

Santiago, ocho de octubre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos antecedentes rol de Ingreso Corte Suprema N° 17.037-2013, instruidos por el Ministro de Fiero don Leopoldo Llanos Sagristá, por sentencia de veinticinco de abril de dos mil trece, escrita a fs. 2364 y siguientes se condenó a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Moren Brito y Basclay Humberto Zapata Reyes**, en su calidad de **autores** del delito de secuestro calificado cometido en la persona de **María Cecilia Labrín Saso**, a contar del 12 de agosto de 1974, a sufrir la pena de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, sin conceder a los sentenciados alguno de los beneficios de los que contempla la Ley N° 18.216, atendida la entidad de las penas impuestas.

En la parte civil, el mismo fallo rechazó las excepciones de incompetencia, de prescripción extintiva y de pago, opuestas por el Consejo de Defensa del Estado; la de prescripción extintiva opuesta por los acusados y demandados civilmente Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y Miguel Krassnoff Martchenko e hizo lugar a la demanda interpuesta por doña Olivia Saso Gamboa en contra de Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, y el Fisco de Chile, quienes en consecuencia quedan obligados solidariamente a pagar a la actora una indemnización de perjuicios por concepto de daño moral, ascendente a la cantidad de \$

100.000.000.- (cien millones de pesos), reajustada en la misma proporción en que varíe el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a la dictación de la sentencia y el mes anterior al de su pago; devengando dicha suma intereses corrientes por el mismo período.

La mencionada sentencia fue apelada por la defensa de los acusados Krassnoff, Zapata y Contreras, así como por el Fisco, que además dedujo casación en la forma en su contra.

Dichos recursos fueron conocidos por una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que, por sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil trece, que se lee a fs. 2499 y siguientes, desestimó el recurso de invalidación formal y confirmó el fallo, con declaración que se rebaja a ocho años de presidio mayor en su grado mínimo la pena que se le impusiera al acusado Basclay Humberto Zapata Reyes como autor del delito de secuestro calificado de María Cecilia Labrin Saso, perpetrado a contar del 12 de agosto de 1974, en esta ciudad.

Contra esta última decisión el representante del Estado y del acusado Basclay Zapata dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación, por resolución de fs. 2.572.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa de Basclay Humberto Zapata Reyes denuncia la configuración de la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, al no haberse estimado concurrente en la especie la atenuante contemplada en el artículo 103 del Código Penal. Indica que en la sentencia recurrida no se discute que ha transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción, sino que se parte del axioma referido a que si no hay prescripción, no puede haber media

prescripción, afirmación que no es jurídicamente correcta ya que una es independiente de la otra, al poseer características, fines y efectos diversos.

Así, sostiene, la media prescripción es minorante de responsabilidad penal, y la otra una causal de su extinción; una implica la no sanción del hecho, y la otra, una pena menor. Una se funda en lo insensato de una pena alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados y la otra tiene su fundamento en el supuesto olvido del delito y la necesidad de no sancionar la conducta. Agrega que tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema se han pronunciado sobre este tópico, señalando que ambas instituciones no tienen una relación de principal a accesorio y que puede darse la media prescripción aun cuando la prescripción propiamente tal sea improcedente, por razones de orden público, de derecho internacional u otras, ya que la primera tiene su fundamento en normas humanitarias que justifican la disminución de la pena. Si la función única de la pena es la resocialización de la persona, no tiene sentido aplicar una de la envergadura y carácter de aquélla impuesta por la sentencia atacada.

En segundo término, sostiene que se ha incurrido en error al desechar la minorante contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar al considerar que, para todos los supuestos de dicha norma, es necesario que la orden provenga de un superior, que sea relativa al servicio, en uso de atribuciones legítimas y que haya existido representación e insistencia, elementos que no concurrirían por cuanto en autos no se sabría quién dio la orden, todos niegan participación y no se ha acreditado que sea acto de servicio, en circunstancias que la norma en cuestión no exige los requisitos aducidos, sino que basta la comisión

de un hecho en virtud de una orden recibida de un superior, sea éste un delito militar o uno común.

Indica que su defendido ha reconocido su participación en detenciones por orden de un superior en la DINA; pero no conoce a quien o quienes detuvo atendido su grado jerárquico, ya que solo se limitó a cumplir las órdenes, con lo que se satisfacen los elementos de la atenuante. Esta situación difiere del artículo 214 del Código de Justicia Militar, que regula uno de los efectos de la obediencia jerárquica y se coloca precisamente en el caso de un subalterno que, sin concertarse, cometa un delito en el cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio, que no ha sido representada ni insistida por el superior, porque es sabido que si hay representación e insistencia, el inferior no recibe sanción alguna sino sólo el superior. Por ello, pretender asimilar el artículo 214 del Código de Justicia Militar al artículo 421 del mismo código es un error, por cuanto esta última norma define el acto de servicio. A su turno, la institución consagrada en el inciso final del artículo 214 permite sancionar al inferior con una pena menor, no obstante la calidad de autor que tiene, en razón de su voluntad influenciada por la del superior jerárquico. Todo lo anterior le permite sostener la procedencia de reconocer la minorante especial invocada.

Señala que estos errores de derecho han tenido influencia, porque de aceptar la correcta aplicación de estas atenuantes no se habría impuesto a su representado una sanción de 8 años de privación de libertad, sino una menor, por lo que pide anular la sentencia atacada y en la de reemplazo que se dicte, se imponga a su parte 540 días de presidio menor en su grado mínimo, otorgándole el beneficio de la remisión condicional de la pena.

SEGUNDO: Que a su turno 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 1º 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 detención de la víctima se produjo el 12 de agosto de 1974 y que la demanda se notificó el 15 de mayo de 2012, de modo que se dejó de aplicar la norma en estudio 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*.

En otro capítulo, denuncia que se ha hecho falsa aplicación de los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y los artículos 6 y 9 del Código Civil, preceptos que se dejaron de aplicar y que regulan el ámbito de

aplicación temporal de la ley. Afirma que la Convención Americana de Derechos Humanos es la única norma expresamente citada en la sentencia que tiene una disposición específica sobre su ámbito de aplicación temporal, que remite a la fecha de su instrumento de ratificación o de adhesión que fue depositado el 21 de agosto de 1990, por lo tanto, no pudo ser aplicada a los hechos de esta causa que tuvieron lugar (o principio de ejecución) en fecha muy anterior. Además, se infringe el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política que se remite a los tratados internacionales vigentes; el artículo 28 de la Convención sobre derecho de los tratados, que contempla la irretroactividad de su aplicación; y el artículo 6 del Código Civil, que ordena que la ley obliga sólo desde su promulgación.

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 la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos.

TERCERO: Que analizando los recursos deducidos, resulta necesario tener en consideración que el hecho que se ha tenido por establecido en el proceso, señala que *“El inmueble de calle Londres N°38, que había sido sede del Partido Socialista, era un recinto secreto de detención y tortura de la DINA; funcionó como tal desde fines de 1973 hasta, aproximadamente, los últimos días de septiembre de 1974; llegó a contar hasta unos sesenta detenidos, los que permanecían con la vista vendada reunidos en una amplia sala, muchos en el suelo. Desde esa sala común los detenidos eran sacados continuamente a otras dependencias, incluso a una que tenía un catre de fierro en que, desnudados, les aplicaban corriente eléctrica, para obtener información de otros opositores al gobierno militar y lograr su detención.*

El 12 de agosto de 1974, alrededor de las 22:00 horas, agentes de la DINA llegaron al domicilio de María Cecilia Labrín Saso, asistente social, militante del MIR, embarazada de poco más de dos meses, quien se encontraba en compañía de su madre y hermanas, tres sujetos de civil, los que luego de identificarse como pertenecientes al Servicio de Inteligencia de Carabineros y sin exhibir orden alguna de detención, le manifestaron que deseaban hablar con ella en relación a su trabajo en la CORVI y que no le tomaría más de media hora por lo que debían trasladarla a la 23º Comisaría de la Reina. María Cecilia accedió a levantarse de la cama en la cual estaba haciendo reposo, debido a que su embarazo presentaba dificultades y los acompañó. Como esa noche María Cecilia no regresó a su hogar su madre acudió a la citada Comisaría y le informaron que nada sabían al respecto y que no tenían detenidos en ese momento; desde aquel nunca más volvió a ver a su hija, sin que hasta la fecha ésta haya tomado contacto con sus familiares, ni realizado gestiones ante organismos del Estado, sin registrar entradas o salidas del país, sin que conste, tampoco, su defunción;"

Este hecho fue calificado por los jueces del fondo como constitutivo del delito de secuestro que contempla el artículo 141 incisos 1º y 3º del Código Penal y se califica por el tiempo en que se prolongó la acción, o sea, más de 90 días y por las consecuencias de la misma, resultando un grave daño en la persona o intereses del ofendido, situación que ocurre en autos, pues aun se desconoce el paradero de Maria Cecilia Labrín Sazo al encontrarse establecido en la causa que fue retenida contra su voluntad a partir del 12 de agosto de 1974, privándole de su libertad de desplazamiento, prolongándose esta situación hasta el día de hoy al ignorarse su paradero;

CUARTO: Que, 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 en lo penal solicitó durante la secuela del procedimiento, entre otras pretensiones, que se reconociera a favor de su representado la circunstancia del artículo 103 del Código Penal, lo que fue desechado por el juez de primera instancia en los motivos 37° a 39° de su sentencia, íntegramente confirmados por la que ahora se revisa.

Las razones que se tuvo en consideración para su rechazo, fueron, en primer término, que como toda prescripción, sólo comenzaba su cómputo, una vez que cesaba el estado consumativo del delito, sin que en el caso ello fuera posible *“porque no hay fecha desde la cual pueda determinarse el cómputo de la mitad del tiempo que corresponde a la prescripción...”*. A ello agregó que la aplicación de la prescripción gradual o media prescripción está impedida por la normativa internacional de derechos humanos, que la naturaleza jurídica de la institución cuyo reconocimiento fue solicitado es la misma de la prescripción de la acción penal, y que la consideración del carácter de delito permanente del pesquisado, la extensión del mal causado y la gravedad de sus consecuencias, elementos todos que permiten exigir un castigo actual y proporcionado, impide su reconocimiento en un caso como el que se revisa.

QUINTO: 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.

SEXTO: Que en lo referido al segundo capítulo de la nulidad deducida por la defensa de Basclay Zapata Reyes, esto es, el relativo al rechazo indebido de la atenuante consagrada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, el tribunal de primer grado señaló, en su motivo 43°, también confirmado por la sentencia de segunda instancia, que “esta atenuante...tiene lugar ‘fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214’ cuando el inferior comete un delito militar o un delito común por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico y siempre que ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida de

acuerdo a lo prescrito en el artículo 334. Acorde con este precepto, las órdenes imponen la obligación de ser obedecidas por los inferiores cuando se reúnen los siguientes requisitos: 1. Orden de un superior; 2. Que la orden sea relativa al servicio... 3. Que sea dada en uso de atribuciones legítimas y 4. Si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, se la ha representado por el inferior e insistida por el superior.

Si bien podría pensarse que si se comete delito por cumplir la orden de un superior, faltando cualquiera de los cuatro requisitos señalados, operaría la atenuante del artículo 211... 'ello no es así, en razón de que no puede faltar el requisito en que descansa la circunstancia: la existencia de la orden del superior jerárquico' (Astroza, ob.cit., pagina 340).

En la especie ninguno de los acusados ha reconocido participación alguna en el delito materia de la acusación, por lo que no se ha acreditado quien impartió la orden, y menos aún han probado que fuere relativa a un 'acto de servicio.'

En consecuencia, corresponde rechazar la minorante invocada, por no existir en el proceso los antecedentes básicos para considerarla;"

SEPTIMO: Que , en consecuencia, el aserto sobre el cual descansa el capítulo de impugnación propuesto no es efectivo, ya que de acuerdo a los hechos asentados en el fallo el recurrente ha negado su intervención en el secuestro calificado de Cecilia Labrin Saso por el que resultó condenado, sin perjuicio de la admisión genérica que se le reconoce referida a su intervención en una serie de operativos, de modo que su participación hubo de tenerse por comprobada con el mérito de otros elementos que se analizan en el razonamiento quinto de la sentencia de primera instancia, por lo que no es posible prestar acogida a la

atenuante de que se trata ya que al negar el hecho específico por el cual se le ha condenado, no ha esgrimido haber recibido la orden de un superior, al que tampoco identifica.

OCTAVO: Que este asunto ya ha sido conocido anteriormente por esta Corte y así ha sido resuelto: *“...Al respecto, es dable precisar que esta minorante, denominada “obediencia indebida”, tiene lugar... cuando el inferior comete un delito militar o común, en virtud del acatamiento de una orden de un superior jerárquico, siempre y cuando ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida, previsto en el artículo 334 del texto legal citado...*

Si bien a partir del carácter subsidiario de la atenuante, podría concluirse que esta opera cuando un subordinado comete un delito y falta alguno de los cuatro requisitos anteriores, ello no es así, en razón de que no puede faltar el presupuesto esencial en el que ella descansa, a saber, la existencia de la orden del superior jerárquico. (Astrosa, cit.,p.340)

De este modo, probar la existencia de la orden resulta indispensable para poder determinar la procedencia de esta minorante residual, pues sólo a partir del cumplimiento de ese presupuesto es factible ponderar la no concurrencia de los requisitos que la hacen plausible como eximente. En este contexto, no cabe duda alguna que la negativa de los hechores, en cuanto a su participación en el delito y responsabilidad consiguiente, impide conocer no sólo la existencia y términos precisos de la orden requerida por la atenuante en cuestión, sino también si aquellos representaron dicho mandato al superior o si al menos, estuvieron en condiciones de reclamarlo.

En este sentido, cabe tener en consideración lo expresado por el profesor Kai Ambos, en el comentario intitulado “Sobre el efecto eximente del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional”, contenido en su obra Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Penal Alemán y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2007, en cuanto refiere que: “De las fuentes pertinentes del derecho internacional penal, se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico -crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad- es permitida en casos individuales, si la justicia así lo requiere” (p. 138).

A fin de concretar lo anterior, plantea dos situaciones en las que es posible aceptar una culpabilidad menor: cuando el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto del mandato o bien cuando su resistencia frente a la orden criminal es muy reducida. Y en relación a este último caso, agrega que si el subordinado, habiendo reconocido la antijuricidad de la orden, sin embargo, la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Asimismo, postula que en ambos casos, se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución (cit., pp. 138 - 139).” (SCS 3807-2009).

NOVENO: Que corresponde desechar, por no existir infracción de ley, la solicitud de la defensa de acoger a favor del acusado Zapata Reyes la atenuante especial del artículo 211 en relación al artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar, lo que determina el rechazo del recurso deducido en su defensa.

DÉCIMO: 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 de jure. 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.

UNDÉCIMO: 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 la actora obtuvo 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”;

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, no se han producido los errores de derecho denunciados en tal recurso, por lo que también será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y artículos 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en el

fondo deducidos a fs. 2505 y 2512 por la defensa de Basclay Humberto Zapata Reyes y por el Consejo de Defensa del Estado, respectivamente, contra la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil trece, escrita a fs. 2499 vuelta y siguientes, la que en consecuencia, **no es nula**.

Se previene que los Ministros Sres. Juica y Brito concurren 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 Zapata Reyes 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, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Cisternas, quienes fueron del parecer de acogerlo en lo referido a la media prescripción de la acción penal, para luego reducir la pena de conformidad a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, 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 en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis en el mes de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta 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.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de las prevenciones y disidencias, sus autores.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Rol N° 17.037-13

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a ocho de octubre de dos mil catorce, 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