

**Fallo : 82.246-2016.-
veintisiete de abril de dos mil diecisiete.
Segunda Sala**

MATERIAS:

- JUICIO CRIMINAL POR DELITO DE TORTURA EN EPISODIO DE DERECHOS HUMANOS FINALIZADO POR SENTENCIA CONDENATORIA; ACCIONES CIVILES INDEMNIZATORIAS CONTRA FISCO DE CHILE ACOGIDAS.-
- CASACIÓN DE FONDO EN ASPECTO CIVIL DEDUCIDA POR FISCO DE CHILE DESESTIMADA, DADO QUE NO EXISTE INFRACCIÓN A ONUS PROBANDI LEGAL, PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES CIVILES NO PUEDE SER APLICADA Y NO EXISTE INCOMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIONES DEMANDADAS Y PENSIONES ASISTENCIALES OTORGADAS A VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS.-
- ARBITRIO DEDUCIDO EN REALIDAD NO FORMULA CUESTIONAMIENTOS SOBRE INVERSIÓN DE CARGA PROBATORIA, PORQUE DAÑO MORAL SUFRIDO POR VÍCTIMAS DE TORTURAS NO SE TUVO POR ACREDITADO ANTE FALTA DE PRUEBA EN CONTRARIO DE FISCO DEMANDADO.-
- SENTENCIADORES DEL GRADO HAN ANALIZADO RESPECTO DE CADA VÍCTIMA ELEMENTOS PROBATORIOS PARA DAR POR DEMOSTRADO DAÑO MORAL SUFRIDO, ANTECEDENTES QUE CONSTITUYEN PRESUNCIONES JUDICIALES QUE PERMITEN COLEGIR DOLOR Y AFLICCIÓN FÍSICO Y SÍQUICO COMO CONSECUENCIA DE GRAVES TORTURAS A QUE ACTORES FUERON SOMETIDOS.-
- ARGUMENTACIONES RESPECTO A FALTA DE PRUEBA DIRECTA Y AUSENCIA DE PONDERACIÓN FÁCTICA NO TIENEN RELACIÓN CON SUPUESTA ALTERACIÓN DE CARGA PROBATORIA, CUESTIÓN QUE IMPIDE SIQUIERA ABOCARSE A SU ESTUDIO.-
- REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVAS A PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES INDEMNIZATORIAS NO PUEDEN RECIBIR APLICACIÓN PARA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIA, PORQUE CONTRADICEN REGLAS INTERNACIONALES QUE SON DE SUPERIOR JERARQUÍA.-
- PRECEPTIVA INTERNACIONAL HUMANITARIA IMPONE LÍMITE Y DEBER DE ACTUACIÓN A TRIBUNALES NACIONALES, QUE NO PUEDEN INTERPRETAR NORMATIVA INTERNA DE MODO QUE DEJEN SIN APLICACIÓN PRECEPTOS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN DERECHO DE VÍCTIMAS A REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO SUFRIDO COMO CONSECUENCIA DE ACTUACIONES ILÍCITAS DE AGENTES DEL ESTADO.-
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CHILE PUEDE SER COMPROMETIDA SI SUS ÓRGANOS DEJAN SIN APLICACIÓN PRECEPTIVA INTERNACIONAL HUMANITARIA.-
- IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR EXTINCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD IMPLICA TAMBIÉN QUE NO SEA ADMISIBLE DECLARAR EXTINCIÓN DE ACCIONES CIVILES INDEMNIZATORIAS POR MERO TRANSCURSO DEL TIEMPO.-
- NORMATIVA INTERNACIONAL HUMANITARIA NO HA CREADO UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD SINO SÓLO HA PROCEDIDO A SU RECONOCIMIENTO, PUES SIN DUDA ALGUNA SIEMPRE HA EXISTIDO.-
- PRETENDER APLICAR NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL A RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD COMO DERECHO COMÚN SUPLETORIO RESULTA ACTUALMENTE IMPROCEDENTE.-
- CUALQUIER PRETENDIDA DIFERENCIACIÓN ENTRE ACCIONES CIVILES Y PENALES POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD RESULTA DISCRIMINATORIO, Y NO PERMITE A ORDENAMIENTO JURÍDICO GUARDAR COHERENCIA Y UNIDAD RECLAMADA.-
- PRETENSIÓN DE FISCO DE DECLARAR IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIONES OTORGADAS POR HABER VÍCTIMAS OBTENIDO BENEFICIOS SOCIALES RESULTA INCONCILIABLE CON PRECEPTIVA INTERNACIONAL, SIENDO DERECHO INTERNO SÓLO APLICABLE SI NO ESTÁ EN CONTRADICCIÓN CON DICHA PRECEPTIVA.-
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD QUEDA SIEMPRE SOMETIDA A REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL, QUE NO PUEDEN SER INCUMPLIDAS EN FUNCIÓN DE OTRAS IMPOSICIONES LEGALES DE DERECHO PATRIO.-

- HECHO QUE ESTADO HAYA ASUMIDO VOLUNTARIAMENTE PAGO DE BENEFICIOS SOCIALES A VÍCTIMAS DE ATENTADOS CONTRA DERECHOS HUMANOS NO IMPLICA RENUNCIA DE TITULAR A PERSEGUIR INDEMNIZACIÓN POR DICHO DETRIMENTO, NI IMPIDE QUE SISTEMA JURISDICCIONAL DECLARE SU PROCEDENCIA SI CONCURREN DEMÁS REQUISITOS LEGALES.-

- NORMATIVA INTERNA INVOCADA POR RECURRENTE NO CONTEMPLA INCOMPATIBILIDAD ALGUNA CON INDEMNIZACIONES IMPETRADAS EN AUTOS, NI PUEDE ENTENDERSE QUE ELLA HAYA SIDO PREVISTA PARA REPARAR TODO DAÑO MORAL EXPERIMENTADO POR SUS TITULARES.-

- CASACIÓN DE FONDO INTERPUESTA POR QUERELLANTE PARTICULAR NO PUEDE SER ACOGIDA, DADO QUE ERROR DENUNCIADO, DE SER EFECTIVO, CARECERÍA DE INFLUENCIA EN RESOLUCIÓN DE CONDENA IMPUGNADA.-

- AUNQUE DELITOS DE AUTOS FUERAN CALIFICADOS COMO SECUESTRO CON GRAVES DAÑOS SANCIÓN IMPUESTA DE TODOS MODOS PUDO ALCANZAR 10 AÑOS Y UN DÍA, COMO PRECISAMENTE FUE ESTABLECIDO POR JUECES DEL GRADO.-

- CASACIONES SUSTANTIVAS NO PUEDEN PROSPERAR, QUE MEDIA PRESCRIPCIÓN NO RESULTA APLICABLE Y ERRADA CALIFICACIÓN DE HECHO PUNIBLE NO FUE ALEGADA EN NINGÚN ESTADO DEL JUICIO.-

- IMPROCEDENCIA DE APLICAR PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN PENAL EN DELITOS DE LESA HUMANIDAD ALCANZA NECESARIAMENTE A MEDIA PRESCRIPCIÓN, DADO QUE AMBAS SE FUNDAN EN TRANCURSO DEL TIEMPO PARA SU VERIFICACIÓN, CIRCUNSTANCIA QUE DERECHO INTERNACIONAL RECHAZA EXPRESAMENTE.-

- AUNQUE SE ESTIMARA QUE MEDIA PRESCRIPCIÓN PUEDE RECIBIR APLICACIÓN EN PRESENTE CASO, SU ESTIMACIÓN CARECERÍA DE INFLUENCIA EN FALLO IMPUGNADO, DADO QUE CUANTÍA DE PENA PUDO SER MISMA DETERMINADA POR JUECES DEL GRADO.-

- REBAJA POR APLICACIÓN DE MEDIA PRESCRIPCIÓN ES FACULTATIVA Y NO OBLIGATORIA PARA JUECES DEL GRADO, DE MODO QUE QUEDA SIEMPRE SUJETA A SU PONDERACIÓN PRIVATIVA Y EXCLUSIVA.-

- DADO QUE CASACIÓN COMPARTE NATURALEZA Y REQUISITOS CON TODA NULIDAD, RECURRENTE CARECE DE AGRAVIO RESPECTO DE CALIFICACIÓN ERRADA DE HECHO PUNIBLE AL NO HABERLA DENUNCIADO DURANTE SECUELA DEL JUICIO.-

- FIGURA PUNIBLE DE TORTURA NO ORDENA DETERMINAR TAXONÓMICAMENTE GRAVEDAD DE LESIONES Y EN QUE DELITO CONCRETO SE PUEDEN SUBSUMIR PARA SU CALIFICACIÓN, DE MODO QUE CASACIÓN POR ERRADA CALIFICACIÓN DE DELITO SE CONSTRUYE CONTRA HECHOS DEL PROCESO.-

- RECURRENTE HA SIDO CONDENADO POR DELITOS DE TORTURA "REITERADOS", DE MODO QUE AUNQUE SE CALIFICARA FIGURA PUNIBLE COMO PRETENDE DE TODOS MODOS JUECES DEL GRADO PUDIERON ARRIBAR A CUANTÍA IMPUESTA COMO CONDENA, DE MODO QUE ERROR DENUNCIADO CARECERÍA DE INFLUENCIA EN DECISIÓN IMPUGNADA.-

- CONSIDERACIÓN DE MEDIA PRESCRIPCIÓN RESULTA DE ESTIMAR CONCURRENTES "2 O MÁS MINORANTES", DE MODO QUE SU APLICACIÓN NECESARIAMENTE DEBE RESOLVERSE MEDIANTE REGLAS DE DETERMINACIÓN DE PENAS A APLICAR POR JUECES DEL GRADO (PREVENCIÓN).-

- MEDIA PRESCRIPCIÓN CONFIGURA MINORANTE DE RESPONSABILIDAD CUYOS EFECTOS INCIDEN SÓLO EN RIGOR DEL CASTIGO, Y POR SU NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA PARA JUECES DEL GRADO EN VIRTUD DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD (VOTO EN CONTRA MINISTRO SR. CISTERNAS).-

- AUSENCIA DE RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL, LEGAL, DE DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL O DE IUS COGENS PARA APLICACIÓN DE MEDIA PRESCRIPCIÓN, YA QUE DICHAS REGLAS SE LIMITAN A EFECTO EXTINTIVO DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR TRANCURSO DEL TIEMPO (VOTO EN CONTRA MINISTRO SR. CISTERNAS).-

- TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES NI SIQUIERA MENCIONAN A MEDIA PRESCRIPCIÓN PARA REGULAR SU NO APLICACIÓN, SITUACIÓN QUE IMPORTA QUE SE TRATA DE INSTITUCIÓN DIVERSA DE EXTINCIÓN DE ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN (VOTO EN CONTRA ABOGADO INTEGRANTE SR. RODRÍGUEZ).-

- AUNQUE MODIFICATORIA DE RESPONSABILIDAD DE MEDIA PRESCRIPCIÓN RECOGE ELEMENTOS DE PRESCRIPCIÓN TOTAL, ELLO EN MODO ALGUNO HACE QUE PIERDA SU IDENTIDAD JURÍDICA PROPIA Y QUE SU APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN SE REALICE EN FORMA RESTRINGIDA (VOTO EN CONTRA ABOGADO INTEGRANTE SR. RODRÍGUEZ).-

RECURSOS:

RECURSOS DE CASACIÓN EN EL FONDO CRIMINAL EN LO PENAL (RECHAZADOS).-
RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO CRIMINAL EN LO CIVIL (RECHAZADO).-

TEXTOS LEGALES:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 5 INCISO 2º.-
CÓDIGO PENAL, ARTÍCULOS 67, 68, 69, 103, 141 INCISO 3º Y 150.-
CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULOS 1698 INCISO 1º Y 2332.-
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, ARTÍCULOS 488, 509 Y 546 N°S 1, 2 Y 7.-
LEY N° 19.123, CREA CORPORACIÓN NACIONAL DE REPARACIÓN Y RECONCILIACIÓN, ESTABLECE PENSIÓN DE REPARACIÓN Y OTORGA OTROS BENEFICIOS EN FAVOR DE PERSONAS QUE SEÑALA.-
CÓDIGO PENAL, ARTÍCULOS 62 Y 65 Y SIGUIENTES (VOTO EN CONTRA).-

JURISPRUDENCIA:

"Que en relación al recurso de casación interpuesto por la defensa de..., fundado en la causal 2a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, acusando que la correcta calificación de los hechos correspondía a aquella del inciso 1º del N° 1 del artículo 150 del Código Penal, cabe consignar que como se lee en la contestación de dicha parte de... a la acusación, así como en su apelación de..., tal diversa calificación no fue planteada en ninguna de dichas actuaciones como parte de los cuestionamientos que fundaron ambos libelos, y es así que por ello las sentencias de primer y segundo grado no analizan ni se pronuncian sobre el punto, por lo que mal podría entonces sostenerse que el recurrente ha sufrido un agravio subsanable con la invalidación del fallo, elemento indispensable para su invalidación, al compartir la casación la naturaleza y requisitos generales de toda nulidad." (Corte Suprema, considerando 6º).

"Que, sin perjuicio de lo anterior, la sentencia de segundo grado da por establecido en su motivo 10º que las víctimas, de la aplicación de las torturas, resultaron con lesiones ("en atención a lo previsto en el artículo 150 inciso 2º, figura agravada, por haber resultado las víctimas con lesiones"), sin que la figura objeto de la condena demande determinar taxonómicamente la gravedad de las lesiones ni, tampoco, en qué tipo penal de los distintos delitos de lesiones que contempla nuestro ordenamiento se subsumen, de modo que en esta parte las alegaciones del recurso van contra los hechos fijados en el fallo sin antes intentar modificar los mismos mediante la respectiva causal de nulidad y, por otra parte, se basan en una tesis de interpretación que no se desprende de la norma interpretada." (Corte Suprema, considerando 7º).

"Que, todavía más, dado que el encartado... fue condenado por delitos reiterados de torturas, incluso de estimarse que la calificación correcta de los delitos es aquella que propone el recurrente, el Tribunal se encontraba facultado de conformidad al artículo 509, inciso 1º, del Código de Procedimiento Penal (tanto en su texto actual, como en el del artículo 537 que recogía esta materia en el código original), para elevar la pena hasta en tres grados con motivo de la reiteración. Por lo anterior, encontrándose sancionado el delito del artículo 150 N° 1, inciso 1º, con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, al elevarse esta pena compuesta en tres grados resulta reclusión o presidio mayor en su grado mínimo a reclusión o presidio mayor en su grado máximo y, excluyendo su grado máximo por la concurrencia de una mitigante, de conformidad al artículo 68, inciso 2º, del Código Penal, el tribunal podía sancionar los hechos con una pena de reclusión o presidio mayores en su grado mínimo a reclusión o presidio mayor en su grado medio, ello, según resulte de la aplicación del artículo 69 del mismo código, por lo que la pena finalmente impuesta incluso se ajusta al marco legal resultante de lo propuesto por el arbitrio. De ese modo, el error alegado, en todo caso, no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo." (Corte Suprema, considerando

8°).

"Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia, que esta Corte comparte, cabe agregar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo declara expresamente, 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 (SCS Rol N° N° 28.650-16 de 28 de septiembre de 2016)." (Corte Suprema, considerando 12°).

"Que, por otro lado, el artículo 103 en estudio, en lo que interesa al presente caso, señala que "deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta". En la especie, dado el delito imputado a los acusados -sancionado con presidio o reclusión menor en su grado máximo-, la norma que debería usar el Tribunal, de acoger la prescripción gradual, es la del artículo 67 del Código Penal, la que establece en su inciso 4° que siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante -como ordena considerar revestido el hecho el artículo 103-, "podrá" el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Lo anterior demuestra que, aun de ser aplicable en la especie el mencionado artículo 103 -que no lo es-, la rebaja que dispone el artículo 67 del Código Penal por remisión de dicha disposición, es facultativa y no imperativa para los jueces del grado, quienes podrán o no aplicarla según sea el número y entidad de dichas circunstancias, cuestión que queda siempre a su ponderación privativa y exclusiva, mientras no se denuncie un error al haber denegado la rebaja en base a factores distintos a los que prevé la ley o al haberles dado un contenido equivocado -por su errónea interpretación-, cuestionamientos que en la especie no se han formulado y que conlleva, en definitiva, la falta de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo del yerro esgrimido.

En tales condiciones los recursos en estudio deben ser desestimados." (Corte Suprema, considerando 13°).

"Que, al respecto, cabe señalar que de haberse calificado los hechos como postula el arbitrio, esto es, como secuestro del inciso 3° del artículo 141 del Código Penal, dado que éste tenía a la sazón asignada una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados y de haberse elevado la pena en un grado por su reiteración, de conformidad al inciso 1° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, igualmente entonces los sentenciadores podrían haber impuesto la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, como lo hicieron en su fallo, de donde se sigue que el yerro alegado no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, lo que lleva a desestimarlo." (Corte Suprema, considerando 15°).

"Que lo razonado por la sentencia no hace sino recoger la jurisprudencia uniforme de esta Corte, en el sentido que la pretensión del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por las actoras en razón de haber obtenido pensiones de reparación con arreglo a la ley N° 19.123, resulta inconciliable con la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable cuando no la contradice, de suerte que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otras imposiciones legales de derecho patrio. La preceptiva invocada por el Fisco -que sólo consagra un régimen de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es dable presumir que se diseñó para cubrir todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos porque se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación citada, no implica la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley (SCS Rol N° N° 62.211-16 de 23 de enero de 2017)." (Corte Suprema, considerando 17°).

"Que en cuanto a la prescripción, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que en el caso de

delitos de lesa humanidad, siendo la acción penal persecutoria imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, comprendidos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. (En este sentido, SSCS Rol N° 1.424 de 1 de abril de 2014, Rol N° 22.652 de 31 de marzo de 2015, Rol N° 20.288-14 de 13 de abril de 2015 y Rol N° N° 62.211-16 de 23 de enero de 2017).

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

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

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, desde que, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado." (Corte Suprema, considerando 19°).

"Que en la situación sub lite, 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- del eventual ejercicio de las acciones civiles indemnizatorias derivadas de los delitos que se han tenido por acreditados." (Corte Suprema, considerando 20°).

"Que esta preceptiva impone un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las disposiciones de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía." (Corte Suprema, considerando 22°).

"Que, finalmente, el arbitrio deducido por el Fisco sostiene la infracción del artículo 1698, inciso 1°, del Código Civil, al invertir el onus probandi, en vista de que la sentencia tiene por acreditados los montos indemnizables, no obstante no haberse rendido prueba alguna en orden a comprobarlos. Precisa que sobre la existencia del daño no hay prueba directa alguna, y el fallo lo presume a partir de prueba de testigos e informes clínicos. En lo concerniente al cuántum indemnizatorio, señala que el fallo carece de ponderación fáctica porque no toma en cuenta las conductas dañosas en particular para determinar la cuantía indemnizatoria.

En un primer orden, como resulta patente, los cuestionamientos enunciados en verdad no tienen relación con una supuesta inversión del onus probandi, lo que sólo podría haberse observado si el Tribunal, ante la falta de prueba del Fisco de la inexistencia de un daño, tuviera entonces por demostrada su existencia, procediendo luego a estimar el monto con el que se alcanzará su indemnización. Sin embargo, como se lee en

el motivo 85° del fallo, los sentenciadores analizan respecto de cada una de las víctimas los elementos probatorios con los que se dio por demostrado el respectivo daño moral sufrido como consecuencia de las torturas que le fueron infligidas y, como se expresa en el razonamiento 86°, todos esos elementos junto a los informes médico-legales que también cita en el considerando 1° (en su N° 126), "son antecedentes que constituyen presunciones judiciales que, por reunir los requisitos del Art. 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten colegir que los actores sufrieron dolor y aflicción, tanto físico como psíquico, como consecuencia de las graves torturas a que fueron sometidas por agentes del Estado durante el período en que estuvieron privados de libertad; secuelas que se prolongaron durante los años posteriores al cese de sus detenciones y que aún les provocan padecimiento". De esa manera, no es efectivo que el tribunal haya invertido el onus probandi, pues el daño sufrido por las víctimas no se dio por acreditado ante la falta de prueba contraria del Fisco, sino precisamente con los múltiples elementos recabados en el proceso con dicho objeto, los cuales, a su vez, sirvieron para ponderar posteriormente la cuantía de la indemnización en el motivo 87°.

El resto de cuestionamientos que se efectúan en esta sección del arbitrio, sobre la falta de prueba directa y ausencia de ponderación fáctica, ninguna relación tienen con la supuesta vulneración de la carga de la prueba que consagra la norma que se denuncia como infringida en este capítulo, esto es, el artículo 1698 del Código Civil, lo que impide siquiera abocarse al estudio de las mismas." (Corte Suprema, considerando 25°).

"El Ministro señor Brito previene que para rechazar el reconocimiento de la llamada "media prescripción", también tiene en consideración que la norma del artículo 103 del Código Penal que la establece dispuso que el tribunal deberá "...considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante...", esto es, en su entender, que ante el curso incompleto del plazo extintivo la referida regla sólo previno que la situación sería tratada "como" si hubiesen dos morigerantes. Lo que el legislador hizo fue otorgar al tiempo el efecto de reducir el castigo, lo reguló mediante las reglas de determinación de penas que consideran la concurrencia de atenuantes, pero, ciertamente, la norma no autoriza a sostener que con tal disposición se hayan establecido atenuantes, porque del uso de la expresión "como" sólo deriva que la situación se asimila, se resuelve del modo que se hace cuando hay dos minorantes, toda vez que no se ha conferido al plazo incompleto la naturaleza jurídica que se pretende sino, únicamente un efecto reductor de la pena que habrá de aplicarse recurriéndose al juego de las modificatorias. De no ser así, entonces, habría que aceptar que la supuesta minorante no estaría justificada en el reconocimiento de alguna acción o condición relevante de la persona penalmente responsable." (Corte Suprema, prevención del Ministro Sr. Brito, considerando único).

"Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, considerando 2°).

"Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, considerando 3°).

"Que ello no impide considerar la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como "muy calificada", puesto que, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de tiempo y la forma de computarlo, ello de ninguna manera la hace perder su identidad jurídica de mitigante de la responsabilidad criminal, y que la doctrina ubica entre aquellas denominadas especiales o específicas, diseminadas a lo largo

de toda la normativa punitiva, pero que "nada tienen que ver con la extinción de" esa responsabilidad (Ponitoff et al: "Lecciones de Derecho Penal Chileno", t. I, 2006, pág. 587; Yuseff: "La prescripción penal", tercera edición, 2009, pág. 17; y González et al: "De las circunstancias atenuantes y agravantes", pág. 120), cuya colocación se explica sólo para aprovechar las reglas comunes recién indicadas y que por su calidad excepcional, deben aplicarse en forma restrictiva, toda vez que, en todo el resto, el instituto se gobierna por la preceptiva general señalada para las morigerantes por los artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal." (Corte Suprema, voto en contra del Abogado Integrante Sr. Rodríguez, considerando B).

"Que, por lo demás, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes ni siquiera mencionan esta institución de la prescripción, lo cual, amén de corroborar su esencia diferente del motivo de extinción, en realidad no pudo ser de otro modo, si se repara en su origen contenido en la sesión 138, de 16 de mayo de 1873, de la Comisión Revisora de nuestro Código Penal (Pedro J. Fernández: "Código Penal...explicado y concordado", t. I, segunda edición, 1899, pág. 238; y Manuel de Rivacoba: "Actas de las sesiones...", 1974, págs. 197 y 198), recogida más tarde por Austria, así reafirma su naturaleza de atenuante con la condición de muy calificada que expresamente le confiere la ley." (Corte Suprema, voto en contra del Abogado Integrante Sr. Rodríguez, considerando C).

MINISTROS:

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Santiago, cuatro de agosto de dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo presente:

En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que doña Irma Soto Rodríguez, Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado deduce recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia pronunciada en estos autos con fecha doce de enero de dos mil quince rolante a fojas 8.485 y siguientes, por estimar que ésta incurre en la causal del N° 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por haber incurrido en ultra petita, otorgando más de lo pedido por las partes o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal.

Sostiene la procedencia del recurso por cuanto el señor Ministro de Fuego resolvió acoger las demandas civiles interpuestas, condenando al Fisco de Chile al pago de una indemnización de \$50.000.000 para cada uno de los actores, otorgando más de lo solicitado en la demanda interpuesta por el abogado Hiram Villagra en representación de 21 víctimas dado que en el petitorio de ésta señala \$100.000.000 para "todos nuestros representados", colocando voluntariamente a todos los demandantes como acreedores o sujetos activos de una obligación pecuniaria - por ende- divisible, cuantificada de manera global para todos ellos, quedando de esta forma la competencia específica del tribunal determinada por la mencionada solicitud.

Resume la parte resolutive de la sentencia impugnada en su punto 3, en cuanto otorga la suma de \$50.000.000 para cada uno de sus representados, y sostiene que la irregularidad procesal influyó en lo dispositivo del fallo, dado que el tribunal condenó a su parte a una cifra superior a los \$100.000.000 señalados en el petitorio de la demanda interpuesta, no encontrándose en las circunstancias indicadas el tribunal facultado para fijar una cifra superior a la indicada en su demanda.

Pide acoger el presente recurso y se anule la sentencia recurrida y acto continuo se dicte la sentencia correspondiente con arreglo a la ley, rechazando las demandas civiles en todas sus partes, con costas.

Segundo: Que, examinadas los presupuestos fáctico procesales de la causal de casación invocada, resulta que tales hechos fundantes no resultan ser tales, desde que la suma demandada por el abogado Hiram Villagra, en representación de veintiún de las víctimas de estos hechos, no podía ser razonablemente entendida para todos ellos en una suma global, dado que al efectuar una simple operación matemática como lo es dividir dichos monto, \$100.000.000 por el número de víctimas que representa, resulta la exigua suma \$4.761.904 para cada una de ellas, lo que evidentemente no se condice con lo pretendido habitualmente en este tipo de ilícitos, causas por violaciones a los derechos humanos, interpretación que por demás no guarda proporción alguna con la extensión del daño causado, resultando entonces ajustado a derecho el fallo atacado en cuanto entiende de manera lógica que, no obstante la literalidad utilizada en el modo de proponer la citada demanda, de su espíritu resulta claro que esta no podía ser entendida como se pretende por el recurrente, como una suma global para todos ellos, resultando incuestionable para esta Corte que lo pedido para cada una de las veintiún víctimas aludidas, era la suma de \$100.000.000 por las ya razones señaladas.

Tercero: Que, sin perjuicio de lo ya consignado, ha de tenerse presente que conforme lo dispone el inciso 3° del artículo N° 768 del Código Procesal, para que la nulidad formal sea procedente no sólo requiere que se configure la causal, sino que ésta ocasione un perjuicio al recurrente que sea reparable sólo con la invalidación del fallo, requisito que no se configura en el caso de autos, desde que por idénticos argumentos se ha deducido recurso de apelación, de modo que aún de existir el vicio que se reclama, éste podría ser subsanado por dicha vía, razón por la cual el recurso de casación en la forma no podrá prosperar.

En cuanto a los recursos de apelación:

Se reproduce la sentencia en alzada de doce de enero de dos mil quince escrita a fojas 8.485 y siguientes, substituyendo en los fundamentos 8°, 11°, 18° y 21, las expresiones "secuestro" y "secuestro calificado" respectivamente, por "delitos reiterados de torturas".

Y se tiene además presente:

I.- En cuanto a la acción penal:

Cuarto: Que, en la presente causa Rol N° 2.182-98, se han investigado por el señor Ministro de Fuero delitos reiterados de torturas de que fueron víctimas treinta y siete personas, hechos acaecidos entre los años 1974 y 1975, dictándose sentencia con fecha 12 de enero de 2015, condenando a los sentenciados a las penas que en ella se indican.

Quinto: Que contra de la citada sentencia, los condenados Marcelo Luis Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Gerardo Ernesto Godoy García, Basclay Humberto Zapata Reyes, Orlando Manzo Durán, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Fernando Lauriani Maturana a fojas 8.711, 8.713, 8.715, 8.717, 8.719, 8.721, 8.726, y fojas 8.731 dedujeron recurso de apelación de forma verbal en el acto de notificación, o a través de sus representantes, solicitando, en primer término, su absolución dado que en su concepto no existen antecedentes de su participación en calidad de autores de los delitos que se les imputan, por lo que afirman han de ser absueltos de los cargos formulados en su contra.

A continuación, indican que debe darse aplicación a la prescripción de las acciones penales perseguidas en autos, conforme a la legislación vigente, atendido el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de estos hechos; a la amnistía contenida en el D.L. N° 2.191 vigente en la actualidad; de igual forma y por idénticos fundamentos, a la media prescripción prevista en el artículo 103 del Código Penal; sosteniendo además que debe recalificarse el grado de participación criminal de algunos de los sentenciados, así como darse una distinta calificación jurídica a los hechos que se dieron por establecidos en la sentencia, particularmente por la concurrencia de concurso real o ideal de delitos por las razones que exponen, y finalmente, reconocerse en su favor la concurrencia de circunstancias atenuantes generales que indica, o las eximentes previstas en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar.

Por su parte, los querellantes representados por los abogados Adil Brkovic Almonte a fojas 8.745

conjuntamente con la abogada Magdalena Garcés Durán, a fojas 8.751, deducen recurso de apelación fundado en la circunstancia que la sentencia de autos ha calificado jurídicamente de forma errónea los hechos establecidos, debiendo haber sido éstos tipificados como secuestro y torturas por las razones que expone, y aplicado la norma prevista en el artículo 141 inciso final o cuarto del Código Punitivo y no la del artículo 150 del mismo código, debiendo haber sido éstos condenados a la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, la que pide sea aplicada en el grado máximo, atendida la reiteración de delitos de la misma especie.

Finalmente, el abogado Hiram Villagra por los querellantes que individualiza, deduce el presente recurso a fojas 8.757 por estimar que concurren las circunstancias agravantes previstas en el artículo 12 N° 1, 4, 6 y 9 del Código Penal, esto es alevosía, ensañamiento, abuso de superioridad de armas y añadir ignominia a los efectos propios del delito, por las razones que expone, además de estimar que por la multiplicidad y concurso de delitos conforme lo expuesto en su acusación particular, ameritan calificar los hechos como constitutivos del delito de secuestro practicados por agentes del estado, además de conformar una asociación ilícita con objetivos genocidas, por las razones que expresa, elevándose la penalidad en la forme que expone.

Sexto: Que, en relación a las solicitudes de absolución formuladas por los sentenciados basadas en la falta de participación en los hechos investigados, esta Corte comparte lo razonado por el sentenciador de primer grado en los considerandos 9° a 10°, respecto de Pedro Espinoza; considerando 16 a 18° respecto de Rolf Wenderoth; 19° a 21° respecto de Francisco Ferrer Lima; 23° a 25° de Miguel Krassnoff Merchenko; 26° a

28° de Basclay Zapata Reyes; 30° a 31° de Fernando Lauriani Maturana; 33° a 35° de Gerardo Godoy García; y 36° a 38° respecto de Orlando Manzo Durán, antecedentes que por reunir los requisitos previstos en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten fundar sólidas presunciones para dar por establecida su participación en calidad de autores en alguna de las hipótesis del artículo 15 N°s 1, 2 y 3 respectivamente, del Código Punitivo, atendido el minucioso análisis efectuado de los antecedentes que en cada caso expone, en mérito de los cuales concluye que la participación criminal que a cada uno de ellos asiste, se encuentra suficientemente acreditada, motivaciones que esta Corte hace suyos.

Séptimo: Que en cuanto a la invocación de aplicación de la prescripción de la acción penal esgrimidas, sin perjuicio de lo consignado en los considerandos 58° a 60° del fallo en alzada, lo que lleva a su rechazo, ha de tenerse presente además de lo ya expuesto, lo manifestado por la Excma. Corte Suprema en Rol N° 5898-10 en cuanto sostiene, en síntesis, que los Convenios de Ginebra y otras disposiciones de carácter internacional, cobraron vigencia precisamente por el estado de guerra interna en que se encontraba nuestro país, más allá de la forma y nombre que se asigne a las acciones militares desarrolladas en aquella época, debiendo prevalecer la realidad, en donde el país pasó a ser gobernado por bandos, los que en el ámbito de la lógica castrense, no pueden dictarse a menos que se considere que un conflicto bélico está en curso, razón por la cual y comprobada la existencia de tal estado de guerra, la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 752, publicado en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 1950, es obligatoria prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas 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, emitidas por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Por tanto, 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 del territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedados los recaudos tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas a lograr la impunidad de sus actores. De esta forma, en la medida que los hechos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

De igual forma, y en lo concerniente a la petición de dar aplicación al artículo 103 del Código Penal, esto es, la llamada media prescripción siendo su origen y razón última, similar al de la prescripción total, tratándose en la especie de delitos de lesa humanidad, ésta también resulta inaplicable por fundarse ambas en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, por lo que la improcedencia de aplicar

el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, por lo que la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos, alcanza necesariamente a la parcial, debiendo ambas seguir igual suerte, cuestión analizada extensamente por el sentenciador en el considerando 64° a 66° que esta Corte hace suyo.

Que, a efectos de resolver las alegaciones que siguen, resulta útil dejar sentado que los sentenciados fueron condenados por delitos reiterados de torturas previsto y sancionado en el artículo 150 del Código Penal, del cual fueron objeto un total de 37 víctimas, lo que constituye precisamente un delito de lesa humanidad conforme lo prescribe el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya consagrado y vigente internacionalmente el que en su artículo 7° consagra "A los efectos del presente estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad, cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; entre otros, las torturas".

Así en este juicio han sido invocadas normas contenidas en instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Chile, incorporados a nuestro derecho interno vía constitucional (artículo 5° de la Carta Fundamental) y principios internacionales, jus cogens, para la determinación de la naturaleza y clase de delitos y su consiguiente imprescriptibilidad, por tratarse de delitos de lesa humanidad, materias todas analizadas latamente y ya resueltas por el juez a quo compartiendo esta Corte dichas argumentaciones en virtud de las cuales tales peticiones han sido desestimadas, resultando casi unánime la jurisprudencia emanada de la Excm. Corte Suprema en procesos similares, cuyo objeto ha sido precisamente el juzgamiento de tales conductas.

Por idénticos fundamentos en cuanto a la aplicación de la Ley de Amnistía, esta Corte comparte plenamente los argumentos contenidos en el fallo de primera instancia desde sus considerandos 55° a 57° particularmente este último en sus letras a) y b) en donde expresa con precisión las razones que tornan inaplicable dicha institución, por tratarse en síntesis de crímenes de lesa humanidad cometidos en situación de guerra interna, aun cuando ésta hubiere sido una ficción jurídica, acorde con la jurisprudencia que la Excm. Corte Suprema y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sostenido invariablemente.

Octavo: Que, en lo relativo a lo solicitado por los recurrentes en orden a determinadas circunstancias atenuantes o eximentes invocadas, debe tenerse presente que a todos ellos les fue acogida la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, desestimándose aquellas que dicen relación con las contenidas en los artículos 11 N° 9; la del numeral 1° del artículo 11 en relación con la eximente del artículo 10 N° 10 del mismo cuerpo legal, (considerando 70°), la del artículo 334 del Código de Justicia Militar y la del artículo 214 del mismo cuerpo legal, analizadas expresamente en los considerandos 62° y 63°; misma situación respecto las circunstancias agravantes invocadas por los querellantes, a saber, las del artículo 12 N°s 1, 4, 6, 8, 9 y 10 todas las cuales fueron debidamente desestimadas en forma razonada por el a quo desde sus considerandos 43°, 44°, 45°, 46°, 47°, 49°, 50° y 52° por no concurrir los presupuestos legales que permiten su configuración, fundamentos que esta Corte hace suyos por coincidir plenamente con su análisis y resolución.

En lo relativo a aquellas contenidas en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, estas fueron analizadas latamente en el considerando 67° y por no concurrir las exigencias legales previstas por el legislador, tal como quedó expresado en el considerando ya citado, y coincidiendo plenamente con tales motivaciones, por cuanto en manera alguna se advierte el cumplimiento de las exigencias legal impuestas por el legislador en las citadas disposiciones legales, por lo que han de ser desechadas.

Noveno: Que, de igual forma y en cuanto a la recalificación solicitada, tanto en la diversa calificación jurídica, como en cuanto a la supuesta existencia de concurso material o ideal de delitos, ha de tenerse presente que habiendo sido procesados y acusados los imputados por el ilícito por el cual fueron condenados, esto es, delitos reiterados de torturas, pugna en el actual estadio procesal proceder a su variación jurídica, por atentar contra el principio de congruencia que debe regir todo el proceso en relación al auto de procesamiento y acusación dictados en su contra, así como al debido proceso, lo que eventualmente podría devenir en una afectación al derecho a defensa, al no haber tenido los encausados la posibilidad de defenderse de cargos o ilícitos que recién en esta instancia se dan por configurados, por lo que tal pretensión será rechazada, materia

mentos que ocurren en esta instancia se dan por configurados, por lo que tal pretensión será rechazada, materia por demás tratada en el considerando 72°, el que es compartido por esta Corte.

Décimo: Que, a efectos de la determinación de la pena que corresponde imponer a los sentenciados, esta Corte ha tenido presente que en la especie se trata de delitos reiterados de torturas, esto es, delitos de una misma especie, sancionado cada uno de ellos con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo, en atención a lo previsto en el artículo 150 inciso 2°, figura agravada, por haber resultado las víctimas con lesiones, debiendo considerarse al efecto lo previsto en el artículo 67 inciso 2°, concurriendo respecto de todos ellos una circunstancia atenuante, la del artículo 11 N° 6 del Código Penal, sin que les perjudiquen agravantes, se aplicará en el mínimo, la que por la reiteración, conforme lo dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, puede ser elevada en uno, dos o tres grados, optando en el presente caso en

elevarla en dos grados, respecto de Pedro Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Lauriani Maturana, Francisco Ferrer Lima, Gerardo Godoy García y Rolf Wenderoth Pozo, imponiéndose a todos ellos la pena de presidio mayor en su grado medio, cuyo quantum se dirá en lo resolutivo, y respecto de Basclay Zapata Reyes, y Orlando Manzo Durán, se elevará en un grado en la forma que se expresará, dando de esta forma aplicación a lo previsto en el artículo 69 del Código Penal, esto es, la mayor extensión del mal causado y la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, en la especie, treinta y siete víctimas con secuelas al menos psicológicas transcurridos casi 40 años de acaecidos los hechos, y sólo una circunstancia atenuante que les beneficia, razones que en concepto de esta Corte ameritan el aumento de la pena en la forma señalada, efectuando una diferencia entre los sentenciados, apareciendo ello de justicia, teniendo presente el nivel jerárquico y mando que cada uno de ellos ostentaba a esa fecha.

II.- En lo Civil.

Undécimo: Que, en el primer otrosí de su presentación de fojas 8.779 la abogada Irma Soto Rodríguez, en representación del Consejo de Defensa del Estado, se alza en contra de la sentencia por haberse acogido las demandas civiles que indica, y no hacer lugar a la excepción de pago opuesta fundada en que estos ya fueron indemnizados en virtud de las leyes de reparación N° 19.123 y N° 19.992. Alega, como segundo agravio, el rechazo a la excepción de prescripción de las referidas acciones, por los motivos que expresa, esto es, que no se encontraba vigente al momento de notificarse a su parte de conformidad a lo previsto en el artículo 2332 en relación al artículo 2497, y en subsidio, la acción ordinaria de cinco años. Además invoca la improcedencia de la solidaridad, y como último agravio, los reajustes e intereses concedidos.

Duodécimo: Que conforme a los hechos que se han dado por establecidos en lo penal, resulta incuestionable que 37 personas, entre los años 1994 y 1995 fueron víctimas de torturas en carácter de reiteradas por parte de agentes del Estado.

Décimo tercero: Que la acción reparatoria de autos deducida por las víctimas señaladas, impetra el pago de la indemnización que señalan los accionantes por el daño o sufrimiento moral padecido por éstos a raíz del ilícito de lesa humanidad antedicho, fundada en la responsabilidad civil extracontractual del Estado por la acción ilícita de sus agentes, conforme consta en demandas deducidas por los abogados Hernán Montealegre a fojas 7.137, Nelson Caucoto Pereira a fojas 7.148 y 7.177, Cristian Cruz Rivera a fojas 7.193, don Hiram Villagra Castillo a fojas 7.223 y don Adil Berkovic Almonte a fojas 7.260 en las representaciones que indican, las que fueron acogidas por el sentenciador desde sus fundamentos 81 a 84 bis, argumentos que no hacen más que recoger los criterios que sobre estos temas la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha venido sosteniendo reiteradamente.

Décimo Cuarto: Que para desestimar la alegación de prescripción extintiva cabe tener presente por una parte, que resulta insostenible afirmar que las únicas reglas aplicables en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado, son las contenidas en nuestro Código Civil, dado que ello importa negar validez y eficacia a normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que han sido invariablemente aplicadas por nuestros tribunales en materia de violaciones a los derechos humanos, resultando de manera incuestionable aplicables las disposiciones de la Constitución Política de la República, en especial el inciso 2° del artículo 38 y 4° de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración, y por otra, que actualmente la responsabilidad derivada de un actuar ilícito origina una obligación restaurativa, de amplias connotaciones, encontrándose su eje central planteado en reparar el daño de manera integral, que

de amplias connotaciones, encontrándose su eje central planteado en reparar el daño de manera integral, que busca una multiplicidad de objetos que incluyen la restitución, compensación, reparación, reconciliación y aceptación, resultando inadmisibles acoger la excepción de prescripción esgrimida.

Para ello ha de tenerse presente además que la prescripción, por ser una sanción, no puede ser aplicada por analogía en cuanto normas de Derecho Privado inaplicables a la Administración que se rige por normas de Derecho Administrativo, parte integrante del Derecho Público, no resultando atendible dar aplicación a las

normas del Código Civil, aunque derecho común supletorio, en estas materias, resulta exagerado y desproporcionado en circunstancias que la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer normas propias para determinadas materias, atendida su especial naturaleza y bien jurídico protegido, cuyo es el caso, en mérito de lo cual normas de Derecho Internacional las han declarado imprescriptibles en cuantas acciones emanadas de hechos sustentados en crímenes de lesa humanidad, referida tanto al aspecto penal y a la denominada reparación integral, conforme lo señala expresamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 75.

En virtud de lo antes expuesto, no cabe sino rechazar por improcedente la excepción de prescripción opuesta.

Décimo Quinto: Que, en cuanto a las alegaciones de excepción de pago, improcedencia de solidaridad, monto de reajustes e intereses, tal y como lo analiza acabada y fundadamente el sentenciador desde sus consideraciones 80 N° 1, 81 bis, 83, 84, se concluye que no es óbice para la procedencia de la indemnización acogida la circunstancia de haberse decretado y percibido por los actores las reparaciones de las Leyes N° 19.123 y N° 19.992.

En efecto, por mandato del artículo 4° de la primera de las leyes citadas, en caso alguno la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, dispensadora de tales beneficios mínimos de carácter asistencial, podrá asumir funciones jurisdiccionales ni interferir en los procesos, que, como el de autos, se encontraren pendientes y en los cuales se litigare sobre indemnizaciones no asistenciales.

A su turno, conforme lo establece el inciso primero del artículo 4 de la Ley N° 19.992, la pensión de reparación será compatible con cualquier otra, de cualquier carácter (indemnizatorio o reparatorio) de que goce o pudiere corresponder al respectivo beneficiario, sin ningún tipo de exclusión y siendo según la norma del artículo 5° de la Ley N° 19.992 lo recibido por pensión imputable al bono de reparación, tampoco este cuerpo legal establece incompatibilidad alguna con otras indemnizaciones que judicialmente pudiere impetrarse y obtenerse por los beneficiarios.

En lo atinente a la responsabilidad civil del Estado derivada de los delitos investigados en autos e improcedencia de la solidaridad acogida, el sentenciador del grado en su considerandos 83°, 84° y 87° en cuanto da por probado el daño.

En lo tocante a los reajustes e intereses, se estará a lo resuelto en el considerando 87°, por encontrarse ello ajustado a derecho.

Por lo expresado, tales alegaciones habrán de ser desestimadas.

Por estos fundamentos y lo prevenido en los artículos 150 y 103 del Código Penal, 509, 515, 526, 527, 528, 534, 535, 536, 536 bis, 543 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

En cuanto al recurso de casación:

I.- Que se rechaza el recurso de casación deducido por el Fisco de Chile a fojas 8.773:

En lo penal:

II.- Que se confirma la sentencia en alzada de fecha doce de enero de dos mil quince escrita a fojas 8.485 de autos, con declaración que se eleva la pena impuesta a los sentenciados Pedro Octavio Espinoza Bravo

de autos, con declaración que se eleva la pena impuesta a los sentenciados Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, Fernando Lauriani Maturana, Gerardo Ernesto Godoy García y Francisco Maximiliano Ferrer Lima a la pena ÚNICA de DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE

PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MEDIO; a Basclay Humberto Zapata Reyes y Orlando Manzo Duran a la pena ÚNICA DE SEIS AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, como autores de los delitos reiterados de torturas, en perjuicio de las personas singularizadas en lo resolutivo del fallo, manteniéndose las accesorias que la misma sentencia dispone.

Se aprueban los sobreseimientos definitivos parciales de fojas 5114 respecto de Augusto Pinochet Ugarte; de fojas 5186, respecto de Osvaldo Enrique Romo Mena; fojas 8868 de Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda; y de fojas 8884 respecto de Marcelo Luis Moren Brito.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministra señora Toro.

Criminal N° 1.100-2015. (Se devuelve a Secretaría con todos sus Tomos agregados).

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por las ministras señora Jenny Book Reyes y señora Viviana Toro Ojeda.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, veintisiete de abril de dos mil diecisiete.

Vistos:

En los autos Rol N° 82.246-16 de esta Corte Suprema, el Ministro de Fiero que actuó como juez de primer grado, por sentencia de 12 de enero de 2015, escrita a fojas 8485 y ss., en cuanto a las acciones penales y en lo que interesa a los recursos, condenó a Pedro Octavio Espinoza Bravo, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Lauriani Maturana y Francisco Maximiliano Ferrer Lima, a sufrir cada uno de ellos la pena única de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y a las costas de la causa, por su responsabilidad como autores de los delitos de tormentos inferidos, en el caso del primero, a Lucrecia Brito Vásquez y otras diecinueve personas que el fallo individualiza, respecto del segundo a Omar Antonio Barraza Díaz y otras 30 personas que la sentencia enuncia, en el caso del tercero a Omar Antonio Barraza Díaz y otras 20 personas que el fallo singulariza, y respecto del último a Rosa Elvira Lizama Leiva y otras 9 personas que la sentencia identifica.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de cuatro de agosto de dos mil dieciséis, a fojas 8939 y ss., en lo que interesa a los recursos, confirmó la sentencia en alzada con declaración que se eleva la pena impuesta a los sentenciados Espinoza Bravo, Krassnoff Martchenko, Lauriani Maturana y Ferrer Lima a la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autores de los delitos reiterados de torturas, en perjuicio de las personas singularizadas en lo resolutivo del fallo, manteniéndose las accesorias que la misma sentencia dispone.

Contra esa sentencia los representantes los sentenciados arriba singularizados, así como la parte querellante representada por Magdalena Garcés Fuentes y Adil Brkovic Almonte, y el Fisco de Chile, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los cuales se ordenó traer en relación por decreto de fojas 9038.

Y considerando:

Primero: Que la defensa de Miguel Krassnoff Martchenko dedujo recurso de casación en el fondo fundado en la causal 2a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. acusando una calificación equivocada de

los hechos establecidos en el fallo, pues en el proceso no existe determinación del tipo de lesiones producidas a los afectados, por lo que no resulta posible aplicar el inciso 2° del N° 1 del artículo 150 del Código Penal. Encontrándose entonces únicamente determinada la comisión del delito de tormentos, debe imponerse la pena establecida en el inciso 1° de dicha disposición.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide se anule éste y que en el de reemplazo se condene al encartado por el delito de tormentos a una pena máxima de presidio menor en su grado medio.

Segundo: Que, a su turno, las defensas de Pedro Espinoza Bravo, por un lado, y de Francisco Ferrer Lima y Fernando Lauriani Maturana, por el otro, invocaron ambas en el recurso de casación en el fondo deducido por cada una de ellas, la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, mientras que sólo la primera además la causal 7a del mismo artículo 546, por infracción de los artículos 103 y 68 del Código Penal, denunciando además el primer recurso la infracción del artículo 150 del mismo código.

Se protesta en ambos recursos de manera similar, porque el fallo rechaza la media prescripción alegada, no obstante que ésta tiene una naturaleza jurídica diversa a la prescripción, ya que aquélla sólo atenúa la responsabilidad penal y no la extingue como ésta, incidiendo sólo en el rigor del castigo. Además en la especie está acreditada la fecha de las torturas. Agrega que la aplicación del artículo 103 del Código Penal resulta obligatorio para los jueces por los principios de legalidad y pro reo y que los tratados internacionales y el ius cogens no prohíben su aplicación.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, en ambos recursos se pide se anule éste y que en el de reemplazo se imponga una pena igual o menor a cinco años de presidio, en el caso de Espinoza Bravo, y de tres años de presidio, en el caso de Ferrer Lima y Lauriani Maturana.

Tercero: Que la parte querellante representada por Magdalena Garcés Fuentes deduce recurso de casación en el fondo, basándose en la causal 2a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegando un error en la calificación de los hechos, ya que la figura aplicable corresponde a la del inciso 3° del artículo 141 del Código Penal, esto es, el delito de secuestro con grave daño.

Explica que la DINA carecía de facultades para detener personas, pues para hacerlo requería orden judicial, de manera que no actuaba dentro del marco de la ley y, por ende, la privación de libertad a la que sometió a las víctimas sólo puede ser calificada como encierro o detención sin derecho, añadiendo que, al contrario, el artículo 150 del Código Penal sanciona la aplicación de tormentos a quien está privado de libertad de conformidad a la ley.

Luego de exponerse la forma en que los errores denunciados influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide que se invalide éste y que en el de reemplazo se declare que los hechos constituyen el delito de secuestro agravado del artículo 141, inciso 3°, del Código Penal.

Cuarto: Que, finalmente, el Fisco de Chile dedujo recurso de casación en el fondo contra la decisión civil del fallo, alegando, en un primer capítulo, la infracción a los artículos 1 y 2 de la Ley N° 19.992 en relación a los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 y 19 y 22 del Código Civil, por haberse rechazado la excepción de improcedencia de la acción de indemnización al haberse satisfecho la pretensión a través de la reparación satisfactiva que se hizo valer en el juicio.

En una segunda sección denuncia la infracción de los artículos 19 y 22, inciso 1°, 1437, 2332, 2492, 2497, 2514 y 2518 del Código Civil, al rechazar la sentencia la prescripción extintiva alegada por su parte, desde que no hay norma de fuente nacional o internacional que establezca la imprescriptibilidad de las acciones de responsabilidad civil extracontractual del Estado en caso de violaciones a los Derechos Humanos.

En un tercer capítulo arguye la infracción de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil por el rechazo de la prescripción de la acción patrimonial, en atención a que la imprescriptibilidad dispuesta en los tratados

internacionales lo es exclusivamente para acciones penales que nacen de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad y no respecto de las acciones pecuniarias provenientes de los mismos hechos.

Por último, sostiene la infracción del artículo 1698, inciso 1º, del Código Civil, al invertirse el onus probandi, en vista de que la sentencia tiene por acreditados los montos indemnizables, no obstante no haberse rendido prueba alguna en orden a comprobarlos. Precisa que sobre la existencia del daño no hay prueba directa alguna, y el fallo lo presume a partir de prueba de testigos e informes clínicos. En lo concerniente al cuántum indemnizatorio, señala que el fallo carece de ponderación fáctica porque no toma en cuenta las conductas dañosas en particular para determinar la cuantía indemnizatoria.

Quinto: Que los hechos que ha tenido por ciertos la sentencia impugnada, expuestos en el basamento 2º de la de primer grado, son los siguientes.

"I) Los eventos investigados en este proceso ocurrieron, entre fines de 1974 y durante el año 1975, en el centro clandestino de detención conocido como "Cuartel Terranova" o "Villa Grimaldi", ubicado en Avenida José Arrieta N° 8.200 de la comuna de Peñalolén en la Región Metropolitana, que fue el centro secreto de detención y tortura más grande de Santiago; y en el centro transitorio de incomunicación conocido como "Cuatro Álamos", ubicado en la calle Canadá a la altura del 3.000 de Vicuña Mackenna, Paradero 5, y que se encontraba al interior del Campamento de Detenidos de "Tres Álamos". Ambos centros de detención eran administrados por la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), aunque el primero estuvo dirigido por oficiales de Ejército, y el segundo por un oficial de Gendarmería.

II) En "Villa Grimaldi" operaban grupos de agentes de la DINA, quienes, con conocimiento e instigación del Director del organismo, y ostentando diversos grados de jerarquía en el mando, ordenaron algunos y ejecutaron otros, capturas de personas militantes o afines a partidos políticos o movimientos de izquierda, a quienes encerraron ilegalmente en el lugar, doblegándolos bajo tormento físico de variada índole, con el objeto de hacerlos entregar información sobre otras personas de la izquierda política para aprehenderlas.

II) (sic) Si bien los primeros detenidos llegaron a mediados del año 1974, fue en enero de 1975 que "Villa Grimaldi" pasó a convertirse en el centro de operaciones de la Brigada de Inteligencia Metropolitana, que ejercía la función de represión interna en Santiago. A las personas privadas de libertad se les mantenía todo el tiempo con la vista vendada, en deficientes condiciones higiénicas y con escaso alimento. Los lugares más característicos donde se mantenía a los detenidos eran los siguientes; a) "La Torre", b) "Casas Chile", c) "Casas Corvi".

III) Dichos tormentos consistieron -a vía ejemplar, además, de los malos tratos precedentemente descritos- en someter a los prisioneros a golpes de puños y pies en distintas partes del cuerpo; descargas eléctricas ("parrilla"); colgarlos de pies y manos durante horas ("pau de arara"); golpes a manos abiertas en ambos oídos ("teléfono"); sumergirlos en agua o taparles la cabeza con bolsas de plástico, casi hasta la asfixia ("submarino seco" y "mojado"); y vejaciones sexuales, en el caso de las mujeres. Además, se les mantenía por horas hacinados en pequeñas celdas, donde debían permanecer de pie por falta de espacio físico. A todo lo anterior se agregan los malos tratos de palabra, insultos y amenazas de nuevas torturas o de causarles daño a sus familiares directos; así como hacerlos presenciar las torturas de otros prisioneros, en algunos casos, cónyuges de los detenidos, o vinculados con ellos por parentesco o amistad.

IV) Una de las agrupaciones que se encontraba en "Villa Grimaldi" se denominaba "Brigada Caupolicán" (cuya función principal, en 1974 y 1975, fue reprimir al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, "MIR"), y estaba compuesta a su vez, por agrupaciones o grupos de carácter operativo, denominados "Vampiro", "Halcón I", "Halcón II", "Tucán" y "Águila". La Brigada Caupolicán estaba dirigida por un oficial de Ejército con rango de Mayor, en tanto que los grupos operativos antes mencionados eran comandados por Tenientes de Ejército o de Carabineros. Los integrantes de estos grupos eran sargentos, cabos y soldados pertenecientes a distintas ramas de las Fuerzas Armadas, a Carabineros, y a la Policía de Investigaciones. Además, formaban parte de dichos grupos algunos civiles.

V) En el período anteriormente señalado, estuvieron privados de libertad en los ya aludidos centros de

detención, donde fueron sometidos a tormentos o torturas, las siguientes personas: Omar Barraza Díaz, Nuvia Betsie de Lourdes Becker Eguiluz, María Cecilia Bottai Monreal, Lucrecia Brito Vásquez, Edwin Patricio Bustos Streeter, Renán Gregorio Castillo Urtubia, María Cristina Chacaltana Pizarro, Rafael Francisco Donoso Garay, Salvador Alejandro Donoso Garay, Raúl Flores Castillo, Ricardo Frodden Armstrong, Gerardo Cornelio García Huidobro Severín, Hilda Amalia Garcés Durán, Martín Humberto Hernández Vásquez, Selva Hidalgo Fuentes, Pedro Alejandro Matta Lemoine, José Danor Moya Paiva, Amelia Negrón Larre, Juan Patricio Negrón Larre, María Isabel Ortega Fuentes, Lelia Pérez Valdés, Juan Alejandro Rojas Martínez, Osvaldo Torres Gutiérrez, Rosa Lizama Leiva, Gladys Díaz Armijo, Jesús Clara Tamblay Flores, Marcia Scantlebury Elizalde, María Isabel Matamala Vivaldi, Alicia Alvarado Vistoso, Sergio Carlos Requena Rueda, Roberto Gajardo Gutiérrez, María Dabancens Gándara, Delia Veraguas Segura, Mariluz Pérez Allende, Ofelia Nistal Nistal, Lautaro Videla Moya y María Alicia Salinas Farfán."

Estos hechos fueron calificados como delitos reiterados de torturas del artículo 150 del Código Penal.

Sexto: Que en relación al recurso de casación interpuesto por la defensa de Miguel Krassnoff Martchenko, fundado en la causal 2a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, acusando que la correcta calificación de los hechos correspondía a aquella del inciso 1° del N° 1 del artículo 150 del Código Penal, cabe consignar que como se lee en la contestación de dicha parte de fs. 7973 a la acusación, así como en su apelación de fs. 8735, tal diversa calificación no fue planteada en ninguna de dichas actuaciones como parte de los cuestionamientos que fundaron ambos libelos, y es así que por ello las sentencias de primer y segundo grado no analizan ni se pronuncian sobre el punto, por lo que mal podría entonces sostenerse que el recurrente ha sufrido un agravio subsanable con la invalidación del fallo, elemento indispensable para su invalidación, al compartir la casación la naturaleza y requisitos generales de toda nulidad.

Séptimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, la sentencia de segundo grado da por establecido en su motivo 10° que las víctimas, de la aplicación de las torturas, resultaron con lesiones ("en atención a lo previsto en el artículo 150 inciso 2°, figura agravada, por haber resultado las víctimas con lesiones"), sin que la figura objeto de la condena demande determinar taxonómicamente la gravedad de las lesiones ni, tampoco, en qué tipo penal de los distintos delitos de lesiones que contempla nuestro ordenamiento se subsumen, de modo que en esta parte las alegaciones del recurso van contra los hechos fijados en el fallo sin antes intentar modificar los mismos mediante la respectiva causal de nulidad y, por otra parte, se basan en una tesis de interpretación que no se desprende de la norma interpretada.

Octavo: Que, todavía más, dado que el encartado Krassnoff Martchenko fue condenado por delitos reiterados de torturas, incluso de estimarse que la calificación correcta de los delitos es aquella que propone el recurrente, el Tribunal se encontraba facultado de conformidad al artículo 509, inciso 1°, del Código de Procedimiento Penal (tanto en su texto actual, como en el del artículo 537 que recogía esta materia en el código original), para elevar la pena hasta en tres grados con motivo de la reiteración. Por lo anterior, encontrándose sancionado el delito del artículo 150 N° 1, inciso 1°, con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, al elevarse esta pena compuesta en tres grados resulta reclusión o presidio mayor en su grado mínimo a reclusión o presidio mayor en su grado máximo y, excluyendo su grado máximo por la concurrencia de una mitigante, de conformidad al artículo 68, inciso 2°, del Código Penal, el tribunal podía sancionar los hechos con una pena de reclusión o presidio mayores en su grado mínimo a reclusión o presidio mayor en su grado medio, ello, según resulte de la aplicación del artículo 69 del mismo código, por lo que la pena finalmente impuesta incluso se ajusta al marco legal resultante de lo propuesto por el arbitrio. De ese modo, el error alegado, en todo caso, no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Noveno: Que por las razones antes desarrolladas, el recurso de casación en el fondo interpuesto en favor de Miguel Krassnoff Martchenko deberá ser rechazado.

Décimo: Que, como ya se dijo, las defensas de Pedro Espinoza Bravo, por un lado, y de Francisco Ferrer Lima y Fernando Lauriani Maturana, por el otro, invocaron ambas en el recurso de casación en el fondo deducido por cada una de ellas, la causal 1a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, mientras que sólo la primera además la causal 7a del mismo artículo 546, por infracción de los artículos 103 y 68 del

Código Penal, denunciando además el primer recurso la infracción del artículo 150 del mismo código, protestándose en ambos recursos de manera similar, porque el fallo rechaza la media prescripción alegada.

Undécimo: Que sobre esta materia la sentencia declaró en sus motivos 65° y 66°, "Que en el caso de autos no puede prescindirse de la normativa del derecho internacional de derechos humanos que excluyen la aplicación de la prescripción tratándose de delitos de lesa humanidad, como acontece en la especie con el delito de torturas. Así, los "Convenios de Ginebra" impiden la aplicación de la prescripción, total o gradual, respecto de delitos cometidos en caso de conflictos armados sin carácter internacional; de igual modo, obstan a ello las normas de la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad"; y, en general, las normas de ius cogens de Derecho Internacional de Derechos Humanos, como quedó más arriba indicado.

El carácter de imprescriptibles de los delitos de lesa humanidad es común a la prescripción total y a la prescripción gradual, del momento que ambos institutos comparten la misma naturaleza jurídica; y no resulta lógico ni racional que lo que es aplicable al primero de ellos, no lo sea para el segundo en circunstancias que su fundamento es el mismo. Luego, resulta plenamente aplicable el conocido aforismo que reza que "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición" (...).

Que así las cosas, tratándose en la especie de delitos de lesa humanidad, que tienen el carácter de imprescriptibles, cuyo fundamento y naturaleza es también extensivo a la media prescripción, procede rechazar la alegación formulada por las defensas haciendo valer el instituto consagrado en el Art. 103 del Código Penal".

El fallo de segundo grado, por su parte, agrega en el considerando 7° que "en lo concerniente a la petición de dar aplicación al artículo 103 del Código Penal, esto es, la llamada media prescripción siendo su origen y razón última, similar al de la prescripción total, tratándose en la especie de delitos de lesa humanidad, ésta también resulta inaplicable por fundarse ambas en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, por lo que la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos, alcanza necesariamente a la parcial, debiendo ambas seguir igual suerte".

Duodécimo: Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia, que esta Corte comparte, cabe agregar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo declara expresamente, 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 (SCS Rol N° N° 28.650-16 de 28 de septiembre de 2016).

Décimo tercero: Que, por otro lado, el artículo 103 en estudio, en lo que interesa al presente caso, señala que "deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta". En la especie, dado el delito imputado a los acusados -sancionado con presidio o reclusión menor en su grado máximo-, la norma que debería usar el Tribunal, de acoger la prescripción gradual, es la del artículo 67 del Código Penal, la que establece en su inciso 4° que siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante -como ordena considerar revestido el hecho el artículo 103-, "podrá" el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Lo anterior demuestra que, aun de ser aplicable en la especie el mencionado artículo 103 -que no lo es-, la rebaja que dispone el artículo 67 del Código Penal por remisión de dicha disposición, es facultativa y no imperativa para los jueces del grado, quienes podrán o no aplicarla según sea el número y entidad de dichas circunstancias, cuestión que queda siempre a su ponderación privativa y exclusiva, mientras no se denuncie un error al haber denegado la rebaja en base a factores distintos a los que prevé la ley o al haberles dado un contenido equivocado -por su errónea interpretación-, cuestionamientos que

en la especie no se han formulado y que conlleva, en definitiva, la falta de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo del yerro esgrimido.

En tales condiciones los recursos en estudio deben ser desestimados.

Décimo cuarto: Que, a su turno, la parte querellante representada por Magdalena Garcés Fuentes y Adil Brkovic Almonte dedujo recurso de casación en el fondo, basándose en la causal 2a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegando un error en la calificación de los hechos asentados en el fallo, ya que la figura aplicable corresponde a la del inciso 3° del artículo 141 del Código Penal, esto es, el delito de secuestro con grave daño.

Décimo quinto: Que, al respecto, cabe señalar que de haberse calificado los hechos como postula el arbitrio, esto es, como secuestro del inciso 3° del artículo 141 del Código Penal, dado que éste tenía a la sazón asignada una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados y de haberse elevado la pena en un grado por su reiteración, de conformidad al inciso 1° del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, igualmente entonces los sentenciadores podrían haber impuesto la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, como lo hicieron en su fallo, de donde se sigue que el yerro alegado no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, lo que lleva a desestimarlos.

Décimo sexto: Que en lo tocante al recurso de casación deducido por el Fisco de Chile contra la decisión civil del fallo, como se dijo, en primer término se arguye que al haberse ya satisfecho las pretensiones de los actores a través de su reparación satisfactoria, ello hacía improcedente las acciones indemnizatorias acogidas en el fallo.

Sobre este punto, en el motivo 81 bis del fallo del a quo se señala que "si bien las Leyes N° 19.123, (que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación), y N° 19.992 ("Comisión Valech") conceden pensión de reparación y otorgan otros beneficios sociales a los afectados, no establecen de modo alguno la incompatibilidad en que sustenta la alegación opuesta por el demandado civil.

En este sentido el artículo 4° de la primera ley en comento, refiriéndose, en parte a la naturaleza y objetivos de la misma, establece: "En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiese haber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia." De igual forma, el artículo 24 de la citada ley prescribe: "La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiese corresponder al respectivo beneficiario."

A su turno, el inciso primero del Art. 4° de la ley 19.992, preceptúa: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 2° de la presente ley, la pensión otorgada por esta ley será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiese corresponder al respectivo beneficiario, incluidas las pensiones asistenciales del decreto ley N° 869, de 1975."

Sobre el particular, se ha declarado que la Ley N° 19.123 en ningún caso establece una prohibición o impedimento para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, la procedencia de la acción indemnizatoria por el daño moral causado a las víctimas, no obstante haber obtenido ciertas reparaciones en virtud de dicha ley, las que tienen -como se dijo- una naturaleza y finalidades distintas de la acción indemnizatoria por daño moral deducida en autos (Corte Suprema, roles Nos. 2918-13, 3841-12, 5436-10, y 1424-13);

En suma, la excepción de pago será desestimada, desde que las leyes precitadas en ningún caso establecen una prohibición, para que el sistema jurisdiccional, declare por los medios que autoriza la ley, la procedencia de la acción indemnizatoria por el daño moral causado a los demandantes, no obstante haber recibido éstos, una pensión de reparación en virtud de dichas leyes".

Por su parte, la sentencia de alzada expresa en el razonamiento 15° "que no es óbice para la procedencia de la indemnización acogida la circunstancia de haberse decretado y percibido por los actores las reparaciones de las Leyes N° 19.123 y N° 19.992.

En efecto, por mandato del artículo 4° de la primera de las leyes citadas, en caso alguno la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, dispensadora de tales beneficios mínimos de carácter asistencial, podrá asumir funciones jurisdiccionales ni interferir en los procesos, que, como el de autos, se encontraren pendientes y en los cuales se litigare sobre indemnizaciones no asistenciales.

A su turno, conforme lo establece el inciso primero del artículo 4 de la Ley N° 19.992, la pensión de reparación será compatible con cualquier otra, de cualquier carácter (indemnizatorio o reparatorio) de que goce o pudiere corresponder al respectivo beneficiario, sin ningún tipo de exclusión y siendo según la norma del artículo 5° de la Ley N° 19.992 lo recibido por pensión imputable al bono de reparación, tampoco este cuerpo legal establece incompatibilidad alguna con otras indemnizaciones que judicialmente pudiere impetrarse y obtenerse por los beneficiarios."

Décimo séptimo: Que lo razonado por la sentencia no hace sino recoger la jurisprudencia uniforme de esta Corte, en el sentido que la pretensión del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por las actoras en razón de haber obtenido pensiones de reparación con arreglo a la ley N° 19.123, resulta inconciliable con la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable cuando no la contradice, de suerte que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otras imposiciones legales de derecho patrio. La preceptiva invocada por el Fisco -que sólo consagra un régimen de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es dable presumir que se diseñó para cubrir todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos porque se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación citada, no implica la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley (SCS Rol N° N° 62.211-16 de 23 de enero de 2017).

Décimo octavo: Que, asimismo, en dos de sus capítulos, el recurso del Fisco cuestiona el rechazo de la excepción de prescripción opuesta contra la acción de indemnización de los actores.

Sobre este asunto, el fallo de primer grado señaló en su basamento 82°, que adhiere a los fundamentos entregados al respecto por esta Corte Suprema en las sentencias que cita, agregando en el motivo 83° que "la responsabilidad del Estado por los hechos de sus agentes se encuentra establecida en el Art. 38 inc. 2° de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho de las personas para reclamar judicialmente la responsabilidad del Estado por haberse visto lesionada por la actuación de la administración o de sus organismos; norma que reitera el citado Art. 4° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración".

La sentencia de segunda instancia, por su lado, expresó en su razonamiento 14° "que resulta insostenible afirmar que las únicas reglas aplicables en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado, son las contenidas en nuestro Código Civil, dado que ello importa negar validez y eficacia a normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que han sido invariablemente aplicadas por nuestros tribunales en materia de violaciones a los derechos humanos, resultando de manera incuestionable aplicables las disposiciones de la Constitución Política de la República, en especial el inciso 2° del artículo 38 y 4° de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración, y por otra, que actualmente la responsabilidad derivada de un actuar ilícito origina una obligación restaurativa, de amplias connotaciones, encontrándose su eje central planteado en reparar el daño de manera integral, que busca una multiplicidad de objetos que incluyen la restitución, compensación, reparación, reconciliación y aceptación, resultando inadmisibles acoger la excepción de prescripción esgrimida.

Para ello ha de tenerse presente además que la prescripción, por ser una sanción, no puede ser aplicada por analogía en cuanto normas de Derecho Privado inaplicables a la Administración que se rige por normas de

Derecho Administrativo, parte integrante del Derecho Público, no resultando atendible dar aplicación a las normas del Código Civil, aunque derecho común supletorio, en estas materias, resulta exagerado y desproporcionado en circunstancias que la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer normas propias para determinadas materias, atendida su especial naturaleza y bien jurídico protegido, cuyo es el caso, en mérito de lo cual normas de Derecho Internacional las han declarado imprescriptibles en cuantas acciones emanadas de hechos sustentados en crímenes de lesa humanidad, referida tanto al aspecto penal y a la denominada reparación integral, conforme lo señala expresamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 75".

Décimo noveno: Que en cuanto a la prescripción, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que en el caso de delitos de lesa humanidad, siendo la acción penal persecutoria imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, comprendidos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. (En este sentido, SSCS Rol N° 1.424 de 1 de abril de 2014, Rol N° 22.652 de 31 de marzo de 2015, Rol N° 20.288-14 de 13 de abril de 2015 y Rol N° N° 62.211-16 de 23 de enero de 2017).

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

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

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

Vigésimo: Que en la situación sub lite, 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- del eventual ejercicio de las acciones civiles indemnizatorias derivadas de los delitos que se han tenido por acreditados.

Vigésimo primero: Que por lo demás, las acciones civiles entabladas por las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.

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

consecuencias del agravio.

Vigésimo segundo: Que esta preceptiva impone un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las disposiciones de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.

Vigésimo tercero: Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles formalizadas en autos, cuyo objeto radica en la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Vigésimo cuarto: Que, cabe también tener en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6°, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas.

Vigésimo quinto: Que, finalmente, el arbitrio deducido por el Fisco sostiene la infracción del artículo 1698, inciso 1°, del Código Civil, al invertir el *onus probandi*, en vista de que la sentencia tiene por acreditados los montos indemnizables, no obstante no haberse rendido prueba alguna en orden a comprobarlos. Precisa que sobre la existencia del daño no hay prueba directa alguna, y el fallo lo presume a partir de prueba de testigos e informes clínicos. En lo concerniente al cuántum indemnizatorio, señala que el fallo carece de ponderación fáctica porque no toma en cuenta las conductas dañosas en particular para determinar la cuantía indemnizatoria.

En un primer orden, como resulta patente, los cuestionamientos enunciados en verdad no tienen relación con una supuesta inversión del *onus probandi*, lo que sólo podría haberse observado si el Tribunal, ante la falta de prueba del Fisco de la inexistencia de un daño, tuviera entonces por demostrada su existencia, procediendo luego a estimar el monto con el que se alcanzará su indemnización. Sin embargo, como se lee en el motivo 85° del fallo, los sentenciadores analizan respecto de cada una de las víctimas los elementos probatorios con los que se dio por demostrado el respectivo daño moral sufrido como consecuencia de las torturas que le fueron infligidas y, como se expresa en el razonamiento 86°, todos esos elementos junto a los informes médico-legales que también cita en el considerando 1° (en su N° 126), "son antecedentes que constituyen presunciones judiciales que, por reunir los requisitos del Art. 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten colegir que los actores sufrieron dolor y aflicción, tanto físico como psíquico, como consecuencia de las graves torturas a que fueron sometidas por agentes del Estado durante el período en que estuvieron privados de libertad; secuelas que se prolongaron durante los años posteriores al cese de sus detenciones y que aún les provocan padecimiento". De esa manera, no es efectivo que el tribunal haya invertido el *onus probandi*, pues el daño sufrido por las víctimas no se dio por acreditado ante la falta de prueba contraria del Fisco, sino precisamente con los múltiples elementos recabados en el proceso con dicho objeto, los cuales, a su vez, sirvieron para ponderar posteriormente la cuantía de la indemnización en el motivo 87°.

El resto de cuestionamientos que se efectúan en esta sección del arbitrio, sobre la falta de prueba directa y

ausencia de ponderación fáctica, ninguna relación tienen con la supuesta vulneración de la carga de la prueba que consagra la norma que se denuncia como infringida en este capítulo, esto es, el artículo 1698 del Código Civil, lo que impide siquiera abocarse al estudio de las mismas.

Vigésimo sexto: Que por lo que se ha venido razonando se desestimaré el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco contra lo decidido en lo civil por el fallo impugnado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500 y 535 del Código de Procedimiento Penal; y 767 y siguientes del Procedimiento Civil, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos por las defensas de los condenados Miguel Krassnoff Martchenko, Pedro Espinoza Bravo, Fernando Lauriani Maturana y Francisco Ferrer Lima, de los querellantes representados por Magdalena Garcés Fuentes y Adil Brkovic Almonte y del Fisco de Chile, contra la sentencia de cuatro de agosto de dos mil dieciséis dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago a fs. 8939.

El Ministro señor Brito previene que para rechazar el reconocimiento de la llamada "media prescripción", también tiene en consideración que la norma del artículo 103 del Código Penal que la establece dispuso que el tribunal deberá "...considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante...", esto es, en su entender, que ante el curso incompleto del plazo extintivo la referida

regla sólo previno que la situación sería tratada "como" si hubiesen dos morigerantes. Lo que el legislador hizo fue otorgar al tiempo el efecto de reducir el castigo, lo reguló mediante las reglas de determinación de penas que consideran la concurrencia de atenuantes, pero, ciertamente, la norma no autoriza a sostener que con tal disposición se hayan establecido atenuantes, porque del uso de la expresión "como" sólo deriva que la situación se asimila, se resuelve del modo que se hace cuando hay dos minorantes, toda vez que no se ha conferido al plazo incompleto la naturaleza jurídica que se pretende sino, únicamente un efecto reductor de la pena que habrá de aplicarse recurriéndose al juego de las modificatorias. De no ser así, entonces, habría que aceptar que la supuesta minorante no estaría justificada en el reconocimiento de alguna acción o condición relevante de la persona penalmente responsable.

Acordada la decisión de desestimar los recursos de casación en el fondo de los sentenciados Pedro Espinoza Bravo, Fernando Lauriani Maturana y Francisco Ferrer Lima, con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas y del Abogado Integrante Sr. Rodríguez quienes estuvieron por acogerlos, sólo respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta -en la menor medida posible, por las terribles características del caso y el número de víctimas afectadas-.

Para lo anterior tuvo en consideración, el Ministro Sr. Cisternas, lo siguiente:

1º) Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

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

5) Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

A las reflexiones recién expuestas el abogado integrante señor Rodríguez adiciona las razones que pasa a exponer:

A.- Que, desde luego, no es en posible declarar la extinción de la responsabilidad criminal de los encausados en virtud de la prescripción de la acción penal, dado el carácter fijado a los ilícitos perpetrados, aunque este disidente sólo acepta la imprescriptibilidad, de esa acción persecutoria debido exclusivamente a que los hechos se cometieron cuando todo el territorio nacional se encontraba bajo el estado de guerra interna legalmente declarado por el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1974, lo que torna plenamente aplicables los Convenios de Ginebra, aprobados por nuestro país en 1950 y en vigor desde aquella época.

B.- Que ello no impide considerar la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como "muy calificada", puesto que, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de tiempo y la forma de computarlo, ello de ninguna manera la hace perder su identidad jurídica de mitigante de la responsabilidad criminal, y que la doctrina ubica entre aquellas denominadas especiales o específicas, diseminadas a lo largo de toda la normativa punitiva, pero que "nada tienen que ver con la extinción de" esa responsabilidad (Politoff et al: "Lecciones de Derecho Penal Chileno", t. I, 2006, pág. 587; Yuseff: "La prescripción penal", tercera edición, 2009, pág. 17; y González et al: "De las circunstancias atenuantes y agravantes", pág. 120), cuya colocación se explica sólo para aprovechar las reglas comunes recién indicadas y que por su calidad excepcional, deben aplicarse en forma restrictiva, toda vez que, en todo el resto, el instituto se gobierna por la preceptiva general señalada para las morigerantes por los artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal.

C.- Que, por lo demás, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes ni siquiera mencionan esta institución de la prescripción, lo cual, amén de corroborar su esencia diferente del motivo de extinción, en realidad no pudo ser de otro modo, si se repara en su origen contenido en la sesión 138, de 16 de mayo de 1873, de la Comisión Revisora de nuestro Código Penal (Pedro J. Fernández: "Código Penal...explicado y concordado", t. I, segunda edición, 1899, pág. 238; y Manuel de Rivacoba: "Actas de las sesiones...", 1974, págs. 197 y 198), recogida más tarde por Austria, así reafirma su naturaleza de atenuante con la condición de muy calificada que expresamente le confiere la ley.

D.- Que, por último, este discrepante fue de parecer de recomendar al señor Ministro instructor considerar llegado el momento de analizar la eventual unificación de las penas infligidas a los convictos de que se trata, en los términos que contempla el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la prevención y disidencia sus autores.

Rol N° 82.246-2016.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E.