

Santiago, veintidós de septiembre de dos mil quince.

Vistos:

En los autos Rol N° 27.525, del Juzgado de Letras de Carahue, por sentencia de veintiséis de diciembre de dos mil catorce, escrita a fojas 1.077, se condenó a **René Segundo Illesca González y a Máximo Arturo Venegas Véjar**, cada uno, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causa, como autores del delito de homicidio calificado de Segundo Cayul Tranamil, perpetrado en la comuna de Carahue el 3 de junio de 1974. En lo civil, se acogió, con costas la demanda interpuesta por María Gladys, Nelson Segundo y Eliana del Pilar, todos Cayul Llancafil, condenándose al Fisco de Chile a pagar a cada uno de los actores la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000).

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil quince, a fojas 1.251, rechazó el primero de tales arbitrios y confirmó la sentencia, con declaración que Illesca González queda condenado a la pena única de siete años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de los delitos de homicidio calificado de Juan Segundo Palma Arévalo y Arcenio del Carmen Saravia Fritz, que fueron objeto de investigación y condena en la causal Rol 27.526, del mismo tribunal, y del delito de homicidio calificado de Segundo Cayul Tranamil, materia de estos autos. Asimismo, se reduce la pena impuesta al condenado Venegas Véjar a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de

inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de homicidio calificado de Segundo Cayul Tranamil, otorgándole el beneficio de la libertad vigilada. En lo civil, se confirmó el pronunciamiento de primer grado con declaración que las sumas que se ordena pagar a los actores se reajustarán conforme con la variación que experimente el índice de precios al Consumidor desde que la sentencia quede ejecutoriada, con intereses corrientes para operaciones de dinero desde la mora.

Contra ese pronunciamiento la defensa del condenado Illesca González dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se desprende de fojas 1.333, en tanto que los representantes del Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del Fisco de Chile y la parte querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, a fojas 1.258, 1.275 y 1.326, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1.358.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del sentenciado Illesca González se funda en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 500 N° 5 del mismo cuerpo legal.

Plantea que el fallo no entrega las razones legales y doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, en especial las atenuantes, lo que es consecuencia de la aplicación del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, que condujo a elevar el castigo y privarlo del beneficio de libertad vigilada concedido en el proceso Rol N°27.526, seguido por la muerte de Juan

Palma Arévalo y Arcenio Saravia Fritz. Sostiene que la aplicación del citado artículo 164 solo procede cuando resulta más favorable al condenado. Sin embargo, en la especie, la unificación de penas le priva de los efectos favorables de la primera sentencia, donde fue condenado a cinco años de presidio menor en su grado máximo, castigo que unido al correspondiente a estos autos, en que debía recibir el mismo tratamiento del otro enjuiciado, es decir, reduciéndose la sanción en tres grados, habría añadido una condena de quinientos cuarenta y un días, con una modalidad de ejecución alternativa a la privación de libertad, lo que es más benigno que una pena efectiva única, por todos los delitos, de siete años de presidio.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que deje sin efecto la unificación de penas y le imponga la sanción de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de homicidio calificado de Segundo Cayul Tranamil, concediéndole la medida de remisión condicional de la pena, rigiendo en todas sus partes el fallo condenatorio de la causa Rol N°27.526, en que resultó sancionado a cinco años de presidio.

El recurso de casación en el fondo formalizado por la misma defensa se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dado el error de derecho cometido al aplicar la regla de unificación de penas del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales. Explica que el tribunal debía instar por la sanción más beneficiosa que resulte de la aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal o, en su defecto, del artículo 74 del Código Penal, pero se optó en definitiva por una sanción única y mayor, que no permite beneficio alternativo alguno. Al mismo tiempo reclama que en

estos autos debió igualarse su situación procesal a la del otro sentenciado, es decir, reducir el castigo en tres grados al mínimo, lo que conducía a una sanción de presidio menor en su grado medio, no obstante, a pesar de ello, el tribunal erró, pues condenó al otro acusado a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, desconociendo la reducción en grado que ya había resuelto.

Solicita en la conclusión que se invalide la sentencia y se dicte la correspondiente de remplazo que aplique a su representado la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo como autor de los delitos de homicidio calificado de Juan Palma y Arcenio Saravia, víctimas del proceso Rol 27.526, y de Segundo Cayul, cuya muerte se investigó en estos autos.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo deducido por el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, impuso a los condenados una pena menos grave que la designada en ella, infringiendo los artículos 68, 69 y 103 del Código Penal y 509 del Código de Procedimiento Penal.

Explica el recurso que el homicidio indagado constituye un crimen de lesa humanidad, categoría de ilícitos que se caracterizan por la improcedencia de institutos como la amnistía y la prescripción, y dado que la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal comparte la misma naturaleza jurídica que la causal de extinción de responsabilidad de la prescripción, no ha podido aplicarse al caso de autos sin violar el derecho internacional vigente.

Tal yerro tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues al momento de determinarse la sanción los jueces del fondo aplicaron el artículo 68 inciso tercero del Código Penal, reduciendo la pena en tres grados desde el límite inferior, en circunstancias que de no estimarse la prescripción gradual, los enjuiciados únicamente pudieron verse favorecidos con la minorante de irreprochable conducta anterior, lo que conducía a una pena de presidio mayor en su grado medio.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que confirme el fallo de primer grado que impuso a los acusados Illesca González y Venegas Véjar la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio o bien aquella que se estime conforme a la ley y al mérito del proceso.

Tercero: Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo formalizado en representación del Fisco de Chile se funda en el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal en relación a los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, impugnación que se desarrolla en tres partes.

El primer capítulo censura la falta de aplicación de los artículos 2332, 2492, 2497, 2514 y 2518 del Código Civil y las reglas de interpretación de los artículos 19 y 22, inciso primero, del referido cuerpo de leyes, en relación al artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, al prescindir de la regulación contenida en el derecho interno a propósito de la prescripción de la acción civil ejercida. En la especie, el delito se cometió el 3 de junio de 1974, de manera que el plazo de prescripción se encuentra ampliamente vencido, incluso si se considera que estuvo suspendido durante todo el periodo que se inició con el

régimen militar, instaurado en 1973, hasta la restauración de la democracia, el 11 de marzo de 1990, o bien a la fecha en que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación entregó oficialmente su informe sobre los casos de violaciones a los derechos humanos ocurridos en el país en el mismo periodo, el 4 de marzo de 1991. Entonces, al apartarse la sentencia de las disposiciones sobre prescripción del Código Civil, conculcó los artículos 19 inciso primero y 22 inciso primero de ese mismo ordenamiento, en particular porque no debió desatender el contexto de la ley ni lo dispuesto en su artículo 2497, que manda aplicar los preceptos de la prescripción a favor y en contra del Estado.

Por el siguiente acápite se critica la falsa aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y tratados internacionales que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales, la que sólo se extiende a las acciones penales que nacen de estos delitos. Tal es el caso de la Convención de Ginebra, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y degradantes, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. De esta forma y dada la ausencia en la legislación de alguna regla de fuente internacional que establezca tal imprescriptibilidad en el caso de violaciones a los derechos humanos, dicho término es de cuatro años, como lo señala el artículo 2332 del Código Civil, lo que debió ser declarado por el fallo.

En su segmento final se reclama la decisión de rechazar la excepción de pago opuesta a la demanda, en contravención a los artículos 2 N° 1 de la Ley

N° 19.123 y 5 de la Ley N° 19.980, pues se concedió a los actores una reparación en circunstancias que ya habían sido resarcidos por el mismo hecho con los beneficios de la normativa antes señalada. Tales franquicias resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, idea que surge del artículo 2° N° 1° de la normativa en cuestión, puesto que en esta virtud se reparó por el Estado el daño moral y patrimonial experimentado por las víctimas, lo que excluye la posibilidad de una posterior demanda y una nueva indemnización por los mismos conceptos. De ese modo, al percibir las sumas de dinero a que se refiere la aludida legislación, se extinguió la acción civil en contra del Fisco de Chile.

En la conclusión solicita que se anule el fallo de alzada y se dicte sentencia de reemplazo que revoque el pronunciamiento de primera instancia y rechace la demanda civil deducida, en todas sus partes.

Cuarto: Que la parte querellante funda su libelo en la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, por el errado reconocimiento de la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal, lo que determinó la rebaja sustancial de las penas. Tal decisión, en concepto del recurrente, vulnera los artículos 5° de la Constitución Política de la República; 1.1, 2 y 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 131 de la Convención de Ginebra; 27, 53 y 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los principios de ius Cogens y los artículos 15, 18, 21, 64, 68, 69, 103 y 391 del Código Penal y es producto de la inadecuada fijación de la naturaleza de los delitos cometidos en contra de las víctimas. Se trata, en el caso en estudio, de un delito contra el derecho internacional, bajo la categoría de grave crimen de guerra o delito de lesa humanidad, que requiere especial atención al

momento de su represión. Lo que ocurrió a la víctima de estos sucesos constituyó una conducta habitual, reiterada y sistemática de los agentes estatales al servicio de la dictadura militar.

Por ello, atendiendo a la especial naturaleza del crimen indagado es inaplicable la prescripción, total o gradual. En el caso particular de la minorante, la reducción de la pena desnaturaliza el concepto de castigo y desatiende su finalidad, cual es erradicar la comisión de delitos que atenten contra la humanidad y restablecer los derechos violentados. Por último, morigerar las penas por esta vía supone menoscabar las obligaciones internacionales asumidas por Chile en estas materias, una de las cuales es la de castigar a los responsables con una sanción que tenga correspondencia con la gravedad de los delitos.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que confirme la de primer grado que impuso a ambos condenados la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio con las accesorias legales correspondientes y el pago de las costas de la causa.

En relación al recurso de casación en la forma:

Quinto: Que el motivo de invalidación que se alega tiene -según constante jurisprudencia- un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que exige la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de ella se desprenda, aquilatar su mérito intrínseco o el valor de convicción que deba atribuírseles.

De la lectura del recurso se advierte que se reprocha a los jueces haber omitido expresar en el fallo las razones legales o doctrinales que los condujeron a la imposición de un castigo mayor, por aplicación de la regla sobre unificación de penas del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, limitando su decisión a la existencia de una nueva condición procesal del sentenciado a consecuencia de la expedición de un segundo fallo condenatorio.

Sexto: Que en el caso de marras, resulta evidente que la sentencia impugnada no adolece de la falencia denunciada, toda vez que de un atento estudio de ella, en particular sus apartados 11º y 12º, aparece una suficiente exposición de los motivos que condujeron a los jueces a unificar las penas impuestas al sentenciado Illesca en los dos fallos condenatorios librados por el mismo tribunal, acatándose adecuadamente el mandato del legislador.

Séptimo: Que interesa precisar que lo que estatuye la norma que se dice infringida en relación a la extensión de las sentencias, es que el pronunciamiento contenga las reflexiones que le sirven de base, lo que en este caso está satisfecho, pero la pretensión de obtener una conclusión distinta a la de la instancia no está comprendida en un motivo de nulidad como el presente.

Por lo expuesto y dado que el fallo que se impugna ha cumplido con las exigencias referidas, lo que se advierte de su examen, siendo entonces inexactas las transgresiones imputadas, no ha podido configurarse la causal de invalidación formal esgrimida, la que habrá de ser desestimada.

En cuanto a los recursos de casación en el fondo:

Octavo: Que los recursos de casación en el fondo formalizados en representación del Programa Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y de la

parte querellante discurren en torno a un mismo error de derecho, cual es el equivocado reconocimiento de la prescripción gradual, en el caso de un crimen de lesa humanidad, y la consiguiente rebaja de pena que conlleva esa circunstancia. Es por ello que se procederá a su análisis y resolución conjunta.

Noveno: Que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Sin embargo, como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo impugnado declaró expresamente en sus fundamentos 4º y 5º, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria en el motivo 6º, cabe sostener 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 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.

Décimo: Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Undécimo: Que, en consecuencia, al aplicar el artículo 103 del Código Penal a un caso en que resulta improcedente y, por ello, reducir en tres grados la sanción, como se razona en el fundamento tercero del fallo que se revisa, se configura el vicio de casación en el fondo que sirve de fundamento a los recursos, cuya influencia resultó sustancial en lo decisorio, pues se impuso una pena de menor entidad a la que legalmente correspondía, defecto que solo puede ser enmendado con la invalidación de la sentencia que lo contiene, por lo que los recursos deducidos en representación del Programa ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y de la parte querellante serán acogidos.

Duodécimo: Que en cuanto al recurso de casación en el fondo promovido por la defensa del sentenciado Illesca González, basta decir para su rechazo que la aplicación de la regla de unificación de penas del artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales consideró dos sanciones que se determinaron a partir de una realidad diversa a la presente, cual es la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal, lo que se ha declarado improcedente en este fallo, de manera que para la regulación del castigo habrá de estarse a la aplicación de la normativa que resulte más benigna al enjuiciado.

Décimo tercero: Que en lo que concierne al recurso de casación deducido por el Fisco de Chile, sin perjuicio de lo razonado en la sentencia que se revisa, en reiterada jurisprudencia esta Corte ha sostenido que, tratándose de un delito de lesa humanidad -lo que en la especie ha sido declarado-, cuya 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 inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama. Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y

eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

Décimo cuarto: Que 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 forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos 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.

Décimo quinto: Que por otro lado, las acciones civiles aquí deducidas por las víctimas en contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran 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.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

Décimo sexto: Que estas normas de rango constitucional imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional.

Décimo séptimo: Que de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles deducidas en autos, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de

sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Décimo octavo: Que, por último, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6 inciso tercero de la Constitución Política de la República y 3º de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso del Fisco de Chile, quedarían inaplicadas.

Décimo noveno: Que estas mismas reflexiones impiden aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores obtuvieron pensiones de reparación de conformidad a la Ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

La normativa invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación antes señalada en que se asila el demandado, no importa la renuncia de una de las

partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley.

Vigésimo: Que por las consideraciones precedentes el recurso de casación en el fondo del Fisco de Chile será desestimado en todos sus capítulos.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 500, 535, 541 N° 9, 546 N° 1 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve que:

Se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo promovidos en representación del sentenciado René Illesca González en lo principal y primer otrosí del libelo de fojas 1.333.

Se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile a fojas 1.275.

Se acogen los recursos de casación en el fondo deducidos en lo principal de fojas 1.258 y 1.326, en representación del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, y por la parte querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, contra la sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil quince, escrita a fojas 1.251 y siguientes, la que es nula, en lo penal, y se reemplaza por la que se dicta a continuación, en forma separada y sin nueva vista.

Acordada la decisión de acoger los recursos de casación en el fondo deducidos por el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, y por la parte querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, con el voto en contra de los Ministro Sres. Dolmestch y Cisternas, quienes estuvieron por rechazarlos por las siguientes consideraciones:

1° 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 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 irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito 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.

2° Que 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.

3° Que 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 del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, teniendo en cuenta para ello que el delito indagado acaeció en el mes de junio de 1974, fecha que determina 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 ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión de los disidentes, al proceder a su reconocimiento, el tribunal ha hecho una correcta aplicación del derecho.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, sus autores.

Rol N° 5706-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S. No firman los Ministros Sres. Juica y Dolmestch, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y con feriado legal, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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