantes contenidas en el mismo artículo 12, nros. 7, 8, 10,11 y 20 de ese texto. Agrega que .además impugnó la condena de Ormeño, en aquella parte en que se estimó concurrente la minorante del artículo 11 N° 9 del estatuto punitivo. En esa apelación, expresa el recurrente, se procedió a especificar los elementos de juicio que el fallo recurrido debió considerar y se analizaron las conclusiones que la parte extrae de esos hechos, formulando peticiones concretas. Afirma que se trata de cuestiones de hecho que eran totalmente pertinentes, que fueron objeto de discusión en la causa y que el tribunal de primer grado estaba obligado a considerar y resolver Sin embargo, éste último no se refirió a ello, lo que tampoco fue corregido por el tribunal de segundo grado en relación a las omisiones incurridas por el a quo, lo que significó que sus peticiones no fueron consideradas ni se expusieron en la sentencia.

**Tercero:** Que, finalmente, estima que su reclamo está debidamente preparado en los términos del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la falta que se reclama tuvo lugar en el pronunciamiento de la sentencia que se procura anular, razón por la cual no fue posible denunciar el vicio con anterioridad .

Solicita que se acoja el recurso, se declare la nulidad de la sentencia atacada y se dicte otra de reemplazo, en la cual se condene a los acusados Ormeño, Oviedo y Beltrán, como autores del delito de secuestro calificado de José Emiliano Cuevas Cuevas, al máximo de las penas asignadas por la ley para ese delito, declarando, además, que concurren respecto de Riquelme y Beltrán, las circunstancias agravantes nros. 7, 8, 10, 11 y 20 del Código Punitivo y que a Ormeño no le favorece la atenuante nro.9 y le perjudican, en cambio, las agravantes de los nros. 10 y 11 del artículos 12 de ese cuerpo de leyes. Par

**Cuarto:** Que, tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, la causal de casación contemplada en el artículo 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal, invocada en relación con el numeral tercero del artículo 500 de esa misma normativa, sólo concurre si la sentencia carece por completo de consideraciones o razonamientos relativos al punto de que se trate. En cambio, si tales consideraciones existen, la causal no concurre, aunque se estime que esos razonamientos son equivocados, erróneos, exiguos o insuficientes. El motivo de nulidad formal esgrimido tiene por único objeto asegurar que los juzgadores del fondo efectúen una exposición breve de los hechos que dieron origen a la formación de la causa, lo que debe ir necesariamente en la parte expositiva de la sentencia, conteniendo la enunciación sumaria de las acciones, de los cargos formulados contra los imputados, de sus defensas y en qué consistieron sus fundamentos, expresando los medios legales en virtud de los cuales el tribunal dió por probados los hechos, efectuando luego un examen de conjunto de los antecedentes allegados al proceso, sin que puedan en esta parte estimarse obligados a un estudio exhaustivo de todos ellos, por más que sea loable que así lo hagan cuando el asunto lo requiere. (SCS, 25.09.1984, R., t.81, secc. 4ª, p. 196)

**Quinto:** Que, del análisis del fallo impugnado fluye que dichas obligaciones se cumplen a cabalidad. En efecto, ese dictamen, al confirmar el de primer grado, hizo suyas las motivaciones de éste último, con las cuales establece con claridad y precisión los hechos que se han dado por acreditados y contiene un estudio detallado y razonado de todos los elementos de juicio acumulados y que dicen relación con la condena penal y civil de uno de los acusados (Ormeño) y la absolución de otros dos (Beltrán y Oviedo) y el consecuente rechazo de la demanda civil interpuesta en contra de éstos últimos y del Fisco de Chile, por lo que satisface la exigencia contenida en el numeral tercero del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal; en consecuencia, no se da en este caso una ausencia de motivación de lo resuelto, derivada de ¿La falta de respuesta a las conclusiones presentadas por las partes?, como se aduce en el libelo. Si esas consideraciones fundantes de la sentencia son estimadas insuficientes por la parte disconforme con la decisión, ello no conduce a la infracción de lo preceptuado en la disposición últimamente citada.

**Sexto:** Que, sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, cabe agregar que lo pretendido en el recurso es que se aumente la entidad de la condena de uno de los enjuiciados y se revoque la absolución de los otros dos, imponiéndoseles una condena basada en determinadas circunstancias agravantes que no habrían sido acogidas. En esta parte, no se cumple el requisito impuesto por artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por expresa disposición del artículo 535 del Código de Enjuiciamiento Penal, toda vez que para que pueda ser admitido un recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de

la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley. De lo dicho se sigue que no puede fundarse un recurso de casación en la forma contra el fallo de segunda instancia que confirmó sin modificaciones el de primera, fundándose en vicios o defectos de que adolece este último, si esos vicios, defectos u omisiones, no fueron reclamados oportunamente mediante el arbitrio procesal correspondiente.

**Séptimo:** Que como lógico corolario de lo sostenido, resulta evidente que la resolución impugnada no adolece de la deficiencia que motiva el libelo, careciendo de fundamento las transgresiones imputadas a ese veredicto; en consecuencia, el recurso deberá ser desestimado.

2.- En cuanto al Recurso de Casación en el Fondo:

**Octavo:** Que, por lo que toca al recurso de casación en el fondo, el recurrente lo construye a partir de la invocación de la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena. Denuncia como vulneradas las disposiciones de los artículos 11 nro. 9 y 15 del Código Penal y el artículo 481 del de Procedimiento Pena I.

**Noveno:** Que en el desarrollo de la causal, la parte alude a los siguientes considerandos del fallo de primer grado, reproducidos por el de segunda instancia:

- al Décimo, referido a los hechos establecidos.
- al Vigésimo, que contiene el rechazo a la atenuante del artículo 11 N° 8 y acoge la del numeral 9° del mismo artículo del Código Penal, en beneficio del procesado Ormeño;
- al Vigésimo Cuarto y Trigésimo , en los que se contienen los motivos para adoptar la decisión absolutoria respecto de dos de los enjuiciados, sobre la base de estimar que para sostener la imputación de Juan Oviedo Riquelme y Miguel Beltrán Santander sólo existe la inculpación que les hace Israel Ormeño Stuardo a fojas 363 y 447.
- al Vigésimo Quinto, en el que, señala la parte, ¿después de tener por acreditados los hechos indicados en el Considerando Décimo, y el mismo TRIGESIMO concluyen que esta imputación resulta insuficiente para establecer que Oviedo Riquelme y Beltrán Santander tuvieron una participación material, directa e inmediata en la detención ilegal de Emiliano Cuevas Cuevas, como asimismo en el destino de éste, de suerte que no alcanza el estándar de convicción para tener por acreditada su participación culpable en el hecho investigado.? Sin embargo, afirma el recurrente, que en el mencionado CONSIDERANDO VIGESIMO, al resolver respecto las peticiones de reconocimiento de atenuantes formuladas por la defensa del acusado Ormeño Stuardo, el tribunal a quo acoge dicha solicitud respecto de la contemplada en

el No. 9 del artículo 11 del Código Penal ya que, en concepto del sentenciador de autos, *?... debido a sus declaraciones se ha podido establecer su participación en los hechos investigados en autos.?* En cuanto a la razón *?*por la que es errada la sentencia al apreciar los hechos y, consecuentemente, la participación, la extensión de la pena y otorgamiento de beneficios,*?* la recurrente asevera que el testimonio de Ormeño Stuardo es relativizado por el sentenciador, restándole mérito probatorio con relación a la participación punible de Oviedo Riquelme y Beltrán Santander, aduciendo el ministro instructor en el considerando DECIMO QUINTO que el procesado Israel Ormeño Stuardo, en primera instancia y según él mismo reconoce, mintió al tribunal, al haber indicado que el nada tenía que ver con los hechos y no nombró a Oviedo Riquelme; y posteriormente, aseguró que Oviedo Riquelme subió al automóvil que conducía; esta imputación, en su contexto, en que primero niega su propia participación y luego inculpa a otras personas, resulta insuficiente para establecer que Oviedo Riquelme y Beltrán Santander tuvieron participación material en el ilícito materia de este proceso; *?*sin embargo, al resolver respecto de la aplicación de atenuantes formulada por la defensa de Ormeño Stuardo *?*CONSIDERANDO VIGESIMO-considera estos mismos testimonios para acoger la atenuante del artículo 11 nro.9 del Código Penal, esto es, haber colaborado substancialmente al esclarecimiento de los hechos investigados ya que debido a sus declaraciones se ha podido esclarecer su participación en los hechos investigados, si ( debe entenderse *?*sin? ) atribuirles el carácter de confesión judicial *?*. Más adelante razona que la desestimación que efectúa el juez a quo, confirmada por el Tribunal de Alzada, del testimonio de Ormeño Stuardo, se contradice con el testimonio aportado por otros testigos que, en concepto de ese tribunal, formaron convicción respecto de la perpetración del delito y la participación que correspondió a ese procesado, quien reconoce que faltó a la verdad producto del temor, *?*lo cual restaría eficacia jurídica a sus dichos en términos de servir de elemento de convicción al tribunal *?*; menciona, además, os dichos de los testigos Benilde Santana y Samuel Vidal Riquelme, de fojas 298 y 706 respectivamente, quienes habrían sentido ese mismo temor. A juicio del recurrente, las declaraciones de Ormeño constituyen confesión judicial en los términos que establece el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, de modo que el razonamiento del sentenciador de primera instancia en virtud del cual no tiene por confeso a ese procesado, no se ajusta al mérito de autos, toda vez que esas declaraciones constituyen efectivamente una confesión judicial, lo que sirve para afirmar no sólo su participación, sino también la de los otros dos acusados de autos, agregando a ello las declaraciones de los testigos citados precedentemente.

**Décimo:** Que, por otro lado, se cuestiona por el recurrente en relación a la causal de casación de fondo, el error de derecho cometido al haberse considerado que beneficia al procesado Ormeño la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal, esgrimida por su defensa, toda vez que no sólo supone el

reconocimiento de su participación, sino que debe consistir en una cooperación eficaz en el proceso, que permita establecer otros aspectos determinantes, tales como el destino de la víctima o la intervención de otros sujetos, etc., y que en el presente caso se incurrió en una contradicción manifiesta, pues los propios dichos del enjuiciado Ormeño permitieron establecer la autoría que le cupo en la perpetración del ilícito materia de la investigación, por lo que también debió tenerse por probada la intervención de los otros dos acusados.

**Undécimo:** Que, en mérito a los antecedentes que invoca, reseñados en los considerados precedentes, el recurrente de autos estima que se ha configurado la causal de nulidad que fundamenta su reclamo, al calificar el delito con arreglo a la ley, pero no imponer al delincuente pena alguna, cometiendo un error de derecho al determinar la participación de éste, infringiendo de esta manera el artículo 15 del Código Penal, absolvió a los acusados Juan Oviedo Riquelme y Miguel Beltrán Santander, en circunstancias que de conformidad al artículo 141 del Código Penal- debió haberlos condenado a una pena no inferior a la de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autores del delito de secuestro calificado en la persona de José Emiliano Cuevas; la errada calificación de los hechos, vulnerando el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, ha redundado en la aceptación de la circunstancia atenuante del artículo 11 nro.9 respecto de Ormeño y en el rechazo de las agravantes que señala.

**Décimo Segundo:** Que, finalmente, en el petitorio, solicita se acoja el presente recurso, y se proceda a la anulación del fallo de segundo grado, dictando sentencia de reemplazo que decida confirmar la condena de Ormeño, y se revoque en cuanto consideró la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, así como respecto de la absolución de Oviedo y Beltrán, con las circunstancias agravantes reclamadas en cada caso.

**Décimo Tercero:** Que, cabe recordar que el recurso de casación en el fondo, en materia penal, conforme lo presupone el numeral primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y 767 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del primero de estos textos legales, se concede para invalidar las sentencias dictadas con aplicación errónea de la ley penal y siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, situación que en el caso de la causal esgrimida en este caso, se configura cuando el juez, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, producto de los errores de derecho que allí mismo se precisan, tales como al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y grado de la pena.

**Décimo Cuarto:** Que, en primer término, la impugnación de la sentencia respectiva, en lo que concierne a la absolución de los procesados Oviedo y Beltrán, no puede apoyarse en el motivo de nulidad de que se trata, ya que-

según constante jurisprudencia- ella dice relación únicamente con un error de derecho incurrido al determinar la participación del acusado u otras circunstancia vinculadas a la extensión de la pena. Por lo tanto, esta causal se refiere a fallos condenatorios y no a fallos absolutorios, desde que requiere la aplicación de una pena más o menos grave que la designada en la ley. (SCS, 11.06.1958, R., t. 55, secc. 4ª, p. 90; SCS 11.12.1969, R., t. 66, secc. 4ª, p. 355; SCS 7.07. 1982, R., t. 79, secc. 4ª., p. 80; publicadas en el Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T. III, p. 343) Tratándose de un recurso de derecho estricto, el error que se atribuye al fallo cuestionado debe encuadrarse en la causal que efectivamente corresponda, que recoge la específica infracción de una determinada norma jurídica; al no guardar conformidad la argumentación del libelo con el motivo de nulidad hecho valer, el error queda insuficientemente determinado, no satisfaciéndose, por ende, un requisito legal esencial.

Aunque el defecto precisado es suficiente para desechar el recurso de esta parte, cabe agregar la circunstancia de que la solicitud de condena en razón de haberle correspondido una participación culpable en el delito a los acusados que fueron absueltos, sólo podría ser examinada por el tribunal de casación, en el evento de plantearse una modificación de los supuestos fácticos que llevaron al juez y al tribunal de alzada a sostener la falta de participación y por ende de responsabilidad penal de los acusados Beltrán y Riquelme, para cuyo efecto resulta indispensable denunciar una contravención a las leyes reguladoras de las pruebas apreciadas por los falladores, lo que supone invocar la causal séptima del artículo 546 del código del ramo; este requisito esencial ha sido omitido por la parte recurrente, de modo que los hechos establecidos quedan inamovibles para esta Corte y no pueden ser revisados por ella a fin de analizar si la conclusión jurídica a que arribaron los sentenciadores es contraria a Derecho o no.

**Décimo Quinto:** Que en segundo término, la alegación de no haberse considerado- respecto del sentenciado Ormeño- las circunstancias agravantes que en el recurso se señalan como concurrentes y haberse acogido la atenuante del Nro. 9 del artículo 11 del estatuto punitivo, tampoco permite sustentar el recurso, tanto por razones formales como sustantivas; en lo formal, porque tratándose de un ilícito penal que tiene asignada una pena divisible, cuya extensión puede ser disminuída o aumentada por el tribunal, era indispensable denunciar también una infracción a las normas de determinación legal y judicial de la pena, lo que no se ha hecho; en lo sustancial, porque aún de haberse incurrido en un error de derecho al resolverse en forma contraria a lo sostenido por la recurrente, ello no podría tener influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que los sentenciadores, en ejercicio de sus facultades privativas, llegaron a la conclusión de que no concurrían los presupuestos de las causales de agravación y sí lo hacían los de la causal de atenuación, apreciadas que fueron las probanzas producidas en esta materia, aplicando la sanción dentro de los límites establecidos en la disposición sustantiva que

gobierna la materia, la que, por lo demás, otorga una facultad, esto es, una atribución potestati va al juez, cuyo ejercicio no puede infringir la ley. Este mismo argumento permite desechar las alegaciones referidas a las circunstancias agravantes no acogidas en la sentencia censurada que confirmó la de primer grado en sus mismos términos, con respecto a los acusados Beltrán y Oviedo.

**Décimo Sexto:** Que en mérito a los razonamientos precedentes, se rechazarán los dos recursos analizados. Y visto además, lo preceptuado en los artículos 541, 544, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el representante del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, a fojas 1097 y siguientes en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción a fojas 1096, la que, en consecuencia, no es nula.

**Acordada la condena penal contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por entrar de oficio, anulando la sentencia de alzada, procediendo a dictar sentencia de reemplazo por la que se resuelve revocar la de primer grado en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta a favor del encartado, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:**

1.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma: ¿El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias. En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito. Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias?. Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y ap robado sin variaciones.

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

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

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

**3.-** Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso ter cero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que el culpable de la acción calificada incurrió y consumó efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto a partir del día catorce de agosto de mil novecientos setenta y cuatro. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello

conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

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

?Artículo 163.

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

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

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

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

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Aranzadi, 1996, pp.37 y ss.), comenta que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo?? ?Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que ?Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea??, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado ( cit, p. 144).

5.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal. El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento

y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

**6.-** Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. Nº 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra. Jean Pictet, destacado jurista, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya

reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que "para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...?". El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (éste último a partir del primero de septiembre del presente año-), entraron en vigencia en Chile, lo fue con posterioridad a la comisión de los hechos; y tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. El Decreto Ley. Nº 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión. Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. Nº 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional" en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949. No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de

derecho

humanitario.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados precedentemente y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile a la data de los hechos existía un "conflicto armado no internacional", en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punibles en estudio; Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. "En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que "ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente", norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban." (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó pertinente - en los autos Rol N° 2079-06 - a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro "La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 - 1998" Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo "han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la "guerra interna" de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar?" (pág. 44)?

**7.-** Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho

que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, lo que se extiende a los alcances que pudiera tener la Ley N° 20.357 de 18 de julio del presente año 2009, que tipifica a partir de la fecha señalada los crímenes de lesa humanidad, genocidio, y los crímenes y delitos de guerra . El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, promulgado por el artículo único del decreto N°104 de 1 de agosto de 2009, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles, pero este Estatuto si bien ha sido promulgado en la fecha ya indicada, no era aplicable a la de comisión de los hechos investigados, lo que sumado a lo que dispone el artículo 11 del referido Estatuto, la competencia comprende el conocimiento de crímenes cometidos después de su entrada en vigor, por tanto tampoco ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

**8.-** Que, los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, antes recordados.

**9.-** Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta y cuatro años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor del acusado Israel Ormeño Stuardo, autor del secuestro calificado en la persona de José Emiliano Cuevas Cuevas y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlo del cargo acusatorio, como se anunciara al comienzo.

