

Santiago, uno de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2.182-1998 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de dieciséis de abril de dos mil catorce, pronunciada por el Ministro de Fuero don Leopoldo Llanos Sagristá, escrita a fojas 5.265, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito, Pedro Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Ricardo Lawrence Mires y Carlos López Tapia como coautores de los **delitos de secuestro calificado de José Ramón Ascencio Subiabre, Mario Luis Quezada Solís, Santiago Abraham Ferruz López y Octavio Julio Boettiger**, perpetrado a contar de los días 29, 12, 11 de diciembre de 1975 y 17 de enero de 1976, respectivamente, a cada uno de ellos, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

El mismo fallo absolvió al acusado Gerardo Godoy García del cargo que se le atribuyó en calidad de autor de los mismos ilícitos referidos en el acápite precedente.

En lo relativo a las acciones civiles ejercidas en contra del Fisco de Chile, la sentencia de grado rechaza en todas sus partes la deducida por Luis Quezada Solís y acogió la interpuesta por Andrea Boettiger Montenegro, Bastián, Camilo, Violeta, Emilio y Pedro, estos últimos todos Núñez Boettiger, y condena al Estado de Chile al pago de \$90.000.000. Asimismo, hace lugar a las demandas interpuestas por Luperfina Urbina Pizarro y Emelina Subiabre Ovalle, otorgando una indemnización de \$100.000.000 para cada una de ellas.

Luego de impugnada esa decisión por la vía de la apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de tres de noviembre de dos mil catorce, que se lee a fojas 5.661 y siguientes, la confirmó en lo relativo a la acción penal y en cuanto a la acción civil la revocó, desestimando la demanda civil deducida por Bastián, Camilo, Violeta, Emilio y Pedro, todos Núñez Boettiger, disponiendo que lo que deberá pagar el Fisco de Chile a doña Andrea Boettiger Montenegro asciende a la suma de \$75.000.000.

Contra esta decisión las defensas de los sentenciados López Tapia, Espinoza Bravo y Lawrence Mires dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, en tanto los representantes de los querellantes Luis Quezada Solís y Bastián, Camilo, Violeta, Emilio y Pedro, todos Núñez Boettiger, formalizaron recursos de casación en el fondo, mismo recurso que dedujo el Fisco de Chile, los que se trajeron en relación por decreto de fojas 5.836.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad sustancial formalizado por la defensa del acusado López Tapia se funda en las causales contempladas en los numerales 5° y 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Expone, respecto de la primera causal, que en la sentencia impugnada se ha vulnerado, al no aplicarse al caso en concreto, la prescripción de la acción penal, conforme lo establecen los artículos 93 N° 6 y 94 del Código Penal en relación con los artículos 107, 108 y 434 del Código de Procedimiento Penal.

Refiere que en el caso de autos concurren todos los requisitos para declarar la prescripción de la acción penal, sin que exista, en el derecho internacional humanitario, norma alguna que impida su aplicación, más aún cuando las pruebas de autos apuntan a la

consumación del delito en las fechas que se consignan en la sentencia, a lo que se agrega que han transcurrido casi cuarenta años desde la perpetración del hecho.

Agrega, en una alegación distinta, pero dentro del mismo acápite que se analiza, que de no haberse producido la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, particularmente al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, se habría tenido que llegar a la convicción que su representado no tuvo participación en los hechos que se le imputan y si, eventualmente la hubiese tenido, ésta está extinta por concurrir la prescripción de la acción penal y la amnistía.

En lo que dice relación con la segunda causal invocada, cual es la contemplada en el numeral quinto del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, señala que los hechos por los que fue acusado se encuentran amparados por la Ley de Amnistía del año 1978, contenida en el D.L. N° 2.191, de 18 de abril de 1978, norma que prescribe en su artículo 1° que “Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”.

Conforme a la norma referida es que se afirma que ha sido el legislador quien dejó sin sanción a las personas involucradas, directa o indirectamente en los hechos de esta naturaleza, amnistía que borra la existencia de lo pasado y hace desaparecer el delito y sus consecuencias, por disposición expresa del artículo 96 N° 3 del Código Penal.

Respecto de la tercera causal de nulidad sustancial, basada en lo dispuesto en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, se expone que habiendo transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción para el delito materia de autos, lo que procede es que el sentenciador aplique lo establecido en el artículo 103 del Código Penal, en tanto no existe ninguna limitación en el derecho nacional ni internacional que impida favorecer a los condenados con su aplicación.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del acusado Espinoza Bravo encuentra su fundamento en la causal contemplada en el numeral séptimo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Refiere que su representado ha sido condenado por simples presunciones, las cuales no han sido construidas según el estricto apego a las normas que reglan la materia.

En efecto, afirma el recurrente, que los testigos de cargo no cumplen las exigencias contempladas en el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal pues se trata de testigos de oídas y ninguno de ellos da cuenta de haber visto a su representado cometiendo el delito que se le imputa, testimonios que por lo demás datan de hace más de 40 años lo que los hace inverosímiles.

Agrega que dichos testimonios tampoco son aptos para producir una presunción judicial ya que no se cumplen, a su respecto, los requisitos exigidos en el artículo 488 del código ya referido, a lo que se agrega que el acervo probatorio con el cual se pretende acreditar la participación de su parte es insuficiente pues se trata de prueba ilícita, ya que no se cumple con la publicidad, la contradicción y la mediación que exige una prueba “sana”, a lo que se adiciona que el tribunal no considerara elementos probatorios que desvirtuaban los hechos, lo que aumenta la precariedad de los antecedentes tenidos en consideración para su condena.

Afirma que se ha condenado a su representado sin ponderar que, como según declaró, a la época de los hechos no se encontraba en Chile, pues prestaba servicios en la Embajada de Chile en Brasil, por lo cual no tenía relación con las actividades de la DINA.

A lo anterior adiciona, por un lado, el hecho que sólo con fecha 30 de abril de 1976, época posterior a la ocurrencia de los hechos, asume la Sub-Dirección de Inteligencia Interior, cuestión que consta de su hoja de vida, y por otro, que de los testimonios de Marcia Merino Vega y María Alicia Uribe es posible dejar por establecido que era el oficial Krassnoff el jefe de las brigadas de Villa Grimaldi y Moren Brito el jefe de dicho lugar.

Finalmente señala que tanto el organigrama de la Dirección de Inteligencia Nacional, como lo informado por la Policía de Investigaciones, y lo declarado por los testigos Salazar Rodríguez, Trincado Olivera, Segura Aguilar, Vílchez Muñoz, Aravena Ruiz, Torres Méndez, Concha Rodríguez, Fuentealba Saldías y Urbina Cáceres reafirman lo que ha venido sosteniendo.

Concluye refiriendo que de no haberse incurrido en el vicio que se denuncia, su representado debió haber sido absuelto.

Tercero: Que la defensa de Lawrence Mires funda su recurso de nulidad sustancial en las causales contempladas en el numerales séptimo y primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 488 y 456 bis del mismo cuerpo legal.

Explica el recurrente que de la lectura del motivo 19° de la sentencia de primer grado, hecho suyo por el de segunda, es posible verificar que fueron ocho los elementos de cargo que permitieron, a los sentenciadores del grado, dar por establecido que a su representado le cupo responsabilidad en los hechos que motivan el presente proceso, pues a consecuencia de los mismos se dio por establecido que él era un oficial superior del cuartel Villa Grimaldi, que tenía bajo su dependencia dicho recinto y que en esa calidad lo proporcionó para la ejecución del delito.

Refiere que su parte ha reconocido que fue destinado a la DINA y que en su condición de Teniente le correspondió ejercer la jefatura de la agrupación “Águila”, grupo que tenía como misión combatir al M.I.R., a lo que agrega que es un hecho conocido que en Villa Grimaldi funcionaron diversas agrupaciones.

En este contexto afirma que no es posible inferir, sin vulnerar los guarismos 2, 3, 4 y 5 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, el que él haya sido jefe del referido cuartel.

Expone que por la orgánica propia de la DINA resultaba imposible que, en tanto miembro de una agrupación, haya ejercido funciones por sobre una Brigada y/o una División, por lo cual resulta que yerran los sentenciadores al tiempo de imputarle responsabilidad en los hechos investigados en este proceso.

Finalmente el recurso en análisis denuncia la infracción al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal desde que se dio por establecida su participación en el secuestro calificado de 4 personas, en circunstancias que “no hay presunciones no hay prueba, lo que impide adquirir convicción”.

Cuarto: Que la abogada Magdalena Garcés Fuentes, en representación del querellante y demandante Luis Quezada Solís, dedujo recurso de casación en el fondo respecto de la decisión civil, en cuanto por medio de ella se rechaza la acción indemnizatoria que en su oportunidad dedujera en contra del Fisco de Chile.

Denuncia, en su arbitrio, la infracción a las leyes reguladoras de la prueba citando al efecto los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del Código Civil en relación con los artículos

1698, 1712, 2314 y 2329 del mismo cuerpo legal. De igual modo censura -al no otorgársele la reparación patrimonial solicitada- la vulneración de los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, artículo 4 de la Ley N° 18.575, 149 del IV del Convenio de Ginebra relativo al Estatuto de Prisioneros de Guerra y 1.1, 2, 63.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, vicio que se produce desde que se ha exigido probar un hecho público y notorio como es el sufrimiento de los familiares de detenidos desaparecidos.

Plantea, en abono de su tesis, que existe abundante jurisprudencia de esta Corte Suprema, la cual cita y transcribe, en el sentido de que basta con que la víctima acredite tal calidad para que se tenga por establecido el daño.

Refiere la recurrente que, por lo demás se encuentran acompañados, en cuaderno separado, documentos que dan cuenta de los daños sufridos por los familiares de detenidos desaparecidos y ejecutados políticos.

Finaliza señalando que de no haberse incurrido en el error que se vienen denunciando, se debió haber acogido la demanda civil que en su oportunidad se dedujera.

Quinto: Que se alza, por medio de un recurso de casación en el fondo, el Consejo de Defensa del Estado respecto de la decisión civil de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, y lo hace denunciando cuatro errores de derecho.

En un primer acápite censura la contravención de los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27 de la Ley N° 19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, infracción que hace consistir en haberse desconocido el conjunto de acciones y medidas realizadas por el Estado de Chile tendientes a reparar los daños –morales y materiales- causados por las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el régimen de excepción que se instauró el 11 de septiembre de 1973, acciones que representan un esfuerzo económico nacional y que se tradujo en el establecimiento de una bonificación compensatoria y una pensión anual de reparación, así como otros beneficios sociales, que se otorgaron a los familiares más próximos, gracias que son incompatibles con cualquier otra indemnización, circunstancia que se deduce de los artículos 2, 17, 19, 22, 23 y 24 de la ley referida, criterio por lo demás recogido por esta Corte Suprema en los autos Rol N° 4753-2001.

En el segundo capítulo se denuncia la infracción a los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497, 2514, 19 y 22 todos del Código Civil, error que se configura a consecuencia de haberse dejado de aplicar las normas del derecho interno sobre prescripción extintiva, desde que no existe norma alguna que establezca la imprescriptibilidad de la acción por responsabilidad civil extracontractual del Estado en casos de violaciones de derechos humanos.

Expone que el artículo 2332 del Código Civil establece un plazo de 4 años para la prescripción de las acciones civiles indemnizatorias, plazo que, ya sea que se compute desde la ocurrencia de los hechos, el retorno de la democracia -11 de marzo de 1989- y aún desde el 4 de marzo de 1991, época en que la Comisión de Nacional de Verdad y Reconciliación entregó oficialmente su informe sobre los casos de violaciones a los derechos humanos, se encuentra vencido.

Agrega que el marco normativo dispone que las reglas de prescripción se aplican igualmente a favor o en contra del Estado, por lo cual resulta un error de derecho resolver como se hizo en el arbitrio impugnado.

En favor de su argumentación cita y transcribe fallos de esta Corte Suprema, particularmente la dictada en sentencia de unificación de jurisprudencia de 21 de enero de 2013 en los autos Rol N° 10.665-2011.

Termina señalando que los tratados internacionales que se invocan en la sentencia en contra de la cual se recurre, no existe disposición alguna que declare imprescriptible la responsabilidad civil, criterio que ya ha sido recogido en diversas sentencia, que igualmente cita y reproduce.

En el tercer acápite se denuncia, por parte del Consejo de Defensa del Estado, la falsa aplicación que hiciera el laudo impugnado de las normas de derecho internacional sobre Derechos Humanos, las cuales no contemplan la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales, pues las mismas sólo hacen referencia a las acciones penales que nacen de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad, planteamiento que ya fuera recogido en diversas sentencias de esta Corte.

Finalmente censura la falsa aplicación de los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los artículos 6 y 9 del Código Civil, pues a su juicio, no podían ser aplicables las normas internacionales pues a la época de ocurrencia de los hechos los mismos no se encontraban vigentes no habían sido ratificados por Chile.

Sexto: Que, en lo pertinente, los hechos que se han tenido por establecidos en la sentencia impugnada, son los siguientes: “Entre mediados de 1974 y fines de 1976 funcionó el centro clandestino de detención de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) denominado “Cuartel Terranova” o “Villa Grimaldi”, ubicado en Avenida José Arrieta N° 8.200 de la comuna de Peñalolén de la Región Metropolitana, donde un grupo de agentes, con conocimiento del Presidente de la Junta de Gobierno y, posteriormente, del Presidente de la República y del Director del organismo, y ostentando diversos grados de jerarquía en el mando, ordenaron algunos y ejecutaron otras capturas de personas, dirigentes, militantes o afines a partidos políticos o movimientos de izquierda, a quienes encerraban, ilegalmente, en el lugar, doblegándolos bajo tormento físico, de variada índole, y psicológico con el objeto de obligarlos a entregar información sobre otras personas de la izquierda política para aprehenderlas”.

“Que José Ramón Ascencio Subiabre (30 años de edad, artesano, militante del Partido Comunista) fue detenido en el 29 de diciembre de 1975 a eso de las 18:30 horas desde su taller de artesanía ubicado en Padre Las Casas N° 2151, Conchalí, trasladado hasta Villa Grimaldi y encerrado en “La Torre”, donde se le ve por testigos hasta febrero de 1976, aproximadamente; Mario Luis Quezada Solís (32 años, soltero, auxiliar de enfermería, militante del Partido Comunista) fue detenido el 12 de diciembre de 1975 a las 15:00 horas en el domicilio ubicado en calle Elisa Reyes N° 554 La Granja, y trasladado hasta Villa Grimaldi, donde se le ve hasta febrero de 1976; Santiago Abraham Ferruz López (73 años, casado, 2 hijos, jubilado del Servicio de Seguro Social, militante del Partido Comunista) fue detenido el 11 de diciembre de 1975 a las 03:00 de la mañana en su domicilio Avda. Perú 1128 de Santiago, en presencia de su familia, y trasladado a Villa Grimaldi; Octavio Julio Boettiger Vera (28 años, un hijo, egresado de la Escuela de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de Chile, militante del Partido Socialista), fue detenido el 17 de enero de 1976 a las 21:00 horas en Providencia con Antonio Varas, frente a la Hostería de Providencia y trasladado a Villa Grimaldi”.

“Las consecuencias de estas detenciones es que las personas antes mencionadas se encuentran en calidad de desaparecidas, toda vez que, privadas de libertad, no han tomado contacto con sus familiares, tampoco han realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado ni organismos privados, ni registran entradas o salidas del país, sin constar, tampoco, su defunción”. (motivo quinto de la sentencia de primera instancia hecho suyo por el de segunda).

Estos hechos fueron calificados por los jueces de fondo como constitutivos del delito de secuestro calificado que contempla y sanciona el artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal, en su texto vigente a la época de perpetrado el delito, en carácter de reiterado.

Séptimo: Que por medio del recurso deducido por la defensa del sentenciado López Tapia se denuncia la no aplicación del D.L. N° 2.191 de 18 de abril de 1978, alegación que hace conveniente tener en consideración, además de las reflexiones contenidas en la sentencia impugnada -considerandos 34 a 37 del fallo de primer grado-, que según la doctrina reiterada de esta Corte Suprema, nuestro país, al suscribir y ratificar los Convenios de Ginebra, de 1949, asumió el compromiso de adoptar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en ese instrumento internacional; también se obligan los Estados Partes a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. El Estado de Chile se impuso el deber de no recurrir a medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad de exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente en cuenta que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

Octavo: Que en ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar los delitos que se cometan y estén sometidos a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos ilícitos en un compromiso internacional, no puede sobrepasar dicho límite auto impuesto y contrariar, de este modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados Convenios, que mediante su suscripción y ratificación, adquirieron efectos plenamente vinculantes. Queda, por tanto, excluido el incumplimiento de las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos instrumentos, resultando inadmisibles que contraídos tales deberes de persecución penal y juzgamiento, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

En esta perspectiva, la amnistía concedida por el Decreto Ley Nro. 2.191, puede ser claramente entendida como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos -entre ellas, el homicidio en todas sus formas- puesto que se dictó con posterioridad al compromiso acordado y después de la perpetración de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables, lo que conculca gravemente el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra; en tal virtud, no cabe aceptar esa autoexoneración en el caso de tales reprochables contravenciones a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, cometidas durante la vigencia de la normativa citada.

Noveno: Que por otro lado, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados, que representan un ultraje a la dignidad humana y una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en diversos instrumentos internacionales, ellos constituyen

delitos de lesa humanidad. Los ilícitos ocurrieron en un contexto de violación a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas de este caso y muchas otras un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al régimen militar autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagra la imposibilidad de amnistiarlos, de establecer circunstancias excluyentes de responsabilidad o de declarar su prescripción, institutos que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía. De este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa posible de invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo. Es por ello que en este tipo de transgresiones no es posible invocar la Ley de Amnistía y la prescripción de la acción penal, porque lo prohíbe el derecho internacional de los derechos humanos.

Décimo: Que de este modo no es posible sostener, como pretende el recurso, que a ultrajes a la dignidad de las personas como los que aquí se han perseguido y sancionado, sea posible aplicar el Decreto Ley N° 2.191 de 1978 o las normas internas de prescripción de la acción penal contempladas en el código de ramo, pues obrar en dicho sentido importa contravenir el ordenamiento internacional.

Undécimo: Que, de esta manera, atendiendo a las reflexiones precedentes, resulta inconcuso que las infracciones denunciadas por el recurrente carecen de asidero fáctico y jurídico, desde que la calificación que han recibido los sucesos delictuosos, que este tribunal comparte, torna improcedente la concurrencia de las causales de extinción de responsabilidad penal reclamadas a favor del acusado -amnistía y prescripción-, de manera que al proceder los jueces de la instancia acorde a ello, no han errado en la aplicación del derecho, lo que conlleva el rechazo del recurso en este segmento.

Duodécimo: Que al hacerse cargo del tercer capítulo de nulidad del recurso deducido por la defensa de López Tapia –basado en la infracción al artículo 103 del Código Penal- es posible constatar que en el transcurso del proceso, los mandatarios de los acusados Espinoza Bravo, Contreras Sepúlveda, Godoy García y Lawrence Mires solicitaron, entre otras peticiones, que se reconociera a favor de sus representados la circunstancia del artículo 103

del Código Penal, que fue desechada por el juez de primera instancia en su motivaciones 48 a 51, lo que fue confirmado por la sentencia que ahora se revisa.

La razón que tuvo en consideración el juez de primer grado para su rechazo, fue que la aplicación de la prescripción gradual o media prescripción, está impedida por la normativa internacional de derechos humanos y que la naturaleza jurídica de la institución cuyo reconocimiento fue solicitado es la misma de la prescripción de la acción penal, además de tener en consideración los objetivos de la pena y, en consecuencia, su improcedencia a un caso como el de la especie.

Dicho razonamiento fue reproducido por la sentencia que se revisa con ocasión de estos arbitrios, reafirmando dichas argumentaciones en su consideración cuarta.

Décimo tercero: Que en lo que concierne a la alegación por errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal, cualesquiera 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 -derivada del paso del tiempo- 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, que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, resultando de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

Décimo cuarto: 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.

Décimo quinto: 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, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir de los meses de diciembre de 1975 y marzo de 1976, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para su procedencia.

Del estudio de los autos fluye que el lapso requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que en la especie se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la

invalidación de la sentencia, circunstancia que igualmente debe aprovechar a los otros sentenciados, aun cuando no la hayan alegado formalmente por esta vía.

Décimo sexto: Que en cuanto al recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del condenado Espinoza Bravo, tal como fue anunciado, éste se sustenta en la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando la infracción a los artículos 459 y 488 del código enjuiciamiento penal en relación a los artículos 5 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Como se advierte de la lectura de este acápite, se incurre en él en una serie de defectos en su formalización que impiden el análisis de la pretensión y hacen inaceptable el recurso.

En efecto, si bien se invoca una causal de casación, lo cierto es que sólo propone la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, mas no a normas sustantivas, cuestión que importa una omisión que, en caso de haber prosperado la causal, deja a esta Corte en la imposibilidad de emitir pronunciamiento.

A lo anterior se añade el hecho que el recurso termina realizando una descripción de alguna de las pruebas que se rindieran en el proceso, lo que pone de manifiesto que lo que realmente existe es una discrepancia con los resultados de los mecanismos de valoración de los sentenciadores de fondo, tarea que les corresponde en forma soberana, sin que dicha actividad pueda ser susceptible de revisarse por esta vía de casación.

Estas razones son suficientes para desestimar el arbitrio intentado.

Décimo séptimo: Que en lo concerniente al recurso promovido por el condenado Lawrence Mires, que se funda en las causales séptima y primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, las reflexiones contenidas en el párrafo penúltimo del motivo precedente de este fallo responden adecuadamente a los planteamientos de su defensa.

Sin perjuicio de ello cabe precisar que el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal fija el marco normativo de las presunciones judiciales, sin embargo, es pertinente dejar en claro que conforme ha expresado la jurisprudencia reiterada de este tribunal, sólo una parte de la aludida norma legal -no su integridad- reviste el carácter de ley reguladora. Es así como sólo dos de los presupuestos descritos por el artículo pueden situarse dentro de tales parámetros, a saber: el N° 1°, relativo a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2°, en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que las mismas envuelven restricciones a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba. Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo ordinal y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicho precepto, permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo solo criterio ha de quedar sujeto evaluar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la demostración de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, dado que se trata de un asunto de hecho que debe ser apreciado por los falladores de la instancia.

De lo hasta ahora señalado se desprende, además, que un correcto y competente análisis a la infracción a los numerales 1° y 2° del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal importa respetar la prohibición que tiene este tribunal de adentrarse en un nuevo análisis de la ponderación realizada por los jueces del grado, pues dicho ámbito escapa al control de esta magistratura, ya que de realizarlo se volvería a examinar y ponderar los

antecedentes probatorios que ya fueron justipreciados, además de revisar las conclusiones a que éstos arribaron, lo que está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en asuntos de derecho.

Como se ha señalado ya, los jueces del fondo son soberanos en lo que atañe al establecimiento de los hechos y a la valoración de la prueba que obra en la litis con arreglo a las leyes rectoras, sin que la distinta apreciación que de esta última pueda hacer el compareciente conforme a la cual arriba a una conclusión diversa, como queda en evidencia del análisis de su presentación, faculte a esta Corte para revisar la decisión, por no quedar tal devenir dentro de la esfera de control de este Tribunal de Casación.

Con respecto a la vulneración del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, también invocado en el arbitrio como norma reguladora de la prueba, ha de señalarse que como se explica en el Mensaje de ese cuerpo legal, este precepto consigna “como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo. En cambio, para condenar necesita fundar su convicción en alguno de los seis medios probatorios que la ley le indica”. La doctrina señala, en relación al artículo 456 -hoy 456 bis-, que la ley deja al juez la decisión final, es él quien interpreta los hechos para inclinarse por la condena o la absolución. Así una decisión absolutoria debe basarse en la convicción íntima del juzgador, pero para condenar es forzoso que esa convicción se apoye en los medios de prueba legal y que el valor de cada uno de ellos autorice dar por probados los hechos en que se basa la condena. (Waldo Ortúzar Latapiat, Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal, Edit. Jurídica, 1958, pp. 478 y s.s.).

Esta Corte Suprema, por lo demás, en reiterada jurisprudencia, ha concluido que el precepto en análisis no contiene una regla reguladora de la prueba ni una disposición de carácter decisorio litis, sino que se limita a consignar una norma encaminada a dirigir el criterio o conciencia del tribunal respecto al modo como debe adquirir la convicción de que realmente se ha cometido un hecho delictuoso y de que ha cabido en él participación al enjuiciado y, en tal virtud, sancionarlo con arreglo a la ley. En concordancia con esta tesis, se ha resuelto que dada la condición de dicha norma, su posible infracción no puede ser invocada para un recurso de casación en el fondo, pues si así fuese, ello significaría rever la apreciación de la fuerza de convicción que los jueces con sus facultades privativas atribuyen a las diversas probanzas que suministra el proceso, lo que llevaría a desnaturalizar el recurso de casación en el fondo, cuyo objeto y finalidad le impiden remover los hechos del pleito. (Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T.II, Art. 456 bis, p. 179).

Las consideraciones anteriores, conducen a desestimar este recurso por sus dos capítulos.

Décimo octavo: Que resueltos los arbitrios deducidos por los acusados, cabe adentrarse en aquellos que centran sus argumentos en el aspecto patrimonial de la sentencia impugnada, iniciando el análisis por el deducido por el Consejo de Defensa del Estado, pues el mismo centra su fundamentación básicamente en la vigencia temporal de la acción indemnizatoria.

Décimo noveno: Que el acápite primero del recurso de nulidad sustancial tiene como hecho base la dictación de la Ley N° 19.123, la cual, en concepto del recurrente, establece beneficios pecuniarios para los familiares de víctimas de derechos humanos cuyo objetivo

sería el de indemnizar justamente el daño por ellas sufrido a consecuencia de actos lesivos desarrollados por agentes del Estado, alegación que importa analizar la naturaleza jurídica de los beneficios contemplados en la referida ley.

Vigésimo: Que la historia fidedigna de la Ley N° 19.123, en cuanto elemento de interpretación de la ley según lo dispone el inciso segundo del artículo 19 de Código Civil, pone de manifiesto que durante la tramitación parlamentaria el debate fue justamente sobre la conceptualización y determinación de la naturaleza jurídica de los beneficios pecuniarios que se otorgarían por medio de ella.

Expuso el Senador Máximo Pacheco, refiriéndose a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que “entendió por reparación un conjunto de actos que expresen el reconocimiento y la responsabilidad que le cabe al Estado en los hechos y circunstancias que son materia del informe. La reparación ha de convocar a toda la sociedad chilena; ha de ser un proceso orientado al reconocimiento de los hechos conforme a la verdad, a la dignificación moral de las víctimas y a la consecución de una mejor calidad de vida para las familias más directamente afectadas. El proceso de reparación supone el coraje de enfrentar la verdad y la realización de justicia; requiere de generosidad para reconocer las faltas y de actitudes de perdón para llegar al reencuentro de los chilenos. Es verdad que la desaparición de o la muerte de un ser querido constituyen pérdidas irreparables; por lo que no es posible establecer una correlación entre el dolor, la impotencia y las esperanzas de las víctimas, con las medidas que se proponen. No obstante ello, la reparación moral como material, parece ser una tarea absolutamente necesaria para el afianzamiento de una democracia plena”.

Por su parte, interviniendo el Ministro de Estado señor Correa, a la época Secretario General de Gobierno, expresó que “El informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concordante con el mandato del Presidente de la República, presentó al país el cuadro de una situación desgarradora (...) y ha informado (...) del dolor de todos, sin mirar el color de los que murieron por violaciones a los derechos humanos y de quienes murieron por violencia política” y agregó que “El reconocimiento de responsabilidades, la administración de justicia por tribunales competentes –de acuerdo a la ley vigente- y la reparación parcial del daño, son las obligaciones que han debido asumir –y deben seguir haciéndolo- los Poderes Públicos y las dirigencias políticas, sociales, religiosas y humanitarias. El proyecto de ley que hoy se somete a la consideración de la Sala se inscribe en ese propósito. Por un lado establece compensaciones y pensiones para los familiares directos de las víctimas y, por otro, encarga a una corporación de alto nivel, designada por el Presidente de la República y con acuerdo del Senado, el cumplimiento, por un tiempo fijo, de las labores de asistencia y apoyo a aquéllos, así como de la ejecución de las recomendaciones de la propia Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en orden a complementar antecedentes en los casos en los que ella no se formó convicción”.

Es en este contexto, tal como lo exponen las autoridades citadas, que se presenta el proyecto de ley que termina siendo aprobado y que crea la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y establece beneficios a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Vigésimo primero: Que la ley en análisis establece una pensión mensual de reparación, en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política (artículo 17), pensión que tiene fijada por ley el monto y los beneficiarios, los que por lo demás son desagregados según sea la vinculación que tengan con la víctima y su edad, instituyendo beneficios médicos (artículo 28) y educacionales (artículos 29; 30; y, 31), entre otros.

Vigésimo segundo: Que de lo referido en la historia fidedigna de la ley, sumado a las características de los beneficios que ella otorga, es posible concluir que no se trata de una reparación total al daño sufrido por las víctimas, sino de una política asistencial desarrollada por el Estado de Chile respecto de los familiares de las víctimas, conceptualización que permite entender los beneficios que se conceden, como por ejemplo los relacionados con educación y salud, los que quedan supeditados a condiciones objetivas para su goce, como lo es la edad y el hecho de estar o no cursando estudios superiores.

Consecuencia de lo reseñado es que los beneficios pecuniarios que contempla la Ley N° 19.123 tienen una naturaleza asistencial y por ende no privan a las víctimas de instar por la reparación efectiva de todo daño sufrido.

Por lo demás, la normativa invocada por el Fisco no contempla en su texto incompatibilidad alguna con la indemnización que en este proceso civil se persigue y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata, como se dejó asentando en los párrafos precedentes, de formas distintas de reparación y el que las asuma el Estado voluntariamente no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley, pues de otra manera sería aceptar que el responsable del daño sea quien fije la cuantía de la indemnización a pagar.

Tampoco puede aceptarse la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores ya fueron reparados por el mismo hecho en virtud de la Ley N° 19.123, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional que se examinará en relación a la excepción de prescripción.

En este contexto al sostener la sentencia recurrida, en su fundamento 65°, que “la acción indemnizatoria ejercida en autos es distinta de aquellas previstas en la ley citada. No puede pretenderse que una persona pueda demandar y obtener una indemnización por daño moral por repercusión tratándose de delitos comunes –como ha sido ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia-, y en cambio no pueda ejercer la misma acción indemnizatoria el familiar de la víctima de un crimen de lesa humanidad, a pretexto de que su dolor quedó satisfecho por las meras reparaciones simbólicas establecidas con carácter general por las leyes de reparación de aquellos crímenes. Tal argumento, aparte de ser contrario a la racionalidad, resulta demás discriminatorio” y agrega, “Por otro lado, debe tenerse presente que si bien la Ley N° 19.123, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, establece reparaciones y beneficios sociales a los afectados, no consagra de modo alguno la incompatibilidad en que sustenta la alegación opuesta por el demandado civil. En este sentido el artículo 4° de la ley en comento, refiriéndose, en parte a la naturaleza y objetivos de la misma, establece: “En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiese haber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviese conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite en conocimiento de los Tribunales de Justicia”. De igual forma, el artículo 24 de la citada ley prescribe: “La pensión de reparación será compatible con cualquier otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiese corresponder al respectivo beneficiario”.

Finalizan señalando que “en suma, la Ley N° 19.123 en ningún caso establece una prohibición o impedimento para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que

autoriza la ley, la procedencia de la acción indemnizatoria por daño moral causado a los familiares de las víctimas, no obstante haber obtenido ciertas reparaciones en virtud de dicha ley, las que tiene –como se dijo- una naturaleza y finalidades distintas de la acción indemnizatoria por daño moral deducida en autos”.

De lo referido se concluye que no ha incurrido el dictamen impugnado en el error que se denuncia en el acápite primero del recurso en estudio.

Vigésimo tercero: Que las acciones civiles deducidas en contra del Fisco de Chile tiene por objeto obtener la íntegra reparación de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República.

En efecto, este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales de derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado 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.

Vigésimo cuarto: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material. En el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, con la intervención de agentes del Estado durante un período de extrema anormalidad institucional en el que representaban al gobierno de la época, y en que -al menos en el caso de autos- claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como el que aquí se estudia, por lo que el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure. A lo anterior lo obliga el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).

De esta forma el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

El artículo 6 de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las “Bases de la Institucionalidad” -por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción- y ordena que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. El mismo artículo 6 enseña que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos

como a toda persona, institución o grupo”, y concluye señalando que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

De este modo, en el presente caso no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.

Vigésimo quinto: Que de lo que se ha venido señalando se desprende que el Estado está sujeto a la regla de la responsabilidad, la que no es extraña a nuestra legislación, como lo sostiene el recurrente de autos, pues el artículo 3 del Reglamento de La Haya de 1907 señala que “La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será condenada, si hubiere lugar, a pagar una indemnización. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen su ejército”. Complementa lo anterior el artículo 2.3ª del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto señala que “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violadas podrán interponer un recurso efectivo”, recurso que supone el derecho a buscar y conseguir plena reparación, incluida restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición. En este contexto encontramos el principio 15 de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, adoptados por la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2005/35 de 19 de abril de 2005, el cual señala que “Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”.

En síntesis, la obligación de reparación es una obligación que pesa sobre el Estado que ha violado los derechos humanos de sus ciudadanos, obligación que es parte del estatuto jurídico de Chile, conforme se viene señalando.

Vigésimo sexto: Que, atendido el modo que se ha venido razonando en los basamentos que anteceden, esta Corte concluye que no se han cometido las infracciones sobre las que discurre el arbitrio del Fisco, en lo relativo a los acápite segundo, tercero y cuarto del recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile, por lo que ha de ser desestimado.

Vigésimo séptimo: Que en lo concerniente al recurso promovido por el abogado señor Espinoza Pino, en representación de los demandantes civiles Bastián, Camilo, Violeta, Emilio y Pedro, todos Núñez Boettiger, quienes actúan representados por su madre doña Andrea Boettiger Montenegro, cabe recordar que por su medio se denuncia la infracción a las leyes reguladoras de la prueba desde que los sentenciadores del grado les habrían exigido probar un hecho público y notorio.

En efecto, expusieron los jueces de segundo grado, al pronunciarse acerca de la pretensión de resarcimiento formulada por los actores referidos en el párrafo anterior, “Diferente es la situación de sus hijos –refiriéndose a Andrea Boettiger Montenegro-, quienes obviamente no conocieron a su abuelo y sólo pudieron saber de él a través de los dichos de terceros que habrían colaborado en su sentir, estimando estos sentenciadores que no son sujetos de la indemnización reclamada, toda vez que la circunstancia anotada

precedentemente, hacía necesaria la prueba del daño moral experimentado por éstos, la que no fue aportada por la demandante civil, por lo que en este punto se revocará la sentencia de alzada” (fundamento 9°).

En este contexto se hace necesario señalar, como marco general, que la revisión de la forma en que se han dado por establecidos los hechos por parte de los jueces de la instancia, al conocer de un recurso de casación en el fondo, ha sido una tarea que muchos ordenamientos no permiten, dejando definitiva e inmutablemente resuelta esta materia conforme al juicio de los magistrados del mérito.

El sistema chileno, en lo referente al recurso de casación en el fondo, ha transitado desde la imposibilidad de modificar los hechos a la aceptación jurisprudencial en materia civil, pero esto solamente en el supuesto que los recurrentes denuncien infringidas las normas que gobiernan la prueba. En efecto, no puede soslayarse la importancia de la correcta aplicación de la ley en la determinación de los presupuestos fácticos del pleito materia integrada por la noción de leyes reguladoras de la prueba, desde que sólo una vez fijados aquéllos, procederá la determinación de la correcta aplicación de las normas sustantivas que reglan el asunto sometido al conocimiento de los sentenciadores del fondo, pero en lo cual resulta igualmente relevante el estricto cumplimiento de la legislación que regula, con un carácter objetivo, los distintos aspectos que integran la actividad probatoria de las partes y el tribunal.

Vigésimo octavo: Que de lo dicho con antelación se desprende que esta Corte, conociendo de una nulidad de fondo, puede entrar a apreciar la forma como han sido fijados los hechos, al precisar la correcta aplicación de las normas legales pertinentes a la prueba, pero para ese exclusivo objeto: examinar la legalidad en la determinación de los hechos y, por lo mismo, su validez. En consecuencia, la Corte Suprema no varía los hechos y sobre ellos concluye una nueva decisión, sino que únicamente en el fallo de casación establece que aquellos supuestos fácticos fijados erróneamente no permiten llegar a la determinación adoptada por los jueces de la instancia en cuanto a la aplicación del derecho sustantivo.

En una labor anexa a ésta, fijando los hechos correctamente, decide la litis conforme a la normativa aplicable a esos nuevos supuestos fácticos establecidos válidamente, esto es, en el fallo de reemplazo.

Para llegar a tal actuación compleja, que conforman la sentencia de casación y la de reemplazo, es preciso que se conjugue la primera con la segunda decisión. En lo medular se podrán variar los hechos asentados por los jueces del mérito, circunstancia que tendrá lugar cuando se haya constatado la transgresión de normas que reglan la prueba.

Se les atribuye tal naturaleza a aquellas directrices o pautas fundamentales, impuestas por la ley, que se encargan de determinar los diferentes medios probatorios, el procedimiento y la oportunidad en que deben ofrecerse, aceptarse y rendirse las probanzas, la fuerza o valor de cada medio y la manera como el tribunal debe ponderarlos, importando verdaderas obligaciones y limitaciones dirigidas a ajustar las potestades de los sentenciadores en dicho ámbito y, de esta forma, conducir a una correcta decisión en el juzgamiento.

El legislador ha adoptado la decisión política básica y fundamental en cuanto al sistema probatorio, el procedimiento y la ponderación, ajustarse a él es una obligación de los magistrados. Ante tal determinación legislativa, su transgresión trae aparejada una sanción, cual es su ineficacia, la que se declara mediante una acción de nulidad. Así, las leyes reguladoras de la prueba en el sistema probatorio civil, cual es el caso, están referidas: 1) a aquellas normas que instituyen los medios de prueba que pueden utilizarse para demostrar los

hechos en un proceso; 2) las que precisan la oportunidad en que pueden valerse de ellos; 3) las que se refieren al procedimiento que las partes y el juez deben utilizar para ofrecer, aceptar y aportar las probanzas al juicio; 4) a aquellas reglas que asignan el valor probatorio que tiene cada uno de los medios individualmente considerados y 5) a las que disciplinan la forma cómo el sentenciador debe realizar la ponderación comparativa entre los medios de la misma especie y entre todos los reconocidos por el ordenamiento legal.

Empero, sólo a algunas de las normas relativas a la prueba se les reconoce el carácter de esenciales respecto de la actividad probatoria y que es objetivamente ponderada por el legislador para justificar la intervención del Tribunal de Casación, pues no quedan dentro del criterio o decisión subjetiva de los magistrados que aquilatan los antecedentes, por ello su conculcación se puede producir en las siguientes circunstancias: a) al aceptar un medio probatorio que la ley prohíbe absolutamente o respecto de la materia de que se trata; b) por el contrario, al rechazar un medio que la ley acepta; c) al alterar el onus probandi o peso de la prueba, en quien queda radicada la carga de aportar los elementos que acreditan los hechos que conforman la litis; d) al reconocer a un medio de prueba un valor distinto que el asignado expresamente por el legislador o hacerlo sin que se cumplan los supuestos objetivamente determinados por el legislador; e) igualmente, a la inversa, al desconocer el valor que el legislador asigna perentoriamente a un elemento de prueba, cuando éste cumple efectivamente los supuestos legales, y f) al alterar el orden de precedencia en que deben ser llamados los medios probatorios y que la ley les asignare, en su caso.

Se excluye de la labor anterior la ponderación comparativa de una misma clase de medio probatorio o de la apreciación que se realiza en conjunto de todos los medios. Esta exclusión se justifica en el antecedente que la actividad jurisdiccional considera un componente básico de prudencia en la decisión, por cuanto las determinaciones que adoptan los jueces, sustentadas en aquellos preceptos -como se ha dicho-, le otorgan libertad en la justipreciación de los diversos elementos probatorios, por lo que quedan al margen del examen que se realiza por la vía de legalidad en la casación.

Vigésimo noveno: Que el arbitrio en estudio denuncia la infracción a las normas contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 5 y 38 de la Constitución Política de la República, 1º común y 148 del IV de los Convenios de Ginebra del año 1949, 160 del Código de Procedimiento Civil y 4 de la Ley N° 18.575 ninguna de las cuales tiene la naturaleza de reguladora de la prueba en los términos que se explicitaron en los dos motivos precedentes, razón suficiente para desestimar el arbitrio en análisis.

Se advierte entonces que el libelo en análisis incurre en defectos en su formalización que impiden el análisis de la pretensión y hacen procedente el rechazo del recurso.

Trigésimo: Que, por último, el recurso de casación en el fondo interpuesto en representación del demandante Luis Quezada Solís encuentra su fundamento en la infracción a los artículos 19, 20, 21, 22, 23 y 24 del Código Civil en relación con los artículos 1698, 1712, 2314 y 2329 del mismo cuerpo legal y lo censura al no otorgarse la reparación patrimonial solicitada, lo que también vulnera los artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, artículo 4 de la Ley N° 18.575, 149 del IV del Convenio de Ginebra relativo al Estatuto de Prisioneros de Guerra y 1.1, 2, 63.1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, vicio que se produce desde que se ha exigido probar un hecho público y notorio como es el sufrimiento de los familiares de detenidos desaparecidos.

Trigésimo primero: Que lo expuesto en los motivos vigésimo sexto y vigésimo octavo adquiere plena vigencia respecto del arbitrio en estudio, pues también normas que no tienen el carácter de reguladoras de la prueba.

En efecto, los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 1712 del Código Civil contienen, los seis primeros, criterios y reglas de interpretación, y el séptimo se limita a categorizar las presunciones.

Ahora, el artículo 1698 del Código Civil señala, que: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”, regla nacional que no es sino una redacción concentrada del artículo 1315 del Código Civil Francés, que refiere, que: “Aquel que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente, aquel que se pretende liberar, debe justificar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación”.

La regla en comento formula dos reglas y cada una es una generalización distinta. Así, tras la afirmación de “Incumbe probar...” lo que hay no es sino una regla de carga del acreedor-demandante; pero al mismo tiempo una para el deudor-demandado. Para el primero se prescribe que “Incumbe probar las obligaciones [...] al que alega aquellas [...]”. Dicho en otros términos, al que alega una obligación (‘aquel que reclama la ejecución de la obligación’/acreedor-demandante) le incumbe probar la obligación”. A su turno, para el deudor-demandado se prescribe que “Incumbe probar [...] su extinción al que alega [...] ésta”. En otras palabras, se afirma que al que alega una extinción (‘aquel que se pretende liberar’ / deudor-demandado) le incumbe probar la extinción.

Sin embargo, se trata de dos reglas interdependientes. Que la carga de un determinado hecho corresponda a cierta parte significa, necesariamente, que la carga de ese mismo hecho no corresponde a la otra. Que la carga de la obligación corresponda “al que alega la obligación” significa, al mismo tiempo, que la carga de esa misma obligación no corresponde “al que alega la excepción” (y viceversa). La carga de uno es excluyente respecto de la del otro. Un mismo hecho no puede ser carga de ambas partes y un hecho no puede ser carga de ninguna de ellas (Bravo Hurtado, Pablo, Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 21, pp. 13-46, diciembre 2013).}

En este contexto valga recordar que la Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 6° que, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. En sentido convergente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653., de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Cabe observar que este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil.

Así, en conformidad con los referidos hitos y normas de derecho sobre responsabilidad del Estado, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado autores del homicidio de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho pertinentes.

Trigésimo segundo: Que, en consecuencia con lo expuesto, y en relación a lo antes dicho, ha de considerarse que la reparación generada por el delito, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la *institución jurídica de la responsabilidad*, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad.

Trigésimo tercero: Que, en cuanto que lo demandado a título de indemnización por daño moral debe ser legalmente acreditado, se tiene presente que en lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que éste es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

Trigésimo cuarto: Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve *per se* la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito por parte de los inculcados y por el cual se les condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho perjuicio, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que la muerte de su hermano ha afectado a los demandantes, por la naturaleza del perjuicio producido de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste.

En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que la desaparición forzada de una persona produce sufrimiento a sus parientes y cercanos, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

En razón de lo anterior cuando los sentenciadores del grado reprochan la falta de prueba del daño alegado se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

I. Se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto a fs. 5688 por la defensa del sentenciado Carlos Leonardo José López Tapia, en cuanto se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y sólo en aquella parte que no le dio aplicación al artículo 103 del Código Penal, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de tres de noviembre de dos mil catorce, escrita a fs. 5661 y siguientes, la que, en consecuencia, se anula en ese solo aspecto, reemplazándola, por la que se dicta a continuación, en forma separada, pero sin previa vista.

II. Se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos a fs. 5714 y 5728 por las defensas de los sentenciados Pedro Octavio Espinoza Bravo y Ricardo Lawrence Mires.

III. Se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto a fs. 5692 por la defensa del querellante y demandante civil Luis Quezada Solís y en consecuencia en esa parte la sentencia recurrida, debiendo dictarse a su respecto fallo de reemplazo separadamente y sin nueva vista.

IV. Se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 5700 por el abogado señor Alberto Espinoza Pino, en representación de los demandantes civiles Bastián, Camilo, Violeta, Emilio y Pedro, todos Núñez Boettiger, quienes actúan representados por su madre doña Andrea Boettiger Montenegro, en lo que a la decisión civil les afecta.

V. Se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile a fs. 5769.

Acordada parcialmente con el voto en contra del Ministro Aránguiz, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo deducido por las defensas de los sentenciados Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Octavio Espinoza Bravo a fin de dictar sentencia de remplazo revocatoria en aquella parte que emitía condena a su respecto; y en su lugar declararlos absueltos de la acusación librada en su contra, por no estar comprobada a su respecto la participación ilícita que se les atribuía, todo ellos según los siguientes fundamentos:

1º) El auto acusatorio librado en esta causa (fs. 1261 Tomo XII), en lo que interesa a este punto de vista, asentó como hechos materia del libelo- inamovibles para esta corte de casación- que en el Centro clandestino de detención denominado "Villa Grimaldi" era un recinto de la DINA en el que operaba un grupo de agentes quienes, con el conocimiento del Presidente de la Junta de Gobierno de la época y de su Director; ordenaron unos y ejecutaron otros capturas de personas afines a la izquierda, a quienes encerraron ilegalmente y doblegaron mediante tormento físico y psicológico a fin de conminarlos a la entrega de información sobre otras personas de su tendencia.

En estas circunstancias, José Ramón Ascencio Subiabre, fue detenido el 29 de diciembre de 1975, permaneciendo allí, según testigos presenciales, hasta febrero de 1976; Mario Luis Quezada Solís, fue detenido el día 12 del mismo mes y hasta la misma fecha que el anterior; Santiago Abraham Ferruz López, desde el 11 de diciembre y hasta una fecha no determinada en la resolución; y Octavio Julio Boettiger Vera, desde el 17 de enero de 1976, sin que tampoco se registre otra fecha última visión. Todos ellos se encuentran en calidad de desaparecidos "toda vez que, privadas de libertad, no han tornado contacto con sus familiares tampoco han realizado gestiones administrativas ante organismos Estado ni organismos privados, ni registran entradas o salidas del país, sin constar, tampoco, su defunción".

Estos hechos, son recogidos jurídicamente en la misma acusación como "constitutivos de sendos delitos de secuestro calificado".

2º) Sabido es que Contreras Sepúlveda y Espinoza Bravo encabezaron el organismo de inteligencia antes mencionado, que durante el gobierno militar fue autor de terribles

tropelías en materia de derechos humanos. Prueba de ello son las numerosas condenas que aparecen emitidas en su contra por sentencias a firme de nuestros tribunales.

Sin embargo, el hecho anterior no puede llegar a opacar el ánimo jurisdiccional del sentenciador actual que, en el marco de un procedimiento actualmente en desuso y con casi 40 años de distancia, debe discernir y con todas las garantías procesales inherentes a un proceso judicial de raíz constitucional, cada hecho nuevo que se le presente como si fuera único, con las salvedades del caso en materia de circunstancias modificatorias.

3°) Entonces, en primer lugar y bajo tales parámetros, debe discutirse desde luego la calificación jurídica otorgada a los hechos esenciales en que consiste este proceso, considerados por los sentenciadores —de ambos grados- como delitos de secuestro calificado (según el artículo 141 inciso 1° y 3° del Código Penal), que según el precepto respectivo requiere detener a una persona sin derecho, privándole de su libertad, "por más quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado".

Dicha calificación jurídica parece no calzar con la descripción fáctica asentada por los sentenciadores, porque si bien resulta irredargüible la detención ilegítima de los secuestrados y su permanencia en un centro ilegal de privación de libertad, sometidos a tormento, sin embargo no se encuentra plenamente determinado, a lo menos en dos casos, el tiempo que duró dicha medida; y se prefiere en tal caso recurrir al subterfugio temporal de la figura delictiva, en vez de abrazar la del "daño grave" en sus personas.

Es que avanzar en la idea del "daño grave" que resultaría más acorde a la descripción de los hechos señalados, conllevaría acodar la posibilidad más realista, que es la de su muerte, y en tal caso, la calificación jurídica sobreviniente sería la de homicidio. Empero, sabido es que parte de la doctrina, confundiendo "cuerpo del delito" con "hecho punible", rehúye considerar los homicidios como tales sin un cadáver tangible.

No obstante, esa es una posición desacertada, a juicio de este disidente, que además induce a errar gruesamente en la calificación de los hechos establecidos, de una forma atentatoria contra toda lógica y sentido común: los desaparecidos tendrían que seguir privados de libertad, después de 40 años, conformándose el tribunal con aplicar una condena por tal motivo, sin asentamiento en la realidad y por ello mal comprendida por comunidad justiciable.

4°) Lo cierto es que, si una persona es capturada por agentes del Estado que actúan por cuenta de un organismo ilegítimo; es torturada y lesionada gravemente, y luego desaparece por 40 años, lo que existe es un delito de homicidio calificado por la premeditación y la alevosía.

El Código de Procedimiento Penal aplicable en la especie, permite arribar a la prueba del homicidio por medio de las presunciones judiciales, que son las que conviene aplicar en la perspectiva anterior. En efecto, su artículo 108 estatuye que la existencia del hecho punible es el fundamento del juicio criminal y su comprobación puede hacerse a través de todos los medios de prueba que franquea la ley. Por su parte, el artículo 110 enumera dichos medios, entre los cuales se encuentran las "presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia". El artículo 112 indica cómo proceder cuando la persona objeto del delito no es habida "Si no hubieren quedado huellas de la perpetración del delito, el juez hará constar por cualquier medio de prueba el hecho haber sido cometido".

Cuando el código en referencia agrega normas especiales para la comprobación del delito de homicidio (artículos 121 y siguientes), se cuida de describir las diligencias que

deben procurarse en presencia de un cadáver, para luego referir en el artículo 129 lo que debe hacerse en aquellos casos "en que se sospeche muerte violenta" y ella no puede establecerse por el examen exterior de un cadáver.

Del juego de las disposiciones anteriores se desprende que el legislador de entonces se puso en el caso de un homicidio sin cadáver otorgando la posibilidad de demostrar el cuerpo del delito a través de todos los medios de prueba que franquea la ley. De otro modo, resultarían impunes muertes acontecidas, por ejemplo en presencia del propio juez como un homicidio con disolución por ácido, una explosión colosal, una incineración completa, etc...

Además, debe pensarse que el propio ordenamiento jurídico en lo civil entrega soluciones presuntivas a otros casos de muertes violentas (v.gr. muerte presunta), lo cual viene a reforzar el parecer anterior.

Es por ello que, y según este disidente, aun estando equivocada calificación jurídica arribada en la acusación como "secuestros reiterados" (y permanentes en cuanto no otorga una solución a su paradero actual) y del mismo modo es tratada en la sentencia de la instancia, ello no empece a que esta corte de casación proceda aún de oficio a calificar correctamente el hecho punible e inamovible ya establecido, puesto que ello no produce indefensión ni perjuicio a los sentenciados, además de corresponder en definitiva al sentenciador la aplicación del derecho.

5º) Sin embargo, aún determinada correctamente la tipificación del hecho ilícito - según este disidente-, la participación atribuida al menos a dos de los acusados no resulta convincentemente demostrada en estos autos, según pasará a demostrarse.

En efecto, la actuación reprochada a los citados encartados Contreras y Espinoza, se sostiene, precisamente en el medio de prueba ya mencionado de las "presunciones judiciales" que son enumeradas respecto, de cada uno, casi de una manera mecánica, sin sujeción a las exigencias del artículo 488 antes citado.

Así, todo el andamiaje especulativo que se anota en la sentencia impugnada — confirmatoria de la original- se construye sobre la base de que Contreras y Espinoza, en la calidad de cabezas de la organización de inteligencia, debían saber o no podían menos que saber, todo lo que hacían sus subordinados y hacerse responsables de ello. La responsabilidad militar -que no es otra cosa que una forma subjetiva y específica de la responsabilidad administrativa-, permite una suposición semejante en el campo penal y que puede llegar a constituir una presunción judicial, por su características, como sucede en la llamada "obediencia debida", que acá no se ha invocado. En otro caso, el ordenamiento penal, no excusa la acreditación de a lo menos la inducción, el conocimiento doloso o la aceptación de la conducta ilícita por parte de quien delinque. Si no hay medio de prueba legal al respecto, no existe participación criminal.

Por ello es necesario recordar que el artículo 485 del cuerpo legal en mención dice que "Presunción en el juicio criminal es la consecuencia que de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal..."; y que el artículo 488 establece ciertas exigencias insoslayables, como lo son: que se funden en hechos reales y probados, que sean múltiples y graves, precisas, directas y concordantes, todo lo cual no concurre en la especie.

6) De este modo, los elementos de cargo citados en contra de los nombrados encartados y que los vincularía, directa o indirectamente con los deplorables crímenes establecidos en el proceso, no reúnen los requisitos legales antes indicados para convertirse en medio de prueba legal, puesto que se refieren solamente a las citadas conjeturas. Incluso uno de ellos, Espinoza, estuvo la mayor parte de ese tiempo en Brasil (Por supuesto que se

puede estar fuera de la esfera de actividad de un crimen y ser copartícipe en él, pero precisamente el proceso penal debe demostrarlo).

7°) Y es precisamente la diferencia existente entre una presunción judicial y una mera conjetura, lo que lleva a este disidente a aceptar que concurre en el presente caso y en relación con las personas mencionadas, la infracción de los artículos 485 y 488 del Código de Procedimiento Penal en el fallo impugnado, crucial en un régimen procesal de prueba tasada como éste, por lo que a su juicio la sentencia en mención debió ser invalida, para en reemplazo declarar absueltos a los prealudidos Contreras Espinoza, de los crímenes que en cualquier caso deben ser considerados como homicidios calificados reiterados, y confirmarlo en lo demás y con esta última declaración relativa a su tipicidad, respecto de los restantes sentenciados, conclusión que tampoco les perjudica, porque se puede arribar a la misma pena, siguiendo el juego de circunstancias modificatorias que el presente fallo reconoce.

Se previene que el mismo Ministro Sr. Aránguiz tampoco comparte los fundamentos 13° y 15° del fallo de mayoría, en cuanto en el primero se justifica la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal en base al largo tiempo transcurrido desde la ocasión de los ilícitos, puesto que en su parecer la prescripción y la llamada "media prescripción", son instituciones distintas, la una, un disipador de la actividad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo; y la otra un morigerador de las penas través de un requisito convencional de tiempo. Por eso aquélla se prohíbe en los delitos de lesa humanidad y ésta no.

Acordada, lo relativo a la acción penal, con el **voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito** quienes fueron de opinión de rechazar el recurso de casación penal del condenado López en lo que dice relación con la aplicación del artículo 103 del Código Penal y mantener, en consecuencia, sin modificación la decisión penal de segunda instancia.

Para así resolver, el Ministro señor **Künsemüller** manifestó no compartir el razonamiento final del considerando décimo quinto de este fallo, y estuvo por rechazar el recurso, ya que en su concepto, si bien la prescripción total y la prescripción gradual tienen en común el transcurso de un lapso de tiempo, son instituciones penales de diversa naturaleza (eximente vs. atenuante) y también de consecuencias muy distintas frente a la materialización del ius puniendi estatal en un caso concreto (una lo impide totalmente, excluyendo la sanción y la otra puede conducir a una mera rebaja de la pena). Así, según su parecer, no es el elemento común compartido con la eximente (transcurso del tiempo) el que impide aplicar el artículo 103 en estos supuestos, sino el carácter de delito permanente que reviste el secuestro, como ha quedado dicho en la sentencia, el que impide contabilizar el plazo de prescripción, dado que, precisamente por ese carácter, el delito se mantiene en etapa de ejecución y no puede estimarse como consumado hasta que aparezca la víctima o se acredite su deceso, momento desde el que ha de contarse el plazo de prescripción, de acuerdo al artículo 95 del Código Penal.

A su vez, el Ministro señor **Brito** concurre al rechazo de la atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal hecha valer en el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado López Tapia y sobre cuya base se acoge éste, teniendo en cuenta 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 en esta clase de delitos 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 los de la especie.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch y los votos en contra sus autores.

Rol N° 30.598-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Carlos Aránguiz Z. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

Santiago, uno de diciembre de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo:

Vistos

Se reproduce la sentencia de primera instancia de dieciséis de abril de dos mil catorce, escrita a fojas 5265, con excepción de sus fundamentos 47°, 48°, 49°, 50°, 51°, 68°, 69° y 72°, que se suprimen.

Se eliminan, del fundamento 73°, las frases “y nietos”, “estos últimos actores” y la que se inicia con la voz “y” y finaliza con la palabra “conocieron”, todas del párrafo segundo.

Misma situación respecto de la expresión que se inicia con el guarismo “\$50.000.000” y clausura con “(diez millones de pesos)”.

Se mantiene de la sentencia de segundo grado invalidada las modificaciones realizadas a la sentencia de primera instancia, así como lo razonado en los considerandos 1° a 7°, con excepción del párrafo final del motivo cuarto, y 9° a 11°.

Del fallo de casación que antecede se reproducen los motivos séptimo a décimo, décimo tercero a décimo quinto, vigésimo tercero a vigésimo quinto y trigésimo primero a trigésimo cuarto.

Y se tiene en su lugar y además presente:

En cuanto a la acción penal.

Primero: Que los hechos de la causa, tal como han quedado consignados en el razonamiento 4° del fallo en alzada, constituyen el delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141 inciso 1° y 3° del Código Penal, vigente a la época de los hechos y cuyo título de castigo corresponde a presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Segundo: Que como se señalara en el motivo décimo quinto del fallo de casación el vicio de nulidad debe aprovechar a todos los sentenciados, aun cuando no la hayan alegado formalmente, pues el efecto corrector de la sentencia de reemplazo importa extender, en materia penal, sus efectos censores a todas las partes que se encuentren en idéntica circunstancia, pues de otro modo se generarían abiertamente injustas contradicciones.

Tercero: Que los sentenciados son responsables de cuatro delitos de secuestro calificado por lo que, para efectos de determinar el quantum del castigo, se estará a lo que previene el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por resultar más beneficioso que la regla de acumulación material contemplada en el artículo 74 del Código Penal.

En consecuencia, siendo los sentenciados responsables en calidad de autores de cuatro delitos de secuestro calificado, la pena correspondiente a cada delito, considerado en forma aislada, es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Por beneficiar a todos los acusados la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal, se reducirá en un grado el castigo, quedando ella en presidio menor en su grado máximo. Sin embargo, por tratarse de reiteración de delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, se les impondrá una pena única por todos los ilícitos, elevándosela en un grado, con lo que en definitiva se arriba a la de presidio mayor en su grado mínimo.

Cuarto: Que de la forma que se ha señalado, se discrepa de lo informado por el Sr. Fiscal, a fs. 5608, quien estuvo por confirmar en todas sus partes la sentencia de primer grado, sin modificaciones

En cuanto a la acción civil.

Quinto: Que encontrándose acreditado y no controvertido que el actor Luis Alberto Quezada Solís era hermano de la víctima Mario Luis Quezada Solís, y atendida la naturaleza de los daños cuyo resarcimiento se demanda, esto es, por concepto de daño moral, este tribunal fijará prudencialmente el monto de la indemnización en lo resolutive del fallo, ponderando a estos efectos lo señalado en el documento que corre agregado a fojas 125 referido al daño emocional sufrido por el actor a consecuencia del hecho de autos, de extrema gravedad e incuestionable motivo de dolor.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

I. **Se confirma** la sentencia de dieciséis de abril de dos mil catorce, **con declaración** de que se reduce a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo la pena privativa de libertad que se impone a los sentenciados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito, Pedro Espinoza Bravo, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Ricardo Lawrence Mires y Carlos López Tapia y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas, como autores de los delitos de secuestro calificado de José Ramón Ascendio Subiabre, Mario Luis Quezada Solís, Santiago Abraham Ferruz López y Octavio Julio Boettiger, perpetrado a contar de los días 29, 12, 11 de diciembre de 1975 y 17 de enero de 1976, respectivamente.

II. **Se revoca** la sentencia en alzada en la parte que rechaza la demanda civil deducida por Luis Quezada Solís en contra del Fisco de Chile y en su lugar se declara **que se acoge** la acción de indemnizatoria, quedando el demandado condenado al pago de \$75.000.000, que se reajustará en la misma proporción en que varié el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a la dictación de la presente sentencia y el mes anterior al de su pago; devengando dichas sumas intereses corrientes por el mismo período.

III. **Se confirma**, en lo apelado, la sentencia ya referida.

Teniendo en consideración el hecho público y notorio del fallecimiento, en fecha reciente, de los sentenciados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Marcelo Moren Brito, recibida que sea la causa por el señor Ministro de Fuero, procederá a decretar las medidas pertinentes para acreditar dichas circunstancias en el proceso y dictar las resoluciones que en derecho correspondan.

Acordada la decisión penal, con la **prevención de los Ministros señores Künsemüller y Brito** quienes estimaron improcedente reconocer a los encausados la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal y la reducción de la pena impuesta, por las razones expresadas en sus votos de disidencia contenidos en el fallo de casación que antecede, por lo que estuvieron por mantener la decisión de la sentencia de grado en relación a este capítulo.

Se previene, que en materia penal, el Ministro Sr. Aránguiz no comparte la calificación jurídica de “secuestros permanentes” estimando que corresponde la de “homicidio calificado” por las razones expuestas en su disidencia expresada en el fallo de casación, sin perjuicio de que ello no conlleva a modificar las penas arribadas.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch y las disidencias de sus autores.

Rol N° 30.598-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Carlos Aránguiz Z. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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