

INFORME N° 32/2021

ANT.: Correo electrónico de la Sra. Jefa de Gabinete de la Presidencia, de fecha 20 de julio de 2021.

MAT.: Argumentos invocados por el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en causas de derechos humanos, en relación a aplicación de la media prescripción de la acción penal.

SANTIAGO, 29 de julio de 2021.

A: SR. PRESIDENTE DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

DE: ABOGADO JEFE DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS (S)

I. Antecedentes

Se ha solicitado al Departamento de Estudios, los argumentos empleados en las causas por violaciones a los Derechos Humanos –dos o tres casos– en que el CDE ha intervenido en materia penal, similares al caso del Sr. Arturo Benito Vega, en los que se ha alegado la improcedencia de aplicar la media prescripción de la acción penal, prevista en el artículo 103 del Código Penal –en adelante CP–, cuyo texto es el siguiente:

“ART. 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 arts. 65, 66, 67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.”

II. Argumentos esgrimidos por del CDE en causas de derechos humanos sobre la improcedencia de aplicar la media prescripción de la acción penal en delitos de lesa humanidad

Como se verificará a continuación, en las causas por violaciones a los derechos humanos en que el CDE ha sido Parte y en que la sentencia condenatoria ha aplicado la media prescripción a favor de los condenados, este ha impugnado dicha medida a través de los recursos que franquea el Código de Procedimiento Penal, según la etapa procesal en que así sea resuelto. Así, por ejemplo, en los casos que se expondrán, a través de la interposición del recurso de casación en el fondo, por la causal prevista en el artículo 546 N° 1 de dicho cuerpo legal, esto es, denunciando un error de derecho consistente en calificar un delito con arreglo a la ley, pero imponer al delincuente una pena menos grave que la designada en ella, al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes, al aplicarse la atenuante del artículo 103 del Código Penal.

II.1. Causa rol N° 2.182-1998, de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada “Villa Grimaldi - Episodio Marcelo Concha Bascuñán”¹

En este caso, el CDE recurrió de casación en el fondo, por la causal prevista en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, al haberse acogido respecto del sentenciado Sr. López Tapia la atenuante del artículo 103 del Código Penal, rebajando la pena aplicada a su respecto a la pena de tres años y un día. Se denunciaron como disposiciones legales infringidas los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal.

II.1.i. Los argumentos, expuestos en el recurso de casación en el fondo, fueron los siguientes:

(a) No procede aplicar la atenuante prevista en el artículo 103 del Código Penal en este caso, atendido que la misma Corte calificó los hechos como secuestro permanente, el que por tener ese carácter se hace imposible aplicar cualquier tipo de prescripción, incluso como atenuante. Ello porque la prescripción de la acción correspondiente al delito de secuestro no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado

¹. Rol interno N° 162-2014, de la Procuraduría Fiscal de Santiago.

consumativo, por lo que mientras se prolongue tal situación no se puede, racionalmente, indicar el momento en que comienza el cómputo a que se refiere el artículo 95 del Código Penal, conclusión igualmente válida respecto de la situación regulada por el artículo 103 del mismo cuerpo legal, pues no hay fecha desde la cual pueda determinarse el cómputo de la mitad del tiempo que corresponde a la prescripción. Para ello se requeriría tener pruebas del término del secuestro o de la fecha de la muerte de las víctimas, lo que en la especie no acontece. Así se ha establecido en diversos fallos de la misma Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema, acorde con los artículos 94, 95 y 103 del Código Penal.

(b) Tampoco es posible aplicar dicha atenuante porque la naturaleza jurídica de la prescripción gradual no es distinta de la prescripción extintiva, en el caso de autos no puede prescindirse de la normativa del derecho internacional de derechos humanos que excluye la aplicación de la prescripción tratándose de delitos de lesa humanidad, como acontece en la especie tanto con el delito de secuestro como en el de homicidio calificado. Así, los “Convenios de Ginebra” impiden la aplicación de la prescripción, total o gradual, respecto de delitos cometidos en caso de conflictos armados sin carácter internacional; de igual modo, obstan a ello las normas de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” y de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad”.

En la medida que el delito materia de autos configura un crimen contra la humanidad, de ello deviene la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar. En armonía con ello y en vista de la evaluación del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción en su caso, de los responsables, la cual conforme a la preceptiva internacional en la materia, no es admisible tratándose de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra.

(c) El artículo 103 del Código Penal solo regula los efectos de que haya transcurrido más de la mitad del tiempo necesario para prescribir, sea la acción penal o la pena, sin que se haya completado, pues evidentemente no puede tener el mismo efecto de la prescripción completa o completada y al igual que esta depende únicamente del tiempo transcurrido hasta que sea habido o se presente el imputado. En otras palabras, intrínsecamente no difieren, por eso admitido que los tratados y convenciones

internacionales prohíben la prescripción en esta clase de delitos contra la humanidad, no puede sufrir merma la persecución penal cuando aún el tiempo transcurrido es menor. Se ha dicho que la prohibición de una contiene a la otra, porque la finalidad de estas normas de origen internacional es que en razón de la naturaleza del delito el transcurso del tiempo no pueda producir efectos, lo que no es solo respecto del acto de persecución, sino que respecto de la sanción que debe ser proporcional a la gravedad del delito independientemente del tiempo transcurrido, esto es, cualquiera sea el tiempo transcurrido. En este mismo sentido convergen los autores nacionales Sres. Sergio Politoff y Humberto Nogueira Alcalá.

II.1.ii. Sentencia de la Corte Suprema, de 24 de octubre de 2016 ²

Cabe consignar el resultado que tuvo la casación en el fondo interpuesta por el CDE en la causa “Villa Grimaldi - Episodio Marcelo Concha Bascuñán”, ya individualizada, que el cual fue acogido por sentencia de la Corte Suprema, el 24 de octubre de 2016, acogiendo asimismo sus argumentos tanto en el fundamento del voto de mayoría como en el consignado en la prevención. En efecto, se destaca que el fallo señaló:

“Décimo Quinto: Que una vez conocidas las razones de invalidación presentadas por los recurrentes, y determinados además los motivos de la sentencia que evidencian los fundamentos de lo decidido, es preciso tener en consideración que la materia en discusión deberá ser analizada conforme a la normativa internacional de los derechos humanos contenida en los Convenios de Ginebra, que impiden la prescripción, total o gradual, respecto de delitos cometidos en casos de conflictos armados sin carácter internacional. A la misma conclusión se llega considerando tanto las normas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como las de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, por cuanto de conformidad con la normativa legal citada, la prescripción gradual tiene la misma naturaleza que la total.

Desde otra perspectiva, la doctrina, sobre esta materia ha expresado que sus fundamentos se encuentran en las mismas consideraciones de estabilidad social y certeza jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, pero que está destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no concurren en forma natural sino al cabo de un proceso gradual, esto es, cuando el lapso necesario para prescribir está por cumplirse, lo que justificaría la atenuación de la pena. Sin embargo, es evidente que aquella conclusión es para los casos que no

². Rol ingreso Corte N° 44.074-2016.

presentan las características de los delitos de lesa humanidad, pues estos son imprescriptibles. En consecuencia para que dicha atenuación sea procedente es necesario que se trate de un delito en vías de prescribir, lo que no acontece en la especie, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, debido a que el reproche social no disminuye con el tiempo, lo que solo ocurre en los casos de delitos comunes.

Por otro lado, como se anticipó, se trata de una materia en que los tratados internacionales tienen preeminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República. _Esas normas prevalecen y la pena debe cumplir con los fines que le son propios y que fueron enunciados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583, de 15 de diciembre de 1969, que señala: “La sanción de los responsables por tales delitos es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales”. En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido.

Por último, tal como esta Corte ha sostenido en fallos anteriores, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, y como ambos institutos se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total debe alcanzar necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, debido a que ambas situaciones se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguna resulta procedente en ilícitos como en el de la especie (...)

Se previene que el Ministro señor Künsemüller concurre a acoger los recursos deducidos por la querellante, el Consejo de Defensa del Estado y el Programa de Continuación de la Ley 19.123 por los que se denunciaba la equivocada configuración de la media prescripción invocada, teniendo, además, en consideración 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 del artículo 103 del Código Penal. En efecto, atendida la naturaleza del ilícito, 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. (...)”

II.2. Causa Rol N° 2.182-1998, de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada “Conferencia I - Episodio Bernardo Araya Zulueta”³

El CDE –además de la querellante y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia– dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia⁴, la que, en relación a la materia que nos convoca, hizo lugar a las peticiones encaminadas a acoger la prescripción gradual de la pena, contemplada en el artículo 103 del Código Penal, desconociendo así, respecto de los delitos de secuestro calificado del Sr. Bernardo Araya Zulueta y de su cónyuge Sra. María Flores Barraza, tanto su carácter de permanente, como de delito de lesa humanidad.

El error de derecho, señala el recurso, se produce por la errada aplicación de los artículos 50, 68 inciso 3°, 94 y 103 del Código Penal, y la falta de aplicación de los incisos 1° y 2° del artículo 68 del Código Penal, lo que trajo como consecuencia que se impusiera a todos los acusados⁵ la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, debiendo haber confirmado el fallo en la parte en que condenó a los acusados. Lo anterior, atendida la participación que el fallo atribuyó de todos ellos, esto es, la calidad de coautores de dos secuestros calificados, conforme a lo dispuesto el inciso tercero del artículo 141 del Código Penal de la época, que establecía para el delito de secuestro la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si la detención se prolongare por más de 90 días; y lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que señala que en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversa infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándole en uno, dos o tres grados.

³. Rol Interno N° 777-2012, de la Procuraduría Fiscal de Santiago.

⁴. Sentencia de fecha 20 de junio de 2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

⁵. La errónea consideración de que a los sentenciados favorecería la rebaja de pena establecida en el artículo 103 del Código Penal, dijo relación con los condenados Sres. Carlos José Leonardo López Tapia, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Ricardo Víctor Lawrence Mires, Pedro Segundo Bitterlich Jaramillo, Eduardo Patricio Cabezas Mardones, Jorge Iván Díaz Radulovich, Orlando del Tránsito Altamirano Sanhueza, Orlando Jesús Torrejón Gatica, Clara Rosa Barros Rojas y Guillermo Eduardo Díaz Ramírez.

II.2.i. Los argumentos expuestos en el recurso de casación en el fondo, fueron los siguientes:

(a) Se recuerda la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema en esta materia, al pronunciarse sobre los delitos de lesa humanidad y a la aplicación de la institución de la media prescripción integrada a nuestro ordenamiento por el artículo 103 del Código Penal:

A) Rol N° 14.312-2016, de 29 de diciembre de 2016: (...) ⁶; y

B) Rol N° 22.343-2014, de 26 de febrero de 2015: *"(...) 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"*.

Con idéntico pronunciamiento, se cita la sentencia de la Corte Suprema en los autos Rol N° 22.652-2014 ⁷.

Conforme a la jurisprudencia antes transcrita, nuestra Excma. Corte Suprema, por mayoría, ha entendido que la prescripción y la media prescripción comparten el mismo elemento fundante, esto es, el transcurso del tiempo y, que si dicho elemento es negado tratándose de los delitos de lesa humanidad -como lo es en este caso- para efectos de aplicar la prescripción, tampoco puede fundar el supuesto que hace procedente la media prescripción establecida en el artículo 103 del Código Penal, en relación a lo prescrito en el artículo 94 del mismo cuerpo legal.

(b) Los hechos investigados en esta causa corresponden a delitos que el sentenciador de primera instancia calificó como "de lesa humanidad o contra la humanidad", mismos que fueron cometidos por agentes del Estado de Chile, cuyos actos y participación culpable se analizan extensamente en el fallo de primer grado. El hecho que

⁶. Sentencia citada en términos idénticos que en la Causa Rol N° 2.182-1998, "Operación Colombo - Episodio Ángel Gabriel Guerrero Carrillo", descrita en el punto II.2.

⁷. Con voto de prevención de los Ministros Sres. Milton Juica y Haroldo Brito.

aquí se sanciona, el secuestro calificado del Sr. Bernardo Araya Zulueta y de su cónyuge Sra. María Flores Barraza, corresponde a actos cometidos en circunstancias tales que permiten denominarlo como delito de lesa humanidad a la luz del Derecho Penal Internacional.

(c) Al tratarse de un delito permanente y de lesa humanidad, cometen error de derecho los sentenciadores al acoger la rebaja de pena por aplicación del instituto de la media prescripción, por cuanto, como ya se ha señalado, la prescripción y la media prescripción comparten un mismo fundamento y por lo tanto ambas instituciones no tienen cabida en este tipo de ilícitos por mandato expreso de la normativa internacional de Derechos Humanos, como ha sido ampliamente reconocido por nuestros tribunales.

Entender y dar tratamiento a los hechos materia del fallo, desconociendo el carácter de delito permanente y de lesa humanidad, para efectos de aplicar la media prescripción, es errónea y no se ajusta a lo establecido por nuestra ley penal y la normativa internacional sobre la materia, aplicable por mandato constitucional conforme al artículo 5° de Carta Fundamental. A mayor abundamiento, el fallo que se recurre no desconoce la calificación jurídica de los hechos efectuada en primera instancia, así ratifica tanto la calificación de secuestro calificado, como consecuencia de ignorarse hasta hoy el destino de las víctimas, por lo tanto, se mantiene la calidad de delito permanente, y del mismo modo, acoge la condición de delito de lesa humanidad. De este modo, procede que las consecuencias de tales calificaciones se verifiquen y mantengan, de manera general y no selectiva, como ha ocurrido en el fallo recurrido.

II.2.ii. Sentencia de la Corte Suprema, de 4 de septiembre de 2018 ⁸

La Corte Suprema, en sentencia dictada el 4 de septiembre de 2018, rechazó el recurso de casación en el fondo que interpuso el CDE, estableciendo que:

“Vigésimo cuarto: Que, al respecto, sin perjuicio de los fundamentos tenidos en cuenta para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, lo cierto es que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del *quantum* de la sanción corporal, 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

⁸ Rol CS 36.332-2017.

-que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en motivos de política criminal, que si bien aconsejan la punibilidad del hecho, fundamentan una disminución del *quantum* de la pena.

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 en nuestra legislación punitiva a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción.

Vigésimo quinto: Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante 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, sin que sea posible sostener alguna 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, de manera que no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados en la forma que se realiza en la especie, teniendo además en consideración que el artículo 68 del estatuto punitivo otorga una facultad al sentenciador y el ejercicio de la misma, aunque sea cuestionable en su resultado, no puede originar un vicio de nulidad sustancial, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte.

Vigésimo sexto: Que en los términos expresados, los recursos indicados serán rechazados (...)

Se acordó el rechazo de los recursos intentados, con el voto en contra del Ministro señor Juica y de la abogada integrante señora Etcheberry, quienes estuvieron por acogerlos, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1° Que al efecto, es conveniente recordar 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, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza

necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

2° Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó. (...)”

II.3. Causa Rol N° 2.182-1998, de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada “Operación Colombo - Episodio Ángel Gabriel Guerrero Carillo” ⁹

En este caso el CDE dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de segunda instancia¹⁰, invocando, en relación a la materia consultada, la causal prevista en el N° 1, del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, al haberse aplicado la institución de la media prescripción, consagrado en el artículo 103 del Código Penal, a ilícitos que tienen el carácter de delitos de lesa humanidad, mismos que son imprescriptibles.

Al efecto, se denunció una errada aplicación de los artículos 50, 68 inciso 3°, 94 y 103 del Código Penal, y la falta de aplicación de los incisos 1° y 2° del artículo 68 del Código Penal¹¹.

II.3.i. Los argumentos expuestos en el recurso de casación en el fondo, fueron los siguientes:

(a) Se reitera lo sostenido en el fallo de primera instancia, en cuanto sigue la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema que, al pronunciarse respecto de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y a la aplicación de la institución de

⁹. Rol interno N° 2.235-2011, de la Procuraduría Fiscal de Santiago.

¹⁰. Sentencia de 19 de abril de 2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹¹. La media prescripción se materializó respecto de los sentenciados Sres. Juan Hernán Morales Salgado, Pedro Octavio Espinoza Bravo, Héctor Raúl Valdebenito Araya, Sergio Orlando Escalona Acuña, Miguel Krassnoff Martchenko, Hernán Luis Sovino Maturana y José Abel Aravena Ruiz.

media prescripción integrada a nuestro ordenamiento a través del artículo 103 del Código Penal, ha señalado que:

A) Fallo de Corte Suprema, Rol N° 12.258, de fecha 26 de marzo de 2018:

“Tercero: (...) Es conveniente recordar 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, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cuestión que el fallo declara, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie. Cuarto: Que, por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó (...).”

B) Fallo de Corte Suprema, Rol N° 14.312-2016, de fecha 29 de diciembre de 2016:

“Trigésimo séptimo: 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, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Sin embargo, como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo impugnado declaró expresamente en el fundamento 37°, situación que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria en los motivos 38° a 41°, y que no ha sido reclamada, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza

necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

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

(b) Entender y dar tratamiento a los hechos materia del fallo, desconociendo el carácter de delitos de lesa humanidad, para efectos de aplicar la media prescripción como una mera atenuante de responsabilidad, es errónea y no se ajusta a lo establecido por nuestra ley penal y la normativa internacional sobre la materia, aplicable por mandato constitucional conforme al artículo 5° de Carta Fundamental.

(c) El fallo que se recurre, en lo que importa, no desconoce íntegramente la calificación jurídica de los hechos efectuada en primera instancia, así ratifica la calificación de secuestro calificado, y del mismo modo, acoge la condición de delito de lesa humanidad sin cuestionamiento alguno y, por ende, la sentencia materia del actual recurso al conceder a los hechos la referida calificación debió seguir como consecuencia evidente, que si producto de dicha calificación el delito no se encuentra prescrito, tampoco resulta aplicable la media prescripción. Lo contrario implicaría incurrir en una contradicción manifiesta e insalvable: para los efectos de prescripción original (del delito) este no prescribe, pero para efectos de prescripción secundaria (artículo 103 del Código Penal, media prescripción), sí. De este modo, procede que las consecuencias de tales calificaciones se verifiquen y mantengan, de manera general y no selectiva, como ha ocurrido en el fallo recurrido.

II.3.ii. Sentencia de la Corte Suprema, de 27 de julio de 2020 ¹²

Sobre el particular, la sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha 27 de julio de 2020, acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto¹³, señalando que:

¹². Rol N° 13.097-2018.

¹³. Cabe hacer presente, que también los querellantes la invocaron en sus recursos de casación en el fondo.

“Decimonoveno: (...) Sobre este tópico importa señalar que, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo transcurrido 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 internacional de los Derechos Humanos, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

En esas circunstancias, se configura el vicio denunciado por el recurso a través de la causal contenida en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por errónea aplicación del artículo 103 de Código Penal, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia desde que ha servido de base a la rebaja en segunda instancia de la pena impuesta a los sentenciados (...)

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre a desestimar la aplicación del artículo 103 del Código Penal, por cuanto este precepto se remite a los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, los que otorgan facultades o atribuciones a los jueces —específicamente el artículo 68— para rebajar la cuantía de la pena. En este caso y atendidas las características y circunstancias particularmente repudiabiles de comisión de los hechos punibles de que fue víctima Ángel Gabriel Guerrero Carrillo no aparecía como un ejercicio razonable de la facultad legal el reconocer la atenuante especialísima del artículo 103 en beneficio de los encausados, por lo que es conforme a Derecho desestimarla”.

III. Conclusiones

De acuerdo a los escritos pesquisados, el Consejo recurrió de casación en el fondo a lo menos en tres ocasiones —en los años 2016, 2017 y 2018— en causas por violaciones a los derechos humanos, contra aquellas sentencias que dieron aplicación al artículo 103 del Código Penal y, en consecuencia, aplicaron la institución de la media prescripción de la acción penal a favor de condenados por delitos de lesa humanidad.

La causal esgrimida, en todos los casos, fue la prevista en el Nº 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, argumentado la concurrencia de un error de derecho del

fallo recurrido, al imponer una pena menos grave que la designada en la ley, al haberse aplicado la media prescripción a ilícitos que tienen el carácter de lesa humanidad, y en algunos casos de carácter permanente, siendo, en consecuencia, imprescriptibles.

En concreto, la argumentación del CDE fue, en términos generales, la siguiente:

1. Los delitos investigados tienen el carácter de delitos “de lesa humanidad o contra la humanidad”, ya que fueron cometidos por agentes del Estado de Chile –como también lo reconocen los sentenciadores de primera instancia– y sus circunstancias permiten categorizarlo así, a la luz de la normativa internacional de Derechos Humanos, aplicable por mandato constitucional conforme al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental;
2. La normativa internacional de los derechos humanos –Convenios de Ginebra, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad– excluye la posibilidad de aplicar la prescripción a los delitos de lesa humanidad, por cuanto la gravedad de los mismos ha justificado que se les asigne el carácter de imprescriptibles;
3. El impedimento de aplicar la prescripción a los delitos de lesa humanidad alcanza también a la media prescripción, establecida en el artículo 103 del Código Penal, por cuanto ambas comparten la misma naturaleza y fundamentos, esto es, el transcurso del tiempo, elemento que, en razón de la naturaleza del delito, el derecho penal internacional impide que pueda producir efectos;
4. La sanción que se imponga a los responsables de delitos de lesa humanidad debe ser proporcional a la gravedad del delito independientemente del tiempo transcurrido y, en consecuencia, respetar el principio de proporcionalidad de la pena, conforme el bien jurídico protegido por los mismos y la culpabilidad con la actuaron los agentes del Estado;
5. Asimismo, cuando se trata de delitos de secuestro y el paradero de las víctimas aún se ignora, el delito reviste el carácter de permanente y, por lo tanto, la prescripción de la acción no empezará a correr sino una vez que ha cesado ese estado antijurídico, conclusión igualmente válida respecto de la situación regulada por el



artículo 103 del Código Penal, reconocido como delito de lesa humanidad en los casos analizados; y

6. Todo lo anterior, relevando y apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha resuelto la improcedencia de aplicar la media prescripción en la materia.

Saluda atentamente a Ud.,



ARTURO ONFRAY VIVANCO
ABOGADO JEFE (S)
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

ABL

Distribución:

- Destinatario.
- Archivo del Departamento de Estudios.