

Santiago, catorce de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, denominada episodio “Villa Grimaldi”, por resolución de quince de junio de dos mil quince, que rola a fojas 3800, en lo que interesa a los recursos, se condenó a Pedro Espinoza Bravo, Carlos López Tapia, Rolf Wenderoth Pozo, Juan Morales Salgado y Ricardo Lawrence Mires como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado de Jorge Corvalán Valencia, Jorge Salgado Salinas y Pedro Silva Bustos, perpetrados a contar del 9 de agosto de 1976, a cumplir cada uno la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y 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. No se les otorgó beneficios a los sentenciados, atendida la extensión de sus condenas, reconociéndoles los abonos pertinentes.

La misma sentencia acogió las acciones civiles deducidas en contra del Fisco de Chile, ordenando el pago de \$ 100.000.000.- (cien millones de pesos) a cada uno de los actores Nestor Enrique, Catalina Marilyn, Robinson Oscar y Pablo Osvaldo todos de apellido Corvalán Flores; Analliver Corvalan Reyes y Katia Corvalan Reyes y Violeta Zúñiga Peralta; por concepto del daño moral padecido, con los reajustes e intereses que indica, condenándolo además al pago de las costas de la acción civil.

Apelada esa decisión, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de quince de junio de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 4120 con declaración que se rebaja la pena impuesta a los sentenciados Pedro Espinoza Bravo, Carlos López Tapia, Rolf Wenderoth Pozo, Juan Morales Salgado y Ricardo Lawrence Mires a la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio con accesorias legales; que los

reajustes e intereses de la indemnización civil se contarán desde que la sentencia quede ejecutoriada y que se exime al Fisco de Chile del pago de las costas de la causa.

En contra de aquella sentencia el Consejo de Defensa del Estado; las asesorías letradas de los condenados Rolf Wenderoth Pozo, Carlos López Tapia y Juan Morales Salgado y la querellante Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de las presentaciones de fojas 4151, 4137, 4193, 4144, 4178 y respectivamente, los que se ordenaron traer en relación a fojas 4207 y 4220.

Considerando:

Primero: Que la defensa del acusado Rolf Wenderoth Pozo sustenta su recurso en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal y los artículos 211 y 214 inciso 2º del Código de Justicia Militar. Sostiene que el fundamento erróneo para desestimar la media prescripción invocada en su favor radica en la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, característica que se hace extensiva a la prescripción gradual. Este razonamiento es equivocado ya que si bien el transcurso del tiempo es común tanto a la prescripción como a la prescripción gradual, ambas instituciones tienen basamentos y consecuencias distintas. Así, señala que la media prescripción constituye una circunstancia minorante de responsabilidad penal y no un modo de extinción de la misma, incide en el rigor del castigo y por su carácter de orden público es de aplicación obligatoria para los jueces en virtud del principio de legalidad que gobierna el derecho penal, sin que exista restricción constitucional, legal, de derecho internacional o de *ius cogens* para su aplicación, desde que tales reglas se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad de los hechores.

Respecto de la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, señala que el yerro se produce al estimar que para la configuración de los presupuestos de dicha norma, es necesario que la orden provenga de un superior; que sea relativa al servicio; que sea dada en el uso de atribuciones legítimas y que haya existido representación e insistencia. Afirma que la sentencia estima que en el caso de autos no se configuran dos de tales supuestos, esto es, que se ignora quién dio la orden y que ésta no es relativa a un acto de servicio. Expone que lo anterior constituye el error denunciado, debido a que la citada disposición no exige aquellos requisitos, sino que basta que el hecho se haya cometido en virtud de una orden recibida de un superior, presupuesto que se configura en la especie.

En lo referido al artículo 214 del Código de Justicia Militar, indica que él regula uno de los efectos de la obediencia jerárquica, colocándose precisamente en el caso que un subalterno, sin concertarse, cometa un delito en el cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio, y que no se haya producido representación ni insistencia, elementos que también concurren en la especie, desde que Wenderoth Pozo reconoce que estaba en conocimiento de las torturas efectuadas en Villa Grimaldi, pero que no estaba en la escala de grado para poder evitarlas.

Termina describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger el recurso y, en la sentencia de reemplazo, dar aplicación al artículo 68 inciso 3° del Código Penal, rebajando la sanción aplicable en uno, dos o tres grados al mínimo legal, imponiendo a su representado una pena de presidio menor en su grado mínimo, otorgándole el beneficio de la remisión condicional establecida en la Ley 18.216.

Segundo: Que, a su turno, la defensa del acusado Carlos López Tapia postula la configuración de la causal N° 5 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la infracción a los artículos 93 N°6 y 94 del

Código Penal, en relación con los artículos 101, 107, 108 y 434 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal y el Decreto Ley 2191 de 18 de abril de 1978. Asimismo, invocó la causal del N°1 de la misma disposición legal por no haber aplicado la atenuante del artículo 103 del Código Penal. En lo que se refiere a la contravención al artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, expone que, en atención a la época de los sucesos, el Tribunal debió pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad penal emanada de la amnistía y la prescripción, contempladas en el artículo 93, números 3° y 6°, del Código Penal. Descarta la aplicación de los Convenios de Ginebra, por la primacía en estas materias del estatuto jurídico interno de los estados partes y de otros tratados internacionales que afirman la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de estos ilícitos o la imposibilidad de ser amnistiados, como son los casos, de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, el Convenio sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues ello vulnera los artículos 5°, inciso 2°, y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, al pretender dar efecto retroactivo a disposiciones posteriores a los hechos indagados e imponerlas a pesar de no encontrarse ratificados, pues estos lo fueron después de acaecidos los sucesos. Similar criterio se desprende de la ley N° 20.357, cuyo artículo 44 estatuye que los hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación continúan rigiéndose por los preceptos vigentes en ese momento.

A continuación esgrimió la contravención al artículo 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, por la infracción al artículo 103 del Código Penal ya que el rechazo de la prescripción de la acción penal no justifica igualmente desestimar la aplicación del citado artículo 103, por tratarse de instituciones con distintos fines.

Luego de exponer la influencia en lo dispositivo del fallo que acarrearían las infracciones denunciadas, pide se anule la sentencia impugnada y se dicte una de reemplazo que absuelva a Carlos López Tapia de todos los cargos, declarando que se acoge la prescripción de la acción penal; que se admita la amnistía contemplada en el Decreto Ley 2191 y que se acoge la aplicación del artículo 103 del Código Penal.

Tercero: Que por su parte, la defensa del acusado José Morales Salgado denuncia vulnerados los números 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la infracción al artículo 103 del Código Penal. Señala que el argumento de la imprescriptibilidad no se aplica en la especie, por tratarse de instituciones con una naturaleza jurídica distinta. Afirmar que el citado artículo 103 constituye una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, conforme lo ha sostenido una nutrida jurisprudencia de la Corte de Apelaciones y la Excelentísima Corte Suprema, que afirma que aquella busca atenuar el quantum de la condena sin evitar la responsabilidad ni el castigo, ni desconocer los principios que respaldan la imprescriptibilidad de la acción en delitos de lesa humanidad. Agrega que la aplicación del artículo 103 del Código Penal, es obligatoria para los jueces conforme al principio de legalidad y por tratarse de una norma de orden público.

Termina describiendo la forma en que este error ha influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger el recurso y, en la sentencia de reemplazo, pide que se condene a Juan Morales Salgado a una pena igual o menor a cinco años, concediéndole la libertad vigilada contemplada en la Ley 18.216.

Cuarto: Que el recurso de casación en el fondo promovido en representación del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose la infracción, por una errada

aplicación, del artículo 11 N° 6 del Código Penal, al aceptar el fallo la concurrencia de la indicada minorante, basado únicamente en que a la fecha que comenzó el secuestro calificado de las víctimas, ninguno de los sentenciados registraba sentencias condenatorias en su extracto de filiación. Aquella interpretación es errada, como lo ha discernido la doctrina nacional más autorizada, que requiere además de un actuar correcto desde un punto de vista ético o moral, circunstancia de la cual carecen los sentenciados, pues es de público conocimiento que con anterioridad a la fecha del secuestro calificado de las víctimas de autos los condenados habían cometido un sinnúmero de crímenes, los que no fueron objeto de una oportuna persecución criminal debido a que los hechores eran altos oficiales de la DINA.

En virtud de lo anterior, solicita que se anule la sentencia impugnada y se dicte una de reemplazo que condene a Pedro Espinoza Bravo, Carlos Lopez Tapia, Rolf Wenderoth Pozo, Juan Morales Salgado y Ricardo Lawrence Mires como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado a la pena máxima establecida en la ley.

Quinto: Que, por último, el Consejo de Defensa del Estado denunció, a través de su recurso de casación en el fondo, la violación de los artículos 17 a 27 de la Ley 19.123, en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, al conceder a las demandantes una indemnización, en circunstancias que ya habían sido indemnizadas por el mismo hecho, mediante los beneficios de la ley citada que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Afirma que la Ley 19.123 estableció a favor de los familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, una bonificación compensatoria y una pensión mensual de reparación, así como beneficios sociales, lo que ya ha satisfecho las pretensiones o indemnizaciones reclamadas.

En segundo término, denuncia que lo resuelto infringe los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código

Civil, todos ellos en relación a los artículos 19 y 22 inciso 1º de ese mismo cuerpo normativo, que se produjo al haber dejado de aplicar al caso concreto las normas de derecho interno sobre prescripción.

Explica que el artículo 2332 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para la prescripción de las acciones civiles indemnizatorias, el que no se aplicó en la situación de autos bajo el argumento que se trataba de acciones provenientes de violación de derechos humanos, las que serían imprescriptibles, con lo cual se negó la aplicación de la prescripción como regla general.

Es un hecho que la demanda se notificó una vez que el término que consagra la norma en estudio había transcurrido con creces, lo que demuestra que se dejó de aplicar la disposición citada y, a consecuencia de ello, lo mismo ocurrió con los artículos 2497 y 2492 del Código Civil que ordena la procedencia de las reglas de la prescripción contra el Estado. Lo mismo sucede con el artículo 2514 de ese cuerpo normativo, que sólo exige el transcurso del tiempo para que tenga lugar la prescripción.

Aduce el recurrente que el error de derecho se comete porque los jueces desatendieron el claro sentido que emana del tenor literal de las disposiciones legales citadas, lo que también importa una infracción a las normas de interpretación del artículo 19 inciso 1º del Código Civil. Asimismo, se debió considerar el contexto de la ley para que existiera la debida correspondencia entre ellas, en especial con lo dispuesto en el artículo 2497 del Código Civil.

El representante del Fisco también denuncia una falsa aplicación de las normas de derecho internacional sobre derechos humanos, las que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales. Sostiene que la sentencia extendió la imprescriptibilidad prevista para el ámbito penal a los aspectos civiles que están entregados a la regulación del derecho interno, lo que significa además, una grave confusión de categorías

jurídicas. Sostiene, también, que la sentencia nada dijo sobre disposiciones concretas que avalen la imprescriptibilidad en materia civil, efecto que tampoco está establecido en ningún tratado internacional ni reconocido en los principios de derecho internacional o de ius cogens.

Todo lo anterior le permite solicitar, para el caso de acoger el recurso deducido, la anulación de la sentencia impugnada y que se dicte en su lugar una que rechace las demandas de indemnización de perjuicios deducidas en autos, con costas.

I.-EN CUANTO AL ASPECTO PENAL:

Sexto: Que a efectos de dejar de manifiesto el contexto de los ilícitos investigados en estos antecedentes y la calificación jurídica que los mismos recibieron, son hechos de la causa, según se estableció en el fundamento segundo del fallo de primer grado, reproducido por el de alzada, los siguientes:

a) Que, los hechos investigados en este proceso ocurrieron en el centro clandestino de detención conocido como “Cuartel Terranova” o “Villa Grimaldi”, ubicado en Avenida José Arrieta N° 8200 de la comuna de Peñalolén en la Región Metropolitana.

En Villa Grimaldi operaba un grupo de agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), cuyo Director era el Coronel Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, bajo cuya dependencia jerárquica se encontraban varios oficiales y otros funcionarios de las distintas ramas de las Fuerzas Armadas, Carabineros e Investigaciones, así como también algunos civiles; todos los cuales, ostentando diversos grados de jerarquía en el mando, ordenaron algunos y ejecutaron otros, capturas de personas militantes o afines a partidos políticos o movimientos de izquierda, a quienes encerraron ilegalmente en el lugar, doblegándolos bajo tormento físico de variada índole, con el objeto de hacerlos entregar información sobre otras personas de la izquierda política para aprehenderlas.

b) Los agentes antes referidos formaban parte de la Brigada “Caupolicán”.

c) Los primeros detenidos llegaron a mediados del año 1974 a “Villa Grimaldi”; y en enero de 1975 pasó a convertirse en el centro de operaciones de la Brigada de Inteligencia Metropolitana, que ejercía la función de represión interna en Santiago.

d) A los detenidos se les mantenía todo el tiempo vendados, con deficientes condiciones higiénicas y con escaso alimento, el que no recibían durante los primeros tres días. Los lugares más característicos donde se mantenía a los detenidos se denominaban “La Torre”, “Casas Chile” y “Casas Corvi”.

e) A “Villa Grimaldi” fueron llevados en calidad de detenidos las siguientes personas:

1.-José Enrique Corvalán Valencia; casado, seis hijos, dirigente sindical, militante del Partido Comunista, fue detenido por agentes de la DINA el 9 de agosto de 1976, alrededor de las 10:00 horas en el domicilio ubicado en calle Ayacara N° 8583 Población San Ramón, La Granja trasladado hasta Villa Grimaldi.

2.-Jorge Orosmán Salgado Salinas; casado, cinco hijos, dirigente sindical, militante del Partido Comunista, fue detenido por agentes de la DINA el 9 de agosto de 1976, en horas de la tarde en las inmediaciones de la Vega Central donde se desempeñaba como cargador, junto a Pedro Silva.

3.-Pedro Silva Bustos; casado, seis hijos, dirigente sindical y dirigente regional del Partido Comunista y miembro de la comisión de organización del comité central del Partido Comunista, fue detenido por agentes de la DINA el 9 de agosto de 1976 en horas de la tarde en las inmediaciones de la Vega Central donde se desempeñaba como cargador.

f) Las consecuencias de estas detenciones es que las personas antes mencionadas se encuentran en calidad de desaparecidas, toda vez que,

privadas de libertad, no han tomado contacto con sus familiares; tampoco han realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado ni organismos privados, ni registran entradas o salidas del país, sin constar, tampoco, su defunción.

Que, la descripción fáctica mencionada, se calificó como constitutiva de sendos delitos de secuestro calificado, que contempla el artículo 141 incisos 1º y 3º del Código Penal y se califica por el tiempo que prolongó la acción, o sea, más de 90 días y por las consecuencias de la misma, resultando un grave daño en la persona o intereses de los ofendidos; situación que ocurre en autos, pues aún se desconoce el paradero de éstos al encontrarse establecido en la causa que estas personas fueron retenidas contra su voluntad, privándole de su libertad de desplazamiento, a partir del 9 de agosto de 1976. Adicionalmente a dicha calificación jurídica, acorde a las normas que contempla nuestro ordenamiento jurídico interno, al establecerse que ellos fueron cometidos en un contexto de ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil, como lo fundamenta la sentencia de primer grado en su fundamento trigésimo tercero y trigésimo sexto, se determinó que constituyen crímenes de *lesa humanidad*, por atentar contra normas *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario, y por lo mismo, sometidos a dicho estatuto jurídico internacional.

Séptimo: Que sin perjuicio de la forma y oportunidad en que han sido deducidos los recursos de autos, en contra del aspecto penal de la sentencia de quince de junio de dos mil dieciséis, por razones de orden se abordarán las causales esgrimidas en forma temática, esto es, analizando en primer término aquella que se sustenta en el N° 5 del artículo 546 del Código Procesal Penal, por la que se pretende la absolución del acusado Carlos López Tapia, para proseguir con la que se asienta en el N° 1 del artículo 546 del cuerpo legal mencionado, en relación con los artículos 211 y 214 inciso

segundo del Código de Justicia Militar invocada por la defensa de Rolf Wenderoth Pozo. Luego se analizará la que ha sido esgrimida por las defensas de López Tapia, Wenderoth Pozo y Morales Salgado mediante la cual denuncian una errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal, para finalizar con el yerro del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esgrimido por el Programa de Continuación Ley 19.123.

Octavo: Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo deducido a favor del condenado Carlos Lopez Tapia, es menester asentar que como es de sobra conocido, el recurso de casación en el fondo constituye un modo de impugnación dotado por la ley de una serie de formalidades que le dan el carácter de derecho estricto, con lo cual se impone a quien lo deduce que su formulación precise con claridad en qué consiste la aplicación errónea de la ley penal, de tal modo que pueda exponerse con exactitud la infracción de ley que le atribuye al fallo atacado y cómo ese vicio constituye alguna o algunas de las causales taxativas que designa el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Esta exigencia impide que puedan proponerse por el recurrente motivos de nulidad subsidiarios o contradictorios unos de otros, ya que al plantearse de esta forma provoca que el arbitrio carezca de la certeza y determinación del vicio sustancial, con lo cual sería el tribunal el que tendría que determinarlo y no el recurrente, imponiéndole al fallador de manera improcedente la elección del defecto que pudiera adolecer el fallo cuestionado.

Noveno: Que acorde a lo anterior, cabe advertir que la impugnación hecha por la defensa de López Tapia al fallo recurrido se funda en las causales contempladas en los numerales quinto y primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal por las cuales en primer lugar solicita la absolución de su representado, señalando: “que de no haberse producido la infracción a las normas reguladoras de la prueba especialmente a los artículos 456 bis y 488 del Código de Procedimiento Penal y 340 del Código

Procesal Penal en cuanto abunda éste al convencimiento que debe tener el juez para condenar a una persona, o sea, aplicarse correctamente la ley, en la forma dicha, se habría tenido que llegar necesariamente a la conclusión de que el Coronel Carlos López Tapia no tuvo participación alguna en el delito por el cual se le sanciona y eventualmente si la hubiera tenido su responsabilidad está extinguida por la concurrencia de la prescripción artículos 93 N° 6 y 94 del Código Penal, y además Amnistía del artículo 433 N° 76 (sic) del Código de Procedimiento Penal (...) , por lo que la sentencia recurrida debió resolver, necesariamente, que se revoca la sentencia apelada y se absuelve a Carlos López Tapia”

A continuación esgrimió el Decreto Ley 2.191, que en su concepto, impide que pueda dictarse una sentencia condenatoria en contra de los inculcados y mucho menos respecto del recurrente, quien según afirma, además es inocente de los cargos que se le acusa, de manera que corresponde que a su favor se dicte el correspondiente sobreseimiento definitivo.

Finalmente, invoca la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, aceptando la existencia del hecho punible y la participación culpable, e insta por la imposición de un castigo menor, derivado de la concurrencia de la circunstancia del artículo 103 del Código Penal.

Décimo: Que del libelo surge entonces que el compareciente primero intenta la invalidación del fallo con el propósito de obtener una sentencia absolutoria por dos vías diversas, bien porque no participó, porque su responsabilidad penal esta extinguida o porque la conducta no es antijurídica, pero enseguida endereza el arbitrio hacia la finalidad de lograr una pena atenuada, como corolario de verse favorecido con la circunstancia del artículo 103 del Código Penal, que el fallo rechaza, entonces, lo que el compareciente empieza por desconocer, termina siendo aceptado. En

consecuencia, se trata, de motivos incompatibles entre sí, basados en supuestos distintos e inconciliables.

Undécimo: Que en las circunstancias expuestas y como consecuencia de la antinomia anotada, no se ha dado cumplimiento a la exigencia de mencionar expresa y determinadamente la forma en que se ha producido la infracción de ley que motiva el recurso, como ordena el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

Dadas las consideraciones precedentes, representativas de graves imprecisiones en la formalización del libelo, contrarias a la naturaleza y fines de este recurso de nulidad, procede desestimar, en todos sus capítulos, el promovido en autos en representación del condenado Carlos López Tapia.

Duodécimo: Que en lo referido al recurso entablado por la defensa de Rolf Wenderoth Tapia, para determinar si en la especie se configuran los errores de derecho denunciados es necesario tener en consideración que, de acuerdo al mérito de autos, el mandatario del recurrente solicitó durante la secuela del procedimiento, entre otras pretensiones, que se reconociera a favor de su representado las circunstancias consagradas en los artículos 211 y 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar.

Que en relación a la aplicación del artículo 211 del Código de Justicia Militar, desestimado por el fallo, se resolvió que el aspecto central de dicha minorante es que se obre en cumplimiento de órdenes de un superior jerárquico, es decir, ha debido acreditarse que medió una orden que justificó el proceder del acusado y que ella emana de un superior jerárquico, extremos que no fueron demostrados, pues el enjuiciado, en sus diversos testimonios, no hace mención a órdenes superiores ni se acreditó la existencia de una orden administrativa y/o judicial en relación a las víctimas de autos. La indicada atenuante exige, al menos, que el acusado reconozca

su proceder, pero al negar toda participación en el secuestro calificado de José Corvalán Valencia, Jorge Orosmán Salinas y Pedro Silva Bustos señalando que al 9 de agosto de 1976 no se encontraba en Villa Grimaldi sino prestando servicios en el Cuartel General y que nunca participó en tareas operativas, la alegación resultó ser incompatible con su defensa principal.

Que en cuanto a la eximente del artículo 214 del Código de Justicia Militar, una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un “acto de servicio”, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). Pero en todo caso tampoco hay prueba ni aceptación por parte del recurrente que invoca esta circunstancia acerca del juicio de valoración que, como subalterno, le corresponde efectuar respecto de la orden del superior jerárquico, ni de su representación, condiciones que llevan a que esta reclamación tampoco puede ser atendida.

Décimo tercero: Que lo anterior conduce a desestimar los errores de derecho que sustentan el arbitrio de nulidad del sentenciado Rolf Wenderoth Pozo en relación a las atenuantes referidas.

Décimo cuarto: Que en lo referido al artículo 103 del Código Penal, como fundamento del motivo de invalidación que se revisa, esto es, el rechazo errado de la media prescripción alegada por las defensas de Wenderoth Pozo y Morales Salgado, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia de primer grado, rechazando en sus motivos 44° a 47° aquel instituto.

Que en lo concerniente a esta infracción, esta Corte comparte el criterio sustentado en el fallo en alza en su razonamiento décimo, para lo cual además tiene en consideración que tanto la media prescripción

estatuida en el artículo 103 del Código Penal, como la causal de extinción de responsabilidad penal, se fundan en un mismo presupuesto, esto es, el transcurso del tiempo, siendo así que la improcedencia para acoger la prescripción total en esta clase de delitos también alcanza a la prescripción gradual, ya que como consecuencia de acoger lo que prescribe el ordenamiento penal humanitario internacional, procede, en consecuencia, rechazar la mentada institución de la prescripción gradual que descansa sobre un supuesto similar.

Desde otra perspectiva, la doctrina, sobre esta materia ha expresado que sus fundamentos se encuentran en las mismas consideraciones de estabilidad social y certeza jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, pero que está destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no concurren en forma natural sino al cabo de un proceso gradual, esto es, cuando el lapso necesario para prescribir está por cumplirse, lo que justificaría la atenuación de la pena. Sin embargo, es evidente que aquella conclusión es para los casos que no presentan las características de los delitos de lesa humanidad, pues estos son imprescriptibles. En consecuencia para que dicha atenuación sea procedente es necesario que se trate de un delito en vías de prescribir, lo que no acontece en la especie, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, debido a que el reproche social no disminuye con el tiempo, lo que solo ocurre en los casos de delitos comunes.

Por otro lado, como se anticipó, se trata de una materia en que los tratados internacionales tienen preminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Esas normas prevalecen y la pena debe cumplir con los fines que le son propios y que fueron enunciados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583, de 15 de diciembre de 1969, que señala: “La sanción de los

responsables por tales delitos es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales”. En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido.

Por último, tal como esta Corte ha sostenido en fallos anteriores, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, y como ambos institutos se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total debe alcanzar necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, debido a que ambas situaciones se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguna resulta procedente en ilícitos como en el de la especie.

Décimo quinto: Que, como corolario de lo anterior y en atención a lo razonado precedentemente, tampoco resulta posible admitir, entonces, el capítulo de la infracción de lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, denunciado por la defensa de Rolf Wenderoth y Morales Salgado por cuanto la pena ha sido correctamente determinada sobre la base de las modificatorias de responsabilidad penal asentadas en el proceso.

Décimo sexto: Que en lo que atañe al reconocimiento de la atenuante de irreprochable conducta anterior, en favor de los sentenciados Rolf Wenderoth Pozo, Carlos López Tapia, Pedro Espinoza Bravo, Juan Morales Salgado y Ricardo Lawrence Mires, error que el Programa Continuación Ley 19.123 denuncia y sustenta en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, es manifiesto que tal

cuestionamiento apunta a los hechos establecidos, pues para que prospere han debido quedar asentadas aquellas circunstancias fácticas que permitan sostener respecto de estos enjuiciados que su conducta pretérita impide el reconocimiento de la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, sin que la recurrente haya denunciado una infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

En todo caso, aún conviniendo que en la especie concurriera la circunstancia fáctica en que se sostiene el recurso, no existe influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, porque al no existir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que considerar, el Tribunal se encontraría facultado para recorrer la pena en toda su extensión, pudiendo regularla en la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como lo hizo, por lo que el recurso de casación asilado en este yerro también será desestimado.

II.-EN CUANTO AL ASPECTO CIVIL:

Décimo séptimo: Que en relación al recurso deducido en representación del Fisco de Chile, cabe considerar que, tratándose de un delito de lesa humanidad, como ha sido declarado en la sentencia, 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, pues 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 5° 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, buscar aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad que fueron posibles de cometer con la activa colaboración del Estado como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo. En este sentido, el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

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 octavo: 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, como se ha sostenido por el fallo que se revisa, sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción de la acción civil indemnizatoria por el transcurso del tiempo, según se razonó al inicio del motivo anterior.

Décimo noveno: Que por otro lado, como ya se ha esbozado, la acción civil aquí deducida en contra del Fisco tendiente a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados 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.

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.

Vigésimo: 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 Fisco demandado, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional.

Vigésimo primero: 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 la demanda deducida en autos, que tenía por fin 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.

Vigésimo segundo: 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 3° 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.

Vigésimo tercero: Que, en definitiva, no puede pretenderse que operó la prescripción de la acción civil ejercida en estos autos por aplicación de las disposiciones del Código Civil a una materia que lo trasciende, dada la entidad de los derechos afectados.

Vigésimo cuarto: Que estas mismas reflexiones impiden aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado por la actora en razón de que obtuvo 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 la indemnización que aquí se persigue 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, pues la única limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado, es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar la existencia del hecho dañoso y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso no ha sido cuestionado.

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

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, números 1°, 5° , 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo deducidos por el Consejo de Defensa del Estado; las asesorías letradas de los condenados Rolf Wenderoth Pozo, Carlos López Tapia, Juan Morales Salgado y la querellante Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de fojas 4151, 4137, 4193, 4144, 4178, respectivamente, todos en contra de la sentencia de quince de junio de dos mil dieciséis, que corre a fojas 4120, la que, en consecuencia, no es nula.

Se previene que el **Ministro señor Künsemüller**, concurre a desestimar los recursos deducidos por los sentenciados Carlos López Tapia, Rolf Wenderoth Pozo y Juan Morales Salgado por los que se denunciaba la equivocada configuración de la media prescripción invocada, teniendo en consideración que por ser el secuestro un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se mantiene en el tiempo, no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo señalado en el precepto del artículo 103 del Código Penal. En efecto, atendida la naturaleza del ilícito, 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.

Este previniente, en numerosos fallos de este tribunal, ha sostenido 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.

Se previene que el Abogado Integrante señor Matus, en cuanto a los recursos deducidos por los sentenciados Carlos López Tapia, Rolf Wenderoth Pozo y Juan Morales Salgado por los que se denunciaba la equivocada configuración de la media prescripción invocada, concurre a su desestimación teniendo en consideración únicamente que, con independencia de la discusión acerca de la forma de su cómputo y del carácter del delito que se trata, ella no influye en los dispositivo del fallo, al remitir al juzgador a las reglas generales de determinación de las penas que conceden facultades soberanas a los jueces del fondo, sin que los recurrentes hayan justificado de qué modo se habría infringido alguna de las escasas limitaciones legales que ellas imponen en esta causa en particular. Y en cuanto al recurso deducido por el Fisco de Chile, concurre también a su desestimación por cuanto al invocarse las disposiciones de la Ley N° 19.123, olvida el recurrente que en ella y en los eventuales pagos efectuados existe un reconocimiento expreso y tácito de la obligación cuya prescripción pretende, reconocimiento que constituye una renuncia que impide su alegación, conforme a los términos del artículo 2.494 del Código Civil.

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien fue del parecer de acoger el recurso de casación en el fondo deducido

por la defensa de Carlos López Tapia, Rolf Wenderoth Pozo y Juan Morales Salgado en lo referido a la media prescripción de la acción penal y rebajar en consecuencia la pena impuesta, haciendo aplicables sus efectos a todos los condenados, por las siguientes razones:

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 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- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento de su ocurrencia, esto es, los días ocho de febrero, seis de septiembre, veinte y veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y cinco, fechas que permiten 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 reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Kunsemüller y del voto en contra su autor.

Rol N° 62032-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Kunsemüller L., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el Abogado Integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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