

Santiago, trece de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos rol 22.206-2016, provenientes de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de doce de noviembre de dos mil quince, escrita a fojas 1638, en lo que atañe a los recursos, se condenó a Donato Alejandro López Almarza, a la pena única de ocho 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 de los **delitos de homicidio calificado de Hugo Araya González y Marta Vallejo Buschmann**, perpetrados en esta ciudad entre el 11 y el 12 de septiembre de 1973.

En lo civil, se acogió la demanda interpuesta por Alejandra Vallejo Buschmann condenando al Fisco de Chile, al pago de \$100.000.000 (cien millones de pesos) como indemnización de perjuicios por el daño moral causado.

Impugnada esa decisión, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de nueve de marzo de dos mil dieciséis, a fojas 1794, la confirmó con declaración, elevando la pena a diecisiete 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.

Contra el anterior pronunciamiento la defensa del sentenciado López Almarza, a fojas 1.809, y el Fisco de Chile, a fojas 1.818, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenó traer en relación por decreto de fojas 1.852.

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 del artículo 103 del Código Penal.

Afirma que la norma en comento, 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 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 también 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 se imponga una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, con la pena sustitutiva de libertad vigilada.

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 la actora 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. Afirma que 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.

Manifiesta que en el presente caso, los hechos tuvieron lugar el 11 de septiembre de 1973, en tanto que la notificación de la demanda se verificó el 18 de junio de 2015, 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, por cuanto 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 de que, en su reemplazo, se resuelva desear 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 segundo del pronunciamiento de primer grado, que señala:

“Que el día 11 de septiembre de 1973, en horas de la tarde, un batallón del Regimiento Yungay N°3 de San Felipe, al mando del mayor Donato López Almarza, viaja a la ciudad de Santiago, recibiendo la orden de constituirse en la ex Universidad Técnica del Estado, actual USACH, y efectuar el desalojo de las personas que se encontraban en su interior, para lo cual procede a rodear el perímetro del recinto y a ubicar personal militar en los edificios cercanos, correspondiente al sector de la Villa Portales, apoyado por fuerzas de Carabineros, y de esa forma cercar a unas 600 personas en su interior, entre alumnos, profesores, directivos y funcionarios, lanzamiento que debía concretarse ese mismo día.

Que en horas de la tarde, en vista de que no pudo obtener el abandono voluntario del recinto, López Almarza decide conversar con los dirigentes de la universidad, por la inminente llegada del toque de queda, y postergar el desalojo, acordando que todas las personas que se encontraban al interior podían mantenerse en ese sitio pero sólo hasta el día siguiente, ya que debían abandonar el recinto antes de las 12:00 AM, que sería el momento en que se cumpliría la orden.

Que el jefe que se encontraba al mando de todo el contingente que rodeaba la universidad, mayor López Almarza, decide mantener al personal militar rodeando el campus universitario y también a los francotiradores apostados en los edificios, y de esa forma evitar la fuga de las personas que se encontraban en el campus universitario, a las cuales de ser necesario debía disparar;

Que a consecuencia de estas órdenes impartidas a los militares por su superior jerárquico, la víctima Hugo Araya recibe un disparo cuando cruzaba uno de los patios del recinto, cerca de la escuela de Artes y Oficios, que lo deja gravemente herido y cuyas lesiones posteriormente le causaron la muerte, como también es alcanzada por uno de los disparos la víctima Marta Vallejo, que fallece en un costado del gimnasio de la universidad, a consecuencia de una bala cérvico torácica.

Que al día siguiente, en horas de la mañana, el contingente militar al verse reforzado con las tropas que comandaba el mayor Marcelo Moren Brito, del Regimiento N° 2 Arica, inicia el desalojo de la universidad, mediante ataque de artillería del regimiento Arica, cuyo obús impacta en la puerta de la casa central y la derriba, generando pánico entre las personas que se encontraban en el interior, quienes finalmente deciden salir con banderas blancas en señal de rendición, luego todos son detenidos y trasladados en buses al Estadio Chile.”

Tales sucesos se estimaron constitutivos de sendos delitos de homicidio calificado, previstos y sancionados 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 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.

En lo que dice relación con la prescripción gradual, 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.

Así, 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.

Quinto: 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, la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

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

Sexto: 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, 20.567-15, de veintiuno de junio de 2016, 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.

Séptimo: 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.

Octavo: 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.

Noveno: 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: 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 Primero: Que, por último, cabe tener en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6º, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y 3º 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 Segundo: Que estas mismas reflexiones impiden admitir la alegación del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por la actora, 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 Tercero: 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 Donato López Almarza y del Fisco de Chile, en contra de la sentencia de nueve de marzo de dos mil dieciséis, que corre a fojas 1.794.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Cisternas, quienes estuvieron por acoger la circunstancia atenuante de 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 tuvieron en consideración lo siguiente:

1º 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, 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, 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.

En consecuencia, siendo una norma claramente favorable al procesado, en opinión de los disidentes 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. Cisternas y de la disidencia, sus autores.

N° 22.206 - 16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Kunsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firman los Ministros Sres. Cisternas y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos en comisión de servicios.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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