

Santiago, veintiuno de junio de dos mil dieciséis..

Vistos:

En estos autos Rol N° 925-2011, del Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de cuatro de septiembre de dos mil quince se condenó a **Donato Alejandro López Almarza** a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de homicidio calificado de Ramón Víctor Zúñiga Sánchez, cometido el 19 de octubre de 1973. En lo civil, se acogió la demanda deducida por Nancy Yolanda Fernández Sánchez -hermana de la víctima-, por el daño moral padecido, condenando al Estado de Chile a pagar la suma de \$40.000.000 (cuarenta millones de pesos), más reajustes a partir de la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada e intereses desde la mora, con costas

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil quince, revocó la condena en costas al Fisco y, en lo penal, la confirmó con declaración que se eleva la pena impuesta a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, con las accesorias legales correspondientes.

En contra de esa decisión la defensa del condenado y el Fisco de Chile dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 952.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Donato López Almarza se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el error de derecho en que se habría incurrido al desestimar las atenuantes contempladas en los artículos 103 del Código Penal y 211 en relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar.

En relación a la media prescripción, se sostiene que la sentencia yerra al acudir a unos mismos argumentos para rechazar la minorante y la causal de extinción de la responsabilidad penal -prescripción total-, en circunstancias que entre ambos institutos no hay una relación como la que plantea el fallo, de principal y accesorio, pues la que se reclama, con fines y efectos diversos, incluso encuentra fundamento en normas de derecho humanitario, que justifican la disminución de la pena en casos como el de la especie, en que se sancionan conductas ocurridas largo tiempo atrás.

La misma normativa de derecho internacional, afirma, permitía reconocer en favor del condenado la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar.

Sin este error, con la concurrencia de las minorantes indicadas, por aplicación del artículo 68 del Código Penal, se habría impuesto una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, concediendo al sentenciado el beneficio de la libertad vigilada, que es lo que se solicita en la conclusión, como consecuencia de la invalidación pretendida.

Segundo: Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo deducido en representación del Fisco de Chile se funda en el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal y se desarrolla en tres capítulos.

Por su primer segmento se reclama la infracción a los artículos 2 N° 1, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley N° 19.123 y artículos 19 inciso 1 y 22 inciso primero del Código Civil, como consecuencia de haberse rechazado en la sentencia la excepción de preterición legal de la demandante Nancy Fernández Sánchez.

Explica el recurso que la Ley N°19.123 concedió beneficios al núcleo más cercano de la víctima, que comprende a los padres, hijos y cónyuge, preteriendo al resto de las personas ligadas por vínculos de parentesco, amistad o cercanía, entre ellos, a los hermanos del causante, cuyo es el caso del demandante de autos. Prueba este aserto la existencia de otras normas de

derecho interno que razonan en igual sentido, como sucede, por ejemplo, con los artículos 43 de la Ley N° 16.744 y 988 y siguientes del Código Civil, de todo lo cual se infiere como principio jurídico que la ley da prioridad para la reparación de daños en casos como el que se revisa a los familiares más cercanos a la víctima, lo que en este caso no ha sido respetado.

Por el siguiente apartado se alega la falta de aplicación de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497, 2514, 2518 del Código Civil, en relación a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 19 y 22 del aludido cuerpo de leyes, al prescindir el fallo de la regulación contenida en el derecho interno a propósito de la prescripción de la acción civil ejercida. Indica el recurso que no existe en la legislación norma de fuente nacional o internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción deducida o que prorrogue, suspenda o interrumpa los plazos de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual del Estado en el caso de violaciones a los derechos humanos, término que es de cuatro años, como establece el artículo 2332 del Código Civil.

En la especie, siendo notificada la demanda el 16 de abril de 2015, el plazo de prescripción se encontraría cumplido incluso si se considera que estuvo suspendido durante todo el periodo que se inició con el régimen militar instaurado el 11 de septiembre de 1973 hasta la fecha en que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación entregó oficialmente su informe sobre los casos de violaciones a los derechos humanos ocurridos en el país en el mismo periodo.

Entonces, afirma el recurso, al apartarse de las disposiciones sobre prescripción del Código Civil, se vulneraron las reglas de los artículos 19 inciso primero y 22 inciso primero de ese mismo cuerpo legal, en particular porque no debía desatenderse el contexto de la ley y lo dispuesto en su artículo 2497, que manda aplicar las disposiciones de la prescripción a favor y en contra del Estado.

Más adelante se denuncia la falsa aplicación de tratados internacionales que no contemplan la imprescriptibilidad de las acciones civiles. Se sostiene que el fallo extiende indebidamente la imprescriptibilidad prevista para la persecución penal de los responsables de delitos de esta naturaleza al ámbito patrimonial. Sin perjuicio de ello, la sentencia no cita ninguna disposición precisa de algún tratado internacional suscrito y vigente en Chile que establezca dicha imprescriptibilidad para el caso del ejercicio de acciones pecuniarias provenientes de violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, a falta de norma expresa de derecho internacional debidamente incorporada al ordenamiento interno, la sentencia no debió apartarse de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil, pues la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, los Convenios de Ginebra, la Resolución N° 3.074 de 3 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Resolución N° 60/147, aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 2005, ni las normas internacionales de ius cogens, permiten arribar a la conclusión de imprescriptibilidad que plasma el fallo.

Por último, se alega la falsa aplicación de los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y 6 y 9 del Código Civil, todas relativas al ámbito de validez temporal de la ley, pues se pretende aplicar la normativa contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales que establecerían la imprescriptibilidad de la obligación estatal de indemnizar a hechos que ocurrieron con mucha antelación a la fecha de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Con estos argumentos finaliza solicitando que se anule la sentencia impugnada y en reemplazo se revoque el fallo de primer grado y se rechace la demanda.

Tercero: Que previo al análisis y resolución de los recursos es conveniente consignar los hechos que el tribunal del fondo ha tenido por demostrados. Tales se consignan en el motivo tercero del fallo de primer grado, que el de alzada reproduce, del modo que sigue: parte del contingente del Regimiento Yungay de la comuna de San Felipe fue enviado a Santiago el 11 de septiembre de 1973 y se les instala en las inmediaciones de la Quinta Normal, quedando a cargo del Mayor Donato López Almarza.

Durante su permanencia en Santiago las unidades del Regimiento realizaron numerosos operativos y allanamientos, entre ellos, en la Población La Pincoya. A raíz de un incidente ocurrido con el hijo de la víctima de estos antecedentes, Ramón Zúñiga y su esposa deciden cambiar de residencia a la comuna de Independencia, ayudados en la mudanza por el Mayor López Almarza, quien comenzó a vincularse socialmente con el matrimonio, particularmente con la esposa de la víctima. En la madrugada del 19 de octubre de 1973, cuando Ramón Zúñiga se encontraba en su antiguo domicilio en la Población La Pincoya cuidando parte de los enseres que aún mantenía en el lugar, de improviso arribó personal militar e ingresó al inmueble, desde donde lo sacan a la fuerza, la suben a un jeep y lo trasladan con destino desconocido. Ese mismo día personal de Carabineros encontró su cuerpo sin vida en Américo Vespucio a la altura del N° 1200, con heridas a bala facio-cranianas, cervical y torácica, con salida de proyectil. Se lo traslada al Servicio Médico Legal y luego es sepultado en el Patio 29 del Cementerio General, donde finalmente lo encuentran sus familiares.

Tales sucesos fueron calificados como constitutivos del delito de homicidio calificado, dada la especial forma de comisión, que revela un obrar injusto contra una persona indefensa que se encontraba impedida de repeler cualquier agresión, porque su detención se produjo cuando estaba durmiendo en el interior de su casa por militares superiores en número y fuertemente armados, que lo trasladan a un sector abandonado para ejecutarlo.

Cuarto: Que en relación al recurso de casación en el fondo promovido por la defensa de López Almarza, la alegación relativa a la supuesta errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal debe ser desestimada, pues es correcto el razonamiento del fallo en el sentido que la imprescriptibilidad de la acción penal que nace de esta clase de injustos se extiende a la media prescripción.

Pero también cabe tener en cuenta 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.

Quinto: Que en relación a las circunstancias previstas en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, estas no fueron alegadas en favor del sentenciado al momento de contestar los cargos, de manera que el fallo no se ha extendido acerca de ellas, por lo que tratándose de una alegación nueva, solo cabe descartar el supuesto error de derecho que recaería sobre un punto respecto del cual no ha habido pronunciamiento. Pero en todo caso, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, en primer lugar debe decirse que la sentencia no consigna ningún hecho que pudiese relacionarse con la norma de que se trata. Además la supuesta orden conducente a la perpetración del ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como propio “del servicio”, y,

por último, tampoco esta alegación es congruente con los argumentos de la defensa que rechaza toda participación en los hechos.

Sexto: Que por estas consideraciones el recurso de casación en el fondo formalizado por el sentenciado será desestimado.

Séptimo: Que en relación al recurso deducido en representación del Fisco de Chile, cabe considerar que, tratándose de un delito de lesa humanidad, lo que ha sido declarado en la sentencia, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

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

Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer

con la activa colaboración del Estado como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo. En este sentido, el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

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

Octavo: Que en el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, 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, como se ha sostenido por el fallo que se revisa, sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción de la acción civil indemnizatoria por el transcurso del tiempo, según se razonara al inicio del motivo anterior.

Noveno: Que por otro lado, como ya se ha esbozado, la acción civil aquí deducida en contra del Fisco tendiente a obtener la reparación íntegra de los

perjuicios ocasionados encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

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

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

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

Undécimo: 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 la demanda deducida en autos, que tenía por fin obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados

por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, 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.

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

Décimo Tercero: Por último, sobre la supuesta preterición legal en relación a la demanda por la hermana de la víctima, cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar existen disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que en la especie no sucede, pues la única limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar la existencia del daño y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso no ha sido cuestionado.

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

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 103 del Código Penal; 535, 546 Nros 1°, 7° e inciso final y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 767 y siguientes del de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa del condenado Donato López Almarza y por el Fisco de Chile, en contra de la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil quince, que se lee a fojas 885.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en representación del sentenciado con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Cisternas, quienes estuvieron por acogerlo, 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. Para lo anterior tuvieron en consideración lo siguiente:

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

2° 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.

3° 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 al encausado, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión de los disidentes, se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la disidencia, sus autores.

N° 179-16

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

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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