

Santiago, dieciséis de agosto de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos N° 11.337 JF, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil catorce, escrita a fojas 3.122, en lo que atañe a los recursos, se condenó a Miguel Krassnoff Martchenko, a diez años de presidio mayor en su grado mínimo, 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, como autor del **delito de secuestro calificado de Carlos Luis Cubillos Gálvez**, perpetrado en esta ciudad el 4 de junio de 1974.

En lo civil, se acogió la demanda interpuesta por Mónica Contreras Hidalgo y Jorge Cubillos Gálvez, cónyuge y hermano de la víctima, respectivamente, condenando al Fisco de Chile y a los enjuiciados Krassnoff Martchenko, Marcelo Moren Brito y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, solidariamente, al pago de \$150.000.000 (ciento cincuenta millones de pesos) a la primera y \$80.000.000 (ochenta millones de pesos) al segundo, como indemnización de perjuicios por el daño moral causado.

Impugnada esa decisión, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veinte de enero de dos mil dieciséis, a fojas 3.365, la confirmó.

Contra el anterior pronunciamiento la defensa del sentenciado Krassnoff Martchenko, a fojas 3.366, y el Fisco de Chile, a fojas 3.370, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 3.401.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la defensa del sentenciado se sustenta únicamente en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el error de derecho cometido al desestimar la aplicación de los artículos 214 del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal.

En relación al primero de estos preceptos, se afirma por el recurso que para su concurrencia no es condición que la orden sea relativa al servicio, pues jurídicamente no es posible sostener que ordenar la comisión de un delito sea una de aquellas materias comprendidas dentro del servicio de los militares. En tal evento, si el inferior comete un delito en cumplimiento de una orden que tienda notoriamente a la perpetración de un ilícito, sin dar cumplimiento a la formalidad de la representación, de acuerdo al artículo 335 del Código de Justicia Militar, perentoriamente se debe imponer la pena inferior en grado a la asignada por la ley al delito, lo que en este caso no ha sucedido.

En lo concerniente a la prescripción gradual que regula la norma del artículo 103 del Código Penal, se afirma que constituye una atenuante independiente de la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción total, cuyos fundamentos, fines y efectos son diversos, pues mientras esta deja el hecho sin sanción, la que reclama solo conduce a la reducción de la pena. Su admisión, por último, es consecuencia del reconocimiento del principio humanitario del derecho penal, que permite disminuir el castigo para el caso de hechos delictivos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello dejan de ser punibles.

En tal caso el ilícito debe considerarse como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, dándose aplicación a las reglas de los artículos 65

a 68 del Código Penal, ya sea en la imposición de la pena o para disminuir la ya impuesta.

Con error de derecho, concluye, en la especie se dejó de aplicar el artículo 68 del Código Penal, que obligaba al tribunal, al graduar la pena, al examen del número y calidad de las circunstancias atenuantes que le beneficiaban, lo que en la especie no se hizo.

Finaliza solicitando la nulidad de la sentencia recurrida a fin que en su reemplazo se declare que favorecen al enjuiciado las atenuantes del artículo 103 del Código Penal y 214 del Código de Justicia Militar, y se imponga una pena no superior al presidio menor en su grado mínimo, con los beneficios de la Ley N° 18.216.

Segundo: Que el Fisco de Chile formalizó recurso de casación en el fondo contra la decisión civil de la sentencia fundado en los artículos 764, 767 y 770 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal, por infracciones que desarrolla en tres capítulos.

Su primer segmento se extiende a la infracción a los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 y artículos 19 y 22 del Código Civil, como consecuencia de haberse rechazado en la sentencia la excepción de pago opuesta al contestar la demanda respecto de la actora Mónica Contreras Hidalgo, cónyuge de la víctima, pues a ella se concede una indemnización en circunstancias que ya había sido resarcida por el mismo hecho con los beneficios de la Ley N° 19.123, modificada por la Ley N° 19.992. La actora percibió beneficios que resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, pues en virtud de ellos se reparó por el Estado el daño 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, extinguió su acción contra el Fisco.

Enseguida se denuncia la falsa aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 1437, 2332, 2492, 2497, 2514 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, término que es de cuatro años, como establece el artículo 2332 del Código Civil.

En el caso que se revisa, los hechos tuvieron lugar el 4 de junio de 1974, en tanto que la notificación de la demanda se verificó el 16 de junio 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.

En tercer término se reclama la falsa aplicación de normas de derecho internacional de los Derechos Humanos, que no contemplan la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales. 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.

Termina por pedir que se anule la sentencia impugnada, a fin que, en su reemplazo, se resuelva desechar íntegramente la acción intentada.

Tercero: Que previo al análisis de estos recursos es conveniente recordar los hechos que el tribunal de la instancia ha tenido por demostrados.

Tales son los contenidos en el considerando tercero del pronunciamiento de primer grado, que señala:

a) Por órdenes superiores, a fines de 1973, el Ejército de Chile acondicionó el Regimiento Tejas Verdes, más precisamente unas cabañas de la Playa de Rocas de Santo Domingo, para impartir cursos básicos de inteligencia a personal de las Fuerzas Armadas y de Orden, a fin de combatir a los opositores del Gobierno Militar de la época, personal que una vez instruido fue asimilado a diversas reparticiones de la Dirección Nacional de Informaciones (DINA), siendo Comandante de dicho Regimiento Manuel Contreras Sepúlveda, el que al inicio los arengaba y les explicaba el propósito de su formación.

b) Carlos Luis Cubillos Gálvez era dirigente poblacional y militante de Movimiento de Izquierda Revolucionario MIR, desde al menos el año 1969.

c) El 4 de junio de 1974 agentes operativos de la DINA, sin que hubiera orden alguna, procedieron a la detención de Cubillos Gálvez en la vía pública, el que fue trasladado de inmediato al centro de detención clandestino de dicho organismo denominado Londres 38, donde se le mantuvo privado de su libertad, fue interrogado y apremiado físicamente mediante torturas, ignorándose desde entonces su paradero, así como la suerte que ha corrido en su salud física, síquica e integridad personal, hasta el día de hoy.

d) Tiempo después apareció en algunos medios periodísticos extranjeros, replicados por medios nacionales, la noticia de que Carlos Cubillos Gálvez había muerto junto a otras 118 personas en un enfrentamiento entre militantes de izquierda y/o en enfrentamiento con fuerzas extranjeras, sin que dicha noticia fuere confirmada por ninguna autoridad nacional ni extranjera.

Tales sucesos se estimaron constitutivos del delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso tercero del Código Penal y calificados como crimen de lesa humanidad.

Cuarto: Que en lo que concierne al recurso del condenado, el fallo estableció que en casos como el que se analiza no puede prescindirse de la normativa de derecho internacional de los Derechos Humanos, que excluyen la aplicación de la prescripción en delitos de lesa humanidad, por ende, no hay plazo alguno que contabilizar. Además se señala que como se trata de un delito de carácter permanente, en los que la prescripción no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo, mientras se prolongue tal situación, no es posible indicar en qué momento comienza el cómputo.

En relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar el mismo fallo asienta que no se acreditó la existencia de una orden de algún superior jerárquico, situación que

el acusado tampoco menciona. Tampoco se demostró que mediara una orden administrativa y/o judicial o que se hubiere dictado alguna resolución que involucre a la víctima de autos. Por otro lado, se declara, para la configuración de la atenuante era esencial un reconocimiento efectivo por parte del sentenciado que detuvo a la víctima, que la encerró y participó activa o pasivamente en sus interrogatorios, lo que no ha sucedido, porque Krassnoff no solo niega haber detenido a Cubillos, sino que desconoce haber estado como agente operativo e interrogador en el recinto donde fue encerrado, por lo que mal puede haber obrado en virtud de órdenes de un superior jerárquico.

Quinto: Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia a propósito de estas circunstancias, es conveniente recordar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Sin embargo, como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, circunstancia que el fallo declaró expresamente, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total 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 el de la especie.

Sexto: Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Séptimo: Que en cuanto a la minorante del Código de Justicia Militar, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, debe decirse que 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). 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, más cuando los argumentos de la defensa descartan su participación, condiciones en las que la reclamación de la defensa no puede ser atendida.

En consecuencia, al resolver la sentencia del modo que se le reprocha por la defensa de Krassnoff Martchenko, no ha incurrido en error de derecho, condiciones en las que el recurso será desestimado.

Octavo: Que en lo que concierne al recurso de casación en el fondo promovido por el Fisco de Chile, caben las siguientes reflexiones.

En lo que atañe a la prescripción, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que tratándose de un delito de lesa humanidad -lo que ha sido declarado en la

especie-, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas 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 de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, comprendidos en 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 Nros. 20.288-14, de 13 de abril de 2015; 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 desigual resulta discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las disposiciones 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, desde que, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

Noveno: Que en la situación sub lite, 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- del eventual ejercicio de la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Décimo: Que por lo demás, la acción civil aquí entablada por las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.

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 regla internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias del agravio.

Undécimo: Que esta preceptiva impone 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 disposiciones 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 reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.

Duodécimo: Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger la acción civil formalizada en autos, cuyo objeto radica en 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 disposiciones de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en 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, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Décimo tercero: Que, por último, cabe tener 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, quedarían inaplicadas.

Décimo cuarto: Que estas mismas reflexiones impiden admitir la alegación del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por la actora Mónica Contreras Hidalgo, en razón de haber obtenido pensiones de reparación con arreglo a la ley N° 19.123, pues esa pretensión resulta inconciliable con la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable cuando no la contradice, como también se razonó, de suerte 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 otras imposiciones legales de derecho patrio.

La preceptiva invocada por el Fisco -que sólo consagra un régimen de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es dable presumir que se diseñó para cubrir todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos porque se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación citada, sin que implique la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley.

Décimo quinto: Que por las consideraciones precedentes ninguno de los capítulos comprendidos en el recurso de casación en el fondo formulado por el Fisco de Chile puede prosperar.

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 rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos en representación del sentenciado Miguel Krassnoff Martchenko y del Fisco de Chile, en contra de la sentencia de veinte de enero de dos mil dieciséis, que corre a fojas 3.365, la que por consiguiente no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre al rechazo del recurso formalizado por el sentenciado Krassnoff Martchenko, en lo relativo a la falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal, teniendo en cuenta que al haberse establecido que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, no es posible determinar el momento de inicio del plazo de prescripción de la acción penal. En efecto, en el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseable para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo - objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo, hasta que se acredite o la liberación del secuestrado o su deceso, nada de lo cual se ha demostrado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte del ofendido, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del estado antijurídico creado por el delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término de la situación lesiva para la libertad ambulatoria provocada por la acción delictiva.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Rodríguez, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Miguel Krassnoff Marchenko, fundado exclusivamente en la causal que no acepta la minorante de la prescripción gradual o incompleta o media prescripción, que en concepto del disidente concurre en su favor y, en consecuencia, estima procedente invalidar el fallo recurrido y en el de reemplazo correspondiente, acoger dicha atenuante como muy calificada y disminuir la pena privativa de libertad en un grado desde el mínimo de los determinados por el artículo 141 del Código Penal.

Ello, en atención a las razones que pasa a exponer:

1°).- Que en lo que concierne a los delitos de consumación permanente, uno de cuyos exponentes es precisamente el secuestro, tal como se explica, 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, pág. 389; y Etcheberry: “Derecho Penal”, tercera edición, t. III, 2004, pág. 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, pág. 31).

2°).- 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).

3°).- 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 propia y posterior incapacidad, sea física como pérdida de las facultades mentales, o síquicas, 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.

4°).- Que bajo este prisma, es necesario traer a colación algunas circunstancias de pública notoriedad que, en concepto del disidente, 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 encuentran desde hace tiempo todos los enjuiciados, como consta en el proceso, muchos de ellos fallecidos, otros de edad avanzada, incluso sometidos a proceso y hasta presos, lo cual razonablemente autoriza inferir dicha incapacidad sobreviniente de su parte 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., pág. 205).

5°).- 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 encausado, aunque no impide considerarla como la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como “muy calificada” y así todavía le proporciona los colofones singulares del artículo 68 bis de esta misma recopilación.

6°).- Que, en efecto, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de 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

denominadas 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, pág. 587; Yuseff: “La prescripción penal”, tercera edición, 2009, pág. 17; y González et al: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, pág. 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).

7°).- 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 no podía ser de otro modo, dado que es original de la Comisión Revisora de nuestro Código Penal (Pedro J. Fernández: “Código Penal...explicado y concordado”, t. I, segunda edición, 1899, pág. 238), entonces reafirma su calidad de atenuante y, de paso, despeja cualquier inconveniente para darle plena aplicación, por cuanto atendido su carácter de norma de Derecho Público, el tribunal debe declararla incluso de oficio (artículo 102 del Código Penal), por igual y sin discriminaciones de ninguna índole a todas las personas (arts. 1°, inc. 1°, y 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República).

8°).- Que, por consiguiente, la aludida morigerante como muy calificada, calidad que expresamente le asigna la ley, supone la rebaja al menos en un tramo desde el mínimo de los señalados por el art. 141 del Código Penal y entonces la sanción corporal a imponer se reduce a presidio menor en su grado máximo, sin perjuicio de la unificación de las distintas penas impuestas al convicto que, en opinión del disidente, ya es tiempo de practicar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 13.762- 16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E. No firma el Abogado Integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a dieciséis de agosto 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.