

Santiago, doce de enero de dos mil quince.

Vistos:

En estos antecedentes **rol N° 2.182-98, Episodio Londres, 38** caratulados “**Juan Meneses Reyes**”, por sentencia de primera instancia pronunciada el cinco de septiembre de dos mil trece, escrita a fs. 3025 y siguientes, se condenó a JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, MARCELO MOREN BRITO, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO, GERARDO GODOY GARCÍA y BASCLAY ZAPATA REYES en su calidad de autores del delito de secuestro calificado de Juan Aniceto Meneses Reyes cometido a contar del 3 de agosto de 1974, a sufrir la pena de 10 años y 1 día de presidio mayo en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa. Se absolvió a MAXIMILANO FERRER LIMA del señalado ilícito.

Se rechazaron las excepciones de incompetencia, prescripción extintiva y pago opuestas por el Consejo de Defensa del Estado y se acogió la demanda interpuesta por doña Irma del Carmen Meneses Reyes en contra del Fisco de Chile, el que fue condenado a pagarle cincuenta millones de pesos con los reajustes e intereses que el referido fallo señala.

La mencionada sentencia fue apelada por los acusados y también fue impugnada por la vía del recurso de casación en la forma y la apelación por el representante del Consejo de Defensa del Estado.

En segunda instancia, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de siete de mayo de dos mil catorce, rechazó el recurso de casación en la forma deducido y, con mayores consideraciones, confirmó la sentencia en todas sus partes.

Contra esta última resolución, las defensas de los acusados Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Basclay Zapata, además del representante del Consejo de Defensa del Estado dedujeron recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación por decreto de fs. 3247.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso deducido por la defensa del acusado Contreras Sepúlveda se invocaron las causales quinta y primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

A través de la causal quinta, se denunció en primer término, infracción a los artículos 93 N° 6, 94, 101 y siguientes, 107 y 108 del Código Penal y al artículo 434 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal. Estas infracciones se habrían producido porque se estableció la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción de la acción penal, la que sin embargo, no fue declarada. Al respecto, afirma el recurrente, que el derecho internacional humanitario no impide la prescripción –como tampoco la amnistía- “toda vez que la tipicidad de las circunstancias en que se vivieron los hechos investigados no estaban dentro de los conflictos en que puede hacerse aplicación de algunos tratados”. Además, sostiene que esta alegación es compatible con la causal séptima del artículo 546 citado porque las pruebas de autos apuntan a un delito consumado en las fechas que se cometió y por la muerte de la persona ya que han transcurrido 40 años desde entonces.

Agrega que de no haberse cometido infracción de normas reguladoras de la prueba, cuáles serían, los artículos 456 bis y 488 del Código de Procedimiento Penal y 340 del Código Procesal Penal, en cuanto convicción que debe tener el juez para condenar, debió

concluirse que Contreras no tuvo participación en el hecho atribuido y que si, eventualmente alguna tuviera, estaría extinguida por la prescripción.

En segundo término, alegó también dentro de la causal del artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, infracción al D.L. 2191/78 y al artículo 96 N° 3 del Código Penal, las que se habrían materializado porque el legislador dejó sin sanción a las personas involucradas directa o indirectamente en hechos de esta naturaleza, borrando el delito y sus consecuencias.

Se trata de una causal objetiva y no personal que impide dictar sentencia condenatoria y que debe ser declarada tan pronto como sea constatada, porque su objetivo es preservar la paz social.

Finalmente, en lo que cabe a la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, se denunció infracción al artículo 103 del Código Penal, porque transcurrió más de la mitad del tiempo necesario para la prescripción del delito y, sin embargo, los jueces no aplicaron la media prescripción no obstante existir antecedentes que el imputado declaró voluntariamente y que fue procesado habiendo transcurrido ya más de la mitad del tiempo necesario para la prescripción de acuerdo a lo prevenido en el artículo 94 del Código Penal, debiendo haberse considerado el hecho, en consecuencia, como revestido de al menos dos atenuantes muy calificadas.

Concluye este recurrente pidiendo que se revoque el fallo de segunda instancia y que se declare que se absuelve al acusado de todos los cargos, declarando que se acoge la alegación de prescripción de la acción penal, de amnistía y la de media prescripción.

SEGUNDO: Que por el recurso formalizado por la defensa del acusado Basclay Zapata, se ha invocado sólo la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la cual se denunció en primer lugar, violación de los artículos 103 y 68 del Código Penal. La defensa aduce que no hubo pronunciamiento en relación a la circunstancia minorante especial del primer artículo citado, porque en definitiva se dijo que al no proceder la prescripción de la acción penal por aplicación de los tratados internacionales, tampoco procedía la media prescripción y ello constituye un error en opinión del compareciente.

Sostiene que la media prescripción constituye una atenuante muy calificada, que es independiente y diversa de la situación de prescripción propiamente tal, ya que son instituciones diferentes, con características, fines y efectos diferentes; una es minorante de responsabilidad, en tanto la otra es eximente; una implica la no sanción del hecho, en tanto la otra sólo una rebaja de la pena. Además tiene sus fundamentos en normas de derecho humanitario y específicamente en la aplicación del principio humanitario del derecho penal.

En un segundo capítulo del recurso, se denuncia violación del artículo 211 del Código de Justicia Militar, señalando que los errores de derecho han consistido en estimar que para todos los supuestos de esa norma es necesario que la orden del superior no sea manifiestamente antijurídica y fundamentalmente al exigirse que la orden sea en términos generales del Director a otros oficiales y que al negar su participación en el hecho no puede tenerse por demostrada la existencia de la orden. Aduce que se trata precisamente de haber cometido el hecho por una orden relativa al servicio y al haberse establecido la intervención de Krassnoff, ello refrenda que su subalterno Zapata actuó en cumplimiento de órdenes emanadas de aquel en razón de su cargo.

Finalmente, en relación al artículo 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar, sostiene el recurrente que esa norma regla los efectos de la obediencia jerárquica y aduce que pretender asimilar lo señalado en ese precepto a lo indicado en el artículo 421 del mismo

Código es un error, porque esa última disposición define el acto de servicio como el propio de cada militar por corresponder a las instituciones armadas, en tanto el artículo 214 alude a ordenes del superior que son propias de la función militar pero que pueden generarse dentro del servicio y que como consecuencia de ello, si tienden notoriamente a la comisión de un delito, el inferior está en la situación del inciso final del artículo antes señalado.

Concluye solicitando que se invalide el fallo de alzada y se dicte uno de reemplazo que reduzca la pena impuesta a la de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, concediéndose el beneficio de la remisión condicional de la pena.

TERCERO: Que por el recurso deducido por el representante del Consejo de Defensa del Estado, se denunció en un primer capítulo, la infracción de los artículos 2 N° 1 y 17 a 23 de la ley 19.123, además de la violación de los artículos 19 y 22 inciso 1° del Código Civil, lo que se produjo por haberse rechazado la excepción de preterición legal de la demandante. Ello, dice el recurrente, porque la indemnización por daño moral que pide la demandante que es hermana de la víctima, se desenvuelve en el escenario de las infracciones a los derechos humanos, cuya compensación se da en el ámbito de la justicia transicional, tanto en el derecho interno como en el internacional. Agrega que siendo múltiples las necesidades que deben cubrirse por el Fisco, la Ley 19.123 constituyó un esfuerzo de reparación trascendental porque compatibilizó la reparación económica de los familiares más directos con prestaciones en dinero, preferentemente en cuotas mensuales para que así –sin desfinanciar la caja fiscal– se pudiera reparar todos los meses a numerosas familias. Sin embargo, para que ello fuera posible, se determinó que la indemnización legal se pagara sólo al núcleo familiar más cercano, esto es, padres, hijos y cónyuge, pretiriéndose al resto de las personas ligadas por vínculo de parentesco o de amistad y cercanía que fueron excluidos.

En estas circunstancias, el artículo 2 N° 1 de la Ley, dice que a la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación le corresponde promover la reparación del daño moral a las víctimas que indica la ley, y ello está señalado en el artículo 18; en tanto en el artículo 17 de aquella, se establece una pensión mensual en beneficio de los familiares que determina en definitiva el artículo 20; tales son: el cónyuge sobreviviente, la madre del causante o el padre a su falta, la madre de los hijos de filiación no matrimonial o el padre a su falta y los hijos menores de 25 años o discapacitados de cualquier edad.

Luego explica que de los artículos 21 a 23 de la Ley citada se concluye que claramente ella estableció una preterición legal de, entre otros, los hermanos de los causantes, cuyo es el caso de la demandante, Irma Meneses.

Sostiene que tal preterición no es ajena a otras normativas en que, ante el *pretium doloris*, la determinación de quiénes son los sujetos de daño por repercusión o rebote para deducir acciones pecuniarias, está limitada pero la extensión de la reparación económica debe zanjarse en algún punto.

Cita el concepto de “*lors of society*” del derecho norteamericano y el “*dependant law*” de Inglaterra, como asimismo, la restricción de los herederos forzosos que se hace en Argentina; y, en nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la Ley 16.744 que señala a determinadas personas como sujetos a ser indemnizados.

Al respecto, aduce que los sentenciadores desatendieron el claro sentido de los artículos 19 inciso 1° y 22 inciso 1° del Código Civil.

En un segundo grupo de normas infringidas, alega el recurrente que se vulneraron los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497, 2514, 19 y 22 inciso 1° del Código Civil, porque se dejaron de aplicar al caso, las normas del derecho interno sobre

prescripción extintiva, desde que en nuestra legislación no existe precepto alguno de fuente nacional o internacional que establezca, prorrogue, suspenda o interrumpa los plazos de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual del Estado en casos de violaciones de derechos humanos.

Además, se negó al caso la aplicación de los artículos 2332 del Código Civil, en relación a los artículos 2492, 2497 y 2514 de ese mismo cuerpo normativo, en circunstancias de hallarse gobernado por ellos y sin que tales preceptos se encuentren derogados.

Explica que el hecho ocurrió el 3 de agosto de 1974 y la demanda fue notificada a esa parte el 15 de mayo de 2012, habiendo transcurrido ya los cuatro años del plazo de prescripción, donde el artículo 2492 señalado establece la prescripción extintiva como una regla general y el artículo 2514 del Código Civil, sólo exige para su procedencia, el transcurso de cierto lapso de tiempo.

Agrega que con ello, los juzgadores desatendieron el claro tenor literal de los preceptos señalados y cita en apoyo de su interpretación, el fallo del Pleno de la Corte Suprema de 21 de enero de 2013, recaído en los autos rol N° 10.665-2011, agregando que los tratados internacionales invocados en la sentencia impugnada no contienen norma alguna que declare imprescriptible la responsabilidad civil. Asimismo, dado que tampoco hay norma especial que determine qué plazo debe aplicarse, debe recurrirse al derecho común. El término debe contarse no desde la desaparición del secuestrado, sino que desde que los titulares de la acción tuvieron conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer sus derechos.

En un tercer grupo de normas vulneradas, el representante del Fisco alega falsa aplicación de normas de derecho internacional sobre derechos humanos que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales, lo que se habría producido porque se aplicó la imprescriptibilidad dispuesta en los tratados en forma exclusiva para las acciones penales que nacen de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad a cuestiones civiles, excediendo por tanto, su campo de aplicación. Además, en la sentencia no se realizó ningún análisis del derecho internacional destinado a demostrar sus conclusiones sobre la supuesta imprescriptibilidad de la acción civil.

Finalmente, se denuncia falsa aplicación de los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 de la Convención de Viena y 6 y 9 del Código Civil. Estas últimas faltas se produjeron porque al rechazarse la excepción de prescripción opuesta por el Fisco, se pretendió aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales sobre derechos humanos que establecerían la imprescriptibilidad de la acción civil. Sin embargo, la mencionada Convención fue ratificada el 21 de agosto de 1990 y, por lo tanto, no ha podido ser aplicada en este proceso por hechos ocurridos o con principio de ejecución muy anterior a su vigencia en los términos del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política.

Además, el artículo 28 de la Convención de Viena establece la irretroactividad de los tratados; en tanto el artículo 6 del Código Civil señala la obligatoriedad de la Ley desde su promulgación y el artículo 9 de ese último cuerpo normativo ordena que la ley sólo puede disponer para el futuro y jamás tener efecto retroactivo.

Concluye este recurrente pidiendo que se invalide la sentencia impugnada y en su lugar se dicte otra que revoque la de primera instancia y que niegue lugar a la demanda civil, con costas.

CUARTO: Que en cuanto al recurso deducido por la defensa del acusado Contreras Sepúlveda, cabe advertir en primer término que adolece de graves deficiencias en cuanto a su formalización, puesto que aún cuando se han invocado las causales 1ª y 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, que suponen la admisión del hecho y la participación del sujeto, plantea en una sección de su libelo que ha existido infracción a los artículos 456 bis y 488 del código antes mencionado, así como del artículo 340 del Código Procesal Penal -que es improcedente en este recurso- al tener por establecidos tanto el presupuesto fáctico como la intervención del acusado Contreras, para plantear luego que en el caso de estimarse que alguna intervención le cupo en el evento, aquélla estaría extinguida por la prescripción de la acción penal o por la amnistía. Como se advierte, postula una situación incompatible con las causales que ha esgrimido y, al mismo tiempo, formula pretensiones subsidiarias que son del todo inaceptables en un arbitrio de naturaleza estricta como el que ahora se analiza.

Sin perjuicio de lo evidenciado, sucede que se ha tenido por establecido que se trata de un delito de lesa humanidad, cuestión que no ha sido controvertida por la defensa del acusado, ni impugnada por motivo legal, de modo que ello es un hecho del proceso, siendo aplicable en consecuencia, la normativa internacional que regla los delitos que tienen ese carácter, entre los que se cuenta el carácter imprescriptible e inamnistiable de las acciones que emanan de aquéllos, a lo que se suma que se trata de un delito de secuestro calificado que tiene, por ende, el carácter de permanente, por lo que al no haber cesado su estado consumativo, resulta además imposible comenzar siquiera el cómputo del tiempo de prescripción.

QUINTO: Que, por su parte, en lo que cabe a la denuncia de infracción por falta de aplicación de la denominada media prescripción que regla el artículo 103 del Código Penal y cuya procedencia han denunciado ambos acusados recurrentes, es relevante consignar que la actividad criminal de los sentenciados se ha encuadrado en el tipo penal de secuestro, que corresponde a lo que se denomina un delito permanente, en que el bien jurídico protegido admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo. Estos ilícitos permanentes son aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado, como en el caso del secuestro, en que el agente encierra o detiene a su víctima pero ese encierro o detención puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor.

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 indeseada 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 por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito.

La cesación de ese estado puede o no depender de la voluntad del hechor (artículo 142 bis del Código Penal), aunque también puede producirse por obra de terceros (liberación), del propio ofendido (fuga) o por otras causas (muerte de la víctima), nada de lo cual se ha acreditado 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, y 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, 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 el ofendido 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 las ofensas al bien jurídico tutelado provocado por la acción delictiva.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 último, en lo que atañe a las infracciones que se denuncian a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, como reiteradamente se ha sostenido por este tribunal, en cuanto el acusado ha negado su participación en los hechos imputados, no es posible aducir en último momento, la supuesta existencia de la orden de un superior debidamente representada, hecho que no ha sido acreditado en el proceso y respecto del cual no es por consiguiente posible ahora, analizar la disposición legal invocada por ser inefectivo el supuesto fáctico que la autoriza.

SÉPTIMO: Que a consecuencia de lo analizado, las infracciones de derecho denunciadas por los recurrentes no son efectivas, habiendo fallado los jueces del fondo conforme a derecho por lo que los recursos formalizados por las defensas serán rechazados.

OCTAVO: Que en cuanto al recurso deducido por el Consejo de Defensa del Estado, en lo que cabe al primer capítulo de infracciones de ley que reclama en torno a la existencia de una supuesta preterición legal, sucede que el recurrente desarrolla una interpretación particular que hace en torno a un texto legal, cual es la Ley 19.123 que estableció un determinado tipo de prestaciones asistenciales para ciertos familiares de víctimas de algunos delitos de lesa humanidad.

Sin embargo, las indemnizaciones que se han establecido en la sentencia son las que corresponden a toda persona que ha sufrido las consecuencias de un hecho delictivo, pero de un delito especial, cual es uno de lesa humanidad, que tiene características muy específicas que dotan a las acciones para reclamar su reparación de características también propias, pero que no se pueden restringir a través de una ley especial, que fue creada para obligar al Estado a una compensación mínima general, pero que no tiene la virtud de restringir o limitar las acciones ordinarias de que goza cualquier víctima de la comisión de un delito de lesa humanidad.

En este escenario, la interpretación que el recurrente hace en torno a un cuerpo legal particular, no resulta atinente a la aplicación que de la ley general ha hecho un tribunal a un caso concreto y que ha sido correcta, por lo demás, puesto que las restricciones que una ley especial contempla, no pueden ser extendidas a la preceptiva general, ese es el motivo por el cual el recurrente ha podido citar casos específicos en que la legislación contempla situaciones en que se restringen las indemnizaciones, porque la regla general es que no exista esa limitación reglada en la misma ley.

NOVENO: Que, finalmente, los restantes capítulos en que el Fisco ha dividido su libelo, apuntan todos a impugnar de ilegal el rechazo de su excepción de prescripción de la acción civil de indemnización.

Todas esas alegaciones son rechazables, desde que por tratarse de un delito de lesa humanidad, como ha sido reiteradamente fallado por esta Corte, la acción que emana de ese delito para obtener la reparación civil tiene también el carácter de imprescriptible, tal como ha sido establecido por los jueces del fondo.

Ello es así porque tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil, se encuentra en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos y ello ha de ser necesariamente así por cuanto este fenómeno de graves transgresiones a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana es con mucho posterior al proceso de codificación, que por lo mismo no lo considera, pues, por una parte, responde a criterios claramente ligados al interés privado y, por otra, por haber sido la cuestión jurídica de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, se trata de un delito de lesa humanidad, lo que hace aplicable también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares a fin de conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales” y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones Latinoamericanas”, página 231).

El derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el ya citado artículo 5° de la Constitución Política.

En este escenario, los preceptos estimados infringidos por el Fisco en su recurso no resultan atinentes, porque las reglas previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, se encuentran en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir la reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas.

No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución Política, sino también por los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que

las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva. Así entonces, cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto, y por ello la sentencia impugnada da correcta aplicación a las normas contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, de acuerdo con este último precepto la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de Derecho Interno. A este respecto, debe también tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza no son creadas, sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación, de manera tal que produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado la responsabilidad de éste surge de inmediato por la violación de la norma de Derecho Internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias indeseadas.

En resumen, no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la prescripción de la acción civil reparatoria, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que predica que todo daño que sea su consecuencia ha de ser reparado. Además, tal alegación desconoce la naturaleza del hecho que motiva la indemnización solicitada cuando reclama el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien es cierto que la cuestión está desvinculada de lo meramente convencional o contractual, ello no implica que haya de hacerse aplicación de este régimen, que comprende la cuestión de la culpa y el dolo referidos a un agente determinado. En un caso como el de la especie no resulta necesario ocuparse de acreditar estos supuestos de responsabilidad en los causantes directos del daño, porque inequívocamente los hechos no han podido acaecer sino porque los agentes del mismo Estado actuaron de manera dolosa cuando desarrollaron en forma reiterada conductas lesivas a los derechos fundamentales, esto es, cuando integrantes de los órganos de seguridad estatales se involucraron en torturas, desapariciones forzadas y homicidios, entre otros graves atentados.

DÉCIMO: Que por las razones expuestas precedentemente, no se ha incurrido en el fallo impugnado en el error de derecho que se le imputa al declarar imprescriptible la acción intentada por la actora contra el Fisco de Chile y rechazar la excepción opuesta por éste en tal sentido.

Por estas consideraciones y visto, además, los dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos por los acusados Contreras y Zapata y por el demandado Fisco de Chile, contra la sentencia de siete de mayo de dos mil catorce, la que en consecuencia, **no es nula**.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Dolmestch y Cisternas quienes estuvieron por acoger los recursos deducidos por las defensas de los acusados Contreras y Zapata sólo en cuanto a la infracción denunciada al artículo 103 del Código Penal, en relación al artículo 68 de ese mismo código, desde que en opinión de los disidentes, se ha incurrido en el vicio denunciado al negar aplicación a la minorante especial de la media prescripción por entenderse que ello está impedido por la aplicación de la normativa internacional, toda vez que contrariamente a tal argumentación, sucede que el derecho

internacional humanitario si bien impide la prescripción de la acción que deriva de un delito de lesa humanidad, no ha proscrito la posibilidad de reducir las sanciones en búsqueda de una pena más proporcionada atendido el largo tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos investigados, porque precisamente la naturaleza de la media prescripción no es de extinción de la responsabilidad penal, sino que de su atenuación, en búsqueda de la paz social. Es así como 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 como eximente de responsabilidad, cuyos fundamentos y consecuencias difieren. Así, esta última descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta ilícita, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso; en cambio la morigerante, que también se explica gracias a la normativa humanitaria, encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el transcurso 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 pena, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. 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.

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 a los encausados en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos, el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el tiempo requerido para la procedencia de la institución que cuestiona el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez ha debido aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que se ha incurrido en el vicio de casación denunciado.

Asimismo, tuvieron presente que a pesar de tratarse de un delito permanente, no puede obviarse que ha transcurrido más de la mitad del tiempo necesario para la prescripción del delito y que al razonar en torno al reconocimiento de la institución en estudio, si bien es cierto, no ha sido posible establecer el paradero de la víctima o su efectivo deceso, no es factible suponer que aun se encuentra a disposición del acusado, lo que no modifica la calificación del hecho ilícito por las perniciosas consecuencias que le produjo.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller no comparte el razonamiento final del considerando quinto, ya que en su concepto, si bien la prescripción y la prescripción gradual tienen en común el transcurso de un lapso de tiempo, son instituciones penales de diversa naturaleza (eximente vs. atenuante) y consecuencias frente a la materialización del *ius*

puniendi estatal en un caso concreto (una lo impide totalmente, excluyendo la sanción y la otra puede conducir a una mera rebaja de la pena); no es el elemento común compartido con la eximente (transcurso del tiempo) el que impide aplicar el artículo 103 en estos supuestos, sino el carácter de delito permanente del secuestro, como ha quedado dicho en el motivo señalado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia y del voto en contra y prevención, sus autores.

Rol N° 11.964-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a doce de enero de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.