

Santiago, ocho de agosto de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos rol 24.290-2016, provenientes de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintiocho de julio de dos mil quince, escrita a fojas 5697, en lo que atañe a los recursos, se condenó a Miguel Krassnoff Martchenko, a la pena única de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, 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 de los **delitos de homicidio calificado de Alberto Recaredo Gallardo Pacheco, Catalina Ester Gallardo Moreno, Monica Del Carmen Pacheco Sanchez y Luis Andrés Ganga Torres**, perpetrados en esta ciudad el día 19 de noviembre de 1975.

En lo civil, se acogió la demanda interpuesta por Ofelia Aida Moreno Aguirre, Isabel Carmen Gloria Gallardo Moreno, Ester Torres Martínez, Viviana Beatriz Gallardo Magallán y Alberto Anibal Rodríguez Gallardo, condenando al Fisco de Chile, al pago de \$200.000.000 (doscientos millones de pesos) a Ofelia Aida Moreno y Ester Torres, \$100.000.000 (cien millones de pesos) a Isabel Carmen Gloria Gallardo Moreno y Alberto Anibal Rodríguez Gallardo; y \$80.000.000 (ochenta millones de pesos) a Viviana Beatriz Gallardo Magallán, como indemnización de perjuicios por el daño moral causado.

Impugnada esa decisión, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de treinta de marzo de dos mil dieciséis, a fojas 6.042, la confirmó.

Contra el anterior pronunciamiento la defensa del sentenciado Krassnoff Martchenko, a fojas 6.055, y el Fisco de Chile, a fojas 6.060, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 6.101.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la defensa del sentenciado se sustenta 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 inciso 2º del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal.

En relación al primero de estos preceptos, señala el recurrente que dicha norma regula uno de los efectos de la obediencia debida y contempla la hipótesis de que un subalterno cometa un delito y ello sea en cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio, ni este subalterno o inferior la haya representado y luego el superior insistido. Afirma 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. Agrega que 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, 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 ésta deja el hecho sin sanción, la que reclama solo conduce a la reducción de la pena. Su admisión, por último, es consecuencia del reconocimiento de la aplicación del principio humanitario al 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 medio, 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, pues se concede a los actores una indemnización en circunstancias que ya habían sido resarcidos por el mismo hecho con los beneficios de la Ley N° 19.123, modificada por la Ley N° 19.992. Los demandantes percibieron 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, extinguieron su acción contra el Fisco.

Agrega el recurso, bajo el mismo capítulo, que la Ley N° 19.123 concedió beneficios al núcleo más cercano de la víctima, que comprende a los padres, hijos y cónyuge, pretiriendo al resto de las personas ligadas por vínculos de parentesco, amistad o cercanía, entre ellos, a los sobrinos o nietos del causante, cuyo es el caso de algunos de los demandantes de autos. Prueba este aserto la existencia de otras normas de derecho interno que razonan en igual sentido, como sucede, por ejemplo, con los artículos 43 de la Ley N° 16.744 y 988 y siguientes del Código Civil, de todo lo cual se infiere como principio jurídico que la ley da prioridad para la reparación de daños en casos como el que se revisa a los familiares más cercanos a la víctima, lo que en este caso no ha sido respetado.

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 19 de noviembre de 1975, en tanto que la notificación de la demanda se verificó el 21 de octubre 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. Aduce que el fallo 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:

En el centro de detención y tortura clandestino denominado “Villa Grimaldi” o “Cuartel Terranova”, operaba un grupo de agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), quienes, con conocimiento del Director del Organismo y ostentando diversos grados de jerarquía en el mando, ordenaron algunos y ejecutaron otras capturas de personas militantes o afines a partidos políticos o movimientos de izquierda, a quienes encerraron ilegalmente en el lugar, doblegándolos bajo tormento físico de variada índole con el objeto de hacerlos entregar información sobre otras personas de la izquierda política para aprehenderlas.

Este centro de detención, ubicado en Avenida José Arrieta N° 8200 de la comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, fue el recinto que más detenidos reunió en Santiago. Los primeros llegaron a mediados del año 1974. En enero de 1975 “Villa Grimaldi” pasó a convertirse en el centro de operaciones de la Brigada de Inteligencia Metropolitana (BIM), que ejercía represión interna en Santiago. A este recinto se llevaba a los detenidos para sus primeros interrogatorios, después de la aprehensión y se aplicaban distintas formas de tortura; también se mantenían reclusos a los prisioneros a quienes ya se les había interrogado y torturado, muchas veces por largos periodos a la espera de la decisión sobre su suerte. Se les mantenía todo el tiempo con los ojos vendados, en deficientes condiciones higiénicas y con escaso alimento. Los

lugares más característicos donde se mantenía reclusos a los prisioneros eran los siguientes: La “Torre”, “Casas Chile” y “Casas Corvi”.

En estas circunstancias, Manuel Lautaro Reyes Garrido, militante del Mir, y Pedro Blas Cortes Jelvez, militante del Partido Comunista, fueron detenidos y trasladados hasta el centro de detención de “Villa Grimaldi”, donde fueron ejecutados, en las siguientes circunstancias:

El 18 de noviembre de 1975, se produjo un enfrentamiento en calle Bío Bío en el que resultó muerto un militar y el militante del MIR Roberto Gallardo Moreno (hijo y cónyuge respectivamente de los de las víctimas en esta causa). En horas posteriores al hecho anterior, ese mismo día, fueron detenidos en sus domicilios todos los integrantes de la familia Gallardo y conducidos hasta el Cuartel de Investigaciones de calle General Mackenna donde fueron interrogados y torturados. En la madrugada del 19 de noviembre fueron liberados algunos de los miembros de la familia, a excepción de Alberto Recaredo Gallardo Pacheco, Catalina Ester Gallardo Moreno y Mónica del Carmen Pacheco Sánchez, quienes fueron puestos a disposición de la DINA y trasladados hasta el recinto de “Villa Grimaldi”.

En la madrugada del 19 de noviembre, fue detenida Ester Torres junto a tres de sus hijos, Renato, Mauricio y Francisco Javier Ganga, por agentes de la DINA que buscaban a su hijo mayor Luis Andrés Ganga (víctima en la causa) y fueron llevados a “Villa Grimaldi”; después de ser torturados e interrogados se obtuvo el dato del paradero de Luis Andrés, quien fue aprehendido momentos más tarde y conducido a ese recinto, donde fue torturado. Testigos que se encontraban detenidos en “Villa Grimaldi” declaran que esa fue la peor de todas las noches, describen un gran movimiento de autos, escucharon a los agentes pidiendo agua y aceite caliente y gritos de lamento de los torturados. Al otro día se observó en el patio, tirados en el suelo, varios cadáveres y a dos mujeres, Catalina y Mónica, en muy malas condiciones físicas.

Ese mismo día los cadáveres de Mónica Pacheco Sánchez, Catalina Gallardo Moreno, Alberto Gallardo Pacheco, Luis Andrés Ganga Torres, Pedro Blas Cortes Jeldres y Manuel Lautaro Reyes Garrido, fueron trasladados desde Villa Grimaldi, por personal de la DINA al mando del capitán de Ejército Germán Barriga Muñoz, hasta el recinto denominado Rinconada de Maipú, con la finalidad de aparentar un enfrentamiento entre estos detenidos y personal de la DINA.

En la tarde del 19 de noviembre un comunicado de prensa del Gobierno dio cuenta de “un enfrentamiento” en los cerros de la Rinconada de Maipú, en el que habrían muerto Alberto Recaredo Gallardo Pacheco, Catalina Ester Gallardo Moreno, Mónica del Carmen Pacheco Sánchez, Luis Andrés Ganga y otros dos hombres. El comunicado señalaba lo siguiente “...*hoy 19 de noviembre, a las 12:00 horas en los cerros de Rinconada de Maipú, se registró un violento enfrentamiento a tiros de más de treinta minutos de duración entre las fuerzas de la DINA e Investigaciones y el grupo de extremistas que se parapetó fuertemente armado en ese cerro. Resultaron muertos seis extremistas, huyendo uno de ellos. Al mismo tiempo fueron heridos dos funcionarios de los servicios de inteligencia y seguridad, con diagnóstico grave y el otro menos grave. ...Se ha podido arribar a las siguientes conclusiones, los extremistas muertos son*

Mónica Pacheco Sánchez alias Myriam, del MIR... casada con Roberto Gallardo Moreno alias Juan, del MIR, quien resultó muerto en el tiroteo registrado en la escuela N° 51 el lunes pasado. Catalina Gallardo Moreno del MIR.... Manuel Lautaro Reyes Garrido, perteneciente al MIR, Alberto Gallardo Pacheco perteneciente al MIR, Luís Andrés Gangas Torres alias Jaime o Lucho Cárcamo del MIR y Pedro Blas Cortes Jelvez del partido comunista, alias "Marcos" ...".

De acuerdo al fallo de primera instancia, en realidad se realizó un "montaje" para impedir su descubrimiento, destinado a ocultar los hechos efectivamente ocurridos - esto es, torturas y muertes de víctimas desvalidas- y los efectos utilizados para la comisión de los mismos, existiendo, además, favorecimiento personal, por existir conocimiento de las circunstancias de los ilícitos, para lograr la impunidad de los autores de los mismos, miembros de la DINA.

Tales sucesos se estimaron constitutivos del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal y fueron calificados como crímenes de lesa humanidad.

Cuarto: Que en lo que concierne al recurso del condenado, el fallo de primera instancia, al pronunciarse respecto al artículo 214 del Código de Justicia Militar, asentó que no había sido acreditada la existencia de una orden de algún superior jerárquico, requisito básico y esencial para la configuración de la atenuante invocada, ni tampoco que la orden impartida lo fuera en el contexto de una estructura jerárquica con vigencia jurídica valedera y dentro del ámbito de las funciones que crea la relación de subordinación.

Quinto: Que en cuanto a esta minorante, 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, tal como señala la sentencia de primer grado, 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 no puede ser atendida.

Sexto: Que en lo que en lo que refiere a la prescripción gradual, 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 excluye la aplicación de la prescripción en delitos de lesa humanidad, por ende, no hay plazo alguno que contabilizar.

Al respecto, 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. Como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, 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.

Séptimo: 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.

Octavo: Que 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.

Noveno: 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.

Décimo: 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.

Undécimo: 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.

Duodécimo: 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.

Décimo Tercero: 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 normas de *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 cuarto: 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 quinto: Que estas mismas reflexiones impiden admitir la alegación del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por los actores, 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 sexto: Por último, sobre la supuesta preterición legal invocada conjuntamente con la excepción de pago, 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.

Décimo séptimo: 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 treinta de marzo de dos mil dieciséis, que corre a fojas 6.042.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre al rechazo del recurso formalizado por el sentenciado Krassnoff Martchenko, toda vez que si bien es partidario de aceptar, en general, la circunstancia especial prevista en el artículo 103 del Código Penal en los delitos instantáneos, como el homicidio calificado, en este caso la rechaza, teniendo en cuenta lo facultativo de la rebaja de la sanción penal establecida en el artículo 68 del Código Penal, al cual se remite el precepto tenido por vulnerado; la pluralidad de delitos contra la humanidad atribuidos al acusado y la gravedad y circunstancias particularmente reprochables de los ilícitos cometidos.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, quien estuvo 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. Para lo anterior 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, sin originar la impunidad del hecho delictivo. Así, aquella 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 atenuante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, 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, pues 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 del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia su autor.

N° 24.290 - 16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a ocho 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.