

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.

### **V I S T O S:**

En los autos Rol N° 530-2010, del Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad, por sentencia de tres de junio de dos mil quince, a fojas 2.700, se condenó a Andrés Leopoldo Flores Sabelle como autor de los **delitos de homicidio calificado de Luis Humberto Caro Bastías, Antonio Segundo González Rojas, Ricardo Hernán Ortega Alvarado, Carlos Miguel Hidalgo Retamal, Vicente Vásquez Castañeda y Enrique Zenón Vásquez Castañeda**, cometidos los días 16 y 17 de septiembre de 1973, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa. En lo civil, se acogieron las demandas intentadas a fojas 1.730, 1.751 y 1.777 por las actoras Silvia Ramírez Suazo -pareja de Enrique Vásquez-, Eliana Mena Suazo -pareja de Vicente Vásquez- y Fresia de las Mercedes Hidalgo Retamal -hermana de Carlos Hidalgo- condenando al Fisco a pagar a cada una la suma de \$30.000.000 (treinta millones de pesos) como resarcimiento del daño causado.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de nueve de diciembre de dos mil quince, a fojas 2.950, desestimó el primero de tales arbitrios y confirmó el fallo con declaración se eleva a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo la pena impuesta a Andrés Flores Sabelle como autor de los delitos a que se ha hecho referencia.

Contra esa sentencia la defensa del condenado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se desprende de fojas 3.000, en tanto que el representante del Fisco de Chile, a fojas 2.955, formalizó únicamente recurso de casación en el fondo, arbitrios que se ordenaron traer en relación por resolución de fojas 3.058.

### **Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de casación en la forma deducido por el sentenciado Flores Sabelle se funda en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, dada la inobservancia del artículo 500 Nros. 4 y 5 del mismo cuerpo legal.

Según sostiene, las falencias del fallo dicen relación con dos aspectos sustanciales: la falta de coherencia de los fundamentos que se hacen cargo de la participación que se le atribuye en los delitos y la ausencia de razones legales y doctrinales respecto de las circunstancias del ilícito, tanto las atenuantes como agravantes, lo que deja sin sustento el rechazo de la prescripción gradual y la pena aplicada.

En relación al primero de estos tópicos, plantea el recurso que la sentencia de alzada no consigna los motivos por los cuales comparte la decisión condenatoria. No se explaya sobre los diversos elementos de prueba, relacionando las declaraciones de testigos, peritos, funcionarios policiales, oficios y órdenes de investigar, circunstancias que valoradas armónicamente darían cuenta de la inexistencia de la participación del condenado en los hechos por los que se le acusa.

A propósito de la prueba testimonial, el fallo no indicaría por qué se da valor a declaraciones que a su juicio resultan carentes de mérito, como sucede con los dichos de Juan Delgado Campos, testigo acogido a reserva de identidad, quien atestiguó sobre

circunstancias inexactas y que no pudo presenciar, pues no se demostró que formara parte del contingente policial perteneciente a la 5ª Comisaría de Carabineros de Conchalí. Otro tanto acontece con el co-procesado Luis Mella Peñaloza, hoy fallecido, quien por las labores que desempeñaba no pudo obedecer órdenes de un policía diverso de su superior, el Teniente Villegas, por lo que su relato no es creíble. Por último, en el caso del Sub Teniente Alejo López, también entregó una desprolija versión de los hechos.

En relación a la media prescripción, se reclama que el fallo le dio igual tratamiento que a la prescripción total. Por ello, al determinar la pena, solo se consideró la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, en circunstancias que también le beneficiaban la minorantes de los artículos 11 N° 9 y 103 del mismo código. La primera, porque su defendido siempre concurrió a los llamamientos del tribunal proporcionando en cada declaración todos los antecedentes de que disponía. La segunda, por tratarse de una norma de orden público que el tribunal estaba obligado a aplicar si concurrían los supuestos fácticos para ello.

Sin los errores señalados, concluye, no se habría quebrantado la presunción de inocencia que le asiste, concluyéndose que no tuvo participación en los hechos o bien, dadas las atenuantes que le favorecen, la pena no pudo superar los cinco años de presidio menor en su grado máximo, otorgándole la medida de libertad vigilada.

**Segundo:** Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la misma defensa se sustenta en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 42 del aludido cuerpo legal y 19 N° 3 incisos 7° y 8° de la Constitución Política de la República, por cuanto para desestimar la prescripción gradual se expresó en la sentencia que tanto ésta como la prescripción total necesariamente siguen la misma suerte, porque en el caso de delitos de lesa humanidad, siendo improcedente la prescripción total también lo es la parcial, acudiendo a la analogía en una materia que resulta perjudicial al acusado.

Sin embargo, a pesar de ese yerro, se afirma que Flores Sabelle no tuvo participación en los hechos, porque no hay antecedente alguno que acredite que se encontraba en el sitio del suceso.

Finaliza solicitando que se declare la nulidad del fallo y en su reemplazo se dicte otro que se ajuste a derecho.

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

El primer apartado se extiende al error cometido al rechazar la excepción de preterición legal, transgrediendo los artículos 17 a 23 de la Ley N° 19.123, en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, pues atendiendo a dicha normativa en casos como el de la especie se concede indemnización al núcleo más cercano a la víctima, constituido por los padres, hijos y cónyuges, pretiriendo a otras personas ligadas por vínculos de parentesco, amistad y cercanía, cuyo es el caso de autos, en que accionaron civilmente Silvia Ramírez Suazo, pareja de Enrique Vásquez, Eliana Mena Suazo, pareja de Vicente Vásquez, y Fresia de las Mercedes Hidalgo Retamal, hermana de Carlos Hidalgo.

Enseguida se denuncia la falsa aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497, 2514 y 2518 del Código Civil y las normas de

interpretación de los artículos 19 y 22 inciso primero del referido cuerpo de leyes, al prescindir el fallo de la regulación contenida en el derecho interno a propósito de la prescripción de la acción civil ejercida. Indica el recurso que no existe en la legislación norma de fuente nacional o internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción intentada ni la forma de cómputo de que da cuenta la sentencia, o que prorrogue o interrumpa los plazos de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual del Estado en el caso de violaciones a los derechos humanos, término que es de cuatro años, como establece el artículo 2332 del Código Civil.

En el caso que se revisa la notificación de la demanda se verificó el 24 de diciembre de 2014, fecha en que el plazo ya se encontraba vencido, incluso si se considera que estuvo suspendido durante el régimen militar, hasta la vuelta a la democracia o hasta la entrega del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

Por ello, al apartarse el fallo de las disposiciones sobre prescripción del Código Civil, vulneró las reglas de los artículos 19 inciso primero y 22 inciso primero de ese texto legal, porque no debía desatenderse el contexto de la ley y lo dispuesto en su artículo 2497, que manda aplicar las disposiciones sobre prescripción a favor y en contra del Estado.

Por último se reclama la falsa aplicación de tratados internacionales que no contemplan la imprescriptibilidad de las acciones civiles. A estos efectos, la sentencia extiende indebidamente la imprescriptibilidad prevista para la persecución penal de los responsables de delitos de esta naturaleza al ámbito patrimonial. En todo caso, la sentencia no cita ninguna disposición de algún tratado internacional suscrito y vigente en Chile que establezca dicha imprescriptibilidad para el caso del ejercicio de acciones pecuniarias provenientes de violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, a falta de norma expresa de derecho internacional debidamente incorporada a nuestro ordenamiento interno, la sentencia no debió apartarse de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil.

Con tales argumentos finaliza solicitando que se anule la sentencia y en su reemplazo se resuelva rechazar las demandas, en todas sus partes.

**En relación al recurso de casación en la forma:**

**Cuarto:** Que el motivo de invalidación formal que se alega por el condenado tiene -según constante jurisprudencia- un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que exige la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de él se desprenda, aquilatar su mérito intrínseco o el valor de convicción que deba atribuírseles.

De la lectura del recurso se advierte que se reprocha a los jueces haber omitido expresar las consideraciones por las cuales se comparte el parecer del tribunal de primer grado en relación al mérito de la prueba inculpativa por la cual se le atribuye responsabilidad en los hechos y las razones que los condujeron a la imposición del castigo, obviando circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que se dicen concurrentes, limitando en esta materia la decisión a meras afirmaciones carentes de todo respaldo.

**Quinto:** Que en el caso de marras, resulta evidente que la sentencia impugnada no adolece de las falencias denunciadas, toda vez que de un atento estudio de ella, en particular los apartados Octavo, Noveno, Décimo y Décimo Séptimo del fallo de

primera instancia, que el de alzada hace suyos, y las reflexiones Tercera, Cuarta y Quinta de este último pronunciamiento, aparece una suficiente exposición de los motivos que condujeron a los jueces a sancionar al sentenciado como autor de los hechos, acatándose adecuadamente el mandato del legislador, pues las conclusiones a este respecto son fruto de un análisis conjunto de los múltiples elementos de cargo. Lo propio ocurre con las motivaciones Vigésimo Primera a Vigésimo Tercera del fallo del a quo y Sexta de la Corte de Apelaciones, que desestiman la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y la prescripción gradual contenida en su artículo 103, expresando por qué, en cada caso, no es posible su reconocimiento.

**Sexto:** Que interesa precisar que lo que estatuyen las normas que se dicen infringidas en relación a la extensión de las sentencias es que el pronunciamiento contenga las reflexiones que le sirven de base, lo que en este caso está satisfecho, pero la pretensión de obtener una conclusión distinta a la de la instancia no está comprendida en un motivo de nulidad como el presente.

Por lo expuesto y dado que el fallo que se impugna ha cumplido con las exigencias referidas, lo que se advierte de su examen, siendo entonces inexactas las transgresiones imputadas, no ha podido configurarse la causal de invalidación formal esgrimida, la que habrá de ser desestimada.

**En cuanto a los recursos de casación en el fondo:**

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

Tales son los contenidos en el considerando Sexto del pronunciamiento de primer grado, que señala: el día 14 o 15 de septiembre de 1973 alrededor del mediodía, en un campamento aledaño a la Población Irene Frei de Conchalí, funcionarios policiales de la Quinta Comisaría de Carabineros de Conchalí que se movilizaban en un bus de la Empresa de Transportes Colectivos del Estado, detienen a Luis Humberto Caro Bastías, Antonio Segundo González Rojas, Ricardo Hernán Ortega Alvarado, Carlos Miguel Hidalgo Retamal, Vicente Vásquez Castañeda y Enrique Zenón Vásquez Castañeda. Los funcionarios los trasladan hasta la unidad policial y les mantienen recluidos en una de sus dependencias, hasta que en horas de la madrugada del día siguiente (esto es, la noche del 15 al 16 de septiembre y no, como por error de transcripción aparece en lo resolutivo del fallo antes reproducido -del 16 al 17 de ese mes-), uno de sus oficiales acompañado de Carabineros premunidos con armas de fuego, los sacan del cuartel y los llevan hasta la intersección de las calles Guanaco con Dorsal, de la misma comuna, distante cuatro o cinco cuadras de la Comisaría. Una vez en el lugar los obligan a arrancar al interior de un sitio utilizado como estacionamiento de los Buses de la Empresa de Transportes Colectivos del Estado y, al hacerlo, les disparan por la espalda hasta darles muerte. Uno de ellos, en la huida intenta saltar una reja, siendo alcanzado por las balas, quedando colgado en ella a la vista de los testigos y familiares que con posterioridad llegaron al lugar.

Los indicados sucesos fueron estimados como constitutivos de delitos de homicidio calificado, al revelar la perversidad de los hechores en la ejecución, generadores de un reproche social inaceptable, quienes reflexionaron cómo actuar con las víctimas y lograr la impunidad, aprovechándose de su condición de funcionarios públicos.

**Octavo:** Que en lo que concierne al recurso de casación en el fondo del sentenciado, es conveniente recordar que, cualquiera sea la interpretación del

fundamento de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, lo cierto es que su literalidad no impone una rebaja obligatoria de la pena, sino que remite expresamente a las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 de dicho cuerpo legal para su determinación, considerando el hecho “como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante”, “sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

Tratándose el delito por el que viene condenado el recurrente de uno sancionado con una pena compuesta, a las que se refiere el citado artículo 68 del Código Penal, la regla de determinación de la pena allí establecida obliga únicamente a excluir el grado máximo de la pena prevista (en este caso, presidio perpetuo), facultando al tribunal -“podrá”- para recorrer el resto de la pena y, si así lo estima, para rebajarla, en uno, dos o tres grados, según sea el número o entidad de las circunstancias concurrentes.

En consecuencia, aún de admitirse la aplicación a la especie de la atenuante especial de media prescripción, ello no influye en lo dispositivo del fallo, pues el tribunal de la instancia, atendidas las especiales circunstancias de los hechos que juzga, como se relatan en el considerando séptimo anterior, bien habría podido estimar, dentro de las facultades que le concede la ley, que las atenuantes de que se encontraría revestido el hecho, a pesar del carácter de muy calificadas que les otorgaría la ley, no tendrían el número ni entidad suficientes para acceder a la rebaja que el recurrente solicita.

**Noveno:** Que por lo dicho anteriormente, deberá rechazarse el recurso de casación en el fondo interpuesto por el condenado, al no influir el vicio denunciado en lo dispositivo del fallo.

**Décimo:** Que en lo que concierne al recurso intentado por el Fisco de Chile, aparece de los antecedentes, como se dijo, que los hechos en que se funda la demanda caben dentro de la calificación de crimen de lesa humanidad, y constituyen por ende una violación grave a las normas internacionales sobre Derechos Humanos, por lo que resulta plenamente procedente resarcir a las actoras.

Se establece por la sentencia que no hay norma que expresamente declare la preterición legal respecto de hermanos o parejas de las víctimas ni que los beneficios que pudieren percibir familiares más cercanos se opongan a una fijación judicial del daño moral sufrido por quienes accionan en estos autos.

En relación a la prescripción de la acción ejercida, se sostiene por la sentencia impugnada que los crímenes de lesa humanidad y atentatorios contra los derechos humanos son imprescriptibles, lo que plasman numerosas convenciones y tratados y también emana del derecho internacional general o *ius cogens*. Por ello, las normas del Código Civil no son aplicables a este juicio, pues los hechos en que se funda y sus consecuencias son imprescriptibles a la luz del derecho internacional. Tal imprescriptibilidad rige tanto para el ámbito penal como civil, lo que deriva de la consideración que se trata de delitos de lesa humanidad, pues las normas del derecho privado atienden a finalidades distintas a aquellas que emanan del derecho internacional, idea que fluye también de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre derechos humanos, después.

**Undécimo:** Que sin perjuicio de lo razonado en el fallo, en reiterada jurisprudencia esta Corte ha sostenido que tratándose de delitos de lesa humanidad, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la

ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. (En este mismo sentido, SCS Nros. 20.288-14, de 13 de abril de 2015; 1.424, de 1 de abril de 2014; 22.652, de 31 de marzo de 2015, entre otras).

Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento distinto es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, resulta impropio.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

**Duodécimo:** Que en el caso en análisis, dado el contexto en que los ilícitos fueron verificados, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos 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 de los delitos que se han tenido por acreditados.

**Décimo tercero:** Que por otro lado, las acciones civiles aquí deducidas en contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

**Décimo cuarto:** Que estas normas de rango constitucional imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional.

**Décimo quinto:** Que de otra parte, la indemnización del daño producido y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles deducidas en autos, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las 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, como se viene sosteniendo, 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.

**Décimo sexto:** Que, por último, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6 inciso tercero de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso del Fisco de Chile, quedarían sin aplicación.

**Décimo séptimo:** Que estas reflexiones impiden aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente las indemnizaciones que se han demandado, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con tal preceptiva, como también se razonó, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

La normativa invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales a ciertos beneficiarios- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que aquéllas las asuma el Estado voluntariamente, no importa la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia respecto de cualquier afectado, por los medios que autoriza la ley.

Por último, sobre la supuesta preterición legal en relación a las demandas incoadas, cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar existen disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que

en la especie no sucede, pues la única limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar la existencia del daño y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso no ha sido cuestionado.

**Décimo octavo:** Que por las reflexiones precedentes el recurso de casación en el fondo del Fisco de Chile será desestimado en todos sus capítulos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 535, 541 N° 9, 546 Nro. 1° e inciso final y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo formalizados por la defensa del sentenciado Andrés Leopoldo Flores Sabelle y el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile, en contra de la sentencia de nueve de diciembre de dos mil quince, escrita a fojas 2.950.

**Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller y el abogado integrante Sr. Matus**, aún cuando estiman procedente la especial circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, en casos de delitos instantáneos, como el homicidio, concurren a la decisión de mayoría, teniendo en cuenta por una parte que dicho precepto legal se remite a normas eminentemente facultativas -en este caso el artículo 68 del Código Penal- y por la otra las particularmente reprochables circunstancias de los ilícitos cometidos y el número de víctimas de los mismos, elementos que llevan -sin duda ninguna- a desestimar el arbitrio.

**Se previene que los Ministros Señores Brito y Dahm** si bien concurren al fallo, no comparten los fundamentos expresados en el considerando octavo y, en su lugar, entienden que debe rechazarse el recurso de casación interpuesto por el condenado en relación con la supuesta falta de aplicación del 103 del Código Penal, por los siguientes motivos:

1°. Que la prescripción parcial reconocida en el artículo 103 del Código Penal es una regla inserta no sólo dentro del mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

2°. Que, en consecuencia, como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, circunstancia que el fallo declaró expresamente, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie; y

3°. Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.



**Se previene, además, que el Abogado Integrante Sr. Matus,** si bien comparte en general los razonamientos expuestos para rechazar el recurso interpuesto por el Fisco de Chile, disiente en cuanto de ellos se pueda colegir que los pagos dispuestos por las diversas leyes de reparación de los graves atentados a los derechos humanos cometidos en Chile durante la Dictadura Militar no puedan considerarse a efectos de establecer la cuantía de la indemnización que por tales hechos se demande, pues una vez determinada ésta por la vía judicial, nada obsta a imputar a favor del Fisco los pagos que por la misma causa haya realizado, excepción que, en todo caso, no fue invocada en la especie.

**Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado y el promovido por el Fisco de Chile con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos, quien estuvo por acogerlos en base a las siguientes consideraciones:**

En relación al primero de tales arbitrios, estuvo por acogerlo respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada por el condenado, rebajando la pena impuesta. Para estimó lo siguiente:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes.

2° Que la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión de los disidentes se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

En relación a la decisión civil, el disidente fue del parecer de invalidar el fallo de alzada y en la sentencia de reemplazo revocar el pronunciamiento de primer grado y desestimar las demandas, dado que en el presente caso se han ejercido acciones de contenido patrimonial que persiguen hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, las disposiciones del Código Civil, como manda expresamente el artículo 105 inciso segundo del Código Penal. Además, y puesto que no existen cuerpos normativos que establezcan la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, en ausencia de ellas corresponde estarse a las reglas del derecho común, dentro de las cuales destaca el artículo 2.497 del Código Civil, que estatuye que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los

individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”. Asimismo resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2.332 del mencionado cuerpo de leyes, porque las acciones deducidas para obtener la reparación de los daños causados fueron ejercidas cuando ya estaba vencido en exceso el plazo de cuatro años establecido en el precepto indicado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Matus y de las prevenciones y la disidencia, sus autores.

N° 2962-2016

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y los Abogados Integrantes Sres. Jean Pierre Matus A., y Jorge Lagos G. No firman los Abogados Integrantes Sres. Matus y Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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