

Santiago, veinticinco de enero de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos N° 2182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, “Operación Colombo. Stalin Arturo Aguilera Peñaloza”, por resolución de once de septiembre de dos mil catorce, que rola a fojas 6542, en lo que interesa a los recursos, se condenó a César Manríquez Bravo y a Miguel Krassnoff Martchenko, como coautores del delito de secuestro calificado en la persona de Stalin Arturo Aguilera Peñaloza, perpetrado en esta ciudad a contar desde el 7 de julio de 1974, cada uno, a purgar trece años de presidio mayor en su grado medio y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causa.

La misma sentencia acogió las acciones civiles deducidas en contra del Fisco de Chile, ordenando el pago de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos) a cada uno de los actores Juan Andrés, Gregorio, Geraldina, Luis Arturo, Susana, Pablo y Liliana, todos de apellidos Aguilera Muñoz; y de \$100.000.000.- (cien millones de pesos) a doña Rosario del Carmen Muñoz Peñaloza, por concepto del daño moral padecido, con los reajustes e intereses que indica, además del pago de las costas de la acción civil.

Apelada esa decisión, fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de veintidós de junio pasado, que se lee a fojas 6806, en cuya contra las asesorías letradas del Consejo de Defensa del Estado y de ambos condenados dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, como se desprende de las presentaciones de fojas 6.811, 6. 856 y 6.865, los que se ordenaron traer en relación a fojas 6.897.

Considerando:

PRIMERO: Que la defensa del acusado Manríquez Bravo dedujo recurso de casación en el fondo por los literales primero y séptimo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Crítica, de esta manera, el error de

derecho al determinar la participación que le ha cabido en el ilícito, dado que en el proceso no aparece configurado el secuestro que se le atribuye ni su calidad de autor del mismo y de allí deriva transgresión al artículo 15 del Código Penal, puesto que no hay en el proceso antecedentes que permitan considerarlo autor ejecutor, inductor o cooperador, ni suponer que tuvo conocimiento del secuestro. Las funciones que cumplió en la DINA entre diciembre de 1973 y noviembre de 1974 fueron administrativas y logísticas, pero no está probado que hubiese tenido bajo su control las operaciones de cuarteles de dicho organismo y los elementos incriminatorios a que alude el fallo para efectos de comprobar su participación son inexactos, de suerte que no es dable constituir prueba completa para dar por configurado el delito que se le reprocha. Aún si se le considera cómplice, por haber cooperado a la ejecución del secuestro por actos anteriores o simultáneos, en razón de la calidad de Jefe de la Brigada de Inteligencia Metropolitana que se le ha atribuido, debió aplicarse la pena inmediatamente inferior en grado a la asignada por la ley para los autores, con arreglo al artículo 51 del Código Penal, esto es, presidio mayor en su grado mínimo, que todavía es preciso reducir por favorecerlo la atenuante del artículo 11, N° 6°, de este compendio.

En lo que se refiere a la contravención al artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, expone que, en atención a la época de los sucesos, debió pronunciarse sobre la extinción de la responsabilidad penal emanada de la amnistía y la prescripción, contempladas en el artículo 93, Nros. 3° y 6°, del Código Penal, y descarta la posible aplicación de los Convenios de Ginebra, en virtud de la primacía en estas materias del estatuto jurídico interno de los estados partes, y de otros tratados internacionales que propugnan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de estos ilícitos o la imposibilidad de ser amnistiados, como es el caso, por ejemplo, de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, el Convenio sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Americana de

Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues tal postulado conculca los artículos 5°, inciso 2°, y 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, al pretender dar efecto retroactivo a tales disposiciones posteriores a los hechos indagados e imponerlas a pesar de no encontrarse ratificados pues lo fueron después de acaecidos los sucesos. Similar criterio se desprende de la ley N° 20.357, cuyo artículo 44 estatuye que los hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación continúan rigiéndose por los preceptos vigentes a ese momento.

Al sustentar la configuración del numeral séptimo de casación en el fondo, sostiene la inobservancia del artículo 488, Nros. 1° y 2°, del Código de Procedimiento Penal, toda vez que las presunciones que sustentan la decisión no reúnen los supuestos exigidos por la ley para adquirir completo mérito acerca de su participación culpable, por cuanto no se fundan en hechos reales y probados, ni existen otros indicios múltiples ni graves, ni media concordancia entre ellos, imputándole intervención sobre la base del desempeño de un cargo operativo que desconoce.

Con esos argumentos, en la conclusión solicita la nulidad de lo resuelto y se dicte sentencia de reemplazo absolutoria.

SEGUNDO: Que, a su turno, la defensa del acusado Krassnoff Martchenko postula la configuración de la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la infracción a los artículos 214, inciso 2° del Código de Justicia Militar, 103 y 68, inciso 3°, del Código Penal. En relación a la primera vulneración denunciada (inciso 2° del artículo 214 del Código de Justicia Militar) aduce que dicha norma regula uno de los efectos de la obediencia jerárquica, colocándose en el caso que un subalterno cometa delito en cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio. Por ello, al sostener el tribunal que en todos los casos que regula la norma en comento la orden debe referirse al servicio, se configura el yerro denunciado ya que precisamente ella parte del supuesto inverso.

En segundo término, denuncia la infracción del artículo 103 del Código Penal, ya que el rechazo de la prescripción de la acción penal no justifica igualmente desestimar la aplicación del artículo 103 citado, por tratarse de instituciones con fines distintos.

En lo relacionado al artículo 68, inciso 3°, del Código Penal, indica que el número y entidad de las atenuantes concurrentes impone un análisis especial al regular la pena definitiva, lo cual habría permitido al encartado acceder a beneficios de la Ley N° 18.216.

Luego de exponer la influencia en lo dispositivo del fallo que acarrearían las infracciones denunciadas, pide se anule la sentencia impugnada y se dicte una de reemplazo que acoja las atenuantes de los artículos 214 del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal y, de conformidad al artículo 68 del Código Penal, se imponga al acusado una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo, concediéndole alguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216.

TERCERO: Que, por último, el Consejo de Defensa del Estado denunció, a través de su recurso de casación en el fondo, violación de los artículos 17 a 27 de la Ley 19.123, en relación a los artículos 19 y 22 del Código Civil, porque se concedió a la demandante una indemnización, en circunstancias que ya había sido indemnizada por el mismo hecho, porque fue resarcida con los beneficios de la ley citada que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Afirma que la Ley 19.123 estableció a favor de los familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos, una bonificación compensatoria y una pensión mensual de reparación así como beneficios sociales, lo que ya ha satisfecho las pretensiones o indemnizaciones aquí reclamadas.

En segundo término, denuncia que lo resuelto infringe los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil, todos ellos en relación a los artículos 19 y 22 inciso 1° de ese mismo cuerpo

normativo, lo que se produjo al haberse dejado de aplicar al caso concreto las normas de derecho interno sobre prescripción.

Explica que el artículo 2332 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para la prescripción de las acciones civiles indemnizatorias, el que no se aplicó en la situación de autos bajo el argumento que se trataba de acciones provenientes de violación de derechos humanos que serían imprescriptibles, con lo cual se negó aplicación a la prescripción como regla general.

Es un hecho que la demanda se notificó el 14 de octubre de 2011, oportunidad en que el término que consagra la norma en estudio había transcurrido con creces, lo que demuestra que se dejó de aplicar la disposición citada y, a consecuencia de ello, lo mismo ocurrió con los artículos 2497 y 2492 del Código Civil que ordenan la procedencia de las reglas de la prescripción contra el Estado y como regla general. Lo mismo sucede con el artículo 2514 de ese cuerpo normativo, que sólo exige el transcurso del tiempo para que tenga lugar la prescripción.

Aduce el recurrente que el error de derecho se comete porque los jueces desatendieron el claro sentido que emana del tenor literal de las disposiciones legales citadas, lo que también importa una infracción a las normas de interpretación del artículo 19 inciso 1º del Código Civil, como asimismo, debieron los jueces considerar el contexto de la ley para que existiera la debida correspondencia entre ellas, en especial con lo dispuesto en el artículo 2497 del Código Civil.

El representante del Fisco también denuncia falsa aplicación de las normas de derecho internacional sobre derechos humanos que no prevén la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales. Sostiene que la sentencia extendió la imprescriptibilidad prevista para el ámbito penal en derechos humanos a los aspectos civiles que se han entregado a la regulación del derecho interno y que significa además, una grave confusión de categorías

jurídicas. Sostiene, también, que en la sentencia nada se dijo sobre disposiciones concretas que avalen la imprescriptibilidad en materia civil, efecto que tampoco está establecido en ningún tratado internacional ni reconocido en principios de derecho internacional o ius cogens.

Todo lo anterior le permite solicitar, para el caso de acoger el recurso deducido, la anulación de la sentencia impugnada y que se dicte en su lugar una que rechace las demandas de indemnización de perjuicios deducidas en autos, con costas.

CUARTO: Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo deducido a favor del condenado Manríquez Bravo, es más conveniente abocarse, en primer término, a la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, fundada únicamente en el quebrantamiento del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, es necesario precisar que si bien la disposición citada reviste la condición requerida para la adecuada fundamentación del recurso, su lectura no muestra la imputación de haber sido violentada, pues exclusivamente plantea discrepancia en torno a la valoración que se confiere a los elementos de convicción reunidos y relacionados en el fallo, con apego a los cuales se estimó acreditada la actuación de Manríquez Bravo en los hechos, disintiendo de sus conclusiones, cuestión ajena a este recurso extraordinario, de naturaleza sustantiva y de derecho estricto.

QUINTO: Que el restante acápite del arbitrio, que descansa en el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, permite la invalidación cuando la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al hechor una pena más o menos grave que la designada, con error de derecho, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al delincuente, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya por fin, al determinar la naturaleza y el grado del castigo.

SEXTO: Que el recurrente sostiene este motivo de casación en la equivocación del tribunal de alzada al determinar la existencia del delito o su eventual participación, por no concurrir los elementos necesarios para sancionarlo e insta en definitiva por su absolución. Pero en seguida, en forma subsidiaria, pretende la recalificación de la participación que se le carga a la de cómplice, para arribar así a una sanción más benigna, olvidando que la causal invocada está dada para cuestionar sólo aquellos casos donde, si bien se acepta una participación culpable en el ilícito, se cree errada la calificación efectuada en la resolución objetada, como por ejemplo, si se ha considerado autor a quien únicamente debería conceptuársele cómplice o encubridor. La inexistencia de responsabilidad penal por falta de participación criminal del enjuiciado, la falta de comprobación del hecho punible o la extinción de la responsabilidad criminal no hallan cabida en esta causal que, por ende, no habilita para solicitar la absolución, como lo persigue el desarrollo de algunos de sus apartados. El propio tenor del precepto ratifica este aserto cuando expresa que el error de derecho denunciado debe haber conducido a imponer al justiciable una pena más o menos grave que la asignada en la ley, y así su ámbito tampoco puede extenderse a las hipótesis propuestas.

SEPTIMO: Que el postulado mediante el cual sostiene una participación de cómplice, no obstante sujetarse a la estructura descrita precedentemente y ser subsidiario de los anteriores, resulta incompatible porque se trata de un vicio que no puede darse en forma simultánea con aquéllos, bajo riesgo de delegar en el tribunal la elección de la causal que, de existir y ser procedente, se considere más acertada para la decisión del asunto, lo que en un recurso de derecho estricto como el presente está vedado.

OCTAVO: Que, sea como fuere, es un hecho inamovible y probado que a la época de la detención de la víctima, Manríquez Bravo estaba al mando de la Brigada de Inteligencia Metropolitana, bajo cuyo control se encontraban brigadas y grupos operativos encargados de la detención y eliminación de

personas contrarias al gobierno militar, con poder de decisión sobre las operaciones en los cuarteles de detención clandestina de la DINA y participación, previo concierto, en el destino de los detenidos, lo cual suprime el pretexto que su tarea se limitó a funciones logísticas y elimina su proclamada complicidad en los hechos.

Dichas circunstancias, unidas a los elementos de juicio reseñados en el motivo Undécimo del fallo de primer grado, que el de alzada reproduce, permitieron a los jueces del fondo construir presunciones judiciales que cumplen todas las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, en tanto se fundan en hechos reales y probados, y son múltiples, graves y concordantes entre sí, para sostener, como hace el fallo, que Manríquez Bravo es autor, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

NOVENO: Que en lo referido al recurso entablado por la defensa de Krassnoff, para determinar si en la especie se configuran los errores de derecho denunciados es necesario tener en consideración que, de acuerdo al mérito de autos, el mandatario del recurrente solicitó durante la secuela del procedimiento, entre otras pretensiones, que se reconociera a favor de su representado la circunstancia consagrada en el artículo 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar, así como la media prescripción, prevista en el artículo 103 del Código Penal.

La primera de dichas pretensiones fue rechazada por el tribunal de primer grado, de acuerdo a lo que se razona en el motivo 37° de dicho fallo, indicando que no se ha acreditado que la participación en calidad de coautor, en los delitos sublite, lo haya sido en cumplimiento de órdenes recibidas de su superior jerárquico, por lo que no resulta procedente tal reconocimiento.

DÉCIMO: Que de acuerdo a lo expuesto precedentemente, resulta evidente que, más allá de las consideraciones dogmáticas hechas valer por el recurso respecto a la naturaleza de la orden eventualmente proferida y a la que su parte se habría sujetado, la impugnación se construye sobre la base de

hechos diversos de los asentados en el fallo y que no han sido impugnados, de manera que ellos han quedado firmes en el punto debatido, lo que impide la consideración de la causal de nulidad hecha valer.

UNDÉCIMO: Que en lo referido al segundo fundamento del motivo de invalidación que se revisa, esto es, el rechazo errado de la media prescripción alegada, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia que en el mismo motivo consignado precedentemente expuso que *“atento que como ya se señaló al resolver sobre la solicitud de que se declare la prescripción de la acción penal, aquella atendida la naturaleza del delito sublite es imprescriptible. Pues bien, dicha improcedencia de declarar 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.”*

DUODÉCIMO: Que en lo concerniente a esta infracción, esta Corte comparte el criterio sustentado en el fallo en el sentido que por ser el secuestro un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se mantiene en el tiempo, no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo señalado en el precepto citado. En efecto, atendida su naturaleza, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado

perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible.

Esta Corte Suprema ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentran las víctimas 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 indicado cómputo. Pero al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, como se dijo, no procede aplicar el instituto en estudio, por lo que no se ha producido el error de derecho denunciado.

DÉCIMO TERCERO: Que en atención a lo razonado precedentemente, no resulta posible admitir, entonces, la infracción de lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, como ha pretendido la defensa del condenado, por cuanto la pena ha sido correctamente determinada sobre la base de las modificatorias de responsabilidad penal asentadas en el proceso.

DECIMO CUARTO: Que en lo que cabe a la sección civil del fallo, el Consejo de Defensa del Estado ha denunciado diversas infracciones de ley en relación a la imprescriptibilidad declarada de la acción civil de indemnización de perjuicio.

Al respecto, cabe considerar que toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, en autos 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 el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción - por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado.

Así entonces tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la

acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos - integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental - que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta contrario a derecho declarar prescrita la acción intentada por la actora contra el Estado de Chile.

A resultas de lo explicado, no era aplicable la normativa interna del Código Civil, cuyo diseño y redacción no es propio a la naturaleza de los hechos indagados en este proceso y que, como ya se adelantó, corresponden a un delito de lesa humanidad, por lo que no es posible sujetar la acción civil indemnizatoria a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna como reclama el representante del Fisco. Se trata de delitos cometidos por militares en el 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 gravedad como el que aquí se estudia, por lo que el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda. A lo anterior lo obliga 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 propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, que 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” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).

De esta forma el derecho de las víctimas 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 5º 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”.

El artículo 6º 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 las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. El mismo artículo 6º 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”.

De este modo, no resultan atingentes 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 las normas 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.

DÉCIMO QUINTO: Que en cuanto a la alegación 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, tal alegación debe ser igualmente rechazada, por cuanto la ley 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 la referida ley 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”;

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, no se han producido los errores de derecho denunciados en los recursos, por lo que todos ellos serán desestimados.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, Nros 1°, 7° e inciso final, y 547 del Código de Procedimiento Penal **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo formalizados a fojas 6856 y 6865, en representación de los sentenciados Miguel Krassnoff Martchenko y César Manríquez Bravo, respectivamente, y por el Consejo de Defensa del Estado, en

representación del Fisco de Chile, a fojas 6811, todos en contra de la sentencia de veintidós de junio de dos mil quince, que corre a fojas 6.806, la que, en consecuencia, no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Brito concurre al rechazo de la atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal hecha valer en el recurso de casación interpuesto por la defensa de Krassnoff Martchenko teniendo en cuenta, además, que por aplicación de las normas del Derecho Internacional, y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos 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 los de la especie.

Acordado el rechazo del recurso deducido por la defensa del condenado Krassnoff, con el voto en contra del Ministro señor Dolmestch, quien fue del parecer de acogerlo en lo referido a la media prescripción de la acción penal y rebajar en consecuencia la pena impuesta, haciendo aplicables sus efectos a todos los condenados, por las siguientes razones:

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. 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 irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los 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, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento de su ocurrencia, esto es, en el mes de septiembre de mil novecientos setenta y tres, fecha que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del ministro señor Künsemüller y la prevención y voto en contra, de sus autores.

Rol N° 9.031-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Sra. Andrea Muñoz S. y Sr. Jorge Dahm O. No firma la Ministra Sra. Muñoz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinticinco de enero 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.