

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 2182-98, Episodio Villa Grimaldi, caratulados "Claudio Enrique Contreras Hernández", por sentencia de primera instancia de trece de julio de dos mil doce, escrita a fs. 3231 y siguientes de estos antecedentes, se condenó a JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, ROLF GONZALO WENDEROTH POZO, FERNANDO EDUARDO LAURIANI MATURANA, GERARDO GODOY GARCÍA y MARCELO LUIS MORÉN BRITO, por su responsabilidad como autores en el delito de secuestro calificado cometido en la persona de Claudio Enrique Contreras Hernández, a contar del 7 de enero de 1975, a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además del pago de las costas.

En lo que atañe a la acción civil deducida en el proceso, se acogió la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el representante del Consejo de Defensa del Estado.

La referida sentencia fue apelada por las defensas de los acusados y también por la parte querellante y demandante, recursos de los que conoció una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que por fallo de veintinueve de enero de dos mil catorce, que se lee a fs. 3070 y siguientes, en cuanto a la acción penal, acogió la alegación de los acusados en orden a estimar concurrente en el caso de autos la aplicación de la prescripción gradual de la pena, establecida en el artículo 103 del Código Penal, por lo que confirmó la

sentencia, con declaración que los acusados quedan condenados a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; en cuanto a la acción civil, revocó la sentencia apelada sólo en cuanto rechaza la excepción de incompetencia absoluta, al igual que la de pago planteada y acoge la excepción de prescripción opuesta por el demandado.

Contra esta última resolución, el abogado de la querellante, la representante del Programa Continuación ley N° 19.123 y las defensas de los acusados Contreras y Wenderoth, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación por decreto de fs. 3150.

Considerando:

Primero: Que a fojas 3092, la parte querellante, asistida por el abogado don Nelson Caucoto, dedujo recurso de casación en el fondo contra la sección penal de la sentencia sustentado en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que atañe a dicha causal, denuncia en primer término la infracción de los artículos 15, 18, 21, 64, 68, 69, 103 y 141 del Código Penal, artículos 5 y 19 N°3 de la Constitución Política de la República, artículos 1.1° y 2°, 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 4 N° 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, artículo 2 N° 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 131 de la Convención de Ginebra y artículos 27, 53 y 54 de la Convención de Viena, alegando un error de derecho en la aplicación de la prescripción gradual de la pena. Indica que la

sentencia impuso una pena menos grave a los acusados, haciendo uso de una institución que no es procedente en los delitos de lesa humanidad, puesto que son imprescriptibles e inamnistiables conforme con el Derecho Internacional, que prima por sobre el derecho interno de acuerdo con los compromisos contraídos por el Estado Chileno en virtud de los convenios y tratados internacionales de los que es parte.

Expone que es un error de derecho estimar que es procedente la aplicación de la media prescripción del artículo 103 del Código Penal considerando como circunstancia objetiva la instauración del estado de sitio el 11 de septiembre de 1973, ya que a la fecha los condenados eran funcionarios de las fuerzas armadas y de orden que obraron abusando de su calidad de tal y de las garantías que por ello les asistían, sin que los jueces del grado tomaran en cuenta al momento de rebajar las penas, la mayor extensión del mal causado, máxime si ha quedado demostrado que nunca más se supo del paradero de la víctima

Finaliza la sección penal del recurso solicitando que se invalide el fallo impugnado y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que aumente la pena aplicada a los condenados autores del delito acorde a la gravedad del ilícito materia de autos.

Segundo: Que la misma parte querellante dedujo recurso de casación de fondo contra la decisión civil del fallo de alzada, asilado en los artículos 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal y 767 del de Procedimiento Civil.

Alega que el primer error de derecho cometido por los jueces del fondo, surge de la aplicación de las reglas del Código Civil, ignorando normas

constitucionales y tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal. Indica que el caso de autos debe ser analizado dentro de la esfera del derecho público, no entenderlo así contraría lo preceptuado en los artículo 1, 4, 5 inciso 2°, 6 y 38 inciso 2°, todos de la Carta Fundamental, ello porque la responsabilidad del Estado por el daño causado a sus administrados es un tema que se construye en función de las llamadas “Bases de la Administración del Estado” contenidas en el primer capítulo de la Constitución Política de la República y en su artículo 38, como también en el artículo 4° de la Ley N° 18.575, por ende no es posible abordar el tema de la responsabilidad civil del Estado de acuerdo a normas de derecho privado como erróneamente se determinó en el fallo impugnado, desde que el deber de reparar a las víctimas de delitos de lesa humanidad tiene como fuente directa las normas constitucionales y los tratados internacionales vigentes en Chile.

Luego señala que hay un error de derecho al no aplicar los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes, que regulan la responsabilidad del Estado. Explica que en el caso de autos, se han desatendido reglas de responsabilidad contenidas en la “Convención de Ginebra sobre el Tratamiento de Prisioneros de Guerra” y la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, al afirmarse la desconexión total de las acciones civiles con las penales. Así, con evidente error de derecho, se ha determinado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que es posible castigar a los responsables y al mismo tiempo dejar sin reparación a las víctimas.

En otro apartado, postula que hay error de derecho al no reconocer el carácter imprescriptible de los hechos generadores de la obligación de reparar

que pesa sobre el Estado de Chile, al sostener que la acción de reparación ejercida por la familia de la víctima estaría prescrita según los plazos contenidos para tales efectos en el Código Civil, planteamiento equívoco, ya que, es un hecho indesmentible que el secuestro de don Claudio Contreras Hernández se encuadra dentro de un conjunto mayor de violaciones graves, sistemáticas y masivas acaecidas en Chile a partir del año 1973. Explica que la sentencia viola el complejo normativo interamericano, contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1.1 y 63.1). Por otro parte, señala que debe tenerse en cuenta que la Ley 19.123 debe ser considerada como un reconocimiento expreso de responsabilidad estatal, hecho que, por cierto, impide la prescripción de las acciones judiciales de las víctimas.

Finalmente, expresa que hay error de derecho al no considerar renunciada la prescripción en virtud de los pagos efectuados de acuerdo a la Ley N° 19.123 a los familiares de la víctima, lo que en su concepto importa un reconocimiento expreso de la responsabilidad estatal.

En lo petitorio del libelo solicita se anule el fallo impugnado y se dicte sentencia de reemplazo que confirme con declaración la de primer grado en el aspecto civil, acogiendo la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en todas sus partes.

Tercero: Que por el recurso de casación en el fondo formalizado por el representante del acusado Juan Manuel Contreras Sepúlveda, se invocó la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la infracción de las normas reguladoras de la prueba.

Señala que en el caso de autos se infringen los artículos 107, 108, 109 y 451 a 488 del Código de Procedimiento Penal, artículo 340 del Código Procesal Penal, artículos 6, 7 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Indica que no hay en estos antecedentes ninguna prueba indubitada, con respecto a que el delito investigado se haya cometido, ni menos que la víctima esté en poder del encausado; con ello se vulnera el debido proceso, pues la responsabilidad de su representado se construye con presunciones por el sólo hecho de establecer los jueces de las instancias, su calidad de Director de la Dirección Nacional de Inteligencia, de manera que, al no ser responsable ni del secuestro ni de la muerte de Claudio Contreras Hernández, su condena se dicta con infracción grave de las normas que regula, la prueba.

Termina solicitando que se dicte fallo de reemplazo que revoque la sentencia impugnada y que absuelva al acusado Contreras, por no haber tenido participación culpable en el delito materia de la presente investigación.

Cuarto: Que el Programa de Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior dedujo recurso de casación en el fondo a fs. 3121, asilado en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegando la errónea aplicación de los artículos 11 N° 6 y 103 del Código Penal, que incidieron en la fijación de una pena privativa de libertad inferior a la que corresponde aplicar a los condenados.

Señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han declarado que el secuestro es un delito de carácter permanente, es decir, para el cómputo de la prescripción se cuenta “desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su

actividad”, esto es, cuando cesa su período consumativo, por lo que mientras no haya finalizado no transcurre ni siquiera un día de tiempo para declararla.

Afirma que en el caso de autos no sólo se ha reconocido de manera expresa el carácter de permanente del secuestro, sino además que los hechos investigados dan cuenta de la existencia de un crimen de lesa humanidad y por es son imprescriptible como norma de ius cogens. En ese contexto, sostiene que la aplicación de este instituto, además, constituye una vulneración a principios de derecho internacional consagrados en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Explica luego el arbitrio que este error tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que se impuso a los condenados una pena menos grave de la que les correspondía, al aplicar la institución de la media prescripción en un caso no previsto, como es, el delito de secuestro calificado.

Por ello pide que se anule la sentencia recurrida y se dicte la de reemplazo que confirme la de primer grado con declaración, que se elevan las penas privativas de libertad a una sanción comprendida en el marco punitivo que en derecho corresponde aplicar, más las accesorias legales correspondientes, con costas.

Quinto: Que, a su turno, el recurso deducido por la defensa de Rolf Wenderoth Pozo señala que la sentencia impugnada incurre en el vicio contemplado en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el numeral séptimo del mismo precepto, respecto de los artículos 456 bis, 485, 486, 487 y 488 del mismo cuerpo legal.

Sostiene que la sentencia calificó el delito como secuestro en los términos del artículo 141 del Código Penal, es decir, la víctima fue detenida sin que conste a la fecha su paradero, sin que el sentenciado haya tenido participación alguna en la detención o arresto de Claudio Contreras Hernández.

Indica que a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados el acusado tenía en Villa Grimaldi un rol administrativo, encontrándose subordinado a sus superiores, quienes le asignaron funciones de guardador del orden y la seguridad pública,

De este modo, explica que las actuaciones de funcionarios de las Fuerzas Armadas realizadas en la época en que se efectúa la transgresión investigada en estos antecedentes, se subsumen en lo descrito en el artículo 424 del Código de Justicia Militar, esto es, un “servicio de armas”, entendiéndose por éste “...como el acto militar que reclama en su ejecución el uso, empleo o manejo de las mismas, con arreglo a las disposiciones reglamentarias que rijan o las órdenes que dicten los jefes en su caso....”. Por ello, la prueba rendida con infracción a lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, la que a su vez es ponderada con infracción de lo prescrito en el artículo 456 bis, del mismo cuerpo legal, implica que se arribe a una declaración de culpabilidad sin que existan indicios de intervención material por parte del encausado en la detención de la víctima o en las supuestas torturas de las que habría sido objeto, porque como ya se señaló su defendido estaba sujeto al mando de militares más antiguos.

En otro apartado, indica que en el caso de autos resultaba del todo pertinente aplicar lo dispuesto en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, pues en su caso estaba bajo la obediencia de sus superiores, por lo que

lo único que al encausado cabía era acatar las órdenes de sus superiores jerárquicos, supuesto que el fallo impugnado desconoce.

Al finalizar, pide se invalide la sentencia y se dicte otra en su reemplazo que, con arreglo a la ley, absuelva a su mandante o, en subsidio, rebaje la pena a la de cómplice.

Sexto: Que, en lo pertinente, el hecho que se ha tenido por establecido en el proceso, señala que: *“El día 07 de enero de 1975, aproximadamente a las 13:00 horas, Claudio Enrique Contreras Hernández, de nombre político “Omar”, de 27 años de edad, soltero, constructor civil, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionario, salió de su casa a realizar diligencias en el sector de la Estación Central y aproximadamente a las 19:00 horas fue detenido en la vía pública por agentes de la DINA, al mando de Eduardo Lauriani Maturana y Gerardo Godoy García, quienes llevaban consigo, para que lo reconocieran, a Herbit Ríos Soto y Hugo Salinas Farfán; a los tres los trasladaron hasta “Villa Grimaldi”, lugar en que a Contreras se le torturó diariamente y se le sometió a numerosos careos. Fue visto por testigos quienes expusieron que presentaba signos de apremios físicos y tenía uno de sus brazos luxado. Aproximadamente el 25 de enero de 1975 fue sacado del recinto, junto a otros detenidos y desde ese día se pierde todo rastro de su paradero hasta la fecha, sin que el privado de libertad haya tomado contacto con sus familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos de Estado, sin registrar entradas o salidas del país, sin que conste, tampoco, su defunción. Este hecho se enmarca dentro de un patrón similar a otros ocurridos durante aquella época que se iniciaban mediante el seguimiento y vigilancia de las víctimas hasta terminar con su secuestro”.*

Este hecho fue calificado por los jueces del fondo como delito de secuestro calificado que contempla y sanciona el artículo 141 incisos 1º y 4º del Código Penal.

En el transcurso del proceso, los mandatarios de los acusados solicitaron, entre otras, peticiones, que se reconociera a favor de sus representados la circunstancia del artículo 103 del Código Penal, que fue desechada por el juez de primera instancia en los motivos 54º a 56º de su sentencia, lo que fue acogido por la que ahora se revisa.

Las razones que tuvo en consideración el juez de primer grado para su rechazo, fueron, en primer término, que como toda prescripción, sólo comenzaba su cómputo, una vez que cesaba el estado consumativo del delito, sin que en el caso ello fuera posible *“porque no hay fecha desde la cual pueda determinarse el cómputo de la mitad del tiempo que corresponde a la prescripción...”* A ello se agregó, que la aplicación de la prescripción gradual o media prescripción, está impedida por la normativa internacional de derechos humanos, explicitando los motivos que autorizan su aplicación y que la naturaleza jurídica de la institución cuyo reconocimiento fue solicitado es el mismo de la prescripción de la acción penal, además de tener en consideración los objetivos de la pena y, en consecuencia, su improcedencia a un caso como el de la especie.

En lo penal:

Séptimo: Que dada la estrecha relación que se advierte en los recursos de casación en el fondo formalizados por la defensa de los acusados Contreras y Wenderoth invocando las causales primera y séptima del citado artículo 546

del enjuiciamiento criminal, a fin de evitar repeticiones innecesarias, se tratarán conjuntamente.

La defensa de los acusados solicita su absolución, sobre la base de sostener hechos diversos de aquellos establecidos por el tribunal de fondo respecto a la sucesión de etapas y actividades que fundamentan el establecimiento del hecho punible y la participación.

Señalan que si bien en el caso del acusado Contreras éste era el Director de la DINA, jamás ordenó ni supo del secuestro de la víctima de autos, no teniendo participación de manera alguna en los hechos que se le imputan. Por su parte el sentenciado Wenderoth, sostiene que a la fecha de ocurrencia del delito, no detentaba mando militar alguno en la unidad en se mantuvo privada de libertad a la víctima.

Sin perjuicio de lo expuesto por los recurrentes, lo cierto es que los elementos probatorios allegados al proceso, permiten desvirtuar los asertos precedentemente expuestos, ello porque a la época de perpetración del ilícito investigado, cada uno de los acusados tenía dentro del centro de detención Villa Grimaldi, un rol determinado dentro de la estructura orgánica de la Dirección Nacional de Inteligencia, siendo su Director Ejecutivo como ya se ha señalado el inculcado Contreras, quien tenía un control absoluto sobre los miembros de ese organismo. Con respecto al encausado Wenderoth se determinó que se desempeñó a la época de ocurrencia de los hechos, como jefe de la Plana Mayor del recinto de detención, lo que ciertamente importa un poder de mando dentro de la estructura jerárquica de la DINA.

En tales condiciones y no habiéndose acreditado violación de normas reguladoras de la prueba que permitiera, como consecuencia de ello,

determinar o establecer los hechos que los recurrentes invocan para fundamentar su pretensión invalidatoria, ellas deben ser rechazadas.

Octavo: Que la defensa efectuada por el sentenciado Wenderoth invoca la existencia de la atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, en relación a lo dispuesto en el artículo 214 de ese mismo cuerpo legal, por estimar que a la época de los hechos, se encontraba bajo el mando directo de un Oficial de Ejército, debiendo, por ende, cumplir las órdenes que se le impartían.

Para que concurra la especial circunstancia que regula el artículo 214 mencionado, es necesario que se trate de una orden del servicio, encontrándose de contrario establecido, como hecho del proceso, que ello no fue así y dado que no se ha invocado infracción de normas reguladoras de la prueba no es posible modificar aquel extremo. En efecto, se ha tenido por cierto que el detenido fue conducido a un centro de detención, fue torturado y presentaba signos de apremios físicos y un brazo luxado, para luego sacarlo de ahí sin que hasta la fecha se conozca su paradero.

En tales circunstancias, no se advierte la comisión de la infracción de derecho que se reclama respecto al precepto señalado.

Noveno: Que la sección penal del recurso de casación de la parte querellante, en cuanto pretende la nulidad sustantiva del fallo asilada en la errónea concesión de una rebaja de las penas impuestas por la vía de aplicar la prescripción gradual, alegación que es coincidente con la formulada por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Sobre este tópico importa señalar que, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo transcurrido el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

En esas circunstancias, se configura el vicio denunciado por el recurso a través de la causal contenida en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por errónea aplicación del artículo 103 de Código Penal, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia desde que ha servido de base a la rebaja en segunda instancia de la pena impuesta a los sentenciados. De esta forma, los arbitrios impetrados por el querellante y por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, habrán de ser acogidos, dictándose sobre este acápite la correspondiente sentencia de remplazo.

En lo civil:

Décimo: Que con respecto a la acción civil incoada por la querellante, la sentencia de segunda instancia, revocatoria de la decisión de primer grado en lo relativo a la prescripción de la acción civil, establece en su motivo 26° que el plazo que ha de contabilizarse al efecto es el previsto en el artículo 2332 del Código Civil, que corresponde a la regla general de cuatro años desde que aconteció el hecho, que en este caso fue el 31 de diciembre de 1974, por lo

que dicho lapso está excedido. Agrega, en su considerando 31°, que la controversia respecto de la prescripción de la acción civil derivada de delitos de lesa humanidad fue objeto de pronunciamiento por parte del pleno de la Corte Suprema, el que dirimió el asunto señalando que la normativa internacional no establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, por lo que resulta excluyente del derecho nacional. Estiman los sentenciadores del grado que como consecuencia de este postulado, resulta pertinente considerar las normas nacionales sobre la prescripción extintiva al momento de pronunciarse sobre la demanda intentada. Por ello declaran que debe acogerse la excepción opuesta, ya que concurren sus presupuestos.

Undécimo: Que tratándose de delitos como los investigados, en la que la comunidad internacional ha calificado como de lesa humanidad, la acción civil deducida en contra del Fisco tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de un agente del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de las normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República.

En efecto, este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Duodécimo: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material. En el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad tejido con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado. En efecto, tratándose de delitos de lesa humanidad, si la acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos -integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental- que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

Décimo tercero: Que, en suma, pesando sobre el Estado el deber de reparar a la víctima, consagrado por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, el derecho interno no deviene en un argumento sostenible para eximirlo de su cumplimiento. No sólo por lo ya expresado, sino porque este deber del Estado también encuentra su consagración en el derecho interno. En efecto, el sistema de responsabilidad del Estado deriva además del artículo 3º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

Administración del Estado, que dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Así, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado autores del homicidio calificado de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado.

Décimo Cuarto: Que, en esas condiciones, resulta efectivo que los jueces del grado incurrieron en un error de derecho al momento de acoger la excepción de prescripción de la demanda civil incoada por la víctima en contra del Estado, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, de suerte tal que el recurso de casación en el fondo será acogido en este segmento.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 775, 781 y 786 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546 Nros. 1, 3, 5, 7 e inciso final y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

En lo penal:

I.- Se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos por los abogados señores Luis Hernán Núñez Muñoz y Enrique Ibarra Chamorro por los condenados Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Rolf Wenderoth Pozo, respectivamente.

II.- Se acogen los recursos de casación en el fondo deducidos por el querellante y el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, en contra de la sentencia de veintinueve de enero de dos mil catorce, escrita a fojas 3640 y siguientes, la que, en consecuencia, se anula, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, en forma separada, pero sin previa vista.

En lo civil:

III.- Se acoge el recurso de casación en el fondo formalizado al primer otrosí de fojas 3092 por la actora Alicia Contreras Hernández, en consecuencia, se invalida la aludida sentencia, en aquella sección que acoge la excepción de prescripción de la demanda civil deducida por el Fisco de Chile.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller concurre a la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo impetrado por el querellante y el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123 y rechazar la aplicación de la prescripción gradual de la pena, teniendo en consideración que el secuestro es un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se mantiene en el tiempo, por lo que no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo señalado en el artículo 94 del Código Penal, en los términos indicados por el artículo 103 del mismo código. En efecto, atendida su naturaleza, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de

la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo ha de tener -ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante- un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible.

El previniente ha sostenido en fallos anteriores que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentran las víctimas podría comenzar a contarse el plazo de prescripción, y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el indicado cómputo. Pero al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, como se dijo, no procede aplicar el instituto en estudio.

Acordada, en cuanto se acogió el recurso de casación en el fondo impetrado por el querellante y el Programa de Continuación de la Ley 19.123, en aquella parte de la sentencia impugnada que aplicó la prescripción gradual de la pena, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Cisternas, quienes fueron de opinión de rechazar los referidos recursos, toda vez que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que el instituto de la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el

hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, aunque resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada de los ilícitos, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- los delitos indagados son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno

de encierro de las víctimas, lo que ocurre en los casos en análisis a partir del mes de enero de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución cuestionada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez ha debido aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión de los disidentes procedía desestimar los recurso de casación interpuestos por el actor y el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la prevención, su autor.

Rol N° 4550-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Carlos Cerda F. No firma el Ministro Sr. Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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