

Santiago, ocho de junio de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de las motivaciones décimo novena y vigésima que se eliminan

**Y se tiene en su lugar y además presente:**

**En cuanto a la materia penal:**

1.- Que deducen recurso de apelación los imputados que se individualizan a continuación, en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 31 de Agosto del dos mil quince, por la cual se les condenó como autores de secuestro calificado en la persona de **MARCELO RENAN CONCHA BASCUNAN**, perpetrado el 10 de Mayo de 1976, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado máximo, mas accesorias legales, con costas.

Los condenados que recurren son:

Carlos Leonardo López Tapia, a fs. 3378 quien cuestiona en su recurso, la calidad de autor que se le atribuye, ya que si bien reconoce que fue asignado a Villa Grimaldi, sostiene que lo fue solo a fin de dar apoyo logístico de alimentación y sanidad a la Dina y a los detenidos, pero no tuvo intervención en el hecho que se le imputa, por lo que solicita su absolución. Aduce además que debió habersele aplicado la amnistía, la prescripción y la atenuante del artículo 103 del Código Penal.

Rolf Wenderoth Pozo, apela a fs. 3370, pero sin fundamentos, los que si son vertidos en estrados por su defensa, en cuanto también niega participación.

Pedro Espinoza y Juan Morales Salgado, se reservaron el derecho para apelar, pero no hicieron uso de él.

Ricardo Lawrence Mires, fue declarado rebelde, pero al comparecer por él, Procurador del Número, se dejó sin efecto su sobreseimiento temporal.

Manuel Contreras y Marcelo Morén Brito, fueron sobreseídos definitivamente por fallecimiento.

2.- Que a fs. 3471 rola informe del Fiscal Judicial, María Loreto Gutiérrez, quién estuvo por confirmar la sentencia en todas sus partes en lo apelado y por aprobarla en lo consultado, a más de aprobar los sobreseimientos de Manuel Contreras Sepúlveda y Marcelo Morén Brito, por fallecimiento.

3.- Que cabe analizar en primer lugar el aspecto penal del fallo y dentro de él, la participación de los inculpados, Rolf Wenderoth y Carlos López Tapia, quienes argumentan no haber intervenido en el ilícito que se les imputa.

4.- Que en relación a Wonderoth Pozo, este no posee antecedentes pretéritos en este tipo de causas, fue investigado por el Ministro de Fuero, Jorge Zepeda, pero en definitiva fue absuelto. Ni en ningún otro tipo de ilícitos y si bien es cierto, estuvo en Villa Grimaldi, también lo es, que no era el oficial de mayor grado dentro de la dotación, ni estaba a cargo en condición de jefatura de ese centro de detención, por lo que no puede responsabilizarse a toda la plana mayor por hechos acaecidos en una unidad, de la que el condenado formó parte, pero en tareas administrativas o logísticas, áreas que no decían relación con los hechos que culminaron en la desaparición de la víctima, Marcelo Concha.

5.- Que alega además no haber ordenado detención de ninguna persona, ni participado en actos de tortura o represión dadas las funciones que desempeñaba, de alimentación y sanidad, según lo alegado en estrados, resultando verosímil tal descargo, por lo que se le absolverá de los cargos que se le imputan.

6.- Que los demás antecedentes que enumera el fallo en alzada a fs. 3328, no configuran de manera alguna la responsabilidad que se pretende asignar a Wenderoth Pozo, ya que se trata de su ubicación circunstancial en reparticiones determinadas, en labores que distan de actividades delictivas como la que se le imputa, ya que el solo hecho de haber prestado servicios en una unidad que de acuerdo al organigrama de la época, estaba bajo la tuición de la DINA, no permite concluir que elaboró, planeó y participó en el secuestro del sr. Concha Bascuñán.

7.- Que por su parte López Tapia, reconoce haber estado en Villa Grimaldi, pero su situación es diferente, ya que él si estaba a cargo de ese centro y como tal, ostentaba la responsabilidad de mando en relación a los hechos perpetrados en su interior. No cabe entonces eximirlo de aquella como pretende en su apelación.

8.- Que habiendo así establecido el grado de responsabilidades de los recurrentes en el aspecto penal, cabe analizar la atenuante que no fuera acogida por el Ministro sentenciador, del artículo 103 del Código Penal, el que estatuye, a saber: *“Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”*.

9.- Que la institución antes descrita es una mera circunstancia atenuante, de modo que no puede equipararse, en su esencia, con la prescripción de la acción penal, que extingue la responsabilidad penal. De allí que todo lo que pueda argüirse para la no declaración de la prescripción en virtud de la naturaleza del delito de autos no es aplicable a una atenuante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo.

10.- Que lo que las normas internacionales proscriben en esta clase de ilícitos es la prescripción, pero ningún tratado internacional ha vedado la atenuación de la pena por el transcurso del tiempo, lo que por lo demás parece de toda lógica y, precisamente, ajustado al Derecho Internacional Humanitario, si se tiene en cuenta que el delito en cuestión se habría cometido en julio de 1974, esto es, hace casi 42 años.

11.- Que el hecho que el delito establecido sea el de secuestro y que hasta hoy no se tengan noticias del secuestrado señor Marcelo Concha Bascuñán, no es óbice para razonar como se ha hecho, pues la ficción de permanencia del delito no puede llevar al absurdo de sostenerse que realmente el delito se sigue cometiendo hasta hoy, pues en tal caso mal podrían los condenados alguna vez cumplir una pena por un delito que lo cometieron ayer, lo cometen hoy y lo seguirán cometiendo siempre.

12.-Que, en consecuencia, se disiente en parte de la opinión del Ministerio Público Judicial, vertida en su dictamen de fs.3471 que estuvo por confirmar la sentencia en alzada sin modificaciones.

13.- Que por las razones anotadas se absolverá al imputado Rolf Wenderoth Pozo.

14.- Que en cuanto al sentenciado López Tapia al haberse acogido a su respecto la atenuante del artículo 103 del Código Penal, y contando además con la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, se rebajará la pena aplicada a su respecto a la de tres años y un día.

15.- Que, en consecuencia, teniendo presente sus circunstancias personales, que no presenta condenas anteriores, ni posteriores a la comisión de los ilícitos en cuestión, su avanzada edad lo que hace muy bajo el riesgo de reincidencia, atendidas estas condiciones

se reúnen a su respecto las características necesarias para ser acreedor del beneficio de libertad vigilada.

**En cuanto a la acción civil:**

Se reproduce la sentencia en alzada en cuanto a esa parte, con excepción del considerando 62° en cuanto a los montos que ordena pagar.

Y se tiene además presente:

16.- Que el Fisco de Chile, a fs. 3347, apela pero solo en cuanto a la parte civil del fallo, solicitando el rechazo de la misma en todas sus partes, por cuanto debió darse lugar a su excepción de pago, por haber sido ya indemnizados los demandantes, hijos del fallecido; declarar improcedente indemnizar a un hermano por preterición y se debió acoger su excepción de prescripción; a más de negar lugar al pago de reajustes e intereses por improcedentes.

17.- Que en cuanto a la excepción de pago, esta Corte comparte los argumentos vertidos por el sentenciador de la instancia, dada la diferente naturaleza jurídica existente entre la indemnización que nos ocupa y los beneficios sociales que han obtenido víctimas de delitos de lesa humanidad, ya que cada uno pretende reparar en sede diversa el mal causado, a más que las leyes que los otorgaron no contemplan en su normativa la existencia de incompatibilidad de ninguna especie.

18.- Que en relación a la excepción de prescripción, deducida por el Fisco de Chile, atendida la naturaleza de los ilícitos que nos ocupan, la normativa legal vigente, los tratados internacionales suscritos por Chile y la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema citada por el juez del grado no cabe excluir la reparación patrimonial del reproche en sede penal, ya que si no aplicamos prescripción en materia del delito, mal puede invocarse argumentación de contrario en sede civil, el delito es uno y la reparación debe ser completa en todos los ámbitos que la legislación nacional e internacional prescribe.

19.- Que si bien es cierto que los demandantes han percibido beneficios otorgados por el Supremo Gobierno dada su condición de familiares de detenidos desaparecidos, también lo es, que tales beneficios de carácter social y previsional, no logran resarcir el daño moral real, ocasionado a raíz de la desaparición de sus familiares y la incertidumbre en cuanto a su destino por tiempo indeterminado.

20.- Que teniendo si en cuenta para los efectos de determinar el monto a pagar, lo señalado en la motivación precedente, se rebaja prudencialmente la indemnización fijada en \$100.000.000.- al monto de \$30.000.000.- para cada uno de los beneficiados con esa cantidad; y a \$20.000.000.- para Insunza Bascuñán, rechazándose la preterición alegada por el Fisco a su respecto, por la misma razones esgrimidas por el sentenciador de primer grado.

Las sumas ordenadas pagar deberán serlo con reajustes e intereses solo a contar que la sentencia quede ejecutoriada, pues solo a contar de esa fecha nace un crédito en contra del Fisco.

Por las razones anotadas y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 535 y siguientes, 544 del Código de Procedimiento Penal, 11, 14 18 y 21 y siguientes, 103 y 150 del Código Penal; 186 y siguientes y 766 y 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil; y 1698 del Código Civil, SE DECLARA: que **SE REVOCA** la sentencia en alzada de 31 de Agosto de dos mil quince, escrita a fs.3273 y siguientes, en cuanto condena a ROLF WENDEROTH POZO al que se le absuelve; y se la **CONFIRMA CON DECLARACIÓN** en cuanto al condenado CARLOS LEONARDO LOPEZ TAPIA al que se le rebaja la condena a una pena de tres años y un día, más accesorias legales de

inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, durante el tiempo que dure la condena y al pago de las costas de la causa, debiendo servirle de abono el tiempo que estuvo recluso, entre el 18 de Noviembre del 2013 y el 3 de Enero del 2014.

Se le concede el beneficio de la libertad vigilada intensiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 inciso 1ro. y 15 de la Ley 18.216, debiendo supervisar su cumplimiento Gendarmería de Chile.

**SE LA CONFIRMA** en lo demás apelado y **SE LA APRUEBA** en lo consultado.

Se previene que el Ministro Suplente señor Gray, en lo penal, concurre a la confirmatoria de la sentencia de primera instancia en los términos que fue dictada, sin modificaciones.

En cuanto a la parte civil del fallo, **SE CONFIRMA** la sentencia en alzada, **CON DECLARACIÓN** en cuanto se condena al Fisco de Chile a pagar la suma de \$30.000.000.- a Marcelo Alberto Concha Traverso, María Paz Concha Traverso y Lilia Pamela Concha Carreño; y a Alfonso Insunza Bascuñán la suma de \$20.000.000.-

Las sumas ordenadas pagar deberán serlo con reajustes e intereses a contar que la sentencia quede ejecutoriada.

Acordada la decisión de confirmar con declaración la sentencia en lo que a la acción civil se refiere, con el voto en contra del Ministro señor Mera, quien estuvo por revocar en esa parte la sentencia de primera instancia y desechar completamente la demanda sin costas por haber tenido los actores motivos plausibles para litigar.

Tuvo presente para ello:

A) Que, desde luego, la acción ejercida por la parte demandante es de índole patrimonial, desde que se demanda una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios. Esta obligación del Estado provendría de un acto ilícito cometido por sus agentes, esto es, se trata de un caso de culpa aquiliana o responsabilidad extracontractual.

B) Que no hay un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, resultando aplicable para el demandado de autos, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 2332 del mismo cuerpo legal.

C) Que en fallo de 27 de junio de 2006, dictado por la Excma. Corte Suprema de Justicia en causa rol 508-06, se señaló que no por ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho público, no pueden extinguirse por el transcurso del tiempo, *“dado que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a esas normativas y puede operar en todas las disciplinas que corresponden al derecho Público...”*, doctrina que el disidente hace suya. Por lo demás, no existe disposición alguna que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado y, antes al contrario, existe una norma expresa en sentido contrario, como es el artículo 2497 del Código Civil, al señalar que *“Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra 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 lo suyo”*.

D) Que el aludido artículo 2332 del Código Civil establece un plazo de cuatro años para la prescripción de la acción deducida en estos autos, plazo que se contabiliza desde que se cometió el acto ilícito, ya que la expresión “perpetración del acto” utilizada en la norma legal recién citada, tiene un sentido amplio, que comprende la realización de una

acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados.

E) Que el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios es único, consiste en la detención del señor Marcelo Renán Concha Bascuñán, de la que se derivó su desaparición, situación esta última que se mantiene hasta el día de hoy. O sea, según lo ha establecido la Corte Suprema en el fallo anotado, la desaparición del ofendido es una consecuencia de su detención, como lo es el dolor que provoca a los deudos el homicidio de un ser querido o, una cicatriz en el caso de un herido, pero, aunque tales efectos o consecuencias permanezcan en el tiempo, el plazo de prescripción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil, es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto que los ocasiona. Todo delito, o la mayoría de ellos, provoca efectos perjudiciales que permanecen en el tiempo, pero no por eso el acto que da origen a la indemnización deja de ser único. La aceptación de la tesis de los actores significaría consagrar, al menos indirectamente, la imprescriptibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios, lo cual resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico

F) Que la detención del señor Concha Bascuñán por parte de agentes del Estado sucedió el 10 de Mayo de 1976, por lo que a la fecha de la notificación de la demanda el plazo que establece el artículo 2332 del Código Civil había transcurrido en exceso. Y aún cuando el plazo se cuente desde que el país volvió a la normalidad democrática, el 11 de marzo de 1990, igualmente estaría cumplido el plazo de prescripción de cuatro años referido.

G) Que, en consecuencia, la acción deducida está extinguida por la prescripción y procede así declararlo.

**SE APRUEBAN** también los sobreseimientos de los fallecidos Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Marcelo Luis Moren Brito, dictados por resoluciones de once de agosto de dos mil quince, escrita a fojas 3075 y diecisiete de septiembre de dos mil quince, escrita a fojas 3453, respectivamente.

Redacción de la Ministro señora Kittsteiner

Regístrese y devuélvase.

Rol 1720-2015

Pronunciada por la **Cuarta Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministro señora María Rosa Kittsteiner Gentile y el Ministro (s) señor Tomás Gray Gariazzo.

Autorizado por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a ocho de junio de dos mil dieciséis, notifiqué en secretaría por el estado diario la resolución precedente.