

3. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

SECUESTRO CALIFICADO

I. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS. ORDEN CONDUCENTE A LA PERPETRACIÓN DE ILÍCITOS CRIMINALES NO PUEDEN CALIFICARSE COMO “DEL SERVICIO”. II. IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA MEDIA PRESCRIPCIÓN TRATÁNDOSE DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, ACOGIDA. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA ACCIÓN CIVIL TRATÁNDOSE DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. IMPROCEDENCIA DE APLICAR LAS NORMAS DE PRESCRIPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. BENEFICIOS DE LA LEY N° 19.123 TIENEN CARÁCTER ASISTENCIAL. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS BENEFICIOS DE LA LEY N° 19.123 Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

HECHOS

Condenado por el delito de secuestro calificado y el Fisco de Chile, demandado civil, interponen recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que confirmó el fallo de primer grado. La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad substancial deducido, con voto de disidencia.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (rechazado).*

ROL: *17015-2015, de 29 de enero de 2016.*

PARTES: *Sara Hormazábal Pastene y otros con Miguel Krassnoff Martchenko*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Haroldo Brito C., Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E. y Sr. Rodrigo Correa G.*

DOCTRINA

- Una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal –como el acreditado en autos– no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un “acto de servicio”, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas –artículo 421 del Código de Justicia Militar–. Por lo demás, tampoco hay prueba ni aceptación por parte del en-*

causado acerca del juicio de valoración que, como subalterno, le correspondía efectuar respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación. En consecuencia, corresponde rechazar la concurrencia de la atenuante del artículo 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar. (Considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

II. *La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha sostenido que tanto la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribiera la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, por lo que no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo. (Considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).*

III. *Tratándose el delito investigado de un delito de lesa humanidad, cuya acción penal es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno que, en virtud de la ley N° 19.123, reconoció explícitamente la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violaciones a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones, emanadas de los mismos hechos ilícitos, y otorgarles un tratamiento desigual, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama. En suma, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente. (Considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).*

En efecto, el contexto en que el ilícito de autos fue verificado, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino, además,

la inviabilidad de proclamar la extinción por el transcurso del tiempo de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado. Por otro lado, las acciones civiles deducidas por las víctimas en contra del Fisco, tendentes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud del artículo 5° inciso 2° y 6° de la Carta Fundamental. Al respecto, los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por los delitos de lesa humanidad queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de ese hecho. (Considerandos 10° y 11° de la sentencia de la Corte Suprema).

- IV. *Que los actores hayan obtenido pensiones de reparación en conformidad a la ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, no torna improcedente la acción indemnizatoria ejercida en autos, pues tal interpretación contradice lo dispuesto en la normativa internacional de los derechos humanos y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, de modo que la responsabilidad del Estado por los delitos de lesa humanidad siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio. La ley N° 19.123 —que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales— no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación antes señalada en que se asila el demandado, no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley. (Considerando 15° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: *CL/JUR/877/2016*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 5° de la Constitución Política de la República; 103 y 141 del Código Penal; 4°, 2332 y 2497 del Código Civil; 214 y 421 del Código de Justicia Militar; 1° N° 1 y 63 N° 1 del D.S. N° 873 que Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

COMENTARIO DEL FALLO ROL N° 17015-2015 DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA: *INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 103 DEL CÓDIGO PENAL EN CASOS DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL*

ALEJANDRO GARCÍA CUBILLOS
Universidad de Chile

Adelantando inmediatamente la conclusión de este comentario se puede decir que son poco claras y confusas las razones aducidas para entender que el artículo 103 del Código Penal es inaplicable en casos de imprescriptibilidad de la acción penal. Por contrapartida, dicha turbiedad no representa el mejor escenario para enfrentar los argumentos a favor de la aplicabilidad de la media prescripción.

En lo que aquí interesa, el fallo en comento se pronuncia sobre dos alegaciones de la recurrente respecto de la condena por el delito de secuestro calificado en el contexto de violaciones a los derechos humanos, en primer lugar, sobre la (in) procedencia del artículo 214 inciso segundo del Código de Justicia Militar y, en segundo lugar, sobre la (in)aplicabilidad del artículo 103 del Código Penal en casos de imprescriptibilidad de la acción penal. Por motivos de extensión solamente se hará referencia al último tópico, es decir, al rechazo de la aplicación de la media prescripción en casos de imprescriptibilidad de la acción penal.

El considerando quinto afirma que el fallo recurrido sostendría la inaplicabilidad del artículo 103 del Código Penal porque el término de la prescripción comenzaría a computarse sólo una vez que ha cesado la duración del estado consumativo del delito. Lo cual presupone, de acuerdo al mismo considerando, que en el caso concreto no habría pruebas de la terminación del secuestro o de la muerte de la víctima. Sin embargo, la razón sostenida por la Excelentísima Corte para rechazar la aplicación de la media prescripción se encuentra en el considerando sexto; el argumento consiste en que "... tanto la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribe la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación...", en otras palabras, el alcance del fundamento de la prohibición de la prescripción, en tanto causa de exclusión de la responsabilidad penal, implicaría a la vez la prohibición de reducción de la pena por motivos de transcurso del tiempo.

Ahora, si bien el voto de mayoría arriba a un resultado correcto, las razones dadas no lo son. En primer lugar en cuanto a los fundamentos esgrimidos en el fallo recurrido, reproducidos en el considerando quinto, existe una errónea caracterización del tipo penal de secuestro como un delito en que la duración de la privación de libertad sería un estado consumativo prolongado en el tiempo¹.

¹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, (Santiago, 2004), pp. 12 y ss.

Por el contrario, el delito de secuestro se consuma una vez realizados todos los elementos del tipo descritos en el artículo 141 del Código Penal, a grandes rasgos una vez producida la privación de libertad de la víctima, lo cual no es obstáculo para entender que se continúa ejecutando el delito por parte del autor, en tanto la víctima continúa privada de libertad. La conclusión relevante es que la consumación del delito no es coincidente con el cese de su ejecución. En todo evento esta diferencia no implica que el término de la prescripción empiece a correr desde la consumación del delito, ya que el artículo 95 del Código Penal establece, como criterio para esto, el momento en que el delito se hubiere cometido. El profesor José Luis Guzmán Dálbora expone la contraposición de dos teorías para clarificar desde cuándo corre la prescripción². Por un lado, se encontraría la teoría de la manifestación de voluntad que tendría correlato con el momento de la acción y, por otro, la teoría del resultado, para la cual el momento clave sería la finalización de la realización del delito por parte del autor. La primera teoría produciría el irrisorio efecto de comenzar a correr la prescripción aun cuando éste no se haya producido, por ejemplo, un homicidio en el que la muerte deviene mucho tiempo después que los comportamientos constitutivos de dicho delito. En el mismo sentido no puede pensarse que la prescripción comienza a computarse al consumarse el delito de secuestro, ya que éste puede seguir ejecutándose en el tiempo posterior a su consumación, es decir, podría generarse la contradicción de prescribir el delito de secuestro aun cuando se siguen ejecutando comportamientos que mantienen a la víctima privada de libertad. Por ende, el considerando quinto no se equivoca en que, en el caso concreto, de acuerdo a los hechos establecidos en el considerando tercero, la prescripción no ha comenzado a correr, no por una consumación prolongada en el tiempo, sino por tratarse de un delito respecto del cual no habrían cesado los comportamientos que hacen perdurar los efectos del mismo.

En segundo lugar, en el considerando sexto, se afirma la improcedencia de aplicación de la media prescripción en razón de los mismos fundamentos que abonan a la imprescriptibilidad de la acción penal. Con todo, lo relevante no es si la prescripción de la acción penal tiene la misma o distinta naturaleza que la media prescripción entendida como atenuante para efectos de la determinación de la pena, sino si la distinta fundamentación se traduce en la posible aplicación de la segunda, estando prohibida la primera. La respuesta es negativa, independientemente de la justificación o fundamento de la media prescripción, ésta siempre depende operativamente de la prescripción y sigue sus mismas reglas. Es decir, tratándose de la imprescriptibilidad de la acción penal no hay transcurso del tiempo alguno

² GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, De la extinción de la responsabilidad penal, en MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coordinador), *Texto y Comentario del Código Penal chileno*, t. I, (Santiago, 2002), pp. 469 y ss.

que sea relevante; en el mismo sentido, la media prescripción comienza a correr y se interrumpe bajo las mismas condiciones que la prescripción.

De este modo queda plenamente establecido que entre la prescripción (y la correlativa prohibición de la misma) y la media prescripción existe una relación funcional de dependencia, de la última respecto de la primera, relación que es obviada por las dos alegaciones de los votos de minoría, a saber, que no existiría restricción constitucional, legal y de derecho internacional para la aplicación de la media prescripción en delitos imprescriptibles y que, por otro lado, los hechos demostrarían que el delito se encuentra culminado en todos los actos ejecutivos del comportamiento del autor.

CORTE SUPREMA

Santiago, veintinueve de enero de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos rol N° 2182-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago, “Episodio Jaime Cádiz Norambuena. Londres 38”, por sentencia de siete de octubre de dos mil catorce, a fojas 3116, en lo que concierne a los recursos, se condenó, entre otros, a Miguel Krassnoff Martchenko, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor de delitos reiterados (s.i.c.) de secuestro calificado, cometido en la persona de Jaime del Tránsito Cádiz Norambuena, acaecido a contar del 17 de julio de 1974. Se le impuso, además, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena más el pago de las costas de la causa. En lo civil, se desestimaron todas las alegaciones y defensas opuestas por el Fisco de Chile a la demanda intentada en su contra por Sara Hormazábal Pastene, Sara Cádiz Hormazábal y Carlos Cádiz Norambuena, condenándolo a pagar, a

las dos primeras, cónyuge e hija de la víctima, respectivamente, \$70.000.000 a cada una, y al último, hermano del ofendido, \$30.000.000, como resarcimiento del daño moral padecido, más reajustes conforme a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior al de la dictación del fallo y el mes anterior al del pago, devengando intereses corrientes por igual período.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de dieciocho de agosto de dos mil quince, a fojas 3281, con adicionales fundamentos, la confirmó.

Contra ese último fallo la defensa del condenado Krassnoff Martchenko, a fojas 3286, y el Fisco de Chile, a fojas 3291, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 3353.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del condenado se funda únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose la infracción de los artículos 214 inciso

segundo del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal.

En relación a la primera de estas normas, se señala que para efectos de la atenuación de la pena bastaba constatar la existencia de la orden del superior, que la misma tienda notoriamente a la perpetración de un delito y que no se haya dado cumplimiento a las exigencias de representación del subordinado y luego la insistencia del que la imparte. En relación a dicha instrucción, nunca será relativa al servicio, pues es precisamente el supuesto del precepto que ha desoído por el fallo, porque jurídicamente es imposible sostener que ordenar la comisión de un delito sea de aquellas materias comprendidas dentro del servicio de los militares.

El desconocimiento de dicha minorante tuvo efectos en la cuantía de la sanción, pues la pena debía reducirse en un grado inferior a la asignada por la ley.

En cuanto a la vulneración al artículo 103 del Código Penal, se sostiene en el recurso que dicha atenuante es independiente y diversa de la prescripción, pues son instituciones diversas con características, fines y efectos distintos. Mientras la reclamada aminora la responsabilidad del sentenciado y se sustenta en las normas humanitarias contenidas en el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, la otra la extingue, y deja sin sanción el hecho ilícito.

En el caso de la especie, el delito se entiende consumado a los 90 días después de la detención de la víctima, lo que aconteció el 17 de julio de 1974, fecha a partir de la cual empieza a correr

el plazo de prescripción, íntegramente cumplido al inicio de la persecución penal.

Con la concurrencia de dicha circunstancia, por aplicación del artículo 68 inciso 3° del Código Penal, la sanción habría sido menor, lo que permitía acceder a las medidas de la ley N° 18.216.

Finaliza solicitando que se anule el fallo impugnado y en su reemplazo se condene a su defendido a una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo, para acogerse a los beneficios de la ley N° 18.216.

Segundo: Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo deducido en representación del Fisco de Chile se desarrolla en cuatro capítulos.

Por el primer apartado se reclama error de derecho en relación al rechazo a la excepción de pago opuesta a la demanda, lo que sería consecuencia de la contravención a los artículos 17 a 27 de la ley N° 19.123, pues sobre la base de un errado método de interpretación que vulneró los artículos 19 y 22 del Código Civil, se concedió a las actoras, cónyuge e hija de la víctima, una indemnización, en circunstancias que ya habían sido resarcidas por el mismo hecho con los beneficios de la ley N° 19.123, modificada por la ley N° 19.980. Las demandantes percibieron beneficios que resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, idea que reafirma el artículo 2 N° 1 de la ley en cuestión, pues en virtud de ellos se reparó por el Estado el daño moral y patrimonial experimentado, lo que excluye la posibilidad de que posteriormente sea demandada y otorgada una nueva indemnización por

los mismos conceptos. De ese modo, al recibir tales sumas de dinero, extinguieron su acción contra el Fisco.

El siguiente segmento se extiende al error cometido al rechazar la excepción de preterición legal del demandante Carlos Cádiz, hermano de la víctima, transgrediendo los artículos 17 a 23 de la ley N° 19.123, en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, pues también se le concedió una indemnización, a pesar que la ley N° 19.123 concede indemnización al núcleo más cercano a la víctima, constituido por los padres, hijos, cónyuges, pretiriendo a las demás personas ligadas por vínculos de parentesco, amistad y cercanía, cuyo es el caso de este actor.

Enseguida se denuncia la falsa aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497, 2514 y 2518 del Código Civil y las normas de interpretación de los artículos 19 y 22 inciso primero del referido cuerpo de leyes, al prescindir el fallo de la regulación contenida en el derecho interno a propósito de la prescripción de la acción civil ejercida. Indica el recurso que no existe en la legislación norma de fuente nacional o internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción intentada ni la forma de cómputo de que da cuenta la sentencia, o que prorrogue o interrumpa los plazos de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual del Estado en el caso de violaciones a los derechos humanos, término que es de cuatro años, como establece el artículo 2332 del Código Civil.

En el caso que se revisa la notificación de la demanda se verificó el 6 de

mayo de 2014, fecha en que el plazo ya se encontraba vencido, incluso si se considera que estuvo suspendido durante el régimen militar, hasta la vuelta a la democracia o hasta la entrega del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

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

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

su incorporación al derecho interno es muy posterior a los hechos de la demanda. Tampoco hace referencia a esta materia, aunque no se cita por el fallo, la resolución N° 60/147, de 21 de marzo de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Con tales argumentos finaliza el recurso solicitando que se anule la sentencia y en su reemplazo se resuelva rechazar la demanda, en todas sus partes.

Tercero: Que previo al análisis de los recursos es menester asentar los hechos que el fallo declara como probados.

El fundamento tercero de la sentencia de primer grado, que la de alzada hace suyo, señala que: en Londres 38 funcionó un recinto secreto de detención y tortura desde fines de 1973 hasta aproximadamente los últimos días de agosto de 1974, el que llegó a mantener numerosos detenidos, los que eran interrogados y torturados por medio de diferentes tipos de flagelación, incluso con aplicación de corriente eléctrica. También eran sacados del lugar para cooperar con otras detenciones. Jaime Cádiz Norambuena, de 23 años de edad, militante del MIR, fue detenido sin orden judicial el 17 de julio de 1974, en la Población José María Caro, por agentes no identificados. Desapareció del recinto DINA Londres 38, lugar donde fue visto por testigos, sin que haya tomado contacto con sus familiares ni realizado gestiones ante organismos del Estado, sin registrar entradas o salidas del país, sin que conste, tampoco, su defunción.

Tales hechos fueron calificados como constitutivos de delito de secuestro calificado, dado el tiempo que se pro-

longó la detención, el que se encuentra previsto y sancionado en el artículo 141, incisos 1 y 4, del Código Penal.

Cuarto: Que en relación a la aplicación del artículo 214 del Código de Justicia Militar, desestimado por el fallo, se resolvió que lo preceptuado por la norma es que se debe probar qué superior jerárquico, determinadamente, impartió la orden tendiente a la perpetración de un delito, requisito básico que no se ha dado por demostrado.

En todo caso, atendiendo a los términos de la impugnación, una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un “acto de servicio”, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). Por último y a mayor abundamiento, tampoco hay prueba ni aceptación por parte del recurrente acerca del juicio de valoración que, como subalterno, corresponde efectuar al enjuiciado respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación, condiciones en las que la reclamación de la defensa no puede ser atendida.

Quinto: Que en cuanto a la prescripción gradual que regla el artículo 103 del Código Penal, cuya aplicación se reclama, la sentencia consigna al efecto que la prescripción no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración del estado consumativo del delito, por lo que mientras se prolongue esa situación no puede racionalmente indicarse

el momento a partir del cual empieza a correr el término de la prescripción. En la especie, no hay pruebas del término del secuestro o de la muerte de la víctima.

Asimismo, la normativa internacional de los Derechos Humanos impide la prescripción total y gradual, como ocurre con los Convenios de Ginebra y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

Sexto: Que sin perjuicio de lo que razona el fallo, en reiterada jurisprudencia este tribunal ha sostenido que tanto la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribe la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, por lo que no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo.

Séptimo: Que en las condiciones anotadas el recurso de casación en el fondo promovido por la defensa del condenado será desestimado.

Octavo: Que en lo que concierne al recurso intentado por el Fisco de Chile, aparece de los antecedentes que los hechos en que se funda la demanda caben dentro de la calificación de crimen de lesa humanidad, lo que declara el fallo, y constituyen por ende una violación grave a las normas internacionales sobre Derechos Humanos, por lo que resulta

plenamente procedente resarcir a los actores.

Se establece por la sentencia que no hay norma que expresamente declare la preterición legal respecto del hermano de la víctima ni que los beneficios que perciben la cónyuge y la hija se opongan a una fijación judicial del daño moral sufrido.

Por último, en relación a la prescripción de la acción ejercida, se sostiene por la sentencia impugnada que los crímenes de lesa humanidad y atentatorios contra los derechos humanos son imprescriptibles, lo que plasman numerosas convenciones y tratados y también emana del derecho internacional general o *ius cogens*. Por ello, las normas del Código Civil no son aplicables a este juicio, pues los hechos en que se funda y sus consecuencias son imprescriptibles a la luz del derecho internacional. Tal imprescriptibilidad rige tanto para el ámbito penal como civil, lo que deriva de la consideración que se trata de delitos de lesa humanidad, pues las normas del derecho privado atienden a finalidades distintas a aquellas que emanan del derecho internacional, idea que fluye también de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre derechos humanos, después.

Noveno: Que en reiterada jurisprudencia esta Corte ha sostenido que, tratándose de un delito de lesa humanidad, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil

interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la *key* N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. (En este mismo sentido, SCS N°s. 20.288-14, de 13 de abril de 2105; 1.424, de 1 de abril de 2014; 22.652, de 31 de marzo de 2015, entre otras).

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

Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el

ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

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

Décimo: Que en el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de él emana sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción —por el transcurso del tiempo— de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Undécimo: Que por otro lado, las acciones civiles aquí deducidas por las víctimas en contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación

íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

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

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

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

Decimotercero: Que de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al

momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles deducidas en autos, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

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

Decimoquinto: Que estas mismas reflexiones impiden aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado por la cónyuge y la hija de

Jaime Cádiz Norambuena en razón de que obtuvieron pensiones de reparación de conformidad a la ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

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

Por último, sobre la supuesta preterición legal en relación a la demanda incoada por Carlos Cádiz Norambuena, hermano de la víctima, cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar, existen disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que en la especie no sucede, pues la única

limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar la existencia del daño y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso no ha sido cuestionado.

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

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 N° 1 e inciso final y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que se rechazan los recursos de casación en el fondo formalizados por la defensa del sentenciado Miguel Krassnoff Martchenko y por el Fisco de Chile, a fojas 3286 y 3291, respectivamente, contra la sentencia de dieciocho de agosto de dos mil quince, escrita de fojas 3281 a 3284.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado Krassnoff Martchenko, con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch y del Abogado Integrante Sr. Rodríguez, quienes estuvieron por acogerlo, respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta, circunstancia que igualmente debería aprovechar a los otros sentenciados, aun cuando no la hayan alegado formalmente por esta vía.

Para lo anterior el Ministro señor Dolmestch tuvo en consideración lo siguiente:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del *quantum* de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante —que también se explica gracias a la normativa humanitaria— halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en

el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta 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 en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión de los disiden-

tes se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

A su turno el señor Rodríguez tuvo presente:

A) Que en lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como lo explica la cátedra, el agente encierra o detiene a la víctima y en ese momento la conducta típica queda completa, es decir, se consuma, pero la privación de la libertad, esto es, el resultado, empieza a perdurar durante un tiempo más o menos prolongado, en que subsiste el estado antijurídico creado por el hechor, extensión que naturalmente sigue dependiendo de su albedrío y que debe estar dirigida a concretar el tipo objetivo (Garrido: “Derecho Penal”, cuarta edición, t. III, 2010, N° 23.1.5, p. 389; y Etcheberry: “Derecho Penal”, tercera edición, t. III, 2004, p. 204) con indiferencia de su duración, salvo para calificarlo (art. 141, inc. 4°, del Código Penal) (Labatut: “Derecho Penal”, séptima edición, t. II, 1996, N° 287, p. 31).

B) Que la cesación de ese estado antijurídico, en cambio, puede o no depender del arbitrio del delincuente: aquello ocurre cuando voluntariamente reintegra al ofendido a su ambiente original, evento en el cual la ley reduce la penalidad, de acuerdo con las circunstancias en que se realiza la devolución (artículo 142 bis del Código Penal).

C) Que también tal finalización puede producirse merced a la intervención de los denominados por la doctrina “cursos salvadores”, o sea, factores independientes del consentimiento del

partícipe, como sucede, por ejemplo, con la fuga de la propia víctima; o su liberación por obra de terceros; e incluso, debido a otras causas sobrevivientes tampoco queridas por el sujeto activo, tales como su posterior pérdida de las facultades mentales o incapacidad síquica, o sólo para levantar la prórroga del estado antijurídico; o por último, la muerte de la víctima, hipótesis ésta igualmente prevista en el artículo 141 del estatuto sancionatorio.

D) Que bajo este prisma, es necesario traer a colación dos circunstancias de pública notoriedad que, en concepto de este previniente, han hecho perder el dominio del hecho punible y que consisten en el fin del régimen autoritario de gobierno, acaecido el once de marzo de mil novecientos noventa, junto con la situación de retiro de las Fuerzas Armadas en que se encuentra desde hace bastante tiempo el enjuiciado Krassnoff, y todavía hasta preso, como consta en el proceso, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad suya para continuar la afectación del bien jurídico, derivada de la inicial detención y encierro y ello provoca la conclusión del aplazamiento consumativo del ilícito, de suerte que a partir de ese instante comienza el cómputo del plazo de la prescripción de la acción penal destinada a perseguir el injusto (Etcheberry: ob. cit., p. 205).

E) Que esa clausura del estado antijurídico, en la especie bien puede fijarse en el día once de marzo de mil novecientos noventa, cuando se entregó el poder a los opositores al gobierno militar, bajo cuyo mandato se verificó la

detención o encierro del secuestrado, y como la querrela criminal encaminada a la averiguación del hecho punible fue presentada recién el año 2014, entre ambas fechas ha transcurrido en su totalidad y con exceso el lapso máximo de quince años determinado por la ley para la prescripción.

F) Que, sin embargo, también está acreditado que el secuestro se perpetró bajo estado de guerra interna, en los términos contemplados en el artículo 418 del Código de Justicia Militar, lo que imposibilita declarar la extinción de la responsabilidad criminal del imputado, aunque no impide considerarlo como la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como “muy calificada”, con los colofones singulares del artículo 68 bis de esta misma recopilación.

G) Que, en efecto, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, a saber, el transcurso de cierto tiempo y la forma de computarlo, ello en modo alguno la hace perder su naturaleza jurídica de morigerante de la responsabilidad criminal, y que la doctrina ubica entre aquellas llamadas especiales o específicas que “nada tienen que ver con la extinción de” esa responsabilidad (Politoff *et al.*: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, t. I, 2006, p. 587; Yuseff: “La prescripción penal”, tercera edición, 2009, p. 17; y González *et al.*: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, p. 120), cuya colocación se explica sólo por serles comunes las reglas señaladas que por su índole excepcional, deben aplicarse en forma

restrictiva, puesto que en todo el resto el instituto se rige por la normativa general de las mitigantes (artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal).

H) Que, a mayor abundamiento, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes ni siquiera mencionan este aspecto de la prescripción del delito, lo cual corrobora su esencia diferente del motivo de extinción, pues en realidad es original de la Comisión Revisora del Código Penal (Pedro J. Fernández: “Código Penal... explicado y concordado”, t. I, segunda edición, 1899, p. 238), entonces reafirma su calidad de atenuante y, de paso, despeja cualquier inconveniente para darle plena aplicación, por cuanto atendido su carácter de precepto de Derecho Público, el tribunal debe declararla incluso de oficio (artículo 102 del Código Penal), por igual y sin discriminaciones (art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República).

Acordada la decisión civil con el voto en contra del abogado integrante Sr. Correa, quien fue del parecer de acoger el recurso deducido por el Fisco de Chile, invalidar el fallo de alzada y, consecuentemente, en la sentencia de reemplazo, revocar el pronunciamiento de primer grado y desestimar la demanda, dado que, en el presente caso, se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, las disposiciones del Código Civil, como manda expresamente el artículo 105 inciso segundo del Código Penal. Ade-

más, y puesto que no existen cuerpos normativos que establezcan la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. En ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común, dentro de las cuales destaca el artículo 2497 del Código Civil, que estatuye que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”. Asimismo resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mencionado cuerpo de leyes, por lo que la acción deducida para obtener la reparación de

los daños causados fue ejercida cuando ya estaba vencido en exceso el plazo de cuatro años establecido en el precepto indicado, aún contado desde la entrega del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación el 4 de marzo de 1991, como por lo demás lo reconoce la sentencia del pleno de la Excma. Corte Suprema de 21 de enero de 2013.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y disidencias, sus respectivos autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., y los Abogados Integrantes Sres. Jaime Rodríguez E., y Rodrigo Correa G.

Rol N° 17015-2015.