

Santiago, a veintinueve de abril de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos Rol N° 33.340-2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintidós de mayo de dos mil trece, escrita a fojas 2161, complementada por resolución de tres de enero de dos mil catorce, a fojas 2492, se condenó a **Basclay Humberto Zapata Reyes** a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, como cómplice del delito de secuestro calificado de Alfonso Chanfreau Reyes, perpetrado a contar del 30 de julio de 1974. Enseguida se condenó a **Ricardo Víctor Lawrence Mires**, a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda**, a **Marcelo Luis Moren Brito** y a **Miguel Krassnoff**, cada uno, a diez años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena más el pago de las costas de la causa, por su participación de autores del mismo delito. Por último, se absolvió a Gerardo Ernesto Urrich González de la acusación formulada de ser autor del referido ilícito. En cuanto a la decisión civil, se acogieron, con costas, las demandas interpuestas por Erika Hennings Cepeda y Natalia Alejandra Chanfreau Hennings en contra del Fisco de Chile, condenándolo al pago de doscientos millones de pesos a cada una, como resarcimiento del daño moral padecido, más los reajustes e intereses desde que indica la sentencia.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de siete de agosto de dos mil catorce, que se lee a fojas 2581, la confirmó con declaración que Basclay Zapata Reyes queda condenado a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas como autor del delito de secuestro calificado de Alfonso Chanfreau Oyarce. En lo civil, se revocó el fallo de primer grado y en su lugar se resolvió rechazar las acciones civiles intentadas, acogiéndose la excepción de pago opuesta por el Fisco de Chile a fojas 1697 y 1683.

Contra esa decisión la parte querellante y demandante, a fojas 2599 y los sentenciados Basclay Zapata Reyes, Juan Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko y Ricardo Lawrence Mires, a fojas 2613, 2620, 2625, 2635, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 2673.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la parte querellante y demandante se funda en el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, por el error de derecho cometido al acoger la excepción de pago hecha valer por el demandado.

Se denuncia la infracción a los artículos 76 de la Constitución Política de la República; 1591, 1592, 2314 del Código Civil y 24 de la Ley N° 19.123.

Explica que los montos otorgados de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 19.123, solo constituyen pensiones de sobrevivencia por los hechos cometidos por el Estado, que no reparan íntegramente el dolor experimentado por las víctimas. En todo caso, ningún tribunal ha establecido el monto de las indemnizaciones que deben recibir los familiares de las víctimas, por lo que no cabe acoger la excepción de pago.

El pago debe ser íntegro, por lo que la sentencia infringe los artículos 1591 y 1592 del Código Civil, conforme a los cuales el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba parte de

lo que se le debe, y si hay controversia sobre la cantidad adeudada, como ocurre en la especie, el juez puede ordenar el pago sobre la cantidad no disputada.

La propia Ley N° 19.123, en su artículo 24, no considera incompatibles la pensión de reparación ni el bono de reparación con una eventual indemnización de perjuicios. Pretender lo contrario conlleva que la reparación sea fijada de manera unilateral por el Estado.

La pretensión del demandado de aceptar que con la Ley N° 19.123 el daño se ha reparado, infringe el artículo 76 de la Constitución Política, porque ese aserto supone que el Congreso se está abocando al conocimiento y fallo de una causa judicial pendiente, dado que este proceso se encontraba en tramitación cuando se dictó esa normativa.

Finaliza solicitando que se anule la decisión civil del fallo y se dicte otro en reemplazo que acoja la demanda en los términos que se pronunció el tribunal de primer grado.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Basclay Zapata Reyes se funda únicamente en la causal 1^a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la que se desarrolla en dos capítulos.

Por su primer segmento se reclama la falta de reconocimiento de la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, lo que es consecuencia de la errada estimación de que se trata de un delito imprescriptible, en circunstancias que la minorante reclamada es diversa e independiente de la prescripción, pues mientras una aminora el castigo, la otra constituye una causal de extinción de la responsabilidad.

El siguiente vicio se configura en relación a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar. En cuanto a la primera de estas normas, a juicio del recurrente, el fallo señala, con error, que si el enjuiciado niega su responsabilidad, no puede tenerse por acreditada la orden del superior. Pero como la sentencia estableció la participación de Miguel Krassnoff en los hechos, tal circunstancia viene a refrendar que su subalterno, Basclay Zapata, actuó en cumplimiento de órdenes emanadas de su superior, Krassnoff Martchenko. Por su parte, tratándose del artículo 214 del cuerpo legal señalado, aunque el inferior no represente la orden, su voluntad está influenciada por la del superior, por lo que se le aplica una pena menor.

Solicita en la conclusión que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que imponga a Zapata Reyes la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo con las accesorias legales correspondientes, otorgándosele la medida de remisión condicional de la pena.

Tercero: Que, enseguida, la defensa del sentenciado Contreras Sepúlveda dedujo recurso de casación en el fondo por las causales 1^a, 5^a y 7^a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por la primera de ellas se reclama el errado desconocimiento de la minorante del artículo 103 del Código Penal, dado el tiempo transcurrido desde los hechos investigados, acaecidos el 30 de julio de 1974.

Por el siguiente capítulo se denuncia la infracción a los artículos 93 Nros. 3 y 6, 94 y 101 y siguientes del Código Penal; 107, 108 y 434 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal; y las normas del D.L. N° 2.191.

Por una parte afirma que la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario no impiden la aplicación de la prescripción, si se dan los supuestos para su concurrencia, lo que en la especie sucedería. Por otro lado, en relación a la amnistía, dado el carácter objetivo de dicha institución, si concurren sus supuestos, como es el caso, debe dictarse el correspondiente sobreseimiento definitivo de la causa.

En seguida, en relación a la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, dada la transgresión a los artículos 456 bis y 488 del Código de Procedimiento Penal y 340 del Código Procesal Penal, se condenó a su representado, en circunstancias que de haberse aplicado en forma correcta tales preceptos, se habría tenido que concluir que el encausado no tuvo participación en el delito, y si eventualmente así hubiese ocurrido, su responsabilidad se ha extinguido por la prescripción y la amnistía.

Solicita en la conclusión que se invalide el fallo impugnado y se dicte otro de reemplazo que absuelva a su representado de los cargos, declarando que se acogen la excepción de prescripción de la acción ejercida, la amnistía y la prescripción gradual.

Cuarto: Que el recurso de casación en el fondo del sentenciado Miguel Krassnoff Martchenko se funda en la causal 5^a del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por infracción de los artículos 93 Nros. 3 y 6, 94, 95, 101 y 102 del Código Penal.

Plantea el recurso que no hay prueba en la causa que permita sostener que el delito indagado continua cometiéndose hasta el día de hoy, en consecuencia, acotándose los hechos al período comprendido entre julio y agosto de 1974.

En tales condiciones se infringe el artículo 93 N° 3 del Código Penal porque de manera errada se rechaza la amnistía, a pesar de que los hechos están cubiertos por esa normativa, lo que debía concretarse en un sobreseimiento definitivo, de conformidad a lo que dispone el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal.

Por otro lado, a pesar de la época de comisión del delito y dada la falta de prueba que permite establecer su continuidad, se han violado las reglas de los artículos 94, 95, 101 y 102 del Código Penal al no dictarse sentencia absolutoria, en razón de que los hechos investigados han prescrito.

Para reafirmar la aplicación de los institutos de la amnistía y prescripción, plantea el recurso que los tratados internacionales de derecho humanitario no se derogan ni impiden su aplicación, siendo inviable que por la vía del ius cogens, los principios generales del derecho internacional o derecho consuetudinario, se apliquen por los tribunales tratados internacionales no ratificados por Chile. En todo caso, tampoco se puede tipificar ni penalizar ilícitos en virtud de un convenio internacional, por impedirlo el principio de legalidad o reserva, consagrado en el artículo 19 N° 3 incisos 7° y 8° de la Constitución Política.

En el caso de autos se añaden indebidamente al tipo penal los conceptos de delito de lesa humanidad, principios generales del derecho y la conciencia jurídica internacional, todos inexistentes a la data de los hechos. Los delitos de lesa humanidad solo han sido tipificados a partir del año 2009, con la Ley N° 20.357.

Con dichos argumentos solicita que se anule el fallo de alzada y en su reemplazo se absuelva a su mandante, por haber operado la amnistía y la prescripción, alegadas como defensas de fondo.

Quinto: Que, por último, la defensa del enjuiciado Ricardo Lawrence Mires entabló recurso de casación en el fondo por la causal 7^a, en relación a la 1^a, del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

En relación a la infracción a las leyes reguladoras de la prueba plantea que no hay elementos de cargo que vinculen a su representado con los hechos investigados. Ninguno de los elementos que relaciona el fallo involucra a Lawrence, como sí sucede con los demás enjuiciados. Por ello la sentencia contraviene el artículo 488 N°1 del Código de Procedimiento Penal, porque la pertenencia a la DINA o haber trabajado en fecha determinada en algún cuartel de ese organismo no es presunción de participación. Lawrence nunca fue jefe de un cuartel de la

DINA ni sirvió en Londres 38 en la época que se dice habría estado Chanfreau, tampoco lo detuvo ni estuvo en Cuatro Álamos en la fecha que un testigo señaló como coincidente con la permanencia de la víctima en ese recinto. No hay proximidad acreditada entre Laurence y el detenido.

Siempre en relación a la prueba de presunciones, reclama la defensa que no se satisface la exigencia del 488 N° 5 del aludido cuerpo normativo, en relación a su artículo 485, dadas las contraposiciones existentes entre lo aseverado en la causa y lo decidido en el fallo. Existen antecedentes que cuestionan la presunción de participación a que arriba el fallo y no fueron ponderados, por lo que se desatiende, además, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, a juicio del recurrente, la causal esgrimida del numeral séptimo del artículo 546 del cuerpo legal citado en relación a la del N° 1 del mismo precepto se satisface a cabalidad, pues el hecho por el que se condena a su representado “está amparado por prueba no ponderada, múltiple, versus un solo testimonio”, todo lo cual influyó en lo dispositivo del fallo pues se condenó a Lawrence Mires en circunstancias que el secuestro no le es atribuible, al no estar en presencia de elementos inculpatorios que constituyan presunciones directas, no contradichas y múltiples.

Solicita en lo conclusivo que se invalide el fallo impugnado y en su reemplazo se absuelva a su mandante de los cargos formulados.

Sexto: Que en lo que atañe a la sección civil del fallo, los demandantes han entablado recurso de casación en el fondo por la decisión del fallo de acoger la excepción de pago opuesta por el demandado.

Séptimo: Que a propósito de la perpetración de este tipo de delitos, dado el contexto en que se verificaron, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, la reparación integral del daño causado a las víctimas no se discute, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. A este respecto puede decirse que la normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

Octavo: Que, en la especie, las acciones civiles deducidas en este proceso contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

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

Noveno: Que estas normas de rango superior imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de

derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón, por ejemplo, no resultan aplicables las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles de indemnización de perjuicios, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional.

Décimo: Que acorde a lo dicho, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual conduce a acoger las acciones civiles deducidas en autos, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5º de la Constitución Política de la República, como se dijo, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Undécimo: Que estas reflexiones impiden aceptar la alegación del Fisco de Chile de declarar improcedente la indemnización que se ha demandado en razón de que los actores obtuvieron pensiones de reparación en conformidad a la Ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

La normativa invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación antes señalada en que se asila el demandado, no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley.

Duodécimo: Que, en tales condiciones, el recurso deducido por las demandantes, Erika Hennings Cepeda y Natalia Alejandra Chanfreau Hennings, cónyuge e hija, respectivamente, de la víctima Alfonso Chanfreau, serán acogidos.

Décimo Tercero: Que en relación al recurso formalizado por el sentenciado Basclay Zapata, la alegación relativa a la supuesta errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal debe ser desestimada, pues es correcto el razonamiento del fallo en el sentido que la media prescripción está relacionada con el transcurso incompleto del tiempo y que siempre requiere de un inicio para efectos de concluir que ha transcurrido más de la mitad del tiempo de la prescripción. Pero al haberse establecido que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, no es posible determinar el momento de inicio del plazo de prescripción de la acción penal.

En efecto, en el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseable para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo, hasta que se acredite o la liberación del secuestrado o su deceso, nada de lo cual se ha demostrado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte del ofendido, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del estado antijurídico creado por el delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

Décimo Cuarto: Que de esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término de la situación lesiva para la libertad ambulatoria provocada por la acción delictiva.

Décimo Quinto: Que en relación a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, la sentencia declara que los antecedentes de la causa no dan cuenta que el delito haya sido el resultado del cumplimiento de una orden de carácter militar, presupuesto básico para acreditar el cumplimiento del deber militar.

En todo caso, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto de servicio’, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar).

Por último y a mayor abundamiento, tampoco hay prueba tendiente a demostrar el juicio de valoración que, como subalterno, habría efectuado el enjuiciado respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación, condiciones en las que la reclamación de la defensa no puede ser atendida.

Décimo Sexto: Que en lo que concierne al recurso de casación en el fondo del sentenciado Contreras Sepúlveda y sin perjuicio de lo expuesto en la sentencia sobre la amnistía y la prescripción reclamadas, atendida la naturaleza de los hechos demostrados, es acertado concluir que se trata de un crimen contra la humanidad, toda vez que el ilícito pesquisado ocurrió en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas verificadas por agentes del Estado.

En tal contexto, las víctimas, como ocurrió con Alfonso Chanfreau, constituyeron un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosas de personas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fueran

considerados sospechosos de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desestimar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad financiado con recursos propios del Estado.

Los crímenes de lesa humanidad no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad del hombre, de suerte tal que para su configuración existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menoscabo a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminentemente intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales, todo lo cual consigna latamente la sentencia que se revisa.

Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrarse excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra - legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito investigado en la presente causa y el contexto en el que se desarrolló, con la participación de miembros del Estado, no cabe duda alguna que debe ser subsumido a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que merece una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

Décimo Séptimo: Que de esta manera resulta inconsciente que las infracciones denunciadas por el recurso en esta materia carecen de asidero fáctico y jurídico, desde que la calificación que ha recibido el suceso delictuoso, que este tribunal comparte, hacen improcedente la concurrencia de las causales de extinción de responsabilidad penal reclamadas a favor del acusado, de manera que al proceder los jueces de la instancia acorde a ello, no han errado en la aplicación del derecho, lo que conlleva el rechazo del recurso en este segmento.

Décimo Octavo: Que el siguiente reproche, consiste en el equivocado desconocimiento de la prescripción gradual contemplada en el artículo 103 del Código Penal y que permitiría la reducción de la pena impuesta ya ha sido desarrollado a propósito del recurso de la defensa de Basclay Zapata, de manera que a fin de evitar repeticiones innecesarias, se darán por reproducidos, en esta parte, las reflexiones contenidas en los motivo Décimo tercero y Décimo cuarto precedentes.

Décimo Noveno: Que por estas consideraciones el recurso del sentenciado Contreras Sepúlveda será desestimado.

Vigésimo: Que en lo que concierne al recurso promovido por el condenado Miguel Krassnoff, las reflexiones contenidas en los motivos Décimo sexto y Décimo séptimo de este fallo responden adecuadamente a los planteamientos de su defensa, descartándose la prescripción y la amnistía reclamadas.

Por otro lado, en relación a la obligatoriedad de las normas de *ius cogens* o los Principios Generales del Derecho Internacional, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados reconoce expresamente su valor como norma de Derecho Internacional General que debe ser respetada de la misma forma que un tratado ratificado por Chile. Así el artículo 53 de esa Convención señala que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, la que tiene, por ende, prevalencia respecto del derecho interno.

En la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, de 26 de septiembre de dos mil seis, explícitamente se calificó el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (Consid. 99º).

Similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la misma Corte Interamericana en el “Caso Barrios Altos”, al puntualizar que “son inaplicables las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos...” (sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75, pár. 41).

En síntesis, la calificación del delito materia de autos no se opone al principio de legalidad penal, porque la conducta imputada ya era delito en el derecho nacional -como secuestro- y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto que se desarrollado precedentemente y en el fallo impugnado.

Vigésimo Primero: Que por estas reflexiones el recurso promovido por el condenado Krassnoff Martchenko será rechazado.

Vigésimo Segundo: Que finalmente, en cuanto al recuso de casación en el fondo deducido por Lawrence Mires, su defensa insta por la absolución porque no estaría acreditada su participación en el delito investigado.

En relación a la denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, los artículos 456 bis, 485 y 488 del Código de Procedimiento Penal, en los términos que han sido invocados, carecen de la calidad requerida para sustentar el motivo de nulidad del ordinal séptimo del artículo 546 de ese cuerpo legal, toda vez que no dicen relación con alguna limitación o prohibición que afecte a los jueces de la instancia al valorar las probanzas rendidas en el proceso.

El artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal no señala una regla reguladora de la prueba ni contiene una disposición de carácter decisorio *litis*, sino que se limita a consignar una norma encaminada a dirigir el criterio o conciencia del tribunal respecto al modo como debe adquirir la convicción que realmente se ha cometido un hecho delictuoso y que ha cabido en él participación al enjuiciado y, en tal virtud, sancionarlo con arreglo a la ley. En tales condiciones su posible infracción no puede ser invocada para un recurso de casación en el fondo, pues ello significaría rever la apreciación de la fuerza de convicción que los jueces con sus facultades

privativas atribuyen a las diversas probanzas que suministra el proceso, lo que llevaría a desnaturalizar este recurso, cuyo objeto y finalidad le impiden remover los hechos del pleito.

El artículo 485 del Código de Procedimiento Penal sólo contiene un concepto de presunción, no una regla de valoración, de manera que dado su carácter no funcional no se advierte de qué manera podría haberse vulnerado a los efectos que se reclama ni cómo podría conducir a la declaración de hechos diversos de los asentados en el fallo.

Finalmente, en relación a la infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, sólo una sección del precepto, no en su integridad, reviste la condición de norma reguladora de la prueba requerida por la causal. En la especie, aun cuando se haya citado en una parte del desarrollo del recurso la regla del ordinal primero de la disposición, en rigor, de su lectura no aparece la imputación de haberse vulnerado dicha norma, pues únicamente se plantea una discrepancia en torno a la valoración que el fallo confiere a los elementos de convicción reunidos y relacionados en la sentencia conforme a los cuales se estimó acreditada la intervención de Lawrence Mires en los hechos, discordando de sus conclusiones, cuestión ajena a este recurso de naturaleza sustantiva.

Vigésimo Tercero: Que la siguiente sección de este recurso se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella cometiendo error de derecho ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena.

Vigésimo Cuarto: Que el recurrente ha invocado este motivo de casación basado en que el tribunal de alzada habría incurrido en error al determinar su participación en los hechos, por no concurrir los elementos necesarios para sancionarlo, instando en definitiva por su absolución. Sin embargo, la causal invocada está dada para censurar sólo aquellos casos en los cuales si bien se acepta que el agente ha tenido participación culpable en el delito, se cree equivocada la calificación que de ella hizo 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 sentenciado o la falta de acreditación de un hecho punible no tiene cabida en esta causal que, por ende, no habilita para solicitar la absolución, como lo hace el recurso. El propio tenor de la disposición en que se apoya la impugnación ratifica este aserto, al expresar que el error de derecho denunciado debe haber conducido a imponer al acusado una pena más o menos grave que la determinada en la ley, de manera que su ámbito no se puede extender a la situación planteada.

Vigésimo Quinto: Que las consideraciones anteriores conducen a desestimar este recurso, por sus dos capítulos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 Nros. 1°, 5°, 7° e inciso final, y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

1.- **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido a fojas 2599, en representación de la parte querellante y demandante, en contra de la sentencia de siete de agosto de dos mil catorce, que corre a fojas 2581, en su parte civil, la que se anula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

2.- **se rechazan** los recursos de casación en el fondo formalizados por los sentenciados Basclay Zapata Reyes, Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko y Ricardo Lawrence Mires, a fojas 2613, 2620, 2625 y 2635, respectivamente.

Se previene que los Ministros Sres. Juica y Brito concurren a la decisión de rechazar los recursos de casación en el fondo impetrados por la defensa de los condenados Zapata Reyes y Contreras Sepúlveda en la parte que se hacen consistir en la supuesta falta de aplicación de la norma contenida en el artículo 103 del Código Penal, teniendo también en cuenta que, dado que la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribe la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo.

Acordada la decisión de rechazar los recursos de casación en el fondo deducidos en representación de los sentenciados Basclay Zapata y Contreras Sepúlveda, con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas, quien estuvo por acogerlos, respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta, circunstancia que igualmente debería aprovechar a los otros sentenciados, aun cuando no la hayan alegado formalmente por esta vía. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

1º 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, aquella 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 irremediablemente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2º 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.

3º 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 a los encausados, 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 a partir del mes de octubre 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 los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese.

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

Rol N° 24.558-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S. No firman los Ministros Sr. Cisternas y Sra. Muñoz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en ambos en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de abril de dos mil quince, 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.

Santiago, veintinueve de abril de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce el fallo apelado de veintidós de mayo de dos mil trece, escrito a fojas 2161.

Se reproduce, asimismo, la sentencia complementaria de primer grado de tres de enero de dos mil catorce, que se lee a fojas 2492.

Y teniendo además presente:

Que la Ley N° 19.123 y sus modificaciones no se dictaron para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, porque esas pensiones asistenciales y las reclamadas en autos son formas distintas de reparación, por lo que las sumas percibidas por las actoras en conformidad a esa preceptiva, que voluntariamente el Estado les ha concedido, no importan una renuncia o prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia, como ha sucedido en la especie al acoger las demandas deducidas en autos por la hija y la cónyuge de Alfonso Chanfreau Oyarce.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 76 de la Constitución Política, 1591, 1592, 2314, 2332 del Código Civil y 24 de la Ley N° 19.123, se declara que:

I.- Se confirma en lo apelado la sentencia de veintidós de mayo de dos mil trece, escrita a fojas 2161, complementada por resolución de tres de enero de dos mil catorce, a fojas 2492.

II.- No se condena en costas al Fisco de Chile por haber litigado con fundamento plausible.

III.- Se mantiene lo decidido en lo penal por el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fojas 2581.

Acordada la decisión de acoger la demanda deducida en contra del Fisco de Chile con el voto en contra de la **Ministra Sra. Muñoz**, quien estuvo por desestimarla -aun cuando concurre con su voto al fallo de casación que antecede en lo relativo a la excepción de pago opuesta por el demandado- en virtud de las siguientes consideraciones:

1° Que la acción civil que se ha deducido en estos autos es de contenido patrimonial, que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, pretensión que se rige por las normas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, dentro de las que se encuentra el artículo 2332, conforme al cual las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.

2° Que, la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el ordenamiento jurídico, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones, lo que no ocurre en la especie, en que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual demandada y, en ausencia de ella, corresponde estarse a las reglas del derecho común, que son las referidas en el considerando precedente.

3° Que si bien existen instrumentos internacionales ratificados por Chile que consagran la imprescriptibilidad de los crímenes e infracciones graves en contra de las personas -v.gr. el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad- en ellos se consagra únicamente la imprescriptibilidad de la acción penal, mas no de la acción civil que,

como se viene razonando, se encuentra regulada en Chile por el Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

4º Que, sin desconocer el sufrimiento de las demandantes ante su lucha por encontrar la verdad, atendida la data de los hechos punibles no resulta posible acceder al pago de las indemnizaciones civiles demandadas, al encontrarse prescritas las acciones intentadas conforme al artículo 2332 del Código Civil.

Regístrate y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia, su autora.

Rol N° 24.558-14.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S. No firman los Ministros Sr. Cisternas y Sra. Muñoz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en ambos en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de abril de dos mil quince, 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.