

Santiago, veintiuno de enero de dos mil nueve.

**VISTOS:**

Por sentencia de veintiuno de marzo de dos mil seis, escrita de fojas 1408 a 1452, dictada en la causa N° 2.18, **Episodio “Sergio Tormen”**, sustanciada por el Ministro de fuero Joaquín Billard Acuña, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Osvaldo Enrique Romo Mena, por su participación en calidad de autores de los delitos de **secuestro calificado cometidos en la persona de Sergio Tormen Méndez y Luis Guajardo Zamorano**, perpetrados en Santiago el 20 de julio de 1974, a sufrir, los dos primeros, la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, y el último, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, imponiéndoles las penas accesorias que asigna la ley y el pago de las costas de la causa. La misma sentencia acoge la acción civil deducida, sólo en cuanto condena al Fisco al pago por concepto de daño moral, de la suma de \$30.000.000.- (treinta millones de pesos) a la actora Cynthia Tormen Méndez, y rechaza las demás sumas demandadas, además de las pretendidas por Eliana Zamorano Rojas, conforme lo razonado en el considerando cuadragésimotercero, sin imponer condena en costas, al estimar el juez que las partes han tenido motivo plausible para litigar.

Dicha decisión fue apelada por todas las partes, deduciendo, además, la defensa de Contreras Sepúlveda, recurso de casación en la forma. Luego de evacuado el informe del Ministerio Público Judicial, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de seis de junio de dos mil siete, que obra de fojas 1681 a 1686, rechazó el recurso de nulidad formal deducido y confirmó el referido fallo.

En contra de este pronunciamiento, la defensa de los condenados Marcelo Moren Brito y Osvaldo Romo Mena, así como el Consejo de Defensa del Estado, dedujeron a fojas 1687, 1695 y 1702, respectivamente, sendos recursos de casación en el fondo asilados, los dos primeros, en el ordinal 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, y el último, en el inciso final de la misma disposición, ordenándose traer en relación, para su conocimiento y fallo, aquéllos formalizados a fojas 1687 y 1702, omitiendo pronunciamiento respecto del deducido a fojas 1695, en atención al sobreseimiento definitivo y parcial decretado respecto de Romo Mena en autos, según consta a fojas 1751.

**CONSIDERANDO:**

**I.- RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE MARCELO MOREN BRITO.**

**PRIMERO:** Que en lo principal de fojas 1687, la defensa del condenado Marcelo Moren Brito interpuso un recurso de casación en el fondo, sustentado en el numeral 5° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, esto es, “5° En que, aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434; “.

**SEGUNDO:** Que respecto de aquella causal de casación, aduce vulnerados los numerales 6 y 7 del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal; 93 N° 6, 94 y 95 del Código Penal; 93 N° 3 del mismo cuerpo de leyes, en relación con el Decreto ley 2191 de 1978, en cuanto se niega lugar a la aplicación de los institutos de la prescripción y amnistía, fundado en una errada aplicación del artículo 141 del Código Penal, contraviniendo también

los artículos 18 de la misma compilación y 19 N° 3, inciso penúltimo de la Constitución Política de la República. Al efecto, sostiene que se aprecia del fallo recurrido una errónea aplicación del artículo 141 del Código Penal, por cuanto la sentencia estima que, al carecer de noticias del paradero de las víctimas, el secuestro se estaría ejecutando. Por el contrario, la correcta doctrina implica considerar que la ejecución del delito se mantiene mientras dure el encierro y, como de los antecedentes de autos se establece que éste no se prolongó más allá de 1975, se aplica equivocadamente a los hechos determinados en autos la característica de permanencia hasta nuestros días del delito de secuestro. Agrega que la tesis que sustenta se encuentra avalada por fallos de este tribunal, del año 1995, que permiten, por ello, aplicar la amnistía.

Asimismo, denuncia la infracción del artículo 93 N° 3 del código punitivo, en relación con el decreto ley 2191, por cuanto la sentencia atacada confirma aquélla de primera instancia que, en la letra B de su considerando 22°, concluye que la amnistía rige para los delitos consumados entre tales datas de modo que “la normativa invocada por la defensa de los acusados no es aplicable al caso de autos, ya que la ejecución del delito de que se trata excede los límites temporales fijados, en forma precisa...” agregando el de segunda instancia, en su punto sexto, un elemento absolutamente inconstitucional, al señalar: “Que en relación con la amnistía, uno de los fundamentos de la defensa de los imputados, justificada por la doctrina en la necesidad de resolver aquellos remanentes del conflicto, principalmente con la población civil, considerándola como instrumento de paz social, su utilización en casos de graves violaciones de derechos fundamentales cuyo es el caso, se opone a los tratados y convenciones internacionales suscritos por nuestro país, toda vez que tal opción normativa obedece a la finalidad de desalentar estas conductas. De ahí que de aceptarse se estaría incumpliendo por parte de Chile con los imperativos en ellos contenidos...”. De esta manera, pese a reconocerse la vigencia de la ley de amnistía, nada se dice respecto del principio pro reo y de la retroactividad de la ley penal, en relación a muchos de estos convenios internacionales. Por ello, se incurre en un grave error de derecho al no aplicar la amnistía que consagra el Decreto Ley mencionado, en relación con el artículo 93 N° 3 del Código Penal, en la errónea consideración de que la actual ejecución del delito de secuestro conlleva la no aplicación del referido instituto.

Expone que dicho cuerpo normativo fue dictado conforme una facultad constitucional y, como ley general de derecho público, una vez verificada su procedencia – en cuanto a causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal, por lo que sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por la ley, sin que puedan ser rehusados por sus beneficiarios - es deber de los jueces aplicarla.

Expone que, además se ha incurrido en infracción al artículo 94 del Código Penal, ya que el plazo máximo de prescripción aplicable es de 15 años, como así también el artículo 95, por cuanto el término de la prescripción se cuenta desde la comisión de los delitos, y es un hecho de la causa que los sucesos investigados ocurrieron hace más de 30 años, sin que se hayan tenido más noticias de los señores Tormen y Guajardo después de los primeros meses del mismo año y jamás después de ese mismo año, por lo que sólo cabe concluir que la acción penal prescribió y también por ello la responsabilidad penal, conforme al artículo 93 N° 6, citado, norma cuya aplicación fue omitida y, por ello, ha sido vulnerada. Por último, denuncia que la sentencia atacada cita en su texto – fundamento 23°- varios tratados internacionales que no harían procedente la aplicación de la amnistía y la prescripción en los hechos que motivan el proceso, a saber, la Convención Interamericana sobre Desaparición

Forzada de Personas, que aún no ha sido aprobada en el correspondiente trámite legislativo; los Convenios de Ginebra del año 1949, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, invocaciones todas erróneas, por cuanto, en el caso de los Convenios de Ginebra, ellos fueron elaborados para ser aplicados, en primer lugar, en los conflictos armados de carácter internacional. Subsidiariamente, el artículo 3 común de los mismos se aplica a los conflictos armados internos, entendiéndose por estos últimos, aquellos en que las partes que se enfrentan tengan una organización bajo un mando responsable y una capacidad para emprender acciones militares, sostenidas y concertadas. Por esto último, no resultan aplicables tales tratados, ya que no existió en la fecha de los hechos investigados un conflicto armado con los requisitos que hagan procedente su aplicación, no resultando entonces un impedimento para aplicar la prescripción y la amnistía.

Respecto de los restantes instrumentos internacionales, sostiene que ellos son invocados erróneamente, ya que datan de fechas muy posteriores a la ocurrencia de los hechos, por lo que, aunque tuvieran disposiciones que afecten la prescripción o amnistía, no es procedente aplicarlos, ya que infringen lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal y 19 N° 3°, inciso penúltimo de la Constitución Política de la República.

Los errores denunciados han tenido influencia sustancial en lo resuelto, ya que han permitido la dictación de una sentencia condenatoria, en circunstancias que era procedente la absolución de su parte, por operar en su favor las eximentes de responsabilidad penal de prescripción y amnistía, por lo que pide la invalidación del fallo recurrido y se dicte sentencia de reemplazo absolutoria.

**TERCERO:** Que, sin perjuicio de advertir que en la formulación del recurso, la defensa de Moren Brito ha incurrido en severos errores de referencia que desvirtúan su libelo, esta Corte pasará a pronunciarse sobre lo sustancial de los agravios denunciados, de la forma que sigue.

**CUARTO:** Que, en lo relativo a la causal de extinción de responsabilidad penal contemplada en el artículo 1° del Decreto Ley N° 2.191 y genéricamente en el artículo 93, N° 3° del Código Penal, opuesta por los enjuiciados, ella no aparece configurada, pues como lo ha concluido esta Corte en diversas oportunidades, luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas y de Orden se levantaron en armas y depusieron al gobierno constitucional y legítimamente instalado hasta entonces, asumiendo el poder, y el consecuente ejercicio de las facultades constituyente, legislativa y ejecutiva, se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, el cual, fundado en "la situación de conmoción interna en que se encuentra el país" y en "la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general", en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, según el Decreto Ley N° 3 del día anterior, debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se emitió el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en estado de sitio, en grado de defensa interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior

provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentran organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el “funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicara el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra”.

**QUINTO:** Que el artículo 418 del Código de Justicia Militar “entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial” y así los referidos Decretos Leyes N°s. 3 y 5 no hicieron otra cosa que acatar la primera de tales hipótesis: su constatación oficial, lo que reafirma el aludido Decreto Ley N° 641, cuando declaró el estado de sitio en grado de defensa interna, régimen de emergencia que sólo pudo decretarse “en caso de conmoción interna provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”, único supuesto que para este caso admite el artículo 6º, letra b), del Decreto Ley N° 640.

Se trata nada menos que del reconocimiento legislativo que del estado de guerra interior realiza el propio gobierno de hecho.

Por lo demás, el Decreto Ley N° 5 interpretó el estado o tiempo de guerra para la aplicación de la penalidad de ese tiempo y demás leyes penales, pero asimismo dispuso que, en general, lo era “para todos los efectos de dicha legislación”, o sea, el Código de Justicia Militar y las leyes penales, de manera que resulta inconcuso que dentro de los efectos de estas últimas deben comprenderse los Convenios de Ginebra, ratificados por Chile mediante decreto supremo N° 752, de cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta, publicados en el Diario Oficial de diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte de abril del año siguiente, por lo que eran leyes vigentes al perpetrarse los injustos materia del actual litigio.

**SEXTO:** Que los señalados Convenios de Ginebra se aplican, en general, a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se emplean en caso de "conflicto armado sin carácter de internacional", conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Para clarificar el ámbito de aplicación del artículo 3º común, conviene tener presente lo expresado por Jean Pictet, jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su comentario del Protocolo relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de ocho de junio de mil novecientos setenta y siete, y del artículo 3º de estos Convenios (Circ-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), quien reconoce que las partes que negociaron los mencionados acuerdos multilaterales, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de "conflicto armado no internacional" ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, consignó una lista de tales condiciones –sin carácter obligatorio y citados a título meramente indicativo-, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, para luego puntualizar con la mayor claridad que “por útiles que sean, pues, las diversas condiciones antes enunciadas, no son

indispensables, ya que ningún Gobierno puede sentirse molesto por respetar, en la confrontación con sus adversarios internos y sea cual fuere la denominación del conflicto que lo opone a ellos, un mínimo de normas que respeta de hecho todos los días, en virtud de sus propias leyes, e incluso en el trato de vulgares criminales de derecho común”.

Corrobora lo anterior que el objetivo de los Convenios es exclusivamente humanitario y que sólo garantiza el respeto mínimo de normas que los pueblos civilizados consideran como válidas en todas partes y circunstancias, por estar por encima y fuera incluso de confrontaciones bélicas, y cuya observancia no está subordinada a deliberaciones preliminares sobre la índole del conflicto o de las disposiciones particulares que han de respetarse.

Lo contrario sería pretender que, en casos de disturbios internos que el gobierno de turno calificará, con justo motivo, de simples actos de bandidaje y dado que el artículo 3° en examen no es aplicable, aquél tiene derecho a dejar a los heridos sin asistencia, a infligir torturas o mutilaciones o a realizar ejecuciones sumarias.

**SEPTIMO:** Que, en tales condiciones, este tribunal sólo puede colegir que, en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, de que las víctimas de conflictos armados son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

**OCTAVO:** Que, en consecuencia, resultan plenamente aplicables a los hechos criminosos indagados, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes aludidos, que en su artículo 3°, común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional, ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto sus armas y aquéllos que han quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquiera otra causa, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: “a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en toda sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”.

Asimismo, ese instrumento internacional consigna, en su artículo 146, el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen o den orden de cometer, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio, como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlos comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a

las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstos en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra, de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, entre ellas, el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones, traslados ilegales y la detención ilegítima.

**NOVENO:** Que, en conclusión, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, renunciando a la facultad para exonerarse a sí mismos o a otro Estado de responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

**DÉCIMO:** Que, si bien es cierto, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra nación puede amnistiar las contravenciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad, no lo es menos que si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquéllos, dado que no es justificable que, vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria. Más aún si tenemos en cuenta que el Derecho Internacional, en cuanto contiene normas para cuya aplicación no es necesaria una implementación adicional, como sucede con los artículos 131 y 148 de los Convenios de Ginebra III y IV, respectivamente, vigentes en Chile a la época de los sucesos pesquisados y que por ende, no podrán ser desconocidos por la República sin previa denuncia de los Convenios, es directamente aplicable por los tribunales nacionales.

**UNDÉCIMO:** Que, en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía –dictada por la autoridad de facto que había asumido el “mando supremo de la nación”- puede ser claramente señalada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables, conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

**DUODÉCIMO:** Que, por consiguiente, el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inaplicable respecto a las contravenciones graves contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de esta Corte de 13 de marzo de 2007, en causa Rol N° 3125-2004.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, si bien el Decreto Ley 2.191 ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el ilícito de autos comenzó a perpetrarse el veinte de julio de 1974, y desde entonces no se tuvo más noticias de las víctimas, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, época de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del Decreto Ley N°

2191, los ofendidos no habían aparecido y no se tenía informes de ellos, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el período de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

De tal manera, a pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que “ésta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado” (Rafael Fontecilla R.: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos setenta y ocho, N° 675, página 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado sus presupuestos mínimos, al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. Así, no parece razonable que se invoque la aplicación de la “amnistía” u “olvido” cuando en la práctica el delito no ha finalizado en sus efectos.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, desde otro punto de vista, atendida la naturaleza de los hechos pesquisados y con arreglo a los antecedentes reunidos durante la indagación, es procedente concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar delitos contra la humanidad.

Efectivamente, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se les sindicó como pertenecientes ideológicamente al régimen político depuesto o que, por cualquier circunstancia, fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los sublevados. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario.

**DÉCIMO QUINTO:** Que el ilícito pesquisado se incardina en la categoría denominada en el Derecho Internacional “desaparición forzada de personas”, la que se produce “cuando un agente del Estado – o una persona que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia oficial – priva a una persona de libertad sin ofrecer información sobre la detención, o niega tener a esa persona recluida, lo que convierte en ineficaces todos los recursos legales o garantías judiciales que podrían proteger a la víctima de otro modo”<sup>1</sup>

La práctica sistemática de la desaparición forzada de personas “constituye un crimen de lesa humanidad”, como se encarga de señalar el Preámbulo de la Convención

---

<sup>1</sup> Solomon, Joel: “Abuso y desamparo; Tortura, Desaparición Forzada y Ejecución Extrajudicial en México”, Human Rights Watch, Nueva York, 1.999, pág. 63. Citado por Aguilar Cavallo, Gonzalo: “El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de Derecho Internacional Público”, en: “Ius et Praxis”, Fac. de Cs. Jurídicas y Socs. U. de Talca, año 12-1, 2.006

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Ratifica esta premisa la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992 que, junto con confirmar esta calificación, resalta que “todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana” (art. 1°), con el carácter de norma de “ius cogens”, conforme a un criterio generalmente aceptado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional, que destacan la naturaleza imperativa de estas prohibiciones.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, en la misma línea, el Estatuto de la Corte Penal Internacional – en vigor desde el 1° de julio de 2.002 – designa también como “crimen de lesa humanidad” la desaparición forzada de personas, cuando este acto tiene lugar “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, según precisa su artículo 7° que, además, se encarga de ofrecer una definición de esta especie de crímenes, de contenido muy similar a la referida en la reflexión anterior.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, enfocado el tema en la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario Convencional, podría erradamente concluirse que ninguno de los instrumentos aludidos sería aplicable en la especie, en la medida que la desaparición de las víctimas data de julio de 1.974 y es por tanto muy anterior a la aprobación de aquéllos que, a mayor abundamiento, no tendrían eficacia en nuestro orden jurídico interno, por no haber sido ratificados por Chile o no tener carácter vinculante, como en el caso de la Declaración de Naciones Unidas, también aludida.

Con todo, esta Corte ha tenido ocasión de declarar que “conforme a una fórmula reconocida por la Comisión Internacional de Justicia de Naciones Unidas, el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristalizador o generador de normas consuetudinarias”, generándose el primero de estos efectos “cuando el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado” (consid. 17° de la sentencia invalidatoria recaída en el “caso Molco”, de 13 de diciembre de 2.006, Rol N° 559-2004)

**DÉCIMO OCTAVO:** Que no cabe duda que el derecho convencional de los tratados ha venido a plasmar una serie de principios tomados de reglas consuetudinarias preexistentes, como que los crímenes de lesa humanidad “figuran entre los delitos de derecho internacional más graves”,<sup>2</sup> tanto “los cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de agosto de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946...”<sup>3</sup>

Peró la preocupación de los documentos fundantes del Derecho Internacional Humanitario data todavía de más lejos, como lo demuestra la simple lectura del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra, vigentes en Chile desde 1.951, que prohíbe “en todo tiempo y lugar”

---

<sup>2</sup> Preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 2391, de 26 de noviembre de 1968, no ratificada por Chile.

<sup>3</sup> Artículo I.b) de la citada Convención



– respecto de las personas que no participen directamente de las hostilidades, en conflicto armado sin carácter internacional, “los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”.

Los instrumentos internacionales citados en la cavilación 15<sup>a</sup> precedente, en este contexto, no han hecho sino declarar y cristalizar principios de orden consuetudinario, para constatar su existencia y determinar su contenido, consagrado ya por la práctica de los Estados y la “*opinio iuris*” internacional.

**DÉCIMO NOVENO:** Que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita en 1969, recoge en su artículo 53 un concepto de “*ius cogens*”, en el sentido que “una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es del caso observar que esta Convención tiene su origen en una inveterada costumbre internacional general, que sanciona, en todo tiempo y lugar, las violaciones graves de los derechos humanos y, en especial, de los crímenes de lesa humanidad, como ya se explicara.

Este consenso en orden a la configuración de la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad y de “*ius cogens*”, determina que este ilícito, originalmente recogido como tal en una norma consuetudinaria y luego recepcionada en una disposición declarativa convencional, ha adquirido un carácter vinculante para el Estado de Chile, independiente de que éste no haya tenido participación en la formación de esta regla, de vocación universal, pero de la cual no puede sustraerse, tanto por tratarse de una prescripción imperativa o de “*ius cogens*”, cuanto porque no existe constancia de su condición de objeto persistente, permanente e inequívoco a la norma, en el período de formación de la costumbre general, siendo ésta la única forma de excluirse un Estado de la aplicación de aquélla, como lo señala el Derecho Internacional.

**VIGÉSIMO:** Que los crímenes a que se ha hecho referencia son imprescriptibles, conforme al claro tenor del artículo I.b) de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, en vigor desde el 11 de noviembre de 1.970, si bien no ratificado por Chile. Como tuvo oportunidad de manifestarlo este mismo Alto Tribunal en sentencia ya aludida, recaída en el caso “Molco”, “si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permitan acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados – como elemento material de ésta – y la “*opinio iuris*” internacional” (consid. 13° de la sentencia invalidatoria, de 13 de diciembre de 2.006, citada), que el fallo en cuestión estima concurrentes en dicho caso, para concluir que el tratado internacional mencionado se limita no sólo a enunciar la regla de imprescriptibilidad, sino que a afirmarla, mediante su positivación, “ya que ella operaba ya a la fecha, como derecho consuetudinario internacional” (consid. 16°).

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que el desconocimiento de este status de imprescriptibilidad, consagrado con anterioridad a la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1.969 – publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1.991 – no puede sino traducirse en la vulneración de ese mismo tratado y, en particular, de su artículo 29.d), que prohíbe interpretar ninguno de sus preceptos en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del

Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. No obsta a ello la circunstancia de haber dejado el Gobierno de Chile constancia, por la vía de una declaración, de que el reconocimiento de competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990, toda vez que tal declaración, no constitutiva de reserva, sólo importa una limitación temporal de la competencia “ratione temporis” de los órganos integrantes de la jurisdicción internacional y, ciertamente, no incide en la jurisdicción de los tribunales nacionales que, a contrario sensu, sí podrían conocer de esas situaciones, anteriores a la data especificada. Así lo resolvió esta Corte en sentencia Rol N° 559-04, consid. 28°, ampliamente citada.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, en consecuencia, la pretensión de extender al procesado Moren Brito la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los artículos 93, N° 6, 94 y 95 del Código Penal, en relación con el artículo 433, N° 7 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación de estas normas, concernientes a la prescripción de la acción penal, resulta improcedente, toda vez que el tema se encuentra regulado en normas tanto convencionales – como los artículos 1°, 2° y 29.d) de la Convención Americana de Derechos Humanos – cuanto consuetudinarias, integrantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que prefieren respecto de las disposiciones del derecho interno y a las que el veredicto cuestionado por la vía de la casación de fondo ha dado correcta aplicación, lo que impide que este arbitrio extraordinario pueda prosperar.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que el artículo 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra estatuye que: “Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior”, de lo cual se colige no sólo la imposibilidad de amnistiar tales ilícitos internacionales, sino que también la prohibición de aplicar la legislación interna en cuanto a las causales absolutorias de responsabilidad penal, como es la prescripción. Lo contrario pugnaría, además, con los artículos 1°, 3° y 147 del mismo ordenamiento internacional, en cuanto éstos sancionan, en todo tiempo y lugar, entre otros, la detención ilegal, perpetrado en caso de conflicto armado sin carácter internacional.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que, con todo, cabe advertir que el tipo penal de secuestro en que se encuadra la actividad criminal de los hechos, corresponde a lo que se denomina un delito permanente, noción que si bien es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, encontrando reconocimiento implícito sólo en algunos casos de excepción - como es el de los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal; 11, 18, 77, N° 1° y 263 de su homónimo de procedimiento criminal y 165 del Código Orgánico de Tribunales - en su gran mayoría se asienta más bien en distintas pautas que se deducen del propio Estatuto punitivo, tales como el bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la sección especial.

Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes se afinca en el hecho de que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no

se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación.

Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa figura contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado, ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, 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 susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. “Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena, puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N° 5°, 225, N° 5°, y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión “continuare” antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio” (Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal Chileno”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año dos mil cinco, página 249).

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a qué es lo que debe entenderse por delito permanente y cual es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: “Derecho Penal, Parte general”, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos noventa y cinco, página 165; y Luis Cousiño Mac-Iver: “Derecho Penal Chileno”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año mil novecientos setenta y cinco, páginas 316 a 319).

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que el carácter de permanente se ve influido por el bien jurídico amparado por el delito y por las modalidades de comisión. Respecto de lo primero, se trata, principalmente, de la libertad de tránsito o ambulatoria, valorada como una condición imprescindible para que la persona pueda realizarse en las distintas esferas vitales individuales o sociales, alcanzando sus necesidades en la relación social, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico o, simplemente, a la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto.

En cuanto a lo segundo, las modalidades de comisión (“encerrar” o “detener”) determinan que el ilícito de secuestro se consuma con la mantención de un estado de detención o encierro, lo cual torna extremadamente difícil sostener que el encierro o la detención –resultados de las acciones u omisiones– se consuman en un instante efímero de tiempo, como el homicidio. Antes bien, se exige jurisprudencial y doctrinariamente que exista cierto tiempo de privación de libertad ambulatoria para que pueda entenderse consumado el delito.

Conceptualizado el delito permanente en la forma señalada, queda en evidencia que constituye él un caso de unidad de hecho punible con pluralidad de conductas, pues en el caso

de estos delitos el hecho típico comprende y se configura sobre la base de una acción y de una omisión. Así, por ejemplo, en el caso del delito de secuestro –uno entre los varios casos de delito permanente que contempla nuestra legislación penal- 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 del delito –objeto material del mismo- y esta situación se prolonga, permanece, 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.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, en lo que atañe a la invocación de la ley de amnistía como motivo de exclusión de responsabilidad, es menester prevenir que el Estado de Chile es soberano para amnistiar infracciones penales en general. Sin embargo, si ha limitado sus propias potestades respecto de ciertos ilícitos en un compromiso internacional, como sucede en el caso de la especie, no puede sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar convenios suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquéllos instrumentos, por no ser admisibles la invocación de su derecho interno para eludir el acatamiento de sus deberes internacionales.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, de esta manera, no se advierte error de derecho alguno en la sentencia atacada, en cuanto por ella se desestima la excepción de previo y especial pronunciamiento que se alegara por la defensa de Moren Brito, referida a la inaplicación del instituto de la amnistía, cuyo rechazo ha legitimado a dicha parte para promover la causal de nulidad sustancial argumentada.

## **II. RESPECTO DEL RECURSO DEDUCIDO A FOJAS 1702 POR EL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO, EN REPRESENTACIÓN DEL FISCO DE CHILE.**

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que la referida parte ha deducido recurso de nulidad sustantiva asilado en el inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y 767 del Código de Procedimiento Civil, señalando al efecto que los jueces recurridos han infringido los artículos 2332 y 2497 del Código Civil, puesto que no existe norma jurídica de derecho interno que declare que el plazo de prescripción de la acción para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado comienza a correr desde fecha posterior a la comisión del ilícito por el cual se demanda, o que esta responsabilidad sea imprescriptible, como se sugiere.

Indica que las normas de derecho interno mencionadas establecen claramente que el cuadrenio se cuenta desde “la perpetración del acto” ilícito, y no en una fecha posterior. Para así sostenerlo, expone que la prescripción es una institución jurídica universal, cuyo fundamento es la necesidad de dar certeza y seguridad a las relaciones sociales, constituyendo la regla general. De esta manera, cualquier imprescriptibilidad debe estar expresamente consagrada en alguna norma legal, sin que exista en nuestro derecho norma positiva alguna que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad civil del Estado.

Sostiene que el rechazo de la excepción de prescripción opuesta no tiene otra consideración que la estimación, sin fundamento alguno, respecto que el plazo de prescripción sólo corre a partir de la declaración judicial de la existencia de la conducta dolosa y penalmente ilícita, conclusión que constituye una grave infracción de ley, ya que

debió aplicarse el texto legal expreso y vigente que establece la prescriptibilidad de las acciones en contra del Fisco y prescindió del hecho que la acción ejercida es una de carácter patrimonial, que no mira a resguardar el Estado de Derecho o el interés social, sino el interés individual de los actores.

Continúa afirmando que las disposiciones del Código Civil que contemplan este instituto, han sido consideradas siempre por la doctrina y jurisprudencia de aplicación general a todo el derecho y no únicamente al derecho privado. Entre estas normas se encuentra el artículo 2497 del Código Civil, que establece expresamente que las reglas relativas a la prescripción se “aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, por lo que entender que tal disposición no rige para las acciones sobre responsabilidad extracontractual interpuestas en contra del Fisco, basado en la naturaleza del delito de secuestro calificado, que constituye un delito permanente, no sólo es contrario al texto expreso, sino que es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. La misma voluntad se reitera más adelante, en el artículo 2521 del cuerpo de leyes mencionado, al establecer un plazo especial de prescripción de tres años, para las acciones a favor y en contra del Fisco, provenientes de toda clase de impuestos, por lo que para los efectos de la prescripción, el Estado se encuentra en la misma situación jurídica que los particulares. Cita, al efecto, jurisprudencia de esta Corte, que avalaría su tesis.

Asimismo, denuncia que lo resuelto infringe los artículos 1551, 1557 y 1559, en relación con los artículos 19, 20, 21 y 22 del Código Civil y 752 del Código de Procedimiento Civil, al ordenar pagar la suma de \$30.000.000.- más reajustes, según la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de notificación de la demanda y su pago efectivo, e intereses corrientes para operaciones reajustables entre la fecha del fallo de primera instancia y su pago efectivo, ya que la indemnización regulada se encuentra fijada por el tribunal en valores de poder adquisitivo imperantes a la fecha de la notificación de la demanda, de manera que no correspondería aplicar reajustes a esa suma, sino sólo con posterioridad a tal regulación, desde que la sentencia quede ejecutoriada y hasta el pago efectivo.

En lo relativo a los intereses, sostiene que, no tratándose en la especie de sumas adeudadas con anterioridad, sino de indemnizaciones establecidas por el tribunal, es improcedente el pago de intereses, y de condenarse a aquéllos, deberán considerarse sólo los legales y desde la fecha en que se incurra en mora en el cumplimiento de la obligación establecida por sentencia ejecutoriada.

Termina señalando la forma en que los errores denunciados han influido en lo decisorio de la sentencia atacada.

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que, para la decisión del arbitrio en análisis, es preciso tener en cuenta que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

**TRIGÉSIMO:** Que, de esta manera, no se puede dejar de tener presente, al resolver, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial.

En efecto, conforme se ha señalado en el presente veredicto, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delitos de “lesa humanidad”, calificación

que no sólo trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, 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- de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, por lo antes señalado, cabe acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone 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, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar la alegación del demandado, relativa a la inexistencia de una responsabilidad imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que por lo antes razonado, la alegación relativa a la prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios que invoca el Fisco será rechazada, atendido que lo perseguido en la demanda civil es la responsabilidad del Estado de Chile por la acción de sus agentes, constitutivas del delito de secuestro calificado, ilícito de carácter permanente e imprescriptible, naturaleza jurídica que también afecta a la acción civil intentada en autos, de conformidad a lo estatuido en el artículo 2.332 del Código Civil, de manera que no puede estimarse que los jueces del fondo hayan incurrido en error de derecho al confirmar la decisión relativa a acoger la referida demanda.

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que, por último, en lo relativo al capítulo de casación referido a la improcedencia del pago de intereses y reajustes dispuestos por el fallo atacado – que confirma lo resuelto en primera instancia- respecto de la suma en que se han regulado los perjuicios declarados, cabe señalar que del mérito de autos aparece que el recurso de casación – en esa parte- se deduce por quien no tiene la calidad de parte agraviada con el fallo recurrido.

En efecto, conforme con lo dispuesto en el artículo 771 del Código de Procedimiento Civil "el recurso debe interponerse por la parte agraviada ante el tribunal que haya pronunciado la sentencia...", y esta norma no hace más que admitir uno de los elementos esenciales de toda impugnación procesal; vale decir, que sólo están habilitados para deducir un recurso aquéllos que han sufrido un perjuicio, situación en la que no se encuentra la institución recurrente, toda vez que no incorporó a la enumeración de los agravios producidos por el dictamen de primer grado, aquel relativo a los errores que ahora denuncia, de lo que se colige que, en el momento procesal pertinente, estimó que no le perjudicaba.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo de la Constitución Política de la República, 93 y 141 del Código Penal; 764, 765, 767 y 772 del de Procedimiento Civil, 535, 546, N° 5º e inciso final, y 547 de su homónimo de Instrucción Criminal, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo intentados por el abogado Francisco Javier Piffaut Passicot en representación de Marcelo Moren Brito y María Teresa Muñoz Ortúzar, abogado procurador fiscal del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, en lo principal de sus presentaciones de fojas 1687 y 1702, respectivamente, en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago de seis de junio de dos mil siete, escrita de fojas 1681 a 1686, la que, en conclusión, no es nula.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes fueron del parecer de acoger el recurso de casación deducido por la defensa de Marcelo Moren Brito, anular el fallo de segundo grado y revocar la sentencia de 21 de marzo de 2006, escrita a fojas 1408 y siguientes, y declarar en su lugar que se absuelve a los condenados de la acusación judicial de fojas 705 como autores del delito de secuestro calificado en las personas de Sergio Daniel Tormen Méndez y Luis Julio Guajardo Zamorano, por haberse extinguido sus responsabilidades por la presencia de la causal de extinción de la responsabilidad criminal de la prescripción de la acción penal, teniendo presente para así decidirlo, los antecedentes que se exponen a continuación:

**1.-** Que el delito de secuestro objeto de esta investigación, a la fecha de los hechos, se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal, de la siguiente forma:

“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

“En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

“Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias”.

Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano, toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146ª., del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

**2.-** Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia — como también por esta sentencia — como delito de carácter permanente, esto es, de aquéllos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: “Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido” (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

**3.-** Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de

los hechos, según la cual el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: “si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos - la detención o encierro - resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o, 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno, esto es, en este caso concreto, a partir del 18 de octubre de 1974, respectivamente. De esta suerte, los jueces pueden, desde este hecho claro y evidente, dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible por terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello, conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

4.- Este aislado parecer no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advertiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza:

“Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

“2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

“3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

“4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.”

En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts, en el Título VI de sus “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal” (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), relata que “es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento



de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo...”

“Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal”. En otra parte, sostiene que “Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea...”, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. cit, página 144).

**5.-** Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera, así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley”.

**6.-** Que en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

“Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

El Sr. Jean Pictet, ya mencionado, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CICR-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de

1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento del CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...”

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1º, N° 1º, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3º común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1º del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de

disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por el CICR son ilustrativos para que esta opinión disidente interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra, de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y,

dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile, a la data de los hechos, existía un “conflicto armado no internacional”, en términos que no resultan aplicables los Convenios de Ginebra al hecho punible en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.” (causa Rol N° 457-05 , Rol N° 2165-05, Rol N° 559-04 y Rol N° 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998”, Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989, dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”

7.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados del secuestro calificado de Sergio Tormen Méndez y Luis Julio Guajardo Zamorano, y en ello se funda el parecer de estos jueces para absolverlos de los cargos acusatorios, como se anunciara al comienzo.

Se previene que el abogado integrante Sr. Hernández no comparte los fundamentos 24° y 25° precedentes, por entender que el delito de desaparición forzada de personas, que es la categoría a la que pertenece el de autos, es un crimen de lesa humanidad y, por tanto, imprescriptible, con arreglo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, apreciación que hace innecesario discurrir acerca de la naturaleza permanente del delito imputado y sus consecuencias

Se deja constancia que la decisión adoptada en lo relativo al recurso deducido por el Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile, lo fue conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que los ministros señor Segura y señor Ballesteros sostuvieron la incompetencia absoluta de la judicatura criminal para conocer de la acción civil interpuesta en autos, en base a los siguientes antecedentes:

1º) Que, con arreglo al artículo 10 del ordenamiento procesal penal, la reclamación civil compensatoria que el legislador admite en la litis criminal, reconociendo que dicho terreno no es el natural para su desenvolvimiento, exige que el soporte de ella obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del enjuiciamiento punitivo, lo que se traduce en que los daños deben provenir de aquella circunstancia, estableciendo, de esta manera, un coto al conocimiento de las demandas civiles que se entregan a la magistratura penal.

2º) Que, en este orden de ideas, a pesar de que el primer criterio de distribución será la naturaleza misma de la causa, el legislador ha estimado pertinente conceder al actor civil la facultad de optar por presentar su petición, bajo el reseñado supuesto legal, en sede criminal o civil, lo que viene a constituir una excepción a las reglas de competencia objetiva, situación que, por lo demás, conlleva a realizar una interpretación restrictiva de la reseñada norma al momento de determinar su alcance y sentido, por tratarse de un canon excepcional y que, en definitiva, confiere un privilegio al demandante.

3º) Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que le se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

En efecto, la nueva fórmula introducida por el legislador -recogiendo la tendencia doctrinaria de acotar en forma decisiva la competencia del juez del crimen para conocer la responsabilidad civil-, al modificar el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, mediante la Ley N° 18.857, de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, si bien, por una parte, pretendió extender el campo de la acción civil deducible en el litigio penal al incorporar requerimientos antes no contemplados, como por ejemplo las prejudiciales y precautorias, al mismo tiempo estableció un límite claro a la misma, circunscribiéndola a términos más propios de su actividad penal directa e inmediata -consagrando condiciones más estrictas para su ejercicio, en cuanto a su amplitud y extensión, si se le compara con la redacción, en términos genéricos y amplísimos del texto anterior- imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un solo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquél y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente.

En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata), con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos.

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal.

**4°)** Que corrobora este aserto lo expresado por la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que modifica el Código de Procedimiento Penal, que en su informe de catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dirigido a la Junta de Gobierno, expresa que: “De esta suerte, pueden deducirse las acciones para perseguir consecuencias no directas aunque sí próximas, pero siempre aquellas que derivan de la misma conducta que constituye el hecho punible objeto del proceso penal y no otros. El peligro de que se extienda el campo de las acciones civiles a perjuicios remotos, a nulidades de contratos o actos simplemente relacionados con el hecho perseguido, pero no constitutivos del mismo, ha sido, así, despejado”.

**5°)** Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código adjetivo penal - también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la pretensión civil en sede penal y el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción concedida al actor civil.

**6°)** Que, por lo demás, lo concluido resulta plenamente coincidente con la orientación del legislador procesal penal en el nuevo modelo de enjuiciamiento diseñado, donde aparece claramente limitado el ejercicio de la pretensión civil en sede penal, ya que se concede exclusivamente a la víctima para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible y sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros civilmente perjudicados o responsables, entregando el conocimiento de tales peticiones al juez civil competente, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales.

**7°)** Que la petición civil presentada por la hermana de Tormen Méndez se dirige únicamente en contra del Estado de Chile, argumentando que la responsabilidad estatal está informada por reglas de Derecho Público, que se construyen a partir del artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, y cuyo fundamento básico se encuentra en sus artículos 1°, inciso cuarto; 5°, inciso segundo, 6° y 7°, así como el 4° de la Ley de Bases Generales de la Administración, normas complementadas por el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, de manera que tal responsabilidad del Estado está consagrada y reconocida por el Derecho Internacional Convencional y también por el Derecho de Gentes o Consuetudinario aplicable en Chile y en el orden mundial, consagrando, en síntesis, el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales derivadas de violaciones a los derechos humanos.

**8°)** Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del

hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

9º) Que, sin perjuicio de lo anterior, es útil dejar en claro, que como lo ha sostenido anteriormente esta Corte: “la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho”. Añadiendo que “en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, sólo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad” (Corte Suprema Rol N° 428-03, de dieciséis de agosto de dos mil cuatro, basamento décimo quinto).

En virtud de lo expresado, los señalados ministros estuvieron por invalidar el fallo recurrido y dictar la sentencia de reemplazo correspondiente.

A su turno, los ministros señor Dolmestch y señor Künsemüller, así como el abogado integrante señor Hernández, sostuvieron que los tribunales del crimen constituyen sede hábil para conocer de la referida pretensión, todo ello conforme a las siguientes razones:

**I.-** Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal –de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

**II.-** Que, en la especie, tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos -cometidas por agentes del Estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

**III.-** Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

Se previene que el abogado integrante señor Hernández, fue de opinión de rechazar la acción civil intentada, en razón de encontrarse extinguida por prescripción.

Tuvo presente al efecto las consideraciones siguientes:

1º.- Que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de “ius cogens”. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

2º.- Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad -categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos- son imprescriptibles, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Roles Nos. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

3º.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos.

En efecto, hay quienes piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad, se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito, trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil.

A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.

4º.- Que cabe desde luego dejar establecido que, al tiempo de los hechos investigados, no se encontraba vigente en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que sólo vino ser aprobado por decreto supremo N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 ni la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por decreto supremo N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991.

Ambos tratados internacionales contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuales los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la “**indemnización compensatoria**” fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y “**el pago de una justa indemnización a la parte lesionada**”, respectivamente.



5°.- La circunstancia de haberse incorporado ambos instrumentos internacionales al derecho interno con posterioridad a la comisión de los crímenes contra la humanidad que sirven de fundamento a la acción civil impetrada, no constituye, empero, obstáculo para la eventual aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción, en la medida que éstas fueren inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, naturalmente, que no se hubiere completado el período fijado para la extinción de derechos en esta última, con antelación

Sin embargo, el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales, con solo considerar que el ilícito penal se cometió el 10 de octubre de 1.973, en tanto la querrela criminal para perseguir a los culpables se dedujo recién el 17 de abril de 2.001, sin que, en el lapso intermedio, se intentara hacer valer derecho alguno ante la jurisdicción civil, a objeto de provocar la interrupción civil de la prescripción en curso. Como el referido término es de cuatro años “contados desde la perpetración del acto”, según reza el artículo 2.332 del Código Civil, aplicable por remisión del artículo 2.497 del mismo ordenamiento y constatado que el curso de la prescripción no se interrumpió mediante la interposición de una demanda judicial, en los términos del artículo 2.518, la premisa antes asentada no puede merecer dudas.

6°.- Que se ha dicho por esta misma Corte que la determinación estatal manifestada a través de la creación de la pensión de reparación y demás beneficios reconocidos a favor de familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, individualizados en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, concretada en la ley 19.123, de 8 de febrero de 1.992, que concedió una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, “importa el reconocimiento de la responsabilidad estatal de reparar el daño moral sufrido por esas personas”, acto que “debe tenerse en cuenta para los efectos de la interrupción del plazo de prescripción de las acciones que tienen por propósito se condene al Fisco a indemnizar el mismo perjuicio cuya reparación motivó la aprobación de aquel cuerpo legal” (SCS. Rol N° 4753/2.001, de 15.05.2.002, consids. 12° y 13°).

Pues bien, incluso atribuyendo a esa norma legal efecto interruptivo, la conclusión propuesta no puede variar, en cuanto aun desde la fecha de su publicación y hasta que los actores civiles pusieron en juego la facultad jurisdiccional para resguardar su derecho – incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela esa virtualidad – el término extintivo que interesa se encontraría, en todo caso, cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

7°.- Que, desde luego, la normativa atinente, anteriormente referida, contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concierne específicamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, cuyo no es el caso de la especie. Por su parte, la consecuencia civil extraída de la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana - que obliga al Estado infractor al “pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (art. 63.1), autorizándose la ejecución en el respectivo país, “por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado” (art. 68.2) – no está directamente asociada al tema de la prescripción, en la medida que los respectivos preceptos nada dicen sobre el particular.

La inferencia lógica no puede ser sino que, constituyendo la prescriptibilidad de todas las obligaciones civiles la regla general, cualquiera excepción debería ser establecida

explícitamente, sin que las mentadas disposiciones ni ninguna otra de las comprendidas en los pactos internacionales reseñados, contenga una alusión expresa e inequívoca al instituto de la imprescriptibilidad, como sí ocurre respecto de la acción penal, en el Derecho Internacional.

8º.- Que, siempre dentro de esta misma línea argumental, es dable agregar que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de equivalentes compensatorios distintos, que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco no susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor “constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más” (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).

En similar sentido, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, de 5.02.01, consid. 99, se resolvió que la sentencia misma constituía per se “una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas”, excluyendo otra indemnización que el reintegro de los gastos acreditados por las víctimas. Igual planteamiento se formula en “Claude Reyes y otros vs. Chile”, de 19.09.2006, consid. 156.

9º.- Que, a juicio de este disidente, la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad, es una de derecho consuetudinario, que encuentra su base de sustentación y reconocimiento en el Preámbulo y en el artículo I b) de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXII), de 26 de noviembre de 1968, aunque no ratificada ni publicada en nuestro país.

En lo pertinente, dicho Preámbulo consigna: “Reconociendo que **es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal**”... De su tenor se extrae que la norma convencional se limita a “**afirmar**” tan relevante principio, con el claro objetivo de “**asegurar**” su aplicación a todas las naciones, independiente de la concurrencia de éstas a la firma o adhesión al tratado.

Por su parte, el artículo I b) mencionado complementa y refuerza el alcance indicado, al disponer: “Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1.945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1.946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1.946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1.948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos”.

A su vez, el Estatuto del Tribunal de Nüremberg define como crimen contra la humanidad: “El asesinato, el exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier

otro acto inhumano cometido contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando esos actos o persecuciones, tanto si han constituido como si no una violación del derecho interno del país donde han sido perpetrados, han sido cometidos después de cualquier crimen de la competencia del tribunal, o en relación con ese crimen" (art. 6°).

La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, entonces, no ha venido sino a cristalizar principios recogidos desde mucho antes de su adopción, en la forma de un derecho consuetudinario que sanciona tan deshumanizados comportamientos.

**10°.-** Que el artículo IV de la Convención antes aludida - "que en este punto se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la norma y la fijación de su contenido", según tuvo oportunidad de declararlo este mismo Tribunal Superior en autos Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2.006 - introduce un mandato vigente respecto de toda la comunidad internacional, en el sentido que "la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo", no debe aplicarse a los crímenes designados en los artículos I y II de ese tratado.

Sin embargo, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.

**11°.-** Que el derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, concerniente a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Pero tampoco estas prescripciones contienen alusiones implícitas o explícitas a la prescripción civil que interesa.

**12°.-** Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, "no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo" (Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.

**13°.-** Que la explícita precisión, en orden a la imprescriptibilidad de la pena y la acción penal, formulada en el artículo IV de la Convención mencionada en las reflexiones precedentes, es demostrativa que el instituto de la prescripción no es ajeno al derecho internacional y, además, de que este peculiar ordenamiento no ha regulado la procedencia y límites de aquélla, en el ámbito reparatorio.

**14°.-** Que la prescripción, en el decir de la más autorizada doctrina, busca consolidar - más que la justicia- la seguridad y estabilidad en las relaciones jurídicas, bases en que se asienta la convivencia civilizada. En esa orientación, existe amplio consenso en orden a reconocerla como un principio general del derecho, de modo tal que, en el vacío del Derecho Internacional, que no la delimita en el ámbito civil, como sí lo hace en el penal, no cabe sino concluir, que la admite tácita o implícitamente, pues de lo contrario no habría restringido su alcance a sólo este último aspecto.

**15°.-** Que, confirmando esta deducción, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24.10.2005, los **“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”**.

En lo atinente a la cuestión estudiada, la resolución reza: **“7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”**.

El transcrito numeral 7° es categórico en distinguir la prescripción de “las acciones civiles” y de otras especies de violaciones, prohibiendo limitar indebidamente la posibilidad de interponer la “víctima” demanda contra el “autor” del ilícito, ni aplicarse a períodos en que no haya “recursos efectivos” contra aquellas violaciones.

Más adelante, la misma resolución agrega que: **“16. De conformidad con su derecho interno y sus obligaciones internacionales, los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”**.

Conforme a esta regla, la opción resarcitoria de las víctimas de los crímenes en análisis debe someterse, por remisión de los propios principios del derecho internacional, al derecho interno de los Estados.

**16°.-** Que, si bien sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de computarse desde una época inicial distinta de la que establece el artículo 2.332 del Código Civil, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al gobierno militar el 11 de marzo de 1.990 - o aun la de publicación de la ley N° 19.723, de 8 de febrero de 2.002, que acordó pensiones y otras reparaciones para familiares de las víctimas, produciendo la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos, en la jurisdicción doméstica, para hacer frente a violaciones de las normas sobre derechos humanos, conciliable con la propuesta declarativa aludida en la reflexión 12ª precedente.

**17°.-** Que, por consiguiente, no es posible identificar en el derecho internacional normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos, de modo tal que la aplicación al caso que interesa del artículo 2.332, por remisión del artículo 2.497, ambos

del Código Civil, resulta legítima y permite desestimar las de tal naturaleza interpuestas en estos autos, por transcurso del tiempo previsto para su extinción por esa causal.

En atención a lo expresado y constatándose discordia de votos para formar acuerdo en lo relativo al recurso de casación en el fondo deducido por el Consejo de Defensa del Estado a fojas 1.702, por concurrir dos votos por rechazarlo – de los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller – otros dos por abstenerse de emitir pronunciamiento a su respecto, en razón de carecer los jueces en lo penal de competencia para decidir acerca de la acción civil interpuesta, lo que obsta a resolver sobre el fondo- posición de los Ministros Sres. Segura y Ballesteros – y un voto por desestimar el recurso, por encontrarse extinguida la acción patrimonial intentada por prescripción, se dispuso someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta. En consecuencia – y por aplicación de lo dispuesto para este caso por el inciso 1° del artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales – se dispuso excluir la opinión del Sr. Hernández, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre las restantes, los ministros señores Segura y Ballesteros mantienen su postura relativa a la incompetencia absoluta del juez de primer grado para pronunciarse sobre la acción de carácter patrimonial, sosteniendo los ministros señores Dolmestch, Künsemüller y el abogado señor Hernández, la competencia de la referida judicatura, resolviéndose, en consecuencia, que la acción civil impetrada ha sido acogida sin cometerse infracción de ley y desestimándose, por ende, el capítulo de nulidad por presunta infracción de la normativa contenida en los artículos 2.332 y 2.497 del Código Civil.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante señor Domingo Hernández E. y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 3907– 07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.