

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veinte de diciembre de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de casación que precede y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce la resolución en alzada, con excepción de los fundamentos 50°), el primero de los signados como 51°), 58°), 59°), 69°) a 76°), ambos inclusive, 82°, que se eliminan.

En los motivos 8°) y 9°), se quita la oración ?y de Fernando Guillermo Silva Camus?, que aparece en ellos.

En el razonamiento 51°), se agrega el siguiente párrafo: ?Aunque las defensas de los acusados Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Pedro Espinoza Bravo no solicitaron la aplicación de la referida atenuante para el evento de ser condenados, ella se puede colegir de sus extractos de filiación aparejados a fojas 1.042 y 3.452, respectivamente, puesto que en tales instrumentos no se registran condenas previas a la perpetración de los delitos materia de estos autos, de manera que se tendrá por concurrente la circunstancia modificatoria en cuestión?.

En el considerando 57°) se adicionan los nombres ?Manuel Contreras Sepúlveda, Pedro Espinoza Bravo? entre los vocablos ?Martchenko,? e ?y Basclay?.

En la reflexión 81°), se tilda el vocablo ?mas?, puesto luego de la oración ?por la jurisprudencia? y se modifican las frases ?\$100.000.000 (cien millones de pesos),? y ?\$50.000.000.?, por ?sesenta millones de pesos (\$60.000.000),? y ?cuarenta y cinco millones de pesos (\$45.000.000),?. Además, se coloca la expresión ?Fisco de Chile? luego de la frase ?respecto de los demandados?, eliminándose la referencia al acusado Pedro Octavio Espinoza Bravo sita después de los apellidos ?Zapata Reyes? reemplazando la conjunción ?y? que lo precede por un punto (.) aparte.

En el basamento 84°), se cambia por un punto (.) aparte la coma (,) que sigue al apellido ?Reyes?, suprimiéndose lo demás.

Asimismo se mantiene el razonamiento 1°.- del fallo anulado de segunda instancia.

Y TENIENDO, EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

En lo penal:

1°).- Que como lo ha sostenido esta Corte en otros pronunciamientos, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena, de acuerdo al artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, la señalada institución penal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos -en cuanto al transcurso del tiempo- y consecuencias jurídicas son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros

muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante, ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica* (Politoff, Matus y Ramírez: *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General?*, reimpresión de la segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año dos mil diez, página 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Esto explica que todas las legislaciones contengan preceptos que declaran extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos (Eduardo Novoa Monreal: *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General?*, tomo II, reimpresión de la tercera edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, año dos mil diez, página 402).

Sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total, entre otras circunstancias, porque a ella no le son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a menguar la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de iure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una idea afortunada de la Comisión Redactora del Estatuto Punitivo *la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso?* (José Luis Guzmán Dalbora: *Comentarios a los artículos 93 a 105?*, en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno?*, Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga (directores), reimpresión de la primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año dos mil diez, página 483).

2°).- Que, por otra parte, no es posible dejar de considerar el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del Código Penal, que hace imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos, ejerciendo en definitiva a su arbitrio la facultad conferida por los artículos 65, 66, 67 y 68 del aludido texto legal.

3°).- Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la *media prescripción?* se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento criminal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme a lo menos en

base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. A través de pronunciamientos reiterados -generalmente en votación dividida- esta Corte la ha reconocido en beneficio de algunos sentenciados, entendiendo que el carácter imprescriptible asignado a los crímenes como el de la especie, no suprime a priori y de pleno derecho la aplicabilidad de la atenuante referida, teniendo los jueces discrecionalidad para determinar en un caso concreto si ejercen o no la facultad legal y, de hacerlo, la disminución precisa de la pena que concederán (v.gr., en las SCS N^{os}. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04; 874-08; 2.422-08).

4°).- Que aceptada la procedencia de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal mencionada, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

En lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103: ¿Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, 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.?

Ahora bien, en el asunto en estudio, los ilícitos materia de la investigación corresponden a la figura descrita en el artículo 141 del cuerpo punitivo, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece para el ilícito de secuestro calificado una penalidad de presidio mayor en cualquiera de sus grados, conforme se asentó en los motivos 3^o) y 56^o) del fallo del a quo.

5°).- Que acorde a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del Código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes, en el plazo de quince y diez años, según la gravedad de los mismos, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito; en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de cinco años.

6°).- Que para los efectos legales que interesan y determinar en definitiva el cumplimiento del requisito temporal exigido por el artículo 103, cabe señalar que transcurrieron con creces los plazos requeridos desde la comisión de los ilícitos al del comienzo del proceso, el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres, pues la indagaciones anteriores a esa data se paralizaron por más de tres años, produciéndose el efecto previsto en el artículo 96 del Código Penal.

7°).- Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer a los acusados Contreras Sepúlveda, Espinoza Bravo, Zapata Reyes y Almuna Guzmán la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal. A los inculcados Krassnoff Martchenko y Moren Brito, también se les reconocerá la mentada atenuante a pesar que no la alegaron al contestar la acusación, dado el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en los artículos 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, por lo que serán todos ellos beneficiados con la prescripción gradual.

8°).- Que, atento a lo anterior, se dará aplicación a la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, teniendo en consideración que la forma de determinar la magnitud de la sanción y su incidencia en ella se hará de la

manera que más adelante se precisa, toda vez que la propia disposición que la contiene remite al sentenciador a las reglas generales contenidas, entre otros, en el artículo 68 del Código Penal.

9°).- Que en cuanto a la determinación de la pena a imponer, en el caso de los encartados Contreras Sepúlveda, Krassnoff Martchenko, Moren Brito y Zapata Reyes, por ser autores dos crímenes de la misma especie, es menester precisar si debe castigárseles separadamente por cada uno de ellos o con arreglo al sistema de la acumulación jurídica de las penas.

10°).- Que a juicio de estos sentenciadores resulta una condena menor con el método consagrado en el inciso segundo del artículo 509 del Código de Instrucción Criminal, esto es, aplicando el castigo asignado al ilícito que considerado aisladamente, con las circunstancias del caso, le corresponde una pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres tramos, según sea el número de los delitos.

11°).- Que en la especie debe tomarse como base cualquiera de los secuestros calificados, que a la época de su perpetración ?noviembre de mil novecientos setenta y cuatro- el artículo 141, inciso tercero, del Código Penal le asignaba el castigo compuesto de presidio mayor en cualquiera de sus grados, y que en cada caso es preciso rebajar en un tramo desde el mínimo, merced a la prescripción gradual o media prescripción que concurre en su favor, con lo que se llega a presidio menor en su grado máximo y con el aumento en un grado, en razón de la reiteración, se obtiene la sanción principal única de presidio mayor en su grado mínimo.

12°).- Que tratándose del acusado Espinoza Bravo, al ser responsable únicamente del secuestro calificado de Claudio Guillermo Silva Peralta y al concurrir la prescripción gradual y su irreprochable conducta anterior, se hará uso de la facultad otorgada por el artículo 103 del Código Punitivo, esto es, rebajar la pena en abstracto en un grado desde el mínimo, quedando en consecuencia radicada en presidio menor en su grado máximo.

13°).- Que en cuanto a la encartada Palmira Isabel Almuna Guzmán, atentos a lo previsto en los artículos 51 y 61, regla 2ª, del Código Penal, la sanción en abstracto debe ser rebajada en un grado desde el mínimo, en su condición de cómplice del secuestro calificado de Claudio Silva Peralta, quedando ésta en presidio menor en su grado máximo. Enseguida, en atención a lo estatuido por el artículo 103 del mismo texto legal, se rebajará dicha pena un grado más, resultando la sanción de presidio menor en su grado medio. Finalmente, en razón de lo preceptuado en el artículo 69 del Código ya citado, se ha optado por fijar la pena específica en su tramo inferior, teniendo en consideración para ello la concurrencia de su irreprochable conducta anterior y la ausencia de agravantes.

14°).- Que por las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 4.604 y 4.605, disintiendo del mismo en cuanto propone mantener el quantum de la sanciones a todos los acusados.

En lo civil:

15°).- Que en cuanto a la acción indemnizatoria ejercida por los querellantes en contra del Fisco de Chile y que éste contestó a fojas 3.504 y siguientes en los términos que se detallan en el motivo 61º) del veredicto que se revisa, deberán tenerse presente las consideraciones que siguen.

16°).-Que en lo atinente a las alegaciones de incompetencia absoluta

formulada por el Fisco de Chile, es dable precisar que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal -de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación ¿que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal.

17°).- Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos -cometidas por agentes del Estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de las querellantes respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecidas por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

18°).- Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se persiguió con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del enjuiciamiento criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas pretensiones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

19°).- Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

20°).- Que, a mayor abundamiento, no se puede dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Instrucción Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, para el caso de perpetración de crímenes como los que se analizan, se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de ¿lesa humanidad?, calificación que no sólo trae aparejada la imposibilidad de amnistiar los ilícitos, declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del hecho criminoso que se ha tenido por acreditado.

21°).- Que, de esta manera, cabe acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Así, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno,

a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

22°).- Que, en relación a la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria por el transcurso del tiempo -cuatro años contados desde la fecha de comisión de los delitos- conforme lo dispone el artículo 2.332 del Código Civil, cabe advertir que si bien es efectivo que en términos absolutos dicho plazo había transcurrido en exceso al momento de notificar la demanda respectiva, el cómputo correspondiente para determinar la supuesta prescripción de las acciones indemnizatorias, en los términos planteados por el Fisco de Chile, no es aplicable en este caso, en primer lugar, porque la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por las acciones típicas, antijurídicas y culpables cometidas por los agentes de éste, obligación que emana de su responsabilidad penal, la cual requiere de la decisión jurisdiccional pertinente al efecto, certeza que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, al menos, a partir de la acusación formal en contra del inculcado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo correspondiente.

23°).- Que, por otro lado, y tratándose de delitos cometidos por agentes del Estado en ejercicio de su función pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional, representaban al gobierno de la época, y en que -al menos en el caso de autos- claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta relevancia como los que aquí se estudian, el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure, no siendo suficiente ni completa su esmerada actuación durante la persecución penal. A lo anterior lo obliga, además de lo ya dicho, el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la mencionada Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, la cual establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

24°).- Que, de esta forma, el derecho de las víctimas y de sus familiares a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República que señala que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

25°).- Que el artículo 6° de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las "Bases de la Institucionalidad" - por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción- y ordena que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. Además, el mismo artículo 6° enseña que "los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o

integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo?. Y concluye señalando que la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley?.

26°).- Que, de este modo, no son atinentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con aquellas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.

27°).- Que la otra alegación fiscal se refiere a que no existiría un régimen especial de responsabilidad del Estado de carácter objetiva e imprescriptible, ya que, según dice, la demandante efectuó una interpretación incorrecta de la ley al negar aplicación a las disposiciones contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, ya que, tanto el Código Político del mil novecientos ochenta como la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado son de vigencia muy posterior a la data de los hechos, por lo que no corresponde invocar ni aplicar retroactivamente dichos textos, correspondiendo regirse por la Constitución Política de mil novecientos veinticinco, que no contenía disposición alguna que permitiera accionar por responsabilidad extracontractual del Estado, siendo por ello aplicable los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil.

Cabe advertir, en relación a ello y como se ha dicho antes, que la responsabilidad extracontractual del Estado que se demanda, emana fundamentalmente tanto del Derecho Público como del Derecho Internacional Humanitario. Al efecto, es útil reiterar que lo razonado, además de permitir el rechazo de la alegación enunciada, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los Derechos Humanos, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas de éste, en tanto los derechos de la persona tienen como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, y por tanto vinculantes para toda la institucionalidad nacional.

28°).- Que la petición del Fisco de Chile para que se declare improcedente la indemnización por daño moral que se ha demandado en razón de que, de conformidad con la Ley N° 19.123, los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización, debe ser igualmente rechazada, porque la legislación citada, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí, que el referido ordenamiento se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en consecuencia, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado -voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo

4° de la Ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que "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, pudiere 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?

29°).- Que en relación a los planteamientos relativos a la acreditación de los hechos expuesto en la demanda, con el mérito de lo expuesto en los fundamentos 2°), 3°), 6°), 9°), 12°), 15°), 18°) y 21°) de la sentencia en revisión, que se dan por reproducidos, se encuentra acreditado en autos tanto la existencia de los delitos de secuestro calificados como la responsabilidad de los autores, que en el caso específico, tienen la calidad de agentes de Estado.

30°). - Que, por último, en cuanto a la alegación sobre la prueba del daño moral, cabe recordar que la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que representa la lesión efectuada culpable o dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra, menoscabo que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, por tanto, un deterioro real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

31°).- Que atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los perjuicios materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

32°).- Que la comprobación de la transgresión del derecho subjetivo envuelve al mismo tiempo la prueba de la efectividad del detrimento moral, de manera que acreditada la existencia de los delitos por parte de los inculcados y por los cual se les condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho mal, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado a las ofendidas, por la naturaleza del perjuicio producido, de todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no debe ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste.

Entonces, la entidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto producen un sufrimiento, que no requiere de evidencia, pero que, en todo caso, debe ser reparado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos en el proceso, debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

33°).- Que en relación al valor de lo demandado a título de indemnización por el daño moral se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa.

34°).- Que atendido el mérito del proceso y con tenido de los razonamientos que preceden, se acogerá las demandas de autos, rechazándose las

excepciones opuestas por el Fisco de Chile, teniendo por establecido que los parientes que han accionado civilmente, tenían con las víctimas una relación de cercanía y afecto que hace presumir fundadamente que su secuestro, así como las circunstancias en que ocurrió, han provocado en cada una de ellas un dolor, un sufrimiento y una angustia que por sí solos constituyen un daño moral que debe indemnizarse.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 103 del Código Penal y 509 y 514 de su homónimo de Enjuiciamiento Penal, **SE DECLARA** que:

A.- En su segmento penal:

I).- SE CONFIRMA la sentencia apelada de veintitrés de marzo de dos mil nueve, escrita de fojas 4.354 a 4.553, **con declaración que:**

a).- JUAN MANUEL GUILLERMO CONTRERAS SEPÚLVEDA, MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO, MARCELO LUIS MOREN BRITO y BASCLAY HUMBERTO ZAPATA REYES, quedan condenados, cada uno de ellos, a **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la sanción, más las costas de la causa, por su responsabilidad de autores del delito de secuestro calificado en las personas de **Fernando Guillermo Silva Camus y Claudio Guillermo Silva Peralta**, cometido a contar del **veintiséis y veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro**, respectivamente;

b).- PEDRO OCTAVIO ESPINOZA BRAVO, queda castigado a **cuatro años de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y la satisfacción de las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del delito de secuestro calificado de Claudio Guillermo Silva Peralta, acaecido a partir del veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro; y

c).- PALMIRA ISABEL ALMUNA GUZMÁN, queda sancionada a **ochocientos días de presidio menor en su grado medio**, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la pena corporal, más el pago de las costas del litigio, por su intervención de **cómplice** en el injusto de **secuestro calificado perpetrado en contra de Claudio Guillermo Silva Peralta**, desde el **veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro**.

II).- Que atendida la extensión de la penas impuestas a **Contreras Sepúlveda, Krassnoff Martchenko, Moren Brito, Zapata Reyes y Espinoza Bravo**, **no se les otorgará ningún beneficio** contemplado en la Ley N° 18.216, debiendo cumplir efectivamente las penas determinadas, en el modo y con los abonos que se precisan en la sentencia en revisión.

Por el contrario, reuniéndose los requisitos legales para ello, se concede a la sentenciada **Palmira Isabel Almuna Guzmán el beneficio de la remisión condicional de la pena**, debiendo quedar sometida a la observación por la autoridad correspondiente de Gendarmería de Chile, el tiempo de la condena, y

cumplir las condiciones que señala el artículo 5 de la Ley N° 18.216, con excepción de la letra d).

Si por cualquier motivo le fuere revocado el beneficio anterior, en el cumplimiento efectivo de la pena le servirá como abono el tiempo que permaneció privada de libertad los días que el fallo de primer grado le ha considerado.

III).- SE APRUEBAN los sobreseimientos definitivos y parciales dictados respecto de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte y Osvaldo Romo Mena, que obran a fojas 1.800 y 2.004, respectivamente .

B.- En su fracción civil:

IV).- SE REVOCA el expresado edicto en aquella sección que accede a la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile y, en su lugar se resuelve que ésta queda rechazada, procediéndose, en consecuencia, a acoger la indemnización de perjuicios solicitada, debiendo el Fisco pagar, solidariamente con los demandados, la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000.-) a doña María Inés Peralta Zamorano, y cuarenta millones de pesos (\$ 45.000.000.-), a la demandante doña Regina de la Cruz Lazo Dinamarca, o bien a quienes sus derechos representen, por concepto de daño moral, sin costas, por haber tenido el Fisco de Chile motivos plausibles para oponerse a las acciones indemnizatorias interpuestas en autos.

V).- SE CONFIRMA en lo demás el referido pronunciamiento, con declaración, que Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Moren Brito y Basclay Humberto Zapata Reyes, deberán pagar, en forma solidaria con el Fisco de Chile, sesenta millones de pesos (\$60.000.000.-) a doña María Inés Peralta Zamorano; Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Moren Brito y Basclay Humberto Zapata Reyes, y Pedro Octavio Espinoza Bravo, solidariamente con el Fisco, deberán indemnizar cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000.-) a doña Regina de la Cruz Lazo Dinamarca. Por último, del mismo modo, se accede la pretensión civil intentada por la actora Lazo Dinamarca en contra de Palmira Isabel Almuna Guzmán y se la condena a pagar, solidariamente con el Fisco, la suma única de cinco millones de pesos (\$5.000.000.-).

Acordada la condena de los encausados con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por sus defensas y, en cambio, acogióndola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a favor de los inculpados y absolverlos de los cargos materia de la acusación, teniendo presente para así decidirlo las siguientes consideraciones:

1.- La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el ilícito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena.

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

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, los hechos punibles ocurren el veintiséis y veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, y las querellas para perseguir la responsabilidad penal de los encartados se presentaron el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres, según consta a fojas 3 y 32, procediéndose a la investigación de los hechos hasta llegar a la etapa actual, sin que dicha cuenta se vea afectada por las diligencias que se llevaron a cabo con anterioridad a esa data.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha transcurrido en exceso el plazo de diez años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo, para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación mayor en cualquiera de sus grados, como ocurre con el secuestro calificado.

4.- Que en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica a favor de los encausados la causal de extinción de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 93, N° 6, del Código Penal, esto es la prescripción de la acción penal.

5.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de

legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, ¿garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes?. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

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

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

El destacado jurista Jean Pictet, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que los negociaron, después de extensas discusiones decidieron no incorporarles ninguna definición del concepto de `conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Sin embargo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los

insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

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

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

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional sólo entró en vigencia a partir del 1 de septiembre de 2009, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que `conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las

disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5°, de 1973, a pesar de no ser mencionado por la sentencia, no sirve para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, pues realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

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

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

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

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

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 26 y 27 de noviembre de 1974 existía un "conflicto armado no internacional", razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio.

Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que "ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente", norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que

es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban? (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

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

7.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

8.- Que finalmente, los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad antes recordados.

Se previene, en lo penal, que el Ministro Sr. Künsemüller, fue del parecer, en lo que respecta a la solicitud de prescripción gradual, de rechazarla, como asimismo la rebaja de grados establecida en la decisión de mayoría, al estimar que tratándose en la especie de delitos permanentes, calificación atribuida en el fallo al comportamiento típico, antijurídico y culpable de los acusados, cuya realización se mantiene mientras subsiste el estado antijurídico creado por la ilegítima privación de libertad, no existe modo preciso de fijar el exacto inicio temporal de la prescripción de la acción penal. De acuerdo al artículo 103 del respectivo cuerpo legal, esta norma opera cuando ha transcurrido ya la mitad del tiempo que se exige en los respectivos casos para la prescripción, lo que necesariamente exige tener una fecha a partir de la cual se entienda indiscutiblemente comenzado el término de los años cuyo transcurso fundamenta la prescripción completa o cabal, lo que no es factible si el ilícito penal no ha culminado su ejecución.

Esta Corte Suprema, en la sentencia dictada en los autos Rol Nro. 517-2004, que rechazó los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados (secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez), sostiene que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra la víctima, podría comenzar a contarse el plazo de prescripción y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el cómputo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

El profesor Guzmán Dálbora, se remite en su comentario al artículo 103 del Código Penal, citado en este fallo, a las mismas consideraciones de estabilización social y seguridad jurídica que desarrolla al comentar el artículo 93; al referirse al instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena, sostiene que esta causal extintiva de la responsabilidad penal aparece como un instituto liberador de la responsabilidad que nace del delito, mediante el transcurso de un cierto tiempo que hace cesar el derecho del Estado a imponer la pena o a ejecutar la ya impuesta, haciendo presente que ambas formas de prescripción tienen una condición común: ¿el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena? (op, cit., páginas 460 y 483). Pues bien, ese decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo en el tiempo, de inicio, de comienzo, lo que, a juicio de este ministro, y como lo ha expresado en otras sentencias, no es posible fijar en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado dada su naturaleza de ¿permanente? perdura o se mantiene hasta que no se acredita o bien el deceso del sujeto pasivo o su recuperación de la libertad, situaciones en las cuales el ¿estado antijurídico? no puede continuar.

Atendido lo anterior, es de opinión que para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados sólo se debe tener en cuenta, la morigerante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal, a favor de los encausados y, por ende, estuvo por confirmar la sentencia en alzada con declaración que Contreras Sepúlveda, Krassnoff Martchenko, Moren Brito y Zapata Reyes quedan condenados a la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, cada uno de ellos, por su responsabilidad de autores en los secuestro indagados en la litis; Espinoza Bravo a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, por su participación como autor del secuestro cometido en la persona de Claudio Silva Peralta y Almuna Guzmán,

a tres años y un día, en su calidad de cómplice del referido ilícito.

Se deja constancia que para resolver como se hizo, el tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados -por tres votos contra dos-, dando aplicación de acuerdo al artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que uno de ellos no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que los otros dos si la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se llamó a una nueva votación sobre este punto entre los cinco integrantes del tribunal, y allí los Ministros señores Segura y Ballesteros reconocieron a los procesados el beneficio de la media prescripción, opinión que fundamentaron en la circunstancia de que si ellos estuvieron por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhiere y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse a los votos tendientes a reconocer el derecho de los acusados a que se les rebaje la pena por resultarles más favorable, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Acordada, asimismo, la parte civil, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por confirmar la resolución apelada, en cuanto declara la incompetencia del juez en lo penal para pronunciarse sobre la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

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

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

Tercero: Que, en tal escenario, para resolver sobre la competencia del juez del crimen respecto de la acción civil enderezada contra el Fisco, cabe preguntarse si ella se enmarca dentro de la esfera de jurisdicción que le se le ha entregado por ley al aludido jurisdicente, a saber, que el sustento de la respectiva reclamación civil obligue a justipreciar los mismos comportamientos que conforman el hecho criminoso objeto del proceso penal, de modo que los

deterioros deben emanar de las circunstancias que constituyen el ilícito y sus responsables.

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

En definitiva, al magistrado del crimen le queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto.

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

Quinto: Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código Adjetivo Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse como complementario del artículo 10 de la misma compilación, toda vez que autoriza, el primero, la inclusión de la pretensión civil en asiento penal y el segundo, precisa únicamente las personas en contra de quienes pueden

dirigirse dichas pretensiones, manteniendo inalterable el fundamento que posibilita la prerrogativa de opción concedida al actor civil.

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

Séptimo: Que al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

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

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Nivaldo Segura Peña y las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 1198-2010.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firman el Ministro Sr. Künsemüller y el abogado Integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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