

Santiago, veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis.

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos trigésimo séptimo, trigésimo octavo, cuadragésimo segundo y cuadragésimo quinto, que se eliminan. En el considerando sexagésimo primero se trueca el guarismo “80.000.000” por “50.000.000”.

**Y TENIENDO EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que el artículo 103 del Código Penal señala que *“Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”*.

**SEGUNDO:** 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. No debe confundirse, entonces, la prescripción como medio de extinción de la responsabilidad penal con el pasar del tiempo como circunstancia atenuante: el transcurrir del tiempo nunca es indiferente al derecho y ciertamente tampoco al derecho penal, incluso en ilícitos de esta naturaleza, pues jamás será lo mismo juzgar un hecho ocurrido en el presente a uno sucedido hace más de cuarenta y dos años, como el de la especie. Y así lo reconoce el propio fallo apelado en el párrafo segundo del eliminado considerando cuadragésimo quinto al señalar que para establecer el quantum de la pena *“se tendrá en consideración el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, lo que debe mitigar la severidad de la pena probable a aplicar y la pena justa...”*. Pues bien, lo que refiere el tribunal de primer grado ya está considerado en la ley, en el citado artículo 103 del Código Penal, norma que los jueces estamos obligados a emplear, no debiendo olvidar lo que al efecto señala el Código Civil en una norma de aplicación general, su artículo 23: lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, de suerte que si se entiende como lo hace el juez de primera instancia que el pasar del tiempo debe tener una influencia en la pena, pues obligatoriamente ha de utilizarse el artículo 103 del Código Penal, que establece precisamente eso, a saber, que el transcurrir del tiempo, en la forma que allí se señala, morigera la punición.

**TERCERO:** 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 más de 42 años.

**CUARTO:** Que el hecho que el delito establecido sea el de secuestro y que hasta hoy no se tengan noticias del secuestrado señor Germán Moreno Fuenzalida, 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 podría el condenado alguna vez cumplir una pena por un delito que lo cometió

ayer, lo comete hoy y lo seguirá cometiendo siempre. Lo anterior es un galimatías que la jurisdicción no se puede permitir.

**QUINTO:** Que el extracto de filiación y antecedentes del acusado Krassnoff Martchenko no contiene anotaciones pretéritas y, por lo tanto, tal como sostenida y reiteradamente desde hace ya mucho tiempo ha dicho la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia -sin que pueda hacerse una excepción en el caso sub judice-, lo favorece la minorante del artículo 11 N° 6° del Código Penal. Al efecto cabe citar al que fuera Ministro de la Corte Suprema y profesor de derecho penal don Enrique Cury: *“La ley exige una conducta anterior irreprochable, esto es, exenta de tacha. El requisito es puramente negativo y, por lo tanto, **no es preciso acreditar que el sujeto ha llevado una vida ‘virtuosa’**, pues esto último implica una actividad positiva en el sentido del bien. Basta con establecer que el autor se abstuvo siempre de obrar mal”* (Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2005, página 491); y no se ha probado que Krasnoff, **antes de cometido el delito por el cual se le acusó**, haya *“obrado mal”*. Y aún más, agrega el autor citado que *“no deben tomarse en consideración infracciones morales sin proyección sobre la convivencia”* de modo que si el autor *“no ama a sus hermanos es aquí del todo irrelevante”*. Desde luego, la conducta posterior del encausado de ninguna manera puede ser tomada en consideración para negarle una circunstancia atenuante que, precisamente, sólo repara en su comportamiento anterior.

**SEXTO:** Que la pena asignada al delito, a la época de su comisión, era presidio mayor en cualquiera de sus grados y, de acuerdo a lo que dispone el artículo 103 del Código Penal, ya transcrito, debe considerarse el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y proceder en consecuencia, con lo que se rebajará en un grado la sanción al mínimo y, existiendo en favor de Krassnoff Martchenko la citada minorante del N° 6° del artículo 11 del mencionado texto, se regulará la sanción, finalmente, en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y se le otorgará el beneficio de la libertad vigilada.

**SÉPTIMO:** Que en cuanto a lo civil, de acuerdo a lo razonado en el motivo sexagésimo primero del fallo que se revisa, la suma de \$50.000.000 parece la prudente para la reparación a la actora de los perjuicios sufridos con el actuar del acusado.

**OCTAVO:** Que por lo anterior, no se comparte el informe del Ministerio Público Judicial, de fojas 1.925, en cuanto estuvo por confirmar el fallo de primera instancia sin modificaciones.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia de veintidós de julio de dos mil quince, escrita de fojas 1.722 a 1.781, **con las siguientes declaraciones:**

I.- Se rebaja la pena impuesta a Miguel Krassnoff Martchenko a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de secuestro calificado de Germán Rodolfo Moreno Fuenzalida, cometido en Santiago el 15 de julio de 1974.

Reuniéndose los requisitos legales, se le concede la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva por el lapso de tres años y un día, debiendo cumplir, además, con las exigencias del artículo 17 de la ley 18.216.

II.- Se reduce la indemnización que Miguel Krasnoff Martchenko y el Fisco de Chile deben pagar solidariamente a la demandante señora Adriana de la Concepción

Moreno Fuenzalida a la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos), con los reajustes e intereses señalados en el fallo que se revisa.

Se previene que el Ministro suplente señor Advis no comparte los razonamientos primero a cuarto y, en consecuencia, estuvo por confirmar el fallo de primer grado pero reconociéndole al imputado Krasnoff la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del N° 6° del artículo 11 del Código Penal e imponerle, de este modo, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias señaladas en el fallo de primera instancia, como autor del referido delito, sin otorgarle la pena sustitutiva de libertad vigilada por no ser procedente en esta hipótesis.

Acordada la decisión de confirmar con declaración la sentencia en lo que a la acción civil se refiere, con el voto en contra del Ministro señor Mera, quien estuvo por revocar en este extremo la sentencia de primera instancia y desechar completamente la demanda de la señora Adriana de la Concepción Moreno Fuenzalida, sin costas por haber tenido la actora motivos plausibles para litigar. Tuvo presente para ello:

A) Que, desde luego, la acción ejercida por la parte demandante es de índole patrimonial, desde que se demanda una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios. Esta obligación del Estado provendría de un acto ilícito cometido por sus agentes, esto es, se trata de un caso de culpa aquiliana o responsabilidad extracontractual.

B) Que no hay un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, resultando aplicable para el demandado de autos, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 2332 del mismo cuerpo legal.

C) Que en fallo de 27 de junio de 2006, dictado por la Excma. Corte Suprema de Justicia en causa rol 508-06, se señaló que no por ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho público, no pueden extinguirse por el transcurso del tiempo, *“dado que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a esas normativas y puede operar en todas las disciplinas que corresponden al derecho Público...”*, doctrina que el disidente hace suya. Por lo demás, no existe disposición alguna que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado y, antes al contrario, existe una norma expresa en sentido contrario, como es el artículo 2497 del Código Civil, al señalar 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”*. Y, todavía, la misma Corte Suprema, **esta vez reunida como Tribunal Pleno**, en sentencia de veintiuno de enero de dos mil trece unificó la dispar jurisprudencia existente sobre este particular y sentó como doctrina precisamente la que se viene comentando.

D) Que el aludido artículo 2332 del Código Civil establece un plazo de cuatro años para la prescripción de la acción deducida en estos autos, plazo que se contabiliza desde que se cometió el acto ilícito, ya que la expresión “perpetración del acto” utilizada en la norma legal recién citada, tiene un sentido amplio, que comprende la realización de una acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados.

E) Que el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios es único, consiste en la detención del señor Germán Moreno Fuenzalida, de la que se derivó su desaparición, situación esta última que se mantiene hasta el día de hoy. O sea, según lo ha establecido la Corte Suprema en el fallo anotado, la desaparición del ofendido es una

consecuencia de su detención, como lo es el dolor que provoca a los deudos el homicidio de un ser querido o, una cicatriz en el caso de un herido pero, aunque tales efectos o consecuencias permanezcan en el tiempo, el plazo de prescripción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil, es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto que los ocasiona. Todo delito, o la mayoría de ellos, provoca efectos perjudiciales que permanecen en el tiempo, pero no por eso el acto que da origen a la indemnización deja de ser único. La aceptación de la tesis de la actora significaría consagrar, al menos indirectamente, la imprescriptibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios, lo cual resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico.

F) Que la detención del señor Moreno Fuenzalida por parte de agentes del Estado sucedió el 15 de julio de 1974, por lo que a la fecha de la notificación de la demanda el plazo que establece el artículo 2332 del Código Civil había transcurrido en exceso. Y aún cuando el plazo se cuente desde que el país volvió a la normalidad democrática, el 11 de marzo de 1990, igualmente estaría cumplido el plazo de prescripción de cuatro años referido.

G) Que, en consecuencia, la acción deducida está extinguida por la prescripción y procede así declararlo.

**Se aprueban** los sobreseimientos definitivos de nueve y veintiocho de septiembre de dos mil quince, escritos, escritos a fojas 1.813 y 1.820, respectivamente.

Redacción del Ministro señor Mera.

No firma la Ministro señora Kittsteiner, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

Regístrese y devuélvase.

N° 1.846-2015.

Pronunciada por la ***Cuarta Sala*** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministro señora María Rosa Kittsteiner Gentile y el Ministro (s) señor Pedro Advis Moncada.

Autorizado por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis, notifiqué en secretaría por el estado diario la resolución precedente.