

Santiago, veintinueve de enero de dos mil catorce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

- a) En el motivo 32°, se agrega el nombre de “Gerardo Ernesto Godoy”, seguido de una coma, a continuación de “las defensas de” y antes de “Juan Manuel Contreras”;
- b) En el motivo 34°, se incorpora el nombre de “Gerardo Ernesto Godoy”, seguido de una coma, a continuación de “defensores de” antes de “Juan Contreras”;
- c) En el motivo 57°, se agrega “Godoy (30°)”, a continuación de donde dice “las defensas de” y antes de “Cancino (25°)”;
- d) Se eliminan los motivos 64°, 65°, 68°, 69°, 70°, 71°, 72°, 73°, 74° y 75°;
- e) Se enumeran los siguientes motivos en la forma que a continuación se indica: el motivo 47°, corresponde al 41°, el 48° al 42°, el 42° al 43°, el 43° al 44°, el 44° al 45°, el 45° al 46°, el 49° al 47°, el 50° al 48°, el 53° al 49°, el 54° al 50°, el 55° al 51°, el 56° al 52°, el 57° al 53°, el 58° al 54°, el 59° al 55°, el 60° al 56°, el 61° al 57°, el 62° al 58°, el 63° al 59°, el 64° al 60°, el 65° al 61°, el 66° al 62°, el 67° al 63°, el 68° al 64°, el 69° al 65°, el 70° al 66°, el 71 al 67°, el 72° al 68°, el 73° al 69°, el 74° al 70° y el 75° al 71°;
- f) Se agrega el siguiente párrafo final al motivo 30°: “A su turno, la defensa del acusado Gerardo Ernesto Godoy García, a fojas 2.871, opone como excepciones de previo y especial pronunciamiento, la amnistía y la prescripción de la acción penal, las que renueva subsidiariamente como alegaciones de fondo al contestar la acusación fiscal. A ese efecto, niega que sean aplicables las Convenciones de Ginebra, por no corresponder a la situación vivida por el país en aquella época y controvierte la tesis de que el delito imputado tenga el carácter de permanente, por lo que a su juicio debe aplicarse la prescripción, atendido que han transcurrido más de 37 años desde ocurridos los hechos investigados. En subsidio, alega la media prescripción y solicita se le otorguen los beneficios contemplados en el artículo 103 del Código Penal. En subsidio, pide la absolución, por no haber tenido participación en la eventual detención de Carlos Eduardo Guerrero Gutiérrez, a quien no conoce. En subsidio de todo lo anterior, pide se le aplique lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, considerando la condena por el delito de secuestro de don Miguel Angel Sandoval Rodríguez, aumentando en definitiva la pena, en uno, dos o tres grados. En la eventualidad que nada de ello ocurra, alega el beneficio de la media prescripción, como hecho revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y en subsidio, alega la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, solicitando se la considere como muy calificada, atendido que la irreprochable conducta anterior se encuentra acreditada con el mérito de su hoja de vida como Oficial de Carabineros agregada al expediente y su extracto de filiación”.

Y teniendo en su lugar y, además presente:

A. En cuanto a la acción penal.

1°) Que, en opinión de estos sentenciadores, la extensa prueba acopiada en autos y reseñada en el motivo primero, permite establecer los hechos descritos en el motivo segundo, que se refieren a la detención de Carlos Eduardo Guerrero Gutiérrez el día 31 de diciembre de 1974 y su posterior traslado, con heridas de bala en una pierna, al centro de detención clandestino conocido como Villa Grimaldi, desde donde es sacado aproximadamente el 25 de enero de 1975, junto a otros

militantes del MIR, también detenidos, perdiéndose todo rastro acerca de su paradero a partir esa época, sin que hubiere tomado contacto con sus familiares, registre salidas del país, ni conste tampoco su defunción, lo cual se enmarca dentro de un patrón similar al ocurrido con otros sujetos en la misma época, que se iniciaban mediante seguimiento y vigilancia de las víctimas hasta terminar en su secuestro, uno de los cuales es precisamente Claudio Enrique Contreras Hernández, cuya detención y posterior desaparición se ha investigado en causa rol N°1964-2012, vista conjuntamente con la presente.

2°) Que, en el contexto antes descrito, este tribunal considera ajustada a derecho la calificación jurídica de los hechos efectuada en el motivo tercero del fallo en alzada, en el sentido de ser constitutivos del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Carlos Eduardo Guerrero Gutiérrez, contemplado en el artículo 141 del Código Penal vigente a la época de la comisión del ilícito, desde que efectivamente concurren los requisitos de haber sido detenido sin derecho, privándole de su libertad a partir del día 31 de diciembre de 1974, situación que se prolonga hasta la fecha, esto es, el encierro se ha extendido por más de 90 días, resultando un grave daño en la persona o intereses del ofendido, al ignorarse aún su paradero.

Es menester advertir desde ya, que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, están contestes en que este es un delito de carácter permanente, lo que tiene consecuencias directas en lo que se refiere a la aplicación de las instituciones de la amnistía y prescripción de la acción penal, como se dirá en su oportunidad.

3°) Que, los antecedentes reunidos en esta causa, profusos, graves y concordantes – muchos de ellos provenientes de investigaciones efectuadas con motivo de la detención de otras personas en épocas cercanas, y que fueron privadas de libertad y torturadas en el mismo recinto clandestino de que se trata (como es el caso del secuestro calificado cometido en la persona de Claudio Francisco Thauby y Jaime Eugenio Robotham, a partir también del día 31 de diciembre de 1975; considerando 1°, N°16) - resultan suficientes para convencer a este tribunal de la participación que les cupo a los sentenciados en calidad de co-autores en el ilícito de que se conoce en estos autos.

En efecto, y en la línea de razonamiento del sentenciador entre los motivos cuarto y vigésimo cuarto, si bien los condenados niegan toda participación en los hechos - salvo Lauriani, que al menos reconoce haber detenido a Guerrero Gutiérrez el día 31 de diciembre de 1974 y haberlo trasladado a Villa Grimaldi – es lo cierto que los elementos probatorios existentes en el proceso permiten desmentir tales asertos y dar por establecida su participación en los hechos, como autores del delito de secuestro calificado de Guerrero Gutiérrez, dada la función que cumplían dentro de la estructura orgánica de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) a la época de los hechos y el rol desempeñado por cada uno ellos en el centro de detención Villa Grimaldi por esos días, unido a los testimonios directos de quienes estuvieron en dicho recinto y tuvieron oportunidad de ver o escuchar a Guerrero, herido en su pierna y maltrecho por las continuas torturas, así como de a quienes les consta que fue sacado del lugar hacia fines de enero del año 1975 junto a otros compañeros.

Así, en el caso de Manuel Contreras, se encuentra acreditada su condición de Director Ejecutivo de la DINA a partir de noviembre de 1973 y el control absoluto que ejercía sobre los integrantes de dicho organismo, él mismo reconoce ese poder (aunque se excuse en las instrucciones impartidas por Pinochet), lo cual se ve corroborado con lo declarado por varios otros agentes o funcionarios, entre otros, los co-imputados Pedro Espinoza y Marcelo Moren y las detenidas que luego colaboraron con la DINA, María Alicia Uribe y Marcia Alejandra Merino, quienes describen, con conocimiento, la forma de operar en dicho grupo. Desde luego,

ninguno de los antecedentes recogidos en la investigación permiten corroborar la versión de Contreras, en cuanto a que Guerrero Gutiérrez habría sido “muerto en combate”, aludiendo a un enfrentamiento inexistente desde un punto de vista probatorio en estos autos.

A su turno, numerosos testimonios, muchos de los cuales provienen de funcionarios de la DINA, así como de las agentes colaboradoras antes nombradas, permiten dar por establecido que Marcelo Moren ejercía el mando en Villa Grimaldi en la época del secuestro de Guerrero, por lo que no podía menos que saber lo que ocurría con los detenidos y su permanencia en el recinto, sin perjuicio de los testimonios que le atribuyen directa participación en interrogatorios y presencia en sesiones de tortura. Otro tanto ocurre con Pedro Espinoza, Jefe de la Brigada de Inteligencia Metropolitana, de la cual dependían algunas Brigadas y grupos operativos encargados de las detenciones y quien reconoce haber ejercido mando en el cuartel de Villa Grimaldi previo a Moren Brito, lo que es corroborado por numerosos testimonios de personas que trabajaron en dicho recinto y de detenidos que lo vieron presenciando interrogatorios y dirigiendo diversas actuaciones operativas. Por su parte, la participación de Rolf Wenderoth en Villa Grimaldi como jefe de la Plana Mayor del recinto, resulta indiscutible, aunque éste pretenda limitar su rol a tareas meramente administrativas (confección de listas de detenidos), así lo confirman, entre otros, las agentes colaboradoras antes mencionadas y Luz Arce, quienes trabajaron de cerca con él y lo describen como un sujeto con poder dentro de aquella estructura. Con respecto a Fernando Lauriani, como ya se dijo, está acreditado – y él lo ha reconocido – que participó en la detención de Guerrero Gutiérrez, el mismo día en que, horas más tarde, detuvo a Thauby y Robotham, por quienes se encuentra actualmente condenado; Lauriani se encontraba a cargo de un grupo operativo específico, denominado “Vampiro” que funcionaba en Villa Grimaldi y fue ayudante de Moren Brito. Existen múltiples testimonios que revelan su activa participación dentro del grupo que comandaba dicho centro de detención. Daniel Cancino Varas, por su parte, reconoce haber sido designado en funciones a Villa Grimaldi, como funcionario de Investigaciones y haber formado parte de la agrupación “Vampiro”, es sindicado como “segundo de a bordo” de dicha agrupación por diversos funcionarios y agentes de la DINA que deponen en el juicio y pasó a estar a cargo de ella después de Lauriani. Por último, existen numerosos testimonios que acreditan la participación de Gerardo Ernesto Godoy García en la detención de Guerrero Gutiérrez, junto a Lauriani, en particular el de Hugo Ernesto Salinas Farfán, quien fue detenido el 3 de enero de 1975 y llevado a Villa Grimaldi, donde compartió celda con Guerrero Gutiérrez, el que le reveló el nombre de sus captores; Godoy es reconocido por todos quien deponen en el juicio, como jefe uno de los grupos operativos que funcionaban en Villa Grimaldi.

4°) Que, en su defensa, los sentenciados han esgrimido similares argumentos, en razón de lo cual esta Corte emitirá un solo pronunciamiento respecto de cada uno de ellos, como también lo hiciera el sentenciador de primera instancia.

5°) Que, en relación a la amnistía, invocada por los condenados para extinguir la responsabilidad penal que se les imputa en estos autos (artículos 93 N°3 del código punitivo), es menester recordar que ésta se funda en el D.L. 2.191, de 1978, que la concedió respecto de determinados delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, circunstancia que impide aplicarla en la especie, atendido el carácter permanente del delito de secuestro calificado. En efecto, como se adelantó en el motivo segundo, el secuestro es de aquellos delitos que la doctrina denomina “permanentes”, pues perdura en el tiempo su momento consumativo, lo que implica – como ha sostenido la Corte Suprema - que si bien se produce un instante en que la conducta típica se completa, “se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado en el tiempo, *que constituye subsistencia de esa acción*: el autor encierra o detiene a su víctima y su

conducta típica queda realizada, pero el encierro o detención (el resultado) empieza a perdurar y puede prolongarse más o menos según la voluntad del hechor”; “esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena - ha dicho la Corte, siguiendo al profesor Novoa Monreal - puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una acción susceptible de duración”, como se observa en varios de ellos, que colocan la expresión “continuare” antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio (C.S., rol N°12.566-11).

En consecuencia, el hecho que, en la especie, el secuestro calificado de Guerrero Gutiérrez tenga esta condición de consumación permanente, impide que sea subsumido entre aquellos delitos que se cometieron dentro del espacio temporal fijado por el D.L. 2.191, desde que mientras no se le ponga fin al encierro o se tenga certeza de su muerte y la data de éste – cuestión que en autos no ha sido acreditada – el delito se continúa cometiendo, por lo que no logra ser alcanzado por la amnistía decretada.

6°) Que, algo similar ocurre con la prescripción de la acción penal alegada por los sentenciados, por cuanto la ejecución permanente del delito de secuestro calificado de Guerrero Gutiérrez, hace que la prescripción no empiece a correr sino una vez que se ha concluido la mantención del resultado, esto es, la detención o encierro antijurídico. Como bien señala el profesor Novoa, “la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes, está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo”, para luego destacar que “la gran importancia de esta clasificación queda demostrada por las siguientes particularidades que presentan los delitos permanentes: a) la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo” (citado por sentencia antes individualizada).

Así, las cosas, por más que la detención y encierro de Guerrero Gutiérrez hayan ocurrido hace más de 30 años, no existe una fecha cierta a partir de la cual se pueda empezar a contabilizar el plazo de prescripción, desde que ésta debe contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal. Como declaró la Corte Suprema en la causa por el secuestro de Miguel Angel Sandoval (rol N°517-2004), solo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, 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 cómputo de la prescripción.

7°) Que, sin perjuicio de lo señalado en relación a la amnistía y prescripción alegadas por las defensas de los condenados, es menester destacar que las características del delito perseguido en estos autos, tal y como se ha establecido que ocurrieron los hechos, se inscribe en un determinado contexto histórico, descrito por el juez a quo, que obliga a concluir que son actos que deben ser evaluados conforme al llamado Derecho Internacional Humanitario, dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad.

8°) Que el Derecho Internacional Humanitario – conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, dispensando protección a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra - se encuentra esencialmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, ratificados por Chile en decreto supremo N°732 y publicados en D.O. de 19 a 20 de abril de 1951, los que en la actualidad han sido ratificados por prácticamente todos los países del mundo.

Dichos Convenios contienen varios preceptos que interesan para efectos de los hechos investigados en la presente causa, entre los cuales, su artículo 1° establece que las altas partes contratantes “se comprometen a respetar y hacer respetar el presente convenio en toda circunstancia” y muy especialmente su artículo 3°, común a todos los Convenios, que dispone, “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las partes contratantes, tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes: 1. Las personas que no participan directamente en las hostilidades...y las personas que han quedado fuera de combate, por enfermedad, herida, *detención* o por cualquiera otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción”.... “A tal efecto, están y quedan prohibidos en todo tiempo y lugar respecto de las personas antes mencionadas: a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio, en todas sus formas, las mutilaciones, *los tratos crueles, las torturas* y los suplicios”. A su turno, el artículo 148, conforme al cual, “ninguna alta parte contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra parte contratante, de responsabilidades incurridas por ella o por otra parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

9°) Que, como ha declarado reiteradamente la Corte Suprema, dichos Convenios, vigentes en nuestro derecho interno con mucha antelación a los hechos investigados en estos autos, se aplican a la situación vivida por nuestro país en aquella época, a partir del D.L. N°5 de 1973, que fundado en la situación de conmoción interna, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, declaró que el estado de sitio impuesto por el D.L. N°3 de 1973, debía entenderse como “estado o tiempo de guerra”, para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo, contenida en el referido código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. (véase, especialmente, los fallos de la C.S., rol N°469-98, desaparición de Poblete Córdova, rol N° 517-2004, secuestro Miguel Angel Sandoval y rol N°559-2004, caso Molco).

10°) Que, a la luz de los hechos investigados en autos, es posible establecer que el secuestro de Guerrero Gutiérrez, practicado por agentes del Estado, con apoyo o aquiescencia oficial, obedece al mismo patrón de conducta ocurrido en relación al secuestro de Héctor Vergara Doxrud, respecto del cual la Corte Suprema estimó que “es un caso de privación de libertad que conculca, además de la libertad ambulatoria, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a deducir los recursos apropiados para controlar la legalidad de su arresto y que conlleva el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva de la víctima, la negación de su detención y reclusión a terceros interesados, *que representan, por sí mismas, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad síquica y moral y del debido respeto a la dignidad inherente del ser humano*”. Como dicha sentencia sostiene, tales actos configuran “una violación múltiple y continuada de numerosos derechos que ha sido calificada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos como una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad (AG/RES 666), que la comunidad mundial se ha comprometido erradicar, pues tales hechos merecen una reprobación categórica de la conciencia universal, al atentar contra valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular” (C.S. rol N°12.566-2011).

11°) Que, a mayor abundamiento, cabe mencionar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución N°2.391 de 26.11.1968, la que no obstante no encontrarse ratificada por Chile, se ha entendido por nuestra Corte Suprema que atendida la universalidad del principio de imprescriptibilidad, dicha Convención “no se limitó a enunciar esta regla, sino que a

afirmarla, mediante su positivización, ya que ella operaba como derecho consuetudinario internacional”, lo que le otorga una eficacia declarativa vinculante.(C.S. rol N°559-2004).

12°) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, entre las que cabe mencionar especialmente, “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, de 26.09.2006, donde señala en forma explícita que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (considerandos 96 y 99).

13°) Que, así las cosas y por las razones que se han venido desarrollando, este tribunal estima acertada la argumentación jurídica y la decisión del juez a quo, que condujo a rechazar las alegaciones de las defensas tendientes a exonerarse de responsabilidad sobre la base de las instituciones de la amnistía y la prescripción.

14°) Que, en relación a la aplicación de la atenuante que prevé el artículo 211 del Código de Justicia Militar, expresamente reiterada en estrados por los apoderados de los condenados Wenderoth, Espinoza y Cancino, cabe dejar establecido, previamente, que esta Corte comparte los razonamientos contenidos en los considerandos 43°, 44° y 45° del fallo en alzada, que llevaron al tribunal a quo a rechazar la obediencia debida (jerárquica), como causal de exención de responsabilidad penal de los encausados, teniendo en consideración que no se acreditó en autos que la supuesta orden de privar ilegítimamente de libertad a personas para apremiarlas, fuera un “acto de servicio”, sin perjuicio de la dificultad de ponderación que resulta de la negativa de participación de los encausados, en relación a las exigencias de la eximente y de la ausencia de sindicación precisa de la persona de la que habrían emanado las órdenes.

Ahora bien, en cuanto a la *atenuante* contemplada en el citado artículo 211, es menester señalar que ésta tiene lugar cuando el inferior incurre en un delito militar o común, por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico, siempre que ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida, en conformidad a lo prescrito en el artículo 334 del citado cuerpo legal. Como la doctrina señala (Código de Justicia Militar Comentado, de Renato Astroza, página 341), las órdenes imponen la obligación de ser obedecidas por los inferiores, cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1) orden de un superior, 2) que la orden sea relativa al servicio, 3) que sea dada en uso de atribuciones legítimas; y en atención a lo dispuesto en los artículos 214 y 335 del código citado, si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, se haya representado por el inferior e insistido por el superior, lo que se ha dado en llamar la teoría de la “obediencia reflexiva”.

Si bien a primera vista – como hace presente el autor antes citado - se podría concluir que la falta de uno cualquiera de los requisitos antes señalados, haría operar la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, en la medida que no constituiría un caso de obediencia debida, es lo cierto que lo que no puede faltar – porque es el requisito en que descansa esta circunstancia atenuante – es la existencia de la orden del superior jerárquico. En la especie, la negativa de los encausados a reconocer participación en los hechos que se investigan, no se aviene con la defensa de haber recibido órdenes superiores tendientes a la ejecución de tales hechos, las cuales, además, no se precisan ni se atribuyen a persona específica, por lo que no encontrándose acreditada la existencia de las órdenes superiores, elemento base de la mentada circunstancia, no es posible aplicar la citada atenuante, concordando, así, con lo razonado por el sentenciador en el considerando 59°.

15°) Que, en relación al beneficio de la “prescripción gradual” de la acción penal alegada por las defensas de los acusados Cancino, Espinoza, Contreras, Wenderoth, Lauriani y Godoy, es

menester tener presente que como motivo de disminución de las penas privativas de libertad, ella constituye una aminorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción como eximente de responsabilidad, cuyos fundamentos y consecuencias difieren. En efecto, mientras esta última descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta ilícita, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, la morigerante, que también se explica gracias a la normativa humanitaria, encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por eso deben dejar de ser sancionados, resultando de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el transcurso 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 pena, 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 el 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. De manera que, siguiendo el razonamiento de la Excm. Corte Suprema, 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 en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos, el delito indagado - para estos efectos - es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de abril de 1975, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza. (C.S. rol 3573-2012).

16°) Que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, para la aplicación de la prescripción gradual es menester que concurran dos situaciones fácticas, en forma copulativa, a saber, a) que el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena y b) que a esa época, haya transcurrido la mitad del tiempo que se exige en sus respectivos casos. En la medida que concurran ambas circunstancias, deberá el tribunal considerar tal hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del cuerpo legal citado, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

17°) Que, en el caso de autos, la acción penal para perseguir el delito de secuestro calificado por el que se acusa a los encausados prescribe en el plazo de 10 años, según prevé el artículo 94 del Código Penal, término que deberá contabilizarse, según se dijo en el motivo 15°, a partir del mes de abril de 1975.

Examinados los antecedentes, es posible establecer que los encausados fueron puestos a disposición del tribunal a efectos de practicarles la declaración indagatoria respectiva en relación a los hechos materia de la presente investigación, en las épocas que se indican: Contreras, en el año 2009, Espinoza, en el año 2006, Wenderoth, en el año 2004, Lauriani, en el año 2006, Cancino, en el año 2007 y Godoy, en el año 2010, según consta de fojas 1.738, 1.537, 920, 974, 1.245 y 2.221 respectivamente.

De lo anterior se desprende que al momento de ser habidos los encausados, había transcurrido con creces más de la mitad del plazo de prescripción previsto en la ley, lo que permite hacer efectiva la institución de la prescripción gradual o media prescripción a su favor, atendida la imposibilidad de aplicar la prescripción como causal de extinción de responsabilidad penal, por las razones antes dichas.

18°) Que, a la hora de fijar las penas que corresponden a los acusados Cancino, Espinoza, Contreras, Wenderoth, Lauriani y Godoy, se ha de tener presente que concurre respecto de cada uno de ellos, la atenuante de responsabilidad penal establecida en el motivo 57° del fallo en alzada, a lo que se suma la circunstancia aludida en el artículo 103 del Código Penal, que autoriza al tribunal a considerar tal hecho como revestido de dos circunstancias atenuantes muy calificadas, sin que les afecten agravantes, situación que en definitiva conduce a aplicar lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 68 del cuerpo legal antes citado. Es así como, siendo tres las circunstancias atenuantes que concurren respecto de cada uno de los acusados y, conforme al artículo 103 citado, dos de ellas deben considerarse como muy calificadas, se les impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de aquella contemplada por el artículo 141 del Código Penal a la fecha que comenzó a perpetrarse el ilícito (1974) – presidio mayor en cualquiera de sus grados - sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 69 de la misma normativa penal.

Así las cosas, la pena se definirá en la de presidio menor en su grado máximo, esto es, de tres años y un día a cinco años, regulándose el quantum de la pena en cinco años, de forma pareja para todos, en razón de haberseles reconocido la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal.

19°) Que, haciendo uso de las facultades que establece el artículo 527 del Código de Procedimiento Penal, esta Corte hará extensiva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, en los términos previstos en el motivo precedente, al acusado Moren Brito, quien no alegó a su favor la prescripción gradual y fue puesto a disposición del tribunal en el año 2009, según consta a fojas 1.757, esto es, habiendo transcurrido bastante más de la mitad del plazo de prescripción de la acción penal previsto para el delito que se persigue. Teniendo en consideración que también lo beneficia la circunstancia atenuante establecida en el motivo 57° del fallo en alzada, sin que le afecten agravantes, se le impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de la contemplada por el artículo 141 del Código Penal vigente a la fecha de perpetración del delito, lo que la define como presidio menor en su grado máximo, esto es, de tres años y un día a cinco años, regulándose el quantum de la pena en cinco años.

B. En cuanto a la acción civil.

20°) Que a fojas 2.688 el Fisco ha opuesto excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer en esta sede, de la acción civil indemnizatoria entablada por la parte querellante, fundado en la modificación introducida por la ley 18.857 de 1989 al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de la cual, en su opinión, el juez del crimen carecería de competencia para conocer de acciones civiles o reparatorias que procedan de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad o que tengan causas de pedir ajenas al objeto del proceso penal. A su juicio, atendido que de los fundamentos de la demanda dirigida en contra del Fisco se desprende que lo que se reprocha es una conducta antijurídica orgánica del Estado, que trasciende la mera ejecución material de los crímenes que se imputan a los acusados, se excedería con creces la limitación impuesta por el legislador, en cuanto a que el juez del crimen, para resolver la procedencia de la acción civil deducida en el proceso penal, debe juzgar “las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”. De lo anterior, colige que la acción civil intentada debe ser conocida en sede civil.

21°) Que, luego de la modificación legal antes señalada, el inciso final del artículo 10° del Código de Procedimiento Penal, establece que “podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal, las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”.

22°) Que, cualquiera sea la perspectiva jurídica del querellante al fundamentar la responsabilidad del Estado por el hecho de sus agentes, en los actos ocurridos con ocasión de los acontecimientos históricos en que se insertan los ilícitos perseguidos en autos, lo cierto es que en ningún caso podría entenderse que excede los límites de la norma legal citada, en su actual redacción, desde que lo que allí se establece no es sino la necesidad de que la acción civil se derive causalmente de los hechos típicos investigados, cuestión que no deja de ser así, por el hecho de que se pretenda perseguir la responsabilidad directa del Estado de Chile – no como tercero - por los daños provenientes de la actuación de uno de sus agentes. Por otra parte, no resulta razonable exigir que la parte querellante deba iniciar un nuevo proceso, para juzgar las mismas conductas que en estos autos se han ventilado, que no otros serán los antecedentes que se someterían a conocimiento del juez civil, en caso de acogerse la excepción de incompetencia planteada.

En consecuencia, por las razones anotadas, se rechazará la excepción de incompetencia planteada.

23°) Que, además de la excepción de incompetencia, el Fisco ha opuesto, en subsidio, otras excepciones y defensas en contra de la acción civil deducida en autos, la primera de las cuales se refiere al pago de la indemnización cobrada, basado, fundamentalmente, en el conjunto de compensaciones, derechos y beneficios pecuniarios establecidos por la ley 19.123 en favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, así como en otra serie de reparaciones simbólicas (museo de la memoria, memorial del cementerio general, premio nacional de los derechos humanos, entre otros), que permiten concluir que el Estado de Chile ha cumplido con los estándares internacionales en su esfuerzo por reparar el daño moral y patrimonial que ha afectado a los familiares directos de las víctimas, en concordancia con nuestra realidad financiera.

24°) Que, sin perjuicio de estimar que el cúmulo de medidas adoptadas por el Estado de Chile, ha contribuido ciertamente a reparar en determinados aspectos, el daño provocado a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, amén de constituir una señal importante para generaciones futuras, lo cierto es que éstas no constituyen un pago efectivo susceptible de enervar la acción indemnizatoria deducida en estos autos, por cuanto, más allá de las cifras generales enunciadas, correspondientes a lo que ha gastado el Estado en esta materia por concepto de pensiones y transferencias directas de dinero, derechos y demás beneficios pecuniarios, así como las reparaciones simbólicas, el Fisco no ha especificado las indemnizaciones pecuniarias precisas otorgadas al querellante y demandante civil, lo que impide juzgar si éstas, eventualmente, pudieren haber sido suficientes para reparar el daño alegado.

Con todo, aún en el evento de haber recibido el demandante alguna pensión de reparación en virtud de la ley 19.123, estima este tribunal que ello no impediría, prima facie, la procedencia de la acción indemnizatoria, atendido que la citada legislación no establece una prohibición para que el sistema jurisdiccional lo declare, si así lo estima pertinente conforme al mérito de los antecedentes.

25°) Que, en subsidio de lo anterior, el demandado ha opuesto la excepción de prescripción extintiva, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, en relación al artículo 2497 del mismo cuerpo legal, por estimar que habiéndose verificado el secuestro calificado de Guerrero Gutiérrez el día 31 de diciembre de 1974 y siendo las últimas noticias de fecha 25 de enero de 1975, ha transcurrido el plazo liberatorio contemplado en la norma. Agrega que aún entendiendo suspendida la prescripción por el período de la dictadura militar, hasta la restauración de la democracia, o hasta la entrega del Informe de Verdad y Reconciliación, hechos ocurridos el 11 de marzo de 1990 y 4 de marzo de 1991, respectivamente, a la fecha de notificación de la demanda de autos (30 de noviembre de 2011), había transcurrido en exceso el cuadrienio que establece el citado artículo 2332.

26°) Que, en ausencia de una norma especial que haga imprescriptible la responsabilidad extracontractual del Estado, corresponde aplicar las reglas del derecho común sobre la materia, lo que nos refiere, específicamente, a la regla consagrada en el artículo 2332 del Código Civil, según la cual la acción de perjuicios prescribe en cuatro años, “contados desde la perpetración del acto”.

Lo anterior, sobre la base de que la prescripción corre por igual, a favor y en contra de toda clase de personas, ya sea que se trate “del Estado, de las Iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de sus bienes” (artículo 2497 del Código Civil), criterio que es concluyente a la hora de determinar la vigencia de las normas relativas a la prescripción en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

27°) Que con el mérito de los antecedentes que constan en autos, ha quedado establecido que la detención de Carlos Guerrero Gutiérrez se produjo el 31 de diciembre de 1974, habiendo sido trasladado a Villa Grimaldi, donde permaneció hasta el 25 de enero de 1975, fecha en que fue sacado de ese recinto de detención y a partir de la cual se pierde todo rastro de su paradero.

En consecuencia, habiendo transcurrido más de 35 años desde que se perpetraron los hechos que se imputan al Estado, hasta la notificación de la demanda, resulta manifiesto que la acción civil deducida en su contra se encuentra extinguida por la prescripción del artículo 2332 del Código Civil.

28°) Que, aún en los casos en que el legislador estimó necesario otorgar el beneficio de la suspensión de la prescripción a favor del acreedor incapaz, para que ésta no corra en su contra mientras se encuentra imposibilitado de ejercer sus derechos, igualmente estableció un límite o plazo máximo, transcurrido el cual no se toma en cuenta la mencionada suspensión, el que en el caso de nuestro ordenamiento civil es de 10 años (artículo 2520 del Código Civil).

29°) Que la circunstancia de que la detención de Guerrero Gutiérrez haya dado lugar a su posterior desaparecimiento y que éste se haya prolongado en el tiempo, configurándose desde el punto de vista penal un delito de secuestro calificado, que tiene el carácter de permanente, no impide aplicar la regla contenida en el artículo 2332 del Código Civil, toda vez que según ésta el plazo ha de contabilizarse *desde la perpetración del acto*, es decir, desde el día en que se cometió el hecho doloso o culpable – en este caso la detención - aunque los efectos dañosos del antedicho acto se prolonguen o continúen en el tiempo (ver Alessandri Rodríguez, Arturo, “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, N°432).

30°) Que las normas internacionales invocadas para declarar la imprescriptibilidad del delito de secuestro, no alcanzan el ámbito de la reparación civil. En efecto, el mandato contenido en los Convenios de Ginebra que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de responsabilidad por haber incurrido en alguna de las infracciones graves mencionadas en ésta

(tales como homicidio intencional, torturas, o tratos inhumanos), está referido únicamente al ámbito de la responsabilidad penal y no se opone a la posibilidad de que las acciones civiles por los mismos hechos pueda prescribir conforme a las reglas del derecho interno (artículo 129, 130 y 131 de la Convención).

31°) Que, con todo, no obstante lo señalado en el motivo 25° y siguiendo la línea de razonamiento del Pleno de la Corte Suprema, al conocer de la causa rol N°10.665-2011, es menester matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil y que fue la que condujo a la conclusión preliminar contenida en el motivo 25°.

En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce.

Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la “Comisión Rettig”, al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

Así las cosas, habrá de acogerse la excepción de prescripción extintiva opuesta por el Fisco de Chile, lo que conduce a rechazar la demanda de indemnización de perjuicios deducida por el querellante a fojas 2.535.

Por estos fundamentos, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 29 del Código Penal y 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, **se resuelve:**

A) En cuanto a la acción penal:

Se confirma la sentencia apelada de trece de julio de 2012, escrita a fojas 3.231 y siguientes, **con declaración** que se condena a Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Gerardo Ernesto Godoy García, Fernando Lauriani Maturana, Daniel Cancino Varas y Marcelo Moren Brito 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 su calidad de autores del delito de secuestro calificado de Carlos Eduardo Guerrero Gutiérrez, perpetrado con fecha 31 de diciembre de 1974, el que se mantiene hasta la fecha.

Por no reunirse los requisitos para otorgar alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216, no se les otorgará ninguno de ellos.

B. En cuanto a la acción civil:

Se revoca la referida sentencia, sólo en cuanto acoge la excepción de incompetencia opuesta por el Consejo de Defensa del Estado y, en su lugar, se declara que se la rechaza, al igual que la excepción de pago planteada y se acoge la excepción de prescripción opuesta por el demandado.

Se previene que para resolver como se hizo la Corte dio aplicación a las reglas pertinentes contenidas en el párrafo 2.- “Los acuerdos de las Corte de Apelaciones” del Título V del Código Orgánico de Tribunales, optando la abogado integrante señora Andrea Muñoz por estimar, para el solo efecto de lograr acuerdo en los términos que exige el inciso primero del artículo 85 del aludido Código, que el plazo de prescripción de cuatro años que consagra el artículo 2332 del Código Civil ha de principiar a computarse en la oportunidad que se indica en el fundamento Vigésimo Noveno y no desde la fecha de perpetración del acto, como se había indicado preliminarmente en el motivo Vigésimo Quinto, con lo que se zanjó la diferencia producida y se formó sentencia al respecto.

Acordada, **contra el voto** de la abogado integrante Andrea Muñoz, en lo que se refiere al reconocimiento de la prescripción gradual, quien fue de opinión de no dar lugar a la atenuación de responsabilidad por ese concepto, en atención a las siguientes consideraciones:

Que, las mismas razones que llevaron a rechazar la prescripción de la acción penal concurren para desestimar la “media prescripción” alegada por los condenados para obtener una rebaja de las penas. En efecto, la figura contemplada en el artículo 103 del Código Penal, está concebida sobre la base del transcurso del plazo de prescripción, constituyendo una circunstancia que beneficia al imputado el que éste se presente, o sea habido, antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige para ella. En consecuencia, eso significa que ha de existir un momento a partir del cual se pueda contabilizar el plazo de prescripción, lo que no ocurre en la especie, ya que por más que la detención y encierro de Guerrero Gutiérrez hayan ocurrido hace más de 30 años, no existe una fecha cierta a partir de la cual se pueda empezar a contabilizar el plazo de prescripción, dado que ésta debe contarse desde el momento de la consumación del delito. A lo anterior – falta del presupuesto básico para la aplicación del artículo 103 citado – cabe agregar que tratándose de delitos de lesa humanidad, como el de autos, su naturaleza impide la concurrencia de la prescripción gradual de la pena, del mismo modo y por los mismos fundamentos que se considera imprescriptible la acción penal.

En razón de lo anterior, estima esta disidente que discurre acertadamente el tribunal a quo (considerando 55°), al desestimar la rebaja de pena solicitada por las defensas, debiendo en su opinión mantenerse aquellas fijadas en la sentencia apelada.

Acordada, **contra el voto** de la ministro Jenny Book, en lo que se refiere a la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el Fisco, quien fue de opinión de rechazarla y de acoger la demanda civil, en atención a las siguientes consideraciones:

Que en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina un delito de lesa humanidad, calificación que no sólo trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito y 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. De lo que se deduce entonces, que no resulta coherente pretender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas de prescripción del derecho civil interno, sino a la normativa internacional sobre derechos humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional, por disposición del artículo 5° de la Constitución

Política, que establece el derecho de las víctimas y otros titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.
Regístrese y devuélvase con todos sus tomos.

Redactó la abogado integrante señora Andrea Muñoz y el voto la ministro (s) señora Jenny Book. No firma la Ministro señora Díaz, quien concurrió a la vista del recurso y al acuerdo, por encontrarse con licencia medica.
N°1963-2012

Pronunciada por la Sexta **Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministro María Teresa Díaz Zamora, e integrada además por la ministro Jenny Book Reyes y la abogado integrante Andrea Muñoz Sánchez.