

Santiago, ocho de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos N° 7.324-2007, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de ocho de julio de dos mil quince, escrita a fojas 2.959, se condenó a Pedro Espinoza Bravo y a Miguel Krassnoff Martchenko a diez años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, como autores del delito de **secuestro calificado de Jorge Eduardo Ortiz Moraga**, cometido a contar del 12 de diciembre de 1974. Enseguida se sancionó a los enjuiciados Risiere del Prado Altez España, Manuel Rivas Díaz y Hugo del Tránsito Hernández Valle como cómplices del mismo delito, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y la accesorias de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de las condenas.

En lo civil, se acogieron las demandas interpuestas por Audolina del Carmen Moraga Quezada y Ana María Rojas Figueroa, madre y cónyuge de la víctima, respectivamente, condenando al Fisco de Chile al pago de \$100.000.000 (cien millones de pesos) a cada una, como indemnización de perjuicios por el daño moral causado, con los reajustes e intereses que indica la misma sentencia.

Impugnada esa decisión, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, a fojas 3.262, la confirmó.

Contra el anterior pronunciamiento el representante del Ministerio del Interior y Seguridad Pública dedujo recurso de casación en la forma, como se desprende de fojas 3.272, en tanto que el Fisco de Chile, a fojas 3.277, y la defensa del condenado Espinoza Bravo, a fojas 3.299, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 3.314.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en la forma deducido por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior se funda en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por la contravención en que habría incurrido el fallo en la aplicación de los artículos 500 N° 3 y 527 inciso primero del referido cuerpo legal.

Se sostiene por el recurrente que su mandante dedujo apelación contra la sentencia de primer grado cuestionando la calificación de la participación de tres de los enjuiciados como cómplices del delito y por el reconocimiento de la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal a todos los acusados y la del artículo 11 N° 9 del aludido cuerpo normativo respecto de los sentenciados Altez España y Hernández Valle. Sin embargo, la sentencia no se pronunció acerca de los fundamentos de hecho de su recurso, manteniendo la calificación de la participación y las indicadas minorantes si razón y, como consecuencia de ello, una pena menor a la legalmente procedente.

Solicita en la conclusión que se invalide la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que condene a todos los enjuiciados como autores del delito de secuestro calificado elevando las penas al máximo permitido por la ley, desconociendo las atenuantes de responsabilidad que fueron cuestionadas en la apelación.

Segundo: Que el Fisco de Chile formalizó recurso de casación en el fondo contra la decisión civil del fallo fundado en los artículos 764, 767 y 770 del Código de

Procedimiento Civil, en relación al artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal, por infracciones que desarrolla en tres capítulos.

Su primer segmento se extiende a la infracción a los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 y artículos 19 y 22 del Código Civil, como consecuencia de haberse rechazado en la sentencia la excepción de pago opuesta al contestar las demandas, pues a las actoras se concedió una indemnización en circunstancias que ya habían sido resarcidas por el mismo hecho con los beneficios de la Ley N° 19.123. Las demandantes percibieron beneficios que resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, pues en virtud de ellos se reparó por el Estado el daño experimentado, lo que excluye la posibilidad de que posteriormente sea demandada y otorgada una nueva indemnización por los mismos conceptos. De ese modo, al recibir tales sumas de dinero, extinguieron su acción contra el Fisco.

Enseguida se denuncia la falsa aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 1437, 2332, 2492, 2497, 2514 del Código Civil y las normas de interpretación de los artículos 19 y 22 inciso primero del referido cuerpo de leyes, al prescindir el fallo de la regulación contenida en el derecho interno a propósito de la prescripción de la acción civil ejercida. Indica el recurso que no existe en la legislación norma de fuente nacional o internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción intentada, término que es de cuatro años, como establece el artículo 2332 del Código Civil.

En el caso que se revisa, los hechos tuvieron lugar el 12 de diciembre de 1974, en tanto que la notificación de la demanda se verificó el 27 de noviembre de 2014, fecha en que el plazo ya se encontraba vencido, incluso si se considera que estuvo suspendido durante el régimen militar, hasta la vuelta a la democracia o hasta la entrega del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

Por ello, al apartarse el fallo de las disposiciones sobre prescripción del Código Civil, vulneró las reglas de los artículos 19 inciso primero y 22 inciso primero de ese texto legal, porque no debía desatenderse el contexto de la ley y lo dispuesto en su artículo 2497, que manda aplicar las disposiciones sobre prescripción a favor y en contra del Estado.

En tercer término se reclama la falsa aplicación de normas de derecho internacional de los Derechos Humanos, que no contemplan la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales. A estos efectos, la sentencia extiende indebidamente la imprescriptibilidad prevista para la persecución penal de los responsables de delitos de esta naturaleza al ámbito patrimonial. En todo caso, la sentencia no cita ninguna disposición de algún tratado internacional suscrito y vigente en Chile que establezca dicha imprescriptibilidad para el caso del ejercicio de acciones pecuniarias provenientes de violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, a falta de norma expresa de derecho internacional debidamente incorporada a nuestro ordenamiento interno, la sentencia no debió apartarse de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil.

Termina por pedir que se anule la sentencia impugnada, a fin que, en su reemplazo, se resuelva desechar íntegramente la acción intentada.

Tercero: Que, por último, el recurso de casación en el fondo formalizado por la defensa del sentenciado Espinoza Bravo se sustenta únicamente en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el error de derecho cometido al desestimar la aplicación del artículo 103 del Código Penal.

En lo concerniente a la prescripción gradual que regula la norma indicada se afirma que constituye una atenuante independiente de la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción total, cuyos fundamentos, fines y efectos son diversos, pues mientras esta última deja el hecho sin sanción, la que reclama solo conduce a la reducción

de la pena. Su admisión, por último, es consecuencia del reconocimiento del principio humanitario del derecho penal, que permite disminuir el castigo para el caso de hechos delictivos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello dejan de ser punibles.

En tal caso el ilícito ha debido considerarse como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, dándose aplicación a las reglas de los artículos 65 a 68 del Código Penal, disminuyendo la pena impuesta.

Finaliza solicitando la nulidad de la sentencia recurrida a fin que en su reemplazo se declare que favorece al enjuiciado la atenuante del artículo 103 del Código Penal y se imponga la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, concediéndole la medida de libertad vigilada.

Cuarto: Que previo al análisis de estos recursos es conveniente recordar los hechos que el tribunal de la instancia ha tenido por demostrados.

Tales son los contenidos en el considerando segundo del pronunciamiento de primer grado, que señala:

El 12 de diciembre de 1974, pasadas las 20:00 horas, agentes de la DINA detuvieron en la calle al estudiante de medicina de la Universidad de Chile Jorge Ortiz Moraga, casado, de 20 años de edad, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionario. Allanaron la casa de su suegra y le dijeron que lo mantenían detenido, indagando respecto de su hija, la cónyuge de Ortiz.

El 19 de diciembre de 1974 agentes armados dirigidos por Osvaldo Romo allanaron el domicilio de la madre del afectado, los que llevaban consigo a dos jóvenes, amigos de la pareja, uno de ellos, Fernando Peña, permanece desaparecido. Durante dos días dos agentes se instalaron en la morada sin dejar salir a la madre y a una amiga de esta que se encontraba en el lugar.

Algunas prisioneras expresaron que en el centro de detención llamado “Venda Sexy” estuvo con ellas Jorge Ortiz, señalando que todos fueron torturados por sus aprehensores.

La víctima fue vista por última vez en “Villa Grimaldi” señalando los prisioneros de ese lugar que también oyeron a los agentes mencionar el nombre de Ortiz.

Posteriormente el nombre de la víctima apareció en una nómina de 119 chilenos muertos presuntamente en el extranjero en acciones armadas, lista que fue difundida en Chile en julio de 1975. Tal nómina formó parte del plan de desinformación de la DINA para justificar la desaparición de las personas a las que ese organismo había privado de libertad e hizo desaparecer.

Tales sucesos se estimaron constitutivos del delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso tercero del Código Penal y calificados como crimen de lesa humanidad.

Quinto: Que en lo que concierne al motivo de invalidación formal que se alega por el Ministerio de Interior, según se ha resuelto en constante jurisprudencia, este tiene un carácter esencialmente objetivo, de modo que para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de él se desprenda.

Como se advierte del libelo de nulidad, se reprocha a los jueces haber obviado las alegaciones promovidas en el escrito de apelación en relación a las minorantes de responsabilidad con que la sentencia favoreció a los enjuiciados y la calificación de la participación de tres de ellos como cómplices.

Sexto: Que, para decidir, hay que tener en vista que la finalidad de la casación formal no es ponderar la razonabilidad de otras posibles conclusiones, verificar si el razonamiento empleado ha sido o no arbitrario ni menos enmendar los errores o falsas apreciaciones en que pueda incurrirse en la señalada tarea.

En el caso en estudio resulta evidente que la resolución de segunda instancia no adolece de las deficiencias denunciadas, pues al hacer suyos los razonamientos de primer grado al confirmar ese fallo, estos pasaron a formar parte integrante de aquél, y junto con los incorporados en la alzada, son los fundamentos en que descansa la decisión.

Así la sentencia de segundo grado reproduce, entre otros, los considerandos trigésimo tercero, trigésimo sexto y trigésimo noveno, que se explayan acerca de los motivos que condujeron a los jueces del fondo a estimar que los enjuiciados Altez España, Hernández Valle y Rivas Díaz son cómplices del delito de secuestro calificado de Jorge Ortiz Moraga, explicando en cada caso cuál fue su función de cooperación dolosa en el hecho y porqué se alejó del poder de decisión en la consumación del delito.

Luego, el fundamento quincuagésimo noveno de primer grado, que el fallo de alzada hace suyo, contiene las reflexiones por las que se reconoció a los acusados la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior y, por último, en lo que atañe a la minorante de responsabilidad del artículo 11 N° 9 del Código Penal, la sentencia mantiene los considerandos sexagésimo séptimo a septuagésimo segundo, que entrega todas las motivaciones que permitieron a los jueces alcanzar el convencimiento acerca de la concurrencia de las circunstancias de hecho que permitieron su reconocimiento.

Séptimo: Que, como se ve, la sentencia razona fundadamente acerca de los tópicos que plantea el recurso, siendo inoficioso repetir las mismas reflexiones contenidas en el pronunciamiento de primer grado si el de alzada las comparte, como en la especie, acatándose con ello el mandato del legislador en la extensión del fallo.

Octavo: Que, por lo expuesto, y dado que la sentencia ha cumplido con las exigencias formales requeridas, los supuestos en que descansa la motivación de nulidad no la conforman, siendo inexactas las transgresiones imputadas, por lo que no se configura la causal de invalidación esgrimida en tanto se la vincula al incumplimiento de las obligaciones contempladas en los artículos 500 N° 3 y 527 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, este arbitrio será desestimado.

Noveno: Que en lo que concierne al recurso de casación en el fondo promovido por el Fisco de Chile, caben las siguientes reflexiones.

En cuanto a la prescripción, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que tratándose de un delito de lesa humanidad -lo que ha sido declarado en la especie- cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el 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, comprendidos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de

carácter económico o pecuniario. (En este sentido, SCS Nros. 20.288-14, de 13 de abril de 2105; 1.424, de 1 de abril de 2014; 22.652, de 31 de marzo de 2015, entre otras).

Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual resulta discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, desde que, 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.

Decimo: Que en la situación sub lite, 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 él emana sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- del eventual ejercicio de la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Undécimo: Que por lo demás, la acción civil entablada por las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.

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 regla internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias del agravio.

Duodécimo: Que esta preceptiva impone 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 disposiciones 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 reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.

Décimo tercero: 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 acción civil formalizada en autos, cuyo objeto radica en 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 disposiciones de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en 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, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Décimo cuarto: Que, por último, cabe tener 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, quedarían inaplicadas.

Décimo quinto: Que estas mismas reflexiones impiden admitir la alegación del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por las actoras en razón de haber obtenido pensiones de reparación con arreglo a la ley N° 19.123, pues esa pretensión resulta inconciliable con la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable cuando no la contradice, como también se razonó, de suerte 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 otras imposiciones legales de derecho patrio.

La preceptiva invocada por el Fisco -que sólo consagra un régimen de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es dable presumir que se diseñó para cubrir todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos porque se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación citada, no implica 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.

Décimo sexto: Que por las consideraciones precedentes ninguno de los capítulos comprendidos en el recurso de casación en el fondo formulado por el Fisco de Chile puede prosperar.

Décimo séptimo: Que, finalmente, el recurso de casación en el fondo del sentenciado Espinoza Bravo reclama la errónea falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal.

Sobre la materia el fallo estableció que se trata de un delito de lesa humanidad, por lo que no puede prescindirse de la normativa de derecho internacional de los Derechos Humanos que excluyen la aplicación de la prescripción, por ende, no hay plazo alguno que contabilizar.

Décimo octavo: Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia, es conveniente recordar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la

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

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

En tales condiciones el recurso será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 527, 536, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza el recurso de casación en la forma** deducido por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y **los recursos de casación en el fondo** deducidos en representación del sentenciado Pedro Espinoza Bravo y del Fisco de Chile, en contra de la sentencia de dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, que corre a fojas 3.262, la que por consiguiente no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre al rechazo del recurso formalizado por el sentenciado Espinoza Bravo, en lo relativo a la falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal, teniendo en cuenta que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, por lo que no es posible determinar el momento de inicio del plazo de prescripción de la acción penal. En efecto, en el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseable para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo, hasta que se acredite o la liberación del secuestrado o su deceso, nada de lo cual se ha demostrado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte del ofendido, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del estado antijurídico creado por el delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término de la situación lesiva para la libertad ambulatoria provocada por la acción delictiva.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Espinoza Bravo con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien estuvo por acogerlo y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada en beneficio de todos los sentenciados, rebajando las penas impuestas. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

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 irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados. En el caso del delito de secuestro, teniendo en cuenta la norma aplicable al caso en su redacción vigente a la data de los hechos, son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

En consecuencia, siendo una norma claramente favorable a los procesados, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la prevención y disidencia, sus autores.

N° 28.641- 16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y el Ministro Suplente Sr. Julio Miranda L. No firma el Ministro Sr. Brito y el Ministro Suplente Sr. Miranda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y por haber terminado su período de suplencia, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a ocho de noviembre 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.