

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos antecedentes Rol de ingreso N° 44.074-2016 de esta Corte Suprema, caratulados “Episodio “Villa Grimaldi” cuaderno “Marcelo Concha Bascuñán” por sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil quince, escrita a fojas 3273 se absolvió a Marcelo Luis Moren Brito del cargo de ser autor del delito de secuestro calificado de Marcelo Renán Concha Bascuñán y se condenó a cada uno de los sentenciados Pedro Octavio Espinoza Bravo, Carlos Lopez Tapia, Rolf Wenderoth Pozo, Ricardo Lawrence Mires y Juan Hernán Morales Salgado, como autores del delito de secuestro calificado de Marcelo Renán Concha Bascuñán, perpetrado a partir del 10 de mayo de 1976, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA** de presidio mayor en su grado medio; 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 de la causa. Atendida la extensión de las penas impuestas, no se les conceden beneficios de la Ley N° 18.216, reconociéndoles los abonos que indica.

La misma sentencia acogió, con costas, la demanda civil por daño moral deducida por las querellantes, Alberto Espinoza en representación de Marcelo Alberto Concha Traverso, María Paz Concha Traverso y Lilia Pamela Concha Carreño; y Alfonso Insunza Bascuñán, en representación de Carlos Concha Bascuñán, quedando el Estado de Chile condenado a pagarle a cada uno de los tres primeros actores la cantidad de \$ 100.000.000 (cien millones de pesos); y al último, la suma de \$ 50.000.000 (cincuenta millones de pesos), a título de indemnización de perjuicios por daño moral, sumas que deberán ser reajustadas en la misma proporción en que varíe 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 periodo.

Recurrida de apelación por las defensas de los condenados, la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de ocho de junio de dos mil dieciséis, que se

lee a fojas 3510 y siguientes, la revocó en aquella parte que condena a Rolf Wenderoth Pozo como autor del delito de secuestro calificado de Marcelo Concha Bascuñán y en su lugar lo absuelve de dicho cargo y la confirmó en lo demás apelado con declaración que se rebaja la pena impuesta al sentenciado Carlos Lopez Tapia a la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, concediéndole la pena sustitutiva de la libertad vigilada intensiva.

Además, la misma sentencia redujo la indemnización que el Fisco de Chile debe pagar a la querellante y demandante civil Marcelo Concha Traverso, María Concha Traverso y Lilia Concha Carreño a la suma de \$30.000.000, para cada uno, y la suma de \$20.000.000 para Carlos Concha Bascuñán, con reajustes e intereses desde que la sentencia quede ejecutoriada.

Contra esta última resolución, las querellantes Marcelo Concha Traverso, María Concha Traverso y Lilia Concha Carreño, representadas por Alberto Espinoza, así como el Programa Continuación de la Ley 19.123 y el Consejo de Defensa del Estado interpusieron sendos recursos de casación en el fondo y en la forma, los que se trajeron en relación por decreto de fojas 3628.

Considerando:

Primero: Que en el caso en estudio, los recursos de fojas 3581 y 3519 deducidos por la querellante y demandante civil representada por el abogado don Alberto Espinoza Pino, así como el Programa Continuación Ley 19.123, se sustentan en las causales primera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal y el artículo 488 números 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal.

El primer capítulo denuncia la infracción del artículo 546 N°7 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 488 N° 1 y 2 del mismo cuerpo legal. Afirman que la sentencia se apartó de los términos del citado artículo 488,

desconociendo el valor probatorio de las presunciones judiciales, lo que incidió en la absolución de Rolf Wenderoth. Afirma que la sentencia recurrida ignoró un conjunto de hechos reales, probados y múltiples, que de manera inconcusa dan cuenta de la participación de Rolf Wenderoth como autor mediato, pues el dominio del hecho radica en su pertenencia en el aparato de poder institucional estatal DINA. En tales condiciones, la condena de primera instancia debió ser confirmada.

Por el siguiente apartado los recursos esgrimen la contravención del artículo 103 del Código Penal, al reconocer incorrectamente al condenado Carlos Lopez Tapia aquella circunstancia, entendiéndola como una atenuante muy calificada, que sumada a la minorante del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal, llevó erróneamente a los sentenciadores a rebajar la pena en dos grados, fijándola en la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, concediéndole además la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Señalan que, tratándose el secuestro calificado de un delito de carácter permanente, no puede realizarse el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual por no existir una fecha cierta de término del estado antijurídico creado por el delito. Además agrega, que la prescripción gradual es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica una eximente incompleta y, por tanto, sólo puede aplicarse a delitos que se encuentren en vías de prescribir. Sin embargo, en el caso de delitos de lesa humanidad, como el de autos, aquella hipótesis no se configura por tratarse de ilícitos imprescriptibles.

Terminan describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger los recursos y, dictar una sentencia de reemplazo, que confirme la de primer grado, imponiéndoles a los sentenciados a una sanción comprendida en el marco punitivo que en derecho corresponde aplicar, más accesorias legales y costas de la causa.

Que, en lo referido a la decisión civil contenida en el fallo atacado, la querellante y demandante civil representada por Alberto Espinoza Pino también dedujo recurso de casación en la fondo contra la ya individualizada sentencia,

fundado en los artículos 541 inciso final y 767 del Código de Procedimiento Civil en relación con los artículos 1591 y 1592 del Código Civil. Indica que la sentencia yerra al establecer el monto de la indemnización de perjuicios por daño moral, pues dicha cantidad carece de la integridad necesaria para reparar los daños ocasionados, al considerar para ello los beneficios otorgados por el gobierno. Indica que la pensión y el bono de la Ley 19.123 no constituyen un pago ni pueden ser tenidos en cuenta para efectos del pago de la indemnización de perjuicios, dado su carácter de pensión asistencial de sobrevivencia, de naturaleza administrativa, cuyo monto fue fijado por el legislador. Todo lo anterior le permite solicitar, la anulación de la sentencia impugnada y que se dicte en su lugar una de reemplazo que confirme la sentencia de primera instancia.

Segundo: Que, enseguida, el Consejo de Defensa del Estado dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo, a fojas 3538, sustentado el primero de ellos en el artículo 541 N° 9 en relación con lo dispuesto en los numerales 3° y 4° del artículo 500, todos del Código de Procedimiento Penal, señalando que la sentencia de segunda instancia, carece de consideraciones para desestimar todas y cada una de las presunciones que el fallo de primer grado, en sus fundamentos 18° y 19° detalla en relación con el acusado Rolf Wenderoth Pozo, a quien se le atribuyó participación a título de autor inductor. Afirma que la sentencia recurrida mediante la simple eliminación de considerandos que contenía la valoración probatoria concluyó que no existía prueba suficiente para establecer dicha participación, omitiendo razonar porque aquellos considerandos fueron suprimidos. Además, agrega que la sentencia dejó subsistentes razonamientos que se contraponen con la argumentación sostenida para absolver, quedando en consecuencia la sentencia desprovista de la debida y correcta argumentación.

Solicitó que se acoja el recurso de casación en la forma, se invalide la sentencia de segundo grado en aquella parte que absuelve a Rolf Wenderoth y en su lugar se dicte sentencia de reemplazo que confirme el fallo de primera instancia.

Tercero: Que, a continuación, el Consejo de Defensa del Estado deduce recurso de casación en el fondo, señalando que en la especie se configuran las causales N°7; N°4 y N°1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 485 y 488 del mismo cuerpo legal y los artículos 1, 14 n°1, 15 N°1, 25, 28, 50, 94, 95 y 103 del Código Penal.

En cuanto al primer capítulo invocado, esto es, la violación de las leyes reguladoras de la prueba, señala que la sentencia recurrida le restó todo valor probatorio a las presunciones que la sentencia de primera instancia enumera en el considerando 19, suprimiéndolas sin consideración alguna, no obstante que cumplían con las exigencias legales. Así, la sentencia yerra al desconocer los elementos probatorios allegados que constituyen una prueba suficiente y satisfactoria de las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, configurándose las presunciones que permiten atribuirle participación y responsabilidad a Rolf Wenderoth de conformidad al artículo 15 N° 2 del Código Penal.

Respecto de la segunda causal invocada señala que los hechos que configuran el delito de secuestro calificado quedaron vigentes en la sentencia de segundo grado, por lo que al absolver a Rolf Wenderoth se estimó lícita su participación en un hecho ilícito.

Finalmente, el fallo recurrido incurre en un error de derecho al acoger el artículo 103 del Código Penal a favor de Carlos Lopez, sin considerar que el delito por el cual se le condenó es secuestro permanente y por lo tanto imprescriptible.

Termina solicitando acoger el recurso y en la sentencia de reemplazo confirmar la de primera instancia que condena a Rolf Wenderoth en calidad de autor del delito de secuestro calificado de Marcelo Concha Bascuñán e impone a Carlos Lopez Tapia la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y costas, como autor del mismo ilícito.

Cuarto: Que previo al estudio de los recursos, es conveniente recordar los hechos que el tribunal ha tenido por demostrados y que se han estimado

constitutivos del delito de secuestro calificado. Tales son los que a continuación se reproducen:

I. El centro clandestino de detención denominado “Cuartel Terranova” o “Villa Grimaldi”, estaba ubicado en Avenida José Arrieta N° 8200 de la comuna de Peñalolén de la Región Metropolitana, y era un recinto de la DINA que concentró el mayor número de detenidos. Operaba, en este recinto clandestino de detención, cuya existencia se negaba oficialmente, un grupo de agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), quienes, con conocimiento del Director del organismo y del Presidente de la Junta de Gobierno y ostentando diversos grados de jerarquía en el mando, ordenaron algunos y ejecutaron otros capturas de personas militantes o afines a partidos políticos o movimientos de izquierda, a quienes encerraban, ilegítimamente, en el lugar, doblegándolos bajo tormento físico, de variada índole, con el objeto de obligarlos a entregar información sobre otras personas de la izquierda política para aprehenderlas.

Los primeros detenidos llegaron a mediados de 1974. En enero de 1975 “Villa Grimaldi” pasó a convertirse en el centro de operaciones de la Brigada de Inteligencia Metropolitana que ejercía represión interna en Santiago. A “Villa Grimaldi” se llevaba a los detenidos para sus primeros interrogatorios y se les aplicaba distintas formas de tortura. Se les mantenía ininterrumpidamente vendados, con deficientes condiciones higiénicas y escaso alimento. Los lugares más característicos donde se mantenía a los prisioneros eran los siguientes: “La Torre,” “Casas Chile”, “Casas Corvi”.

II. El Cuartel “SIMÓN BOLÍVAR”, ubicado en calle Simón Bolívar No8.630, comuna de La Reina, era un recinto de la DINA en que operaba la brigada denominada “Lautaro”. Esta brigada era dirigida por el Mayor de Ejército Juan Morales Salgado, bajo la estricta supervisión del Director de la DINA Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, quien, además, era su calificador directo. Se simulaba las actividades de este grupo como de “seguridad” del Director de la DINA y de su familia, en circunstancias que su verdadera función era reprimir a

integrantes del diferentes partidos políticos contrarios al Gobierno de la época. Para ello se encontraba dividida en diversos equipos de trabajo, cada uno a cargo de un Oficial de Ejército y con una labor represiva definida. Entre los meses de mayo y junio del año 1976 las agrupaciones del Capitán de Ejército Germán Barriga Muñoz, conocido como "Don Silvio" y del Capitán de Carabineros Ricardo Lawrence Mires, alias "Don Julio", las que a esa fecha se habían unido a fin de reprimir al Partido Comunista, se trasladaron al cuartel "Simón Bolívar" a fin de cumplir determinadas funciones, sin dejar de realizar labores en el cuartel "Villa Grimaldi", pasando a ser el superior jerárquico de ambos y, por lo tanto, el calificador de ellos, el Mayor Juan Morales Salgado.

III. Marcelo Renán Concha Bascuñán, 30 años, ingeniero agrónomo, empleado particular, el día 10 de mayo de 1976 a eso de las 15:00 horas salió de su domicilio ubicado en Juan Díaz N° 41 de la comuna de Ñuñoa, al Instituto de Fomento Pesquero ubicado en Pedro de Valdivia con Irrazaval. Fue detenido en el trayecto y trasladado hasta "Villa Grimaldi", perdiéndose todo rastro suyo hasta la fecha, sin que el privado de libertad haya tomado contacto con sus familiares, realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, sin registrar entradas o salidas del país, sin que conste, tampoco, su defunción;

Quinto: Que los hechos descritos en el considerando que antecede fueron calificados como constitutivos del delito de secuestro calificado, que contempla el artículo 141 incisos 1º y 3º del Código Penal y se califica por el tiempo en que se prolongó la acción, o sea, más de 90 días y por las consecuencias de la misma, resultando un grave daño en la persona o intereses del ofendido; situación que ocurre en autos, pues aún se desconoce el paradero de éste al encontrarse establecido en la causa que fue retenido contra su voluntad, privándole de su libertad de desplazamiento, a partir del 10 de mayo de 1976.

Además, el tribunal de primera instancia calificó los hechos como constitutivos de crímenes de lesa humanidad, conforme a lo establecido en diversos instrumentos internacionales, y aun cuando algunos de estos no se

encontraban ratificados y vigentes en nuestro país a la época de los hechos, formaban parte del *ius cogens* o normas imperativas de derecho internacional (Art. 53 de la Convención de Viena).

I. EN CUANTO AL ASPECTO PENAL.

1.-Respecto al recurso de casación en la forma.

Sexto: Que en lo que atañe al recurso de casación en el forma deducido por el Consejo de Defensa del Estado, por el que se denuncia infracciones de ley relacionadas con la nulidad formal, éste apoya su crítica en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haberse extendido la sentencia en la forma dispuesta por la ley, en consonancia con el artículo 500 N° 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal por falta de consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

De la lectura del recurso se advierte precisamente que lo que se le reprocha a los jueces, en síntesis, es la ausencia de fundamentación al suprimir los razonamientos efectuados por el fallo de primer grado para establecer la participación de Rolf Wenderoth Pozo, dejando además subsistentes apartados contradictorios con aquella resolución.

Con estos argumentos solicitó la invalidación de la sentencia, a fin que en su reemplazo se resuelva confirmar la de primera instancia, en virtud de la cual se le condena como autor del delito de secuestro calificado de Marcelo Concha Bascuñán.

Séptimo: Que, al efecto y en cuanto a los requisitos que han de cumplirse en la redacción de las sentencias en material criminal, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral cuarto exige que la sentencia definitiva de primera instancia y la de segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, deben contener “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su número quinto con “Las razones legales

o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”.

Octavo: Que, en este sentido, cabe tener en consideración que dichos motivos de invalidación tienen -según la constante jurisprudencia- un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que exige la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o legalidad de las afirmaciones que de ellas se desprenda, aquilatar su mérito intrínseco o el valor de convicción que deba atribuírseles.

Noveno: Que esta Corte ya ha manifestado como criterio que las simples afirmaciones desprovistas de antecedentes que permitan sustentirlas, sin un análisis y ponderación de las probanzas reunidas y las elucubraciones que sugiere su estudio crítico y comparativo, necesarios para arribar a un conclusión suficientemente fundada incumplen este objetivo. No está de más recordar que la exigencia del legislador respecto de la inclusión de los razonamientos del juez fallador en sus dictámenes obedece a la idea de evitar arbitrariedades en sus resoluciones, y es a la luz de este pensamiento que se han contemplado las normas alusivas a los contenidos de las sentencias y, sobre todo, la sanción a su vulneración a través del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, por ser la fundamentación de las sentencias la garantía de la correcta administración de justicia.

Décimo: Que en la especie, resulta evidente que la sentencia impugnada adolece de las falencias denunciadas, toda vez que de un atento estudio de ella aparece, en los términos acotados en la reflexión anterior, una nula y por lo tanto insuficiente exposición de los racionamientos que le sirven de soporte, en todos sus extremos, por lo que no se ha acatado el mandato del legislador.

Efectivamente, en el considerando cuarto del fallo recurrido los sentenciadores indicaron: “Que en relación a “Wonderoth” (sic) Pozo, éste no

posee antecedentes pretéritos en este tipo de causas, fue investigado por el Ministro de Fuero, Jorge Zepeda, pero en definitiva fue absuelto. Ni en ningún otro tipo de ilícitos y si bien es cierto, estuvo en Villa Grimaldi, también lo es, que no era el oficial de mayor grado dentro de la dotación, ni estaba a cargo en condición de jefatura de ese centro de detención, por lo que no puede responsabilizarse a toda la plana mayor por hechos acaecidos en una unidad, de la que el condenado formó parte, pero en tareas administrativas o logísticas, áreas que no decían relación con los hechos que culminaron en la desaparición de la víctima Marcelo Concha”. Agregan en el fundamento quinto “Que alega además no haber ordenado detención de ninguna persona, ni participado en actos de tortura o represión dadas las funciones que desempeñaba, de alimentación y sanidad, según lo alegado en estrados, resultando verosímil tal descargo, por lo que se le absolverá de los cargos que se le imputan”. Finaliza su razonamiento con el considerando sexto que afirma “Que los demás antecedentes que enumera el fallo en alzada a fojas 3328, no configuran de manera alguna la responsabilidad que se pretende asignar a Wenderoth Pozo, ya que se trata de su ubicación circunstancial en reparticiones determinadas, en labores que distan de actividades delictivas como la que se le imputa, ya que el solo hecho de haber prestado servicios en una unidad que de acuerdo al organigrama de la época, estaba bajo la tuición de la DINA, no permite concluir que elaboró, planeó y participó en el secuestro del Sr. Concha Bascuñán”.

Undécimo: Que como puede advertirse, mediante el examen de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, es posible apreciar que se omite todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se estimó que las presunciones enumeradas en los fundamentos 18º y 19º del fallo de primer grado no configuraban la responsabilidad que se pretendía asignar a Wenderoth Pozo. De igual modo, la sentencia recurrida carece de toda fundamentación respecto de las demás probanzas en orden a establecer la participación de Wenderoth Pozo y que el fallo hizo suyas, tales como; la orden de

investigar N° 219 sobre los cuarteles de detención y la N° 333 que da cuenta de la dependencia orgánica de la Dina de fojas 974 y 984 respectivamente. Tampoco se refiere a las declaraciones de Emilio Iribarren de fojas 1013; de Leonardo Scheneider de fojas 1048 y 1064; de Maria Alicia Uribe de fojas 1074, 1085, 1099 y 1104; de Maria Merino Vega de fojas 1118, 1650 y 1660, ni a las declaraciones de los coacusados consignadas en los fundamentos noveno y décimo segundo.

Así, el fallo incurre en la motivación alegada y consagrada en el artículo 541 N°9, del Código de Enjuiciamiento Criminal, porque no acata la exigencia de los literales N° 4 y 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, que impone el deber de los jueces de anotar las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, por lo que en las condiciones anotadas el recurso de casación en la forma promovido en el aspecto penal del fallo impugnado por el Consejo de Defensa del Estado, será acogido.

2. Respecto de los recursos de casación en el fondo.

Duodécimo: Que atendido lo resuelto precedentemente no se emitirá pronunciamiento respecto de la causal del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 488 N° 1 y 2 del mismo cuerpo legal invocada en los recursos de casación en el fondo deducidos por la querellante, el Consejo de Defensa del Estado y el Programa de Continuación Ley 19.123, mediante la cual denunciaban errores de derecho en las leyes reguladoras de la prueba, que determinaron la absolución del acusado Rolf Wenderoth Pozo como autor del delito de secuestro calificado de Marcelo Concha Bascuñán.

Por las mismas razones, tampoco se analizará la causal del artículo 546 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 25, 28 y 50 del Código Penal, esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado en su recurso de casación en el fondo, para los mismos efectos.

Décimo Tercero: Que en lo que atañe a la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal, invocada en los recursos deducidos por el Programa de Continuación de la

Ley Nº 19123 del Ministerio del Interior, por la parte querellante y por el Consejo de Defensa del Estado, al sustentarse todos en el mismo fundamento, se analizaran en forma conjunta, por contener pretensiones similares, no obstante sus particularidades.

Décimo Cuarto: Que, en el fundamento noveno los jueces de segundo grado decidieron acoger el factor de reducción de la pena prevista en el artículo 103 del Código Penal en favor del acusado Carlos Lopez Tapia teniendo para ello en consideración que: “Que la institución antes descrita es una mera circunstancia atenuante, de modo que no puede equipararse, en su esencia, con la prescripción de la acción penal, que extingue la responsabilidad penal. De allí que todo lo que pueda argüirse para la no declaración de la prescripción en virtud de la naturaleza del delito de autos no es aplicable a una atenuante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo.” A continuación en el considerando décimo indicaron: “Que lo que las normas internacionales proscriben en esta clase de ilícitos es la prescripción, pero ningún tratado internacional ha vedado la atenuación de la pena por el transcurso del tiempo, lo que por lo demás parece de toda lógica y, precisamente, ajustado al Derecho Internacional Humanitario, si se tiene en cuenta que el delito en cuestión se habría cometido en julio de 1974, esto es, hace casi 42 años.” De igual modo en el fundamento undécimo explican: “Que el hecho que el delito establecido sea el de secuestro y que hasta hoy no se tengan noticias del secuestrado señor Marcelo Concha Bascuñán, no es óbice para razonar como se ha hecho, pues la ficción de permanencia del delito no puede llevar al absurdo de sostenerse que realmente el delito se sigue cometiendo hasta hoy, pues en tal caso mal podrían los condenados alguna vez cumplir una pena por un delito que lo cometieron ayer, lo cometen hoy y lo seguirán cometiendo siempre”.

En virtud de todo lo anterior resolvieron acoger la atenuante del artículo 103 del Código Penal y “contando además con la minorante del artículo 11 Nº 9 del

Código Penal, se rebajará la pena aplicada a su respecto a la de tres años y un día”.

Décimo Quinto: Que una vez conocidas las razones de invalidación presentadas por los recurrentes, y determinados además los motivos de la sentencia que evidencian los fundamentos de lo decidido, es preciso tener en consideración que la materia en discusión deberá ser analizada conforme a la normativa internacional de los derechos humanos contenida en los Convenios de Ginebra, que impiden la prescripción, total o gradual, respecto de delitos cometidos en casos de conflictos armados sin carácter internacional. A la misma conclusión se llega considerando tanto las normas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como las de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, por cuanto de conformidad con la normativa legal citada, la prescripción gradual tiene la misma naturaleza que la total.

Desde otra perspectiva, la doctrina, sobre esta materia ha expresado que sus fundamentos se encuentran en las mismas consideraciones de estabilidad social y certeza jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, pero que está destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no concurren en forma natural sino al cabo de un proceso gradual, esto es, cuando el lapso necesario para prescribir está por cumplirse, lo que justificaría la atenuación de la pena. Sin embargo, es evidente que aquella conclusión es para los casos que no presentan las características de los delitos de lesa humanidad, pues estos son imprescriptibles. En consecuencia para que dicha atenuación sea procedente es necesario que se trate de un delito en vías de prescribir, lo que no acontece en la especie, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, debido a que el reproche social no disminuye con el tiempo, lo que solo ocurre en los casos de delitos comunes.

Por otro lado, como se anticipó, se trata de una materia en que los tratados internacionales tienen preeminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Esas normas prevalecen y la pena debe cumplir con los fines que le son propios y que fueron enunciados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583, de 15 de diciembre de 1969, que señala: “La sanción de los responsables por tales delitos es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales”. En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido.

Por último, tal como esta Corte ha sostenido en fallos anteriores, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, y como ambos institutos se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total debe alcanzar necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, debido a que ambas situaciones se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguna resulta procedente en ilícitos como en el de la especie.

Décimo Sexto: Que, en tales condiciones, la sentencia incurrió en el motivo de invalidación en que se fundan los recursos de casación en el fondo deducidos por la querellante, el Programa Continuación Ley 19.123 y el Consejo de Defensa del Estado al acoger la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal en un caso que era improcedente, lo que tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues su estimación, condujo a los jueces del fondo a imponer un castigo menor a Carlos Lopez Tapia al que legalmente correspondía, de manera que el arbitrio, en este capítulo, será acogido.

II.-En cuanto al aspecto civil:

Décimo Séptimo: Que, por último, en lo referido al recurso deducido a fojas 3581 por la querellante, en lo relacionado a la sección civil del fallo, fundado en los artículos 546 inciso final y 767 del Código de Procedimiento Civil, de la lectura del recurso se advierte precisamente que lo que se le reprocha a los jueces es haber considerado para efectos de la regulación de la indemnización por el daño moral sufrido por la demandante, los beneficios de carácter social y previsional recibidos previamente rebajando la cantidad que el fallo de primera instancia había determinado, lo que resulta improcedente y no se condice con los daños sufridos por la actora.

Con estos argumentos solicitó la invalidación de la sentencia en su aspecto civil, a fin que en su reemplazo se resuelva acoger la demanda en todas sus partes, confirmando el monto ordenado solucionar por el tribunal de primer grado, con costas.

Décimo Octavo: Que, cabe considerar que toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial, acorde con la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

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 5º 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 6º 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 6º 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”.

Décimo Noveno: Que, en tal sentido la Ley 19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación concedió pensiones de reparación y otorgó otros beneficios a los afectados, pero en modo alguno establece incompatibilidad con otro tipo de indemnizaciones. Así las cosas, no se puede suponer que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas.

Al efecto, el propio artículo 4º de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que “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, pudiere caber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

De lo anterior se puede concluir que se trata en consecuencia de dos formas distintas de reparación, por lo que no resulta ajustado a derecho que los sentenciadores consideraran aquellas prestaciones al momento de regular el monto de la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral, pues

impiden la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, que encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que el recurso será acogido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 536, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se decide:

I. En lo penal.

1.-Que **se acoge** el recurso de casación en la forma formalizado por el Consejo de Defensa del Estado en lo principal de fojas 3538 y los recursos de casación en el fondo formalizados por el Programa Continuación Ley 19.123, la querellante y el Consejo de Defensa del Estado deducidos a fojas 3519, 3581 y 3538, respectivamente en contra de la sentencia de ocho de junio de dos mil dieciséis, que corre a fojas 3510, la que se anula, en su parte penal y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente.

II. En lo civil.

2.- Que **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la querellante a fojas 3581 en contra de la sentencia de ocho de junio de dos mil dieciséis, que corre a fojas 3510, la que se anula, en su parte civil y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista pero separadamente.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller concurre a acoger los recursos deducidos por la querellante, el Consejo de Defensa del Estado y el Programa de Continuación de la Ley 19.123 por los que se denunciaba la equivocada configuración de la media prescripción invocada, teniendo, además, en consideración que por ser el secuestro un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se mantiene en el tiempo, no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo señalado en el precepto del artículo 103 del Código Penal. En efecto, atendida la naturaleza del ilícito, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de

consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible.

Este previniente, en numerosos fallos de este tribunal, ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentran las víctimas podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el indicado cómputo. Pero al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, como se dijo, no procede aplicar el instituto en estudio.

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien fue del parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la aplicación de la media prescripción de la acción penal y mantener esa normativa, haciendo aplicables sus efectos a todos los condenados, por las siguientes razones:

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 irremediablemente 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 del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

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

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, 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 de su ocurrencia, esto es, los días ocho de febrero, seis de septiembre, veinte y veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y cinco, fechas que permiten 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 los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y la prevención y voto en contra de sus autores.

Nº44. 074-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil dieciséis.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de treinta y uno de agosto de dos mil quince, escrita a fojas 3273. Asimismo, de la decisión de casación que antecede, se dan por reiteradas las reflexiones sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, duodécima, décima tercera, décima cuarta, décima quinta, décima sexta, décima séptima, décima octava y décima novena.

Y se tiene además presente:

I.En lo penal.

Primero: Que los hechos descritos en el considerando segundo fueron calificados como constitutivos del delito de secuestro calificado, que contempla el artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal y se califica por el tiempo en que se prolongó la acción, o sea, más de 90 días y por las consecuencias de la misma, resultando un grave daño en la persona o intereses del ofendido; situación que ocurre en autos, pues aún se desconoce el paradero de éste al encontrarse establecido en la causa que fue retenida contra su voluntad, privándole de su libertad de desplazamiento, a partir del 10 de mayo de 1976.

Además, el tribunal de primera instancia estima los hechos como constitutivos de crímenes de lesa humanidad, conforme a lo establecido en diversos instrumentos internacionales, y aun cuando algunos de estos no se encontraban ratificados y vigentes en nuestro país a la época de los hechos,

formaban parte del *ius cogens* o normas imperativas de derecho internacional (Art. 53 de la Convención de Viena).

Segundo: Que, por su parte, el veredicto en revisión en sus considerandos 18º y 19º analizó en detalle los antecedentes de imputación que obran respecto del acusado Rolf Wenderoth Pozo, conforme a los cuales aparece que a la fecha de la detención de Marcelo Concha Bascuñán era uno de los oficiales de más alta graduación de la DINA, a cargo de la Subdirección de Inteligencia Interior de la Dirección de Operaciones, la que tenía la tuición sobre la Brigada de Inteligencia Metropolitana, cuya base se encontraba en “Villa Grimaldi”, cuyos grupos operativos dependían de la Brigadas “Caupolicán” y “Puren” y tenían por misión detener a personas sin orden judicial, con fines de represión política y trasladarlos hasta aquel y otros recintos, donde eran interrogados bajo apremios, encontrándose el ofendido entre las personas aprendidas por los mencionados grupos operativos, quien fue además mantenido ilegalmente privado de libertad en dichos recintos. Por ello la responsabilidad de Rolf Wenderoth Pozo emana de las ordenes que dio, estando comprometida su responsabilidad en calidad de superior jerárquico, al haber formado parte de la cadena de mando, de manera que su intervención como autor del artículo 15 N° 2 del Código Penal, al corresponder su comportamiento a la inducción directa de otros a la ejecución del delito, se encuentra establecida, por lo que ha de ajustarse a dicha calidad el reproche y la pena correspondiente.

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

II.En lo civil.

Cuarto: Que, según dan cuenta los fundamentos 58º, 59º y 60º de la sentencia de primera instancia, para establecer el quantum de la indemnización por el daño moral sufrido por la querellante, se consideró la prueba testimonial rendida, los documentos acompañados y la prolongación del dolor sufrido, regulándola por ello en la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos) para cada uno de los hijos de Marcelo Concha Bascuñán, a saber, Marcelo Alberto Concha Traverso, María Paz Concha Traverso y Lilia Pamela Concha Carreño y en la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para su hermano Carlos Concha Bascuñán.

Quinto: Que, lo anterior resulta acorde con el fundamento de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, que 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 5º y en el artículo 6º de la Constitución Política.

Sexto: Que en reiterados fallos, esta Corte ha sostenido que la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado 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.

Por estas consideraciones y, visto además lo dispuesto en los artículos 68, 103 y 141 del Código Penal, se decide que se **CONFIRMA** la sentencia apelada de treinta y uno de agosto de dos mil quince, escrita a fojas 3273 y siguientes.

Se previene que el **Ministro Sr. Künsemüller** fue de parecer de rechazar la minorante especial que consagra el artículo 103 del Código Penal, sobre la base de las consideraciones vertidas en la sentencia de casación que precede.

Acordada, en lo que se refiere a la media prescripción, con el voto en contra del **Ministro Sr. Cisternas** quien fue de parecer de reconocer a todos los acusados la minorante de responsabilidad penal especial que consagra el artículo 103 del Código Penal, sobre la base de las consideraciones vertidas en la disidencia manifestada en la sentencia de casación que precede.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y la prevención y el voto en contra de sus autores.

N°44074-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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