

Santiago, trece de abril de dos mil quince.

Vistos:

En estos antecedentes **Rol N° 2182-98**, de la Corte de Apelaciones de Santiago, “**Episodio Ocho de Valparaíso**”, por sentencia de treinta de julio de dos mil diez, escrita de fojas 7824 a 8193, en lo que interesa a los recursos, se condenó a las siguientes personas por los delitos y a las penas que en cada caso se indica: a).- **Rolf Wenderoth Pozo** como autor de secuestro calificado de Horacio Neftalí Carabantes Olivares, Alfredo Gabriel García Vega, María Isabel Gutiérrez Martínez, Fabián Ibarra Córdova, Sonia del Tránsito Ríos Pacheco y Carlos Ramón Rioseco Espinoza, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena más al pago de las costas de la causa; b).- **Daniel Valentín Cancino Varas** como autor de los delitos de secuestro calificado de Horacio Neftalí Carabantes Olivares, Alfredo Gabriel García Vega, María Isabel Gutiérrez Martínez, Fabián Ibarra Córdova, Sonia del Tránsito Ríos Pacheco, Carlos Ramón Rioseco Espinoza, Abel Alfredo Vilches Figueroa y Elías Ricardo Villar Guijón, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena más al pago de las costas de la causa; c).- **Rubén Fiedler Alvarado**, en calidad de cómplice de los delitos de secuestro calificado de Horacio Neftalí Carabantes Olivares, Alfredo Gabriel García Vega, María Isabel Gutiérrez Martínez, Fabián Ibarra Córdova, Sonia del Tránsito Ríos Pacheco, Carlos Ramón Rioseco Espinoza, Abel Alfredo Vilches Figueroa y Elías Ricardo Villar Guijón, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa; d).- **Pedro Herrera Henríquez**, en su calidad de cómplice de los delitos de secuestro calificado de Alfredo Gabriel García Vega y Carlos Ramón Rioseco Espinoza, a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa; e).- **Fernando Lauriani Maturana**, por su participación de autor de los delitos de secuestro calificado de Horacio Neftalí Carabantes Olivares, Alfredo Gabriel García Vega, María Isabel Gutiérrez Martínez, Fabián Ibarra Córdova, Sonia del Tránsito Ríos Pacheco, Carlos Ramón Rioseco Espinoza, Abel Alfredo Vilches Figueroa y Elías Ricardo Villar Guijón, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa. Por su fracción civil, la indicada sentencia acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile respecto de las demandas civiles deducidas en autos.

Impugnado ese fallo por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, una sala del tribunal de alzada de Santiago, por sentencia de nueve de mayo de dos mil catorce, escrita a fojas 8525, rechazó el primero de tales arbitrios, formalizado por la defensa del condenado Rubén Fiedler Alvarado, confirmando, en lo penal la referida sentencia. En lo civil revocó el pronunciamiento de primer grado y en su lugar declaró que

el Fisco de Chile queda condenado a pagar a cada uno de los actores Josefa Martínez Ruiz, madre de María Isabel Gutiérrez Martínez, Liliana María Castillo Rojas, cónyuge de Horacio Nefalí Carabantes Olivares, Hilda Elena Espinoza Figueroa, cónyuge de Carlos Ramón Rioseco Espinoza, \$30.000.000 (treinta millones de pesos); a Claudio Abel Vílchez Gutiérrez, Abel Alberto Vilches Gutiérrez, María José Martínez Saavedra, ex María Georgina Vílches Gutiérrez, y Cristian Ernesto Vilches Gutiérrez, todos hijos de Abel Alfredo Vilches Figueroa, Esteban Rodolfo Rioseco Espinoza, hijo de Carlos Rioseco Espinoza, \$20.000.000 (veinte millones de pesos); a Nibaldo Humberto Ríos Pacheco, hermano de Sonia del Transito Ríos Pacheco, Olga Adriana Sánchez Martínez, Cecilia Elvira Sánchez Martínez e Irene Gloria Sánchez Martínez, hermanas de María Isabel Gutiérrez Martínez, \$10.000.000 (diez millones de pesos), como resarcimiento del daño moral padecido por todos ellos, más los reajustes correspondientes a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre la época de esa sentencia y la de su efectivo pago, más intereses corrientes para operaciones reajustables desde que el deudor incurra en mora y hasta su pago efectivo; sin costas, por estimar que el demandado tuvo motivo plausible para litigar.

Contra ese último pronunciamiento la defensa del enjuiciado Fiedler Alvarado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se desprende de fojas 8622 y, por su parte, los representantes del Fisco de Chile y del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y las defensas de los acusados Wenderoth Pozo, Herrera Henríquez, Cancino Varas, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como aparece de fojas 8540, 8581, 8594, 8603, 8616, respectivamente.

A fojas 8710 se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile se funda en el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal.

En su primer segmento se denuncia la contravención a los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 y 19 inciso 1° y 22, inciso 1° del Código Civil, toda vez que los demandantes ya fueron favorecidos con los beneficios de la Ley N° 19.123, conforme a la cual se otorgaron a los familiares más próximos de las víctimas una pensión mensual de reparación, una bonificación compensatoria y otros beneficios sociales, los que resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, de manera que el fallo debió acoger la excepción de pago opuesta, rechazando las demandas.

Por el siguiente capítulo se reclama la errónea aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 2332 del Código Civil, en relación con los artículos 2492, 2497, 2514, 19 y 22 inciso 1° del Código Civil, lo que es consecuencia del rechazo de la excepción de prescripción de las acciones ejercidas, porque no existe norma de fuente nacional o internacional que establezca una forma de cómputo de la prescripción diversa a la prevista en los preceptos indicados o que prorrogue, suspenda o interrumpa los plazos de prescripción de la acción civil extracontractual contra el Estado por violación a los derechos humanos, y si la sentencia declara probado que los hechos delictuosos ocurrieron entre el 17 y 29 de enero de 1975, notificándose la demanda sólo el 28 de agosto de 2009, la acción civil se hallaba prescrita, incluso si se estima que el término requerido se suspendió durante el régimen militar hasta el 4 de marzo de 1991, fecha de la entrega del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, de manera que si se hubiese

dado a tales preceptos una correcta aplicación, y lo propio respecto de los artículos 2503, 2518 y 103 bis del Código Civil, la demandas debieron ser rechazadas.

El tercer capítulo del recurso apunta a la falsa aplicación de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, las que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales, como las ejercidas en autos, extendiendo indebidamente la imprescriptibilidad prevista para el ámbito penal en el caso de violaciones a los derechos humanos a aspectos civiles, en circunstancias que su regulación está entregada al derecho interno. En todo caso, el fallo no cita ningún principio o disposición de algún tratado internacional suscrito y vigente en Chile que establezca tal imprescriptibilidad, de modo que las acciones patrimoniales ejercidas debían ser desestimadas. El último segmento de este recurso se extiende a la falsa aplicación de los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y 6 y 9 del Código Civil, en cuanto regulan el ámbito de aplicación temporal de la ley. Entre los instrumentos internacionales que la sentencia invoca como fundamento jurídico de la decisión cita la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo instrumento de ratificación fue depositado por nuestro país el 21 de agosto de 1990, por tanto no pudo ser aplicada a los hechos de la causa que tuvieron lugar o principió su ejecución en una fecha muy anterior, lo que no se ajusta a las condiciones fijadas por el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, conforme al cual para la aplicación de un tratado internacional en materia de derechos humanos es menester que se haya ratificado y que se encuentre vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, condiciones que en este caso no se cumplen.

Con estos argumentos finaliza solicitando que se anule la sentencia recurrida a fin que se dicte otra de reemplazo que rechace las demandas, en todas sus partes, con costas.

Segundo: Que, a fojas 8581, el representante del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, dedujo recurso de casación en el fondo asilado la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por errónea aplicación de los artículos 11 N° 9, 68 y 69 del Código Penal, porque en el caso del acusado Fernando Lauriani, sus declaraciones no son sustanciales ni oportunas, no esclarecen los hechos relativos al secuestro de las víctimas de autos ni se refiere a su destino final, ya que los datos que proporciona a fines del año 2007, vale decir, treinta años después de la comisión de los ilícitos y tras haber negado en reiteradas ocasiones su participación, son del todo insuficientes, de manera que el reconocimiento de la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal constituye un error de derecho, que tuvo influencia sustancial en lo decisorio al permitir la rebaja de la pena en un grado y la posibilidad de acceder al beneficio de libertad vigilada.

Solicita que se invalide el fallo recurrido y se dicte sentencia de reemplazo que confirme el pronunciamiento de primer grado con declaración que se eleva la pena privativa de libertad impuesta a Lauriani Maturana a una que se ajuste al marco punitivo que en derecho corresponde.

Tercero: Que, enseguida, la defensa del condenado Wenderoth Pozo formalizó recurso de casación en el fondo por las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando la infracción a los artículos 5 inciso 2° de la Constitución Política, XXVI de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, 8 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos 15 N° 2 y 141 del Código Penal, 211 y 214 del Código de Justicia Militar y 109, 456 bis, 485, 486, 487 y 488 del Código de Procedimiento Penal. En relación a la participación que se le atribuye en los hechos, explica

que en ninguna de las declaraciones que cita el fallo existe mención acerca del encierro de las víctimas, testimonios a partir de los cuales sólo queda de manifiesto que su mandante sirvió en el cuartel de Villa Grimaldi ostentando el cargo de Jefe de Plana Mayor, en su condición de Oficial Jefe del Ejército de Chile. Luego se contradice la sentencia cuando apunta a que todos los sujetos fueron aprehendidos por orden del Director de la DINA, cuando enseguida se niega que tal privación de libertad encuentre su causa en la existencia de una orden directa, la que, de existir, o bien la del cese de esa condición, sólo pudo emanar de Manuel Contreras. Tampoco advierte del proceso la realización de diligencias tendientes a la comprobación de circunstancias de atenuación de su responsabilidad, incumpliendo el mandato del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, lo que vincula al artículo 211 del Código de Justicia Militar, que los sentenciadores descartan porque ninguno de los acusados reconoció haber participado en los delitos y por la falta de antecedentes básicos para su consideración, trasladando la carga de la prueba sobre este tópico a los enjuiciados, obviando que estaban adscritos a una institución militar entre cuyos miembros existe el deber de obediencia. Por otro lado, si al tribunal no consta que formalizó la representación de la orden tendiente notoriamente a la perpetración de un delito, por aplicación del artículo 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar, debió imponérsele la pena del cómplice, es decir, reducida en un grado. En tales condiciones, si los fallos dieron por establecido que el mando superior de la organización se ejercía de manera absoluta y que la unidad en que se desarrollaron los hechos obedecía a un comandante en el ejercicio de su profesión militar, debió librarse un fallo absolutorio, o bien, atenuar la pena.

Finaliza solicitando que se anule el fallo impugnado y se dicte el correspondiente de reemplazo.

Cuarto: Que, más adelante, la defensa de Pedro Herrera Henríquez dedujo recurso de casación en el fondo sustentado únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia del error de derecho cometido al desconocer la circunstancia atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 9 del Código Penal, pues según plantea, surge del proceso que resultó condenado a base de su sola confesión, y siendo su situación procesal idéntica a la del encartado Lauriani Maturana, no hay fundamento para decidir que, estando ambos confesos, el subalterno -Herrera- resulte sancionado a una pena y con un grado de responsabilidad mayor que el superior.

Solicita que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra de reemplazo que reconozca a su favor la mitigante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, ajustando el cuántum de la pena a una que le permita acceder a los beneficios de la Ley N° 18.216.

Quinto: Que, por su parte, el representante del condenado Manuel Cancino Varas formalizó recurso de casación en el fondo por las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, dada la infracción a los artículos 10, 108, 109 y 527 de ese mismo ordenamiento, 1, 68, 96 y 103 del Código Penal y 14, 15, 16 y 17 de la Ley N° 18.216, lo que surge del rechazo de la prescripción gradual, pues si el delito se cometió el 20 de febrero de 1975, cuando las víctimas fueron trasladadas desde Villa Grimaldi hacia un destino desconocido, consumándose el ilícito al momento que llegó el día 91 de su encierro, esto es, el día 22 de mayo de 1975, fecha desde la cual ha de contarse el plazo para la prescripción gradual, y dado que el presente juicio se inició el año 1998, deduciéndose acusación fiscal en contra de su mandante sólo el 22 de abril de 2009, han transcurrido más de 20 años, con lo cual los requisitos para aplicación del indicado instituto quedan íntegramente satisfechos. Explica que de no haberse incurrido en la infracción

indicada, con la concurrencia de esa minorante especial y la de irreprochable conducta anterior, se habría rebajado la pena en un grado, quedando en presidio menor en su grado máximo, permitiéndole acceder a la medida de libertad vigilada, que es lo que solicita se decida en el fallo de remplazo que deberá expedirse a consecuencia de la nulidad impetrada.

Sexto: Que, por último, la defensa del condenado Fiedler Alvarado dedujo recurso de casación en la forma por las causales 6ª, 9ª, 11ª y 12ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal y recurso de casación en el fondo motivado en los ordinales 3º y 7º del artículo 546 del referido cuerpo legal.

En cuanto al primero de tales arbitrios se reclama, primero, la incompetencia del tribunal para conocer de estos hechos, pues se trata de actos ejecutados en las ciudades de Valparaíso y Viña del Mar, por lo que de conformidad a lo que dispone el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales corresponde su conocimiento a un tribunal de esa jurisdicción, lo que es coherente con lo resuelto por esta Corte el año 2002, oportunidad en que designó dos Ministros de Fuero en la V Región para que asuman y conozcan de los casos correspondientes al territorio de Valparaíso sea que estuvieren en tramitación o los que pudieran iniciarse.

El siguiente capítulo se extiende a la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por incumplir el fallo los requisitos de los numerales 4º y 5º del artículo 500 del referido cuerpo normativo, lo que es consecuencia de la omisión de toda consideración respecto del recurso de apelación deducido contra el fallo de primer grado, prescindiendo de las necesarias consideraciones acerca del establecimiento de los hechos que tipifican el delito y, en especial, las alegaciones invocadas relativas a la prescripción, la amnistía, las que desvirtúan su intervención como cómplice en los delitos y aquellas que demuestran la concurrencia de la eximente de obediencia o la atenuante de la prescripción gradual.

En relación a la causal del N° 11 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal sostiene que en el año 1975 hubo una denuncia por la desaparición de Horacio Carabantes, Alfredo García, María Gutiérrez, Fabián Ibarra, Sonia Ríos, Carlos Rioseco, Abel Alfredo Vilches y Elías Villar, entre otros, investigación que terminó tras su sobreseimiento total y definitivo en el Segundo Juzgado Militar, decisión que se encuentra firme y ejecutoriada y que en estos autos se ha desconocido.

El último capítulo de este recurso se funda en la causal 12ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal dada la omisión observada en la sentencia de segundo grado respecto de la apelación deducida contra el pronunciamiento del a quo, pues sólo se extiende al recurso de casación en la forma interpuesto contra el mismo dictamen.

Finaliza solicitando que se invalide la sentencia recurrida y, respecto de la causal 6ª de nulidad formal deducida, se declare la incompetencia del Tribunal de Fuero de Santiago y de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago y se disponga la instrucción de la investigación por el Ministro de Fuero que corresponda al turno dispuesto en la Corte de alzada de Valparaíso. En lo que atañe a las causales 9ª y 12ª pide que se dicte la sentencia que corresponda ajustada a derecho y, en cuanto a la causal 11ª, solicita se disponga el sobreseimiento definitivo de esta investigación penal.

La misma parte dedujo recurso de casación en el fondo contra el fallo de segunda instancia, arbitrio que se funda en las causales 3ª y 7ª del artículo 546 del Código de procedimiento penal.

En relación a la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba explica que el fallo vulneró los artículos 459, 464 y 488 Código de Procedimiento Penal, pues su representado únicamente confesó que se le ordenó apoyar y cubrir militarmente la acción de la DINA con una sección de 20 soldados, lo que no constituye una acción ilícita bajo el estado de excepción que imperaba a la época de los hechos. Los testigos, por ser inhábiles o singulares, sólo pueden constituir una presunción judicial en los términos previstos en el artículo 464 del referido cuerpo de leyes, pero sus dichos no alcanzan a constituir indicios o hechos reales y probados, múltiples y graves, como exigen los numerales primero y segundo del artículo 488 de esa recopilación legal, sin perjuicio que, tales presunciones, de existir, han debido enunciarse una a una, como manda el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, nada de lo cual aparece satisfecho.

En lo que concierne a la causal 3ª del artículo 546, también esgrimida, se denuncia la infracción a los artículos 1, 14 y 16 del Código Penal, por cuanto la conducta de Fiedler Alvarado no puede ser calificada de delictual ni ser condenado como cómplice en el delito de secuestro calificado ya que, como se expuso a propósito del motivo de nulidad antes reseñado, no existe prueba suficiente que permita establecer que a su mandante cupo participación criminal en el delito. Pero en el supuesto que se den por válidamente establecidos los hechos que se impugnan en el recurso, no concurre a su respecto el dolo de secuestrar, es decir, la voluntad y conocimiento de que, sin derecho, se encerró o detuvo a una persona, privándolo de su libertad por más de 15 días.

Concluye solicitando que se invalide la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, se dicte una sentencia de reemplazo que absuelva a Fiedler Alvarado de los cargos formulados por los delitos de secuestro calificado, al no estar acreditada su participación en tales sucesos.

En cuanto al recurso de casación en la forma:

Séptimo: Que en relación a la supuesta incompetencia del tribunal de la instancia opuesta por el condenado Fiedler, quedó establecido en el pronunciamiento que se revisa que en estos autos se investigaron diversos hechos delictivos por los que se persigue a múltiples inculpadados, constituyendo todas las indagaciones un solo proceso. Al momento del establecimiento de los hechos, como se lee de fojas 8023, considerando 4º del fallo de primer grado, que el de segunda instancia reproduce, quedó asentado que las dependencias del Regimiento de Infantería N° 2 Maipo, ubicado en la ciudad de Valparaíso, fueron proporcionadas al personal de la DINA que se trasladó desde Villa Grimaldi por orden expresa del Director de ese organismo, Juan Manuel Contreras Sepúlveda, con la finalidad de reprimir a una célula regional del MIR. Es así como se detuvo a las víctimas, quienes después de ser ingresadas a las dependencias de ese Regimiento, fueron trasladadas a los cuarteles de Villa Grimaldi y Cuatro Álamos, situados en la ciudad de Santiago.

De lo señalado se colige con claridad que los delitos indagados tuvieron su principio de ejecución en el territorio correspondiente a la Corte de Apelaciones de Santiago, no siendo posible objetar la competencia del tribunal en razón del territorio, porque efectivamente conoció aquél a quien legalmente correspondía, lo que basta para el rechazo de la primera causal de nulidad alegada.

En lo que atañe a las causales novena y duodécima del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, ambas se fundan en un mismo supuesto, cual es la omisión del tribunal de alzada de extenderse al recurso de apelación deducido por el condenado, en el acto de la notificación, contra el fallo de primer grado. Sin embargo, como se advierte del pronunciamiento impugnado, luego de efectuar consideraciones particulares en relación a

los planteamientos de otros acusados, confirmó el fallo del a quo “en lo que a la parte penal se refiere”, por lo que, la situación procesal de Fiedler Alvarado en la segunda instancia se mantuvo incólume.

Atendidos los términos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por la remisión que a esa norma hace el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, el fallo cumple las exigencias que le compele la ley, porque al confirmar la sentencia de primer grado, sin modificarla o revocarla en relación a este enjuiciado, hace suyas las reflexiones del a quo.

En consecuencia, al no existir las omisiones que se indican por el recurso, estos capítulos serán desestimados.

Por último, en lo que concierne a la causal 11ª de nulidad formal, la sentencia impugnada declaró que el proceso Rol N° 230-77, del Segundo Juzgado Militar de Santiago, en que se sustenta esta pretensión, se dirigió “contra quienes resulten responsables”, de manera que ese sobreseimiento definitivo no guarda relación con los hechos y responsabilidades indagadas en esta causa.

Que la cosa juzgada, reconocida como institución en el juicio criminal no se encuentra claramente reglamentada como ocurre en el Código de Procedimiento Civil, pero no cabe duda que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables, pues las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona responsable de éste. Así, el artículo 76 señala que todo juicio criminal comenzará con la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella; el artículo 108 dispone que la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y se comprueba por los medios que señala el artículo 110, para agregar a continuación en el artículo 111, que el delincuente puede ser determinado por todos los medios de prueba indicados en el artículo precedente, además de la confesión de él mismo; el artículo 274 establece que para someter a proceso a una persona debe encontrarse acreditado el delito que se investiga y existir presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el hecho punible. La cosa juzgada tiene por finalidad mantener la certidumbre del derecho, por lo que es de su esencia no decidir dos veces lo mismo, y puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya identidad de hechos punibles e identidad entre los sujetos activos del delito. Ello es concordante con lo que dispone el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, que establece que el sobreseimiento definitivo se decretará: “Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado”. De este modo, si entre ambos procesos el hecho investigado es el mismo pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio. Con mayor razón, si en la primera causa no hubo procesamiento y la resolución que ordenó sobreseer total y definitivamente la causa quedó sin efecto al acogerse un recurso de queja deducido contra los jueces que la suscriben, como se lee de fojas 14600, del tomo II Bis de este proceso. Tal es la situación de la especie, de modo que esta alegación también debe rechazarse.

En mérito de las consideraciones precedentes el recurso de casación en la forma deducido será desestimado.

En cuanto a los recursos de casación en el fondo:

Octavo: Que en relación al recurso promovido en representación del Fisco de Chile, cabe considerar que, tratándose de un delito de lesa humanidad, lo que ha sido declarado en la sentencia, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

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

Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, resulta improcedente, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4° que las disposiciones especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código. “De esta forma, el Código Civil es supletorio y orientador de todo el Derecho Privado y si bien el fenómeno de la codificación se plantea para los fines que don Andrés Bello explicara en su época tomando como fuente el derecho extranjero particularmente el Código Civil francés para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación” (Alejandro Guzmán, “Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile”. Ediciones de la Universidad de Chile) sin embargo, la descodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecua a las nuevas realidades y situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios, y si en el renovado sistema de protección de los derechos en que han surgido principios y normas especiales a modo de descodificación material con postulados diversos y a veces en pugna con los del derecho privado regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse, esta rama emergente representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, se aparta de aquellos postulados.

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

la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

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

Noveno: Que en el caso en análisis, dado el contexto en que los ilícitos fueron verificados, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana, como se ha sostenido por el fallo que se revisa, sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada de los delitos que se han tenido por acreditados.

Décimo: Que por otro lado, como ya se ha esbozado, las acciones civiles aquí deducidas en contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

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

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

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

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

orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

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

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

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

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

Décimo Sexto: Que en cuanto al recurso de casación en el fondo promovido por el Programa Continuación Ley N°19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, basta decir que de la revisión de la sentencia aparece que están asentados los supuestos de hecho que permitieron reconocer la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal al condenado Lauriani Maturana, cuya estimación queda entregada de modo privativo y soberano al criterio de los jueces de la instancia en el sentido de discernir, por una parte, si concurren los elementos fácticos que exige la ley para la aceptación de dicha circunstancia y, por otra, la forma en que se procede a su valoración, de manera que al resolver acerca de este extremo los jueces no han podido incurrir en la contravención que se reclama.

Décimo Séptimo: Que en relación al recurso de casación en el fondo deducido por el enjuiciado Wenderoth Pozo, aparece de manifiesto que envuelve planteamientos incompatibles y subsidiarios, pues en él se denuncian vicios que no pueden darse en forma simultánea, delegando en este Tribunal la elección del error que, de existir, se considere más acertado a resolución del asunto. En efecto, en el primer segmento se reclama la absolución del sentenciado como consecuencia de no haberse acreditado su participación, pero enseguida vuelca sus argumentos extendiéndose a la eventual concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad, acreditadas en la causa, que conducían a la imposición de un castigo menor. Como se ve, esta última alegación supone el abandono de la tesis original, lo que pugna con la ritualidad y el carácter de derecho estricto de este

recurso, condiciones en las que no puede ser atendido, porque no puede quedar subordinada la efectividad de unos vicios a la existencia o inexistencia de otros.

Décimo Octavo: Que en lo concerniente al recurso de casación en el fondo del condenado Herrera Henríquez, como se señaló en el apartado cuarto precedente, este se sostiene en la errónea calificación de los hechos que constituirían la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 9 del Código Penal, lo que quedaría demostrado a juicio del impugnante con el tratamiento diferenciado que se hace respecto de unas mismas circunstancias para los diversos enjuiciados.

Décimo Noveno: Que sobre esta materia, el considerando 31° del fallo de primer grado, que el de alzada reproduce, estimó como probado que “en su última declaración confiesa haber participado en las aprehensiones de Alfredo Gabriel García Vegas y de Carlos Ramón Rioseco Espinoza, el 18 de enero de 1975, en el centro de Valparaíso”. Añade el fundamento 11° de la sentencia impugnada que “...siempre negó la comisión y participación en los delitos, y sólo reconoció, tardíamente, su participación en dos de ellos”, para concluir, a partir de esos asertos, que no se dan los requisitos para estimar que ha existido de parte del sentenciado una colaboración eficaz.

Vigésimo: Que, como se advierte, el fallo no declaró a su respecto la existencia de los supuestos que permitirían dar por configurada la atenuante de responsabilidad que se dice olvidada, única vía para prestar atención a la alegación que en este sentido formula el recurso, pues no puede existir una errada calificación de los hechos que constituyen la minorante invocada si ellos no se han tenido por comprobados, y ello es así desde que queda entregado de modo soberano al criterio de los jueces de la instancia discernir si concurren los elementos fácticos que exige la ley para la aceptación de dicha circunstancia, de manera que, al resolver acerca de este extremo, los jueces no han podido incurrir en la contravención que se reclama por la petición de invalidación.

Vigésimo Primero: Que no obstante lo reseñado en el motivo anterior, con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del de Procedimiento Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de casación, invalidar de oficio la sentencia cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a la casación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurren a alegar en la vista de la causa, lo que efectivamente sucedió, pues durante los alegatos de los intervinientes y en el análisis del fallo impugnado, advirtió este tribunal que aquél adolece de tales defectos.

Vigésimo Segundo: Que en materia criminal todo fallo definitivo debe contener las exigencias formales que son esenciales para su validez, y que se encuentran comprendidas en los diversos literales del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. Así, su ordinal cuarto obliga perentoriamente a los sentenciadores a consignar en su resolución las reflexiones en virtud de las cuales se dan por probados o no los hechos atribuidos a los procesados o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, eximirse de responsabilidad o, finalmente, para atenuar ésta. Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo tanto de las pruebas rendidas como de las alegaciones y defensas planteadas, por lo que incumbe a los jurisdicentes del fondo argumentar en términos que permitan comprender las motivaciones que los conducen a dar por comprobados, o bien negar los sucesos esgrimidos por los litigantes.

Vigésimo Tercero: Que, en este orden de ideas, en lo que atañe a la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, según se aprecia del motivo 76°) del fallo de primer grado, se consignó que Fernando Lauriani reconoció su participación en los hechos “retractándose de lo que antes había afirmado”, proporcionando detalles de la operación realizada en Valparaíso que se tradujo en la conducción a Villa Grimaldi de varios detenidos, lo que permitió a acoger a su favor la minorante antes señalada. El mismo proceder, pero de oficio, se verificó respecto del sentenciado Alfaro Fernández, “que reconoce tanto su participación en los hechos cuanto describe la actuación de los demás partícipes”, de lo que resulta que “ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”.

La calificación de derecho que se hizo respecto de esa cuestión fáctica se concretó en una reducción sustancial de las condenas impuestas a Lauriani y Alfaro, en la forma que describe en el motivo 81°) de la sentencia del a quo, resultando ambos sancionados a tres años y un día de presidio menor, el primero, como autor de delitos reiterados -8 víctimas- de secuestro calificado, y, el segundo, como cómplice de delitos reiterados de secuestro -de 2 víctimas- **Vigésimo Cuarto:** Que en el caso del sentenciado Herrera Henríquez, el fallo de primera instancia declaró expresamente la existencia de los mismos actos de colaboración, como se lee de los considerandos 31°) y 32°), pero la calificación legal de que se dotó a esos hechos, sólo se verificó respecto de dos condenados -Lauriani y Alfaro-, obviando, sin motivo, a Herrera Henríquez.

Vigésimo Quinto: Que, esta equivocación tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues condujo a la imposición de una pena más grave que la que determina la ley, ya que la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, unida a la que le reconoce el fallo, de irreprochable conducta anterior, por aplicación del artículo 67 del Código Penal, hacía procedente la reducción de la pena en uno o dos grados, lo que se hizo por el fallo, pero únicamente respecto de aquellos otros condenados que menciona el recurso -Lauriani y Alfaro-, colocando al sentenciado Herrera Henríquez, sin razón, al margen de lo decidido respecto de otros enjuiciados que, en esta materia, se hallaban en idéntica situación.

Vigésimo Sexto: Que, en tales condiciones, el fallo en análisis, con las antinomias anotadas, queda incurso en el motivo de casación en la forma contemplado en el ordinal noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el artículo 500 N° 4° del mismo texto, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley; deficiencia que no puede subsanarse sino con la anulación de la sentencia que la contiene, por lo que, como faculta el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, en la forma señalada en el considerando Vigésimo Primero precedente, se invalidará de oficio la sentencia.

Vigésimo Séptimo: Que en cuanto a la defensa formulada por el acusado Cancino Varas, todos sus planteamientos se centran en la procedencia de la prescripción gradual, atendida la data de los hechos y la consiguiente reducción de pena que ese instituto conlleva.

Respecto de esta materia, es correcto el razonamiento del fallo en el sentido que la media prescripción está relacionada con el transcurso incompleto del tiempo y que siempre requiere de un inicio para efectos de concluir que ha transcurrido más de la mitad del tiempo de la prescripción. Pero al haberse establecido que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, no es posible determinar el momento de su consumación y, consecuentemente, el inicio del plazo de prescripción de la acción penal.

En efecto, en el delito de secuestro, el sujeto activo 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 por voluntad del agente, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

La cesación de ese estado puede o no depender de la voluntad del hechor (artículo 142 bis del Código Penal), aunque también puede producirse por obra de terceros (liberación), del propio ofendido (fuga) o por otras causas (muerte de la víctima), nada de lo cual se ha acreditado 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 de los afectados o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Precisamente, 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, y por lo tanto no es dable fijar una época de término de los injustos. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo de los secuestros, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte de los ofendidos, 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.

Vigésimo Octavo: Que en relación al recurso de casación en el fondo del condenado Fiedler Alvarado, ciertamente se construye sobre hechos diversos de los declarados como probados en el fallo, de manera que para que prospere es menester pronunciarse primero sobre la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

Para este fin el recurso denuncia la contravención a los artículos 459, 464, 485 y 488 Nros. 1° y 2° del Código de Procedimiento Penal.

En lo que atañe a la prueba testimonial, el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal carece de la calidad requerida, toda vez que sólo faculta al tribunal para otorgar a la declaración de testigos el valor de demostración suficiente del hecho sobre el cual atestiguan, es decir, no constituye un imperativo para el proceder de los jueces del grado sino que sólo tiene por objeto indicar al tribunal un criterio determinado para ponderar los dichos aportados por los deponentes y en cuya valoración los jueces obran con facultades privativas. En efecto, corresponde a los magistrados del fondo apreciar soberanamente los asertos de los testigos y hacer un examen estimativo y comparativo de ellos, estando autorizados discrecionalmente para considerar o no como suficiente prueba de un hecho los atestados que reúnan las calidades intrínsecas que determina el mencionado artículo. En concordancia con lo dicho el artículo 464 del indicado cuerpo de leyes entrega al criterio de los jueces de la instancia considerar como presunciones judiciales las declaraciones de tales personas cuando no reúnen los requisitos del aludido artículo 459, condición que aleja al precepto invocado del carácter normativo que le atribuye el recurso.

Por su parte, el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal sólo contiene un concepto de presunción, no una regla de valoración, de manera que dado su carácter no funcional no se advierte de qué manera podría haberse vulnerado a los efectos que se reclama ni cómo podría conducir a la declaración de hechos diversos de los asentados en el fallo.

En lo que toca a la prueba de presunciones, si bien la sección que se invoca del precepto -488 Nros. 1 y 2- reviste la condición normativa requerida por la causal, la lectura del recurso no demuestra la imputación de haberse vulnerado esa disposición, lo único que deriva, como se evidencia de los demás preceptos que se han abordado, es una discordancia en torno a la valoración de los elementos de prueba relacionados en la sentencia y el rechazo de las conclusiones de los jueces del fondo.

Vigésimo Noveno: Que como consecuencia de lo sostenido y como no se ha podido demostrar la aplicación errónea de la ley atingente a la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, los hechos demostrados en la sentencia, consignados en el fundamento 35° del fallo de primer grado, mantenido en la alzada, avalados por quince elementos de cargo que se relacionan previamente en ese pronunciamiento, resultan inamovibles, de los que surge con claridad la intervención de dicho enjuiciado como cómplice de los delitos, calificación que no merece reproche a este Tribunal.

Trigésimo: Que por último, el error de que trata la causal del artículo 546 N°3 del Código de Procedimiento Penal, también esgrimida por el representante de Fiedler Alvarado, consiste en estimar como delito un hecho lícito, desde el punto de vista penal. Pero los hechos probados en la causa quedan subsumidos a cabalidad en la descripción típica del delito de secuestro, contenida en el artículo 141 del Código Penal, por el que se ha librado el fallo condenatorio, de manera que no se produce la vulneración a las normas sustantivas que refiere el recurso, pues ha quedado de manifiesto la conformidad del hecho realizado con la figura delictuosa prevista por el legislador.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 500, 535, 541 N° 9°, 544, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 775 y 778 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que:

I.- se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la defensa del condenado Rubén Fiedler Alvarado en la presentación de fojas 8622.

II.- Se rechazan, asimismo, los recursos de casación en el fondo formalizados en representación del Fisco de Chile, del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y de los sentenciados Rolf Wenderoth Pozo, Pedro Herrera Henríquez y Manuel Cancino Varas deducidos a fojas 8540, 8581, 8594, 8603 y 8616, respectivamente.

III.- Se invalida, de forma, de oficio, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de nueve de mayo de dos mil catorce, escrita de fojas 8525 a 8539, sólo en su sección penal, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que los Ministros Sres. Juica y Brito concurren a la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del condenado Cancino Varas, que se hizo consistir en la supuesta falta de aplicación de la norma contenida en el artículo 103 del Código Penal, teniendo también en cuenta que toda vez que la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribiera la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la

reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado Cancino Varas con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas, quienes estuvieron por acogerlo y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta, circunstancia que igualmente debería aprovechar a los otros sentenciados, aun cuando no la hayan alegado formalmente por esta vía. Para lo anterior tuvieron 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 los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos 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 penal.

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 de los ilícitos, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- los delitos indagados son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de abril de mil novecientos setenta y cinco, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión de los disidentes, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Acordada la decisión de invalidar de oficio la sentencia con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, pues en su concepto para que tenga lugar el motivo de nulidad formal del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, que se relaciona con la exigencia del artículo 500 N° 4 del mismo cuerpo legal, es necesario que la falta de fundamentos esté ligada a los hechos imputados, a los de participación o a los que constituyen circunstancias modificatorias, cual no es el caso de la sentencia impugnada, porque en esta fueron declarados hechos a cuyo respecto se estimó expresamente que no permitían aplicar la minorante en cuestión. A juicio del disidente no hay incumplimiento del deber de expresar las consideraciones relativas a la prueba de los hechos que podrían atenuar la responsabilidad (500 N° 4° del Código de Procedimiento Penal) ni contradicción entre fundamentos porque estos no están vinculados a una misma decisión, sino a una eventual falta de aplicación de la norma del artículo 11 N° 9 del Código Penal ya resuelta en el motivo 19°.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de la prevención y disidencias, sus autores.

Rol N° 20.288-14

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

Santiago, trece de abril de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal, lo ordenado por la decisión precedente y teniendo en consideración, además, lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente **fallo de reemplazo** del que se ha anulado en estos antecedentes.

VISTOS:

Se reproduce el fallo apelado con excepción de la mención que se hace al sentenciado Pedro Herrera Henríquez en el considerando 80.

Se reproduce, asimismo, la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones de Santiago, con excepción del párrafo segundo del fundamento 11°.

Y se tiene en su lugar y además, presente:

1°.- Que atendido los detalles que proporciona Herrera Henríquez en relación a la operación realizada en la ciudad de Valparaíso y su confesión acerca de la participación en tales sucesos, todo lo cual detallan los motivos 30°) y 31°) de la sentencia que se revisa, se acoge en su favor la atenuante de artículo 11 N° 9 del Código Penal, del mismo modo que se razonó para concederla con respecto de los encausados Lauriani y Alfaro.

2°.- Que para efectos de determinar la sanción aplicable al sentenciado Herrera Henríquez, siendo cómplice de delitos de secuestro, por aplicación del artículo 51 del Código Penal, corresponde imponer la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen cometido, quedando así determinada en presidio menor en su grado máximo. Enseguida, y por concurrir a su favor dos minorante de responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del mismo código, se reducirá en dos grados el castigo, al de presidio menor en su grado mínimo. Sin embargo, por tratarse de reiteración de delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, norma más beneficiosa que la regla del artículo 74 del Código Penal, se impondrá una pena única por los crímenes cometidos, y acorde a sus prescripciones la pena se elevará en un grado, arribándose en definitiva al presidio menor en su grado medio.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 67 y 141 del Código Penal, y 509 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

I.- Se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto en defensa del sentenciado Rubén Fiedler Alvarado.

II.- Se confirma en lo apelado y se aprueba en lo consultado, la sentencia de treinta de julio de dos mil diez, escrita de fojas 7824 a 8193, con declaración que Pedro Herrera Henríquez queda condenado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a la accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa.

III.- Se mantiene lo decidido civilmente en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fojas 8.525.

Concurriendo respecto de Herrera Henríquez las exigencias del artículo 4° de la Ley N° 18.216, se le condene la medida de remisión condicional de la pena, debiendo permanecer sujeto a la vigilancia de la autoridad de Gendarmería de Chile por el mismo tiempo de la condena y cumplir las restantes exigencias del artículo 5° de la indicada ley.

Si este beneficio le fuese revocado, deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, sirviéndole como abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, como se consigna en el fallo que se revisa.

Se previene que los Ministros señores Dolmestch y Cisternas, que concurren a la decisión condenatoria del acusado Herrera Henríquez y pese a que estiman procedente la minorante del artículo 103 del Código Penal, no estuvieron por reducir la sanción, pues los términos del artículo 68 del mismo cuerpo legal, al que se remite el artículo 103, están establecidos en términos facultativos, al utilizar la expresión “podrá”, por los que los previnientes no harán uso de esa prerrogativa, atendido que la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio que le fue impuesta, resulta proporcional a la gravedad de los hechos, a la participación demostrada y a las demás modificatorias concurrentes.

Se previene que el Ministro señor Brito no comparte el resolutivo I que antecede, porque esta sentencia de reemplazo no puede extenderse al fallo de casación en la forma que en su oportunidad fuera interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia por el procesado Fiedler, porque la nulidad solicitada quedó resuelta conjuntamente con la apelación -en sentencia separada atendida su distinta naturaleza- y porque no tratándose de una sentencia definitiva o de una interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su prosecución, son improcedentes todos los mecanismos de impugnación.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de las prevenciones, sus autores.

Rol N° 20.288-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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