

Santiago, seis de octubre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos antecedentes Rol de ingreso N°34057-2016 de esta Corte Suprema, caratulados “**Londres 38**”, por sentencia de veintiuno de enero de dos mil quince, pronunciada por el Ministro de Fueno don Leopoldo Llanos, escrita a fojas 3424 y siguientes se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes como autores del **delito de secuestro calificado, cometido en la persona de José Manuel Ramírez Rosales**, acaecido a contar del 27 de julio de 1974, a sufrir cada uno de ellos la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio; accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

La misma sentencia acogió, con costas, la demanda civil por daño moral deducida por la querellante, quedando el Estado de Chile condenado a pagarle, a título de indemnización de perjuicios por daño moral, la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000.-) a su cónyuge Nelly Berenguer Rodríguez, suma que deberá solucionarse reajustada conforme la variación del Indice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a la dictación de la presente sentencia y el mes anterior de su pago, devengando dichas sumas intereses corrientes por el mismo periodo.

Recurrida de apelación por las defensas de los condenados, así como por el Fisco de Chile, la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de cuatro de mayo de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 5377 y siguientes, la confirmó con declaración que se condena a los sentenciados Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes a cumplir cada uno de ellos la pena de 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 públicos durante el tiempo de la condena, como autores del delito de secuestro calificado de José Manuel Ramírez Rosales, cometido en Santiago el 27 de julio de 1974, concediéndoles a ambos sentenciados la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva por el lapso de tres años y un día, debiendo cumplir, además, con las exigencias del artículo 17 de la Ley 18.216. Además, la misma sentencia redujo la indemnización que el Fisco de Chile debe pagar a la querellante y demandante civil Sra. Nelly Marina Berenguer Rodríguez a la suma de \$50.000.000, con reajustes e intereses.

Contra esta última resolución, la querellante Nelly Berenguer, así como el Programa Continuación de la Ley 19.123 interpusieron sendos recursos de casación en el fondo y en la forma, los que se trajeron en relación por decreto de fojas 3626.

Considerando:

Primero: Que en el caso en estudio, los recursos de fojas 3590 y 3609 deducidos por las querellantes Nelly Berenguer y el Programa Continuación Ley 19.123, se sustentan en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal. Estiman que el vicio se configuró, en la especie, al reconocerse incorrectamente a los condenados la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, entendiéndola como una atenuante muy calificada, que sumada a la minorante del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal, llevó erróneamente a los sentenciadores a rebajar la pena en dos grados, fijándola en la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, concediéndoles además la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Señala que, tratándose el secuestro calificado de un delito de carácter

permanente, no puede realizarse el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual por no existir una fecha cierta de término del estado antijurídico creado por el delito. Además agrega, que la prescripción gradual es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica una eximente incompleta y, por tanto, sólo puede aplicarse a delitos que se encuentren en vías de prescribir. Sin embargo, en el caso de delitos de lesa humanidad, como el de autos, aquella hipótesis no se configura por tratarse de ilícitos imprescriptibles.

Finalmente denuncia que constituye un error de derecho concederles la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues los sentenciados no cumplen el requisito del número 1 del artículo 15 inciso segundo de la Ley 18.216. En efecto, han sido condenados por la comisión de otros delitos contra los derechos humanos, perpetrados en los años de la dictadura militar, razón por la cual deben cumplir su pena con presidio efectivo.

Terminan describiendo la forma en que estos errores han influido en lo dispositivo del fallo, solicitando acoger los recursos y, dictar una sentencia de reemplazo, que confirme en todas sus partes la sentencia de primer grado, con declaración que se elevan las penas privativas de libertad impuestas a una sanción comprendida en el marco punitivo que en derecho corresponde aplicar, más accesorias legales y costas de la causa.

Segundo: Que, en lo referido a la decisión civil contenida en el fallo atacado, la querellante Nelly Berenguer deduce a fojas 3590 recurso de casación en la forma contra la ya individualizada sentencia, fundado en el artículo 541 Nº 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 170 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil. Indica que la sentencia rebajó la suma de dinero que el Fisco fue condenado a pagar a título de indemnización de perjuicios sin efectuar consideraciones que sirvan de apoyo a su decisión. Todo lo anterior le permite solicitar, la anulación de la sentencia impugnada y que se dicte en su lugar una que acoja la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos en todas sus partes.

I.-En cuanto a los recursos de casación en el fondo:

Tercero: Que en lo que ataña a los recursos deducidos por el Programa de Continuación de la Ley Nº 19123 del Ministerio del Interior y por la parte querellante, sin perjuicio del orden de interposición de ellos, al sustentarse ambos en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal, se analizaran en forma conjunta, por contener ambos pretensiones similares, no obstante sus particularidades.

Cuarto: Que para el mejor análisis de los recursos deducidos, resulta útil tener en consideración que el hecho que se ha tenido por establecido en el proceso, señala que:

I) “Que “Londres Nº38” era un recinto secreto de detención y tortura ubicado en el centro de Santiago, que funcionó desde fines de 1973 hasta aproximadamente los últimos días de agosto de 1974, y que llegó a mantener numerosos detenidos, los que eran interrogados y torturados con diferentes tipos de flagelación, incluso con aplicación de corriente eléctrica en la denominada “parrilla”. También eran sacados del lugar para cooperar en otras detenciones.

II) Que el 27 de julio de 1974, alrededor de las 01:00 horas., en circunstancias que se encontraba en su domicilio de la Villa Carlos Cortés de la comuna de La Granja, fue detenido el militante del MIR José Manuel Ramírez Rosales, artesano, casado, un hijo, en presencia de su cónyuge Nelly Berenguer Rodríguez, por tres individuos de civil que, haciéndose pasar por funcionarios de la Policía de Investigaciones, le indicaron al afectado que lo llevarían a la Comisaría de Investigaciones de La Cisterna para que prestara algunas

declaraciones. Posteriormente fue visto por testigos en el recinto de detención de Londres 38, luego de lo cual no se tienen noticias de su paradero, sin que hasta la fecha haya tomado contacto con sus familiares, ni realizado gestiones ante organismos del Estado; sin registrar entradas o salidas del país, y sin que conste, tampoco, su defunción;

Quinto: Que los hechos precedentemente descritos fueron estimados como constitutivos del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141 incisos 1º y 4º 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. Dicho delito a la época de ocurrencia de los hechos se sancionaba en el referido precepto penal, si el encierro o detención se prolongaba por más de 90 días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del afectado, situación que ocurre en autos, pues aún se desconoce el paradero de José Manuel Ramírez Rosales, al encontrarse establecido en la causa que fue retenido contra su voluntad a partir del 27 de julio de 1974, privándole de su libertad de desplazamiento, prolongándose esta situación hasta el día de hoy.

Sexto: Que por otra parte el fallo apelado asentó en su motivo vigésimo segundo que el delito materia de autos tiene el carácter de delito de lesa humanidad, conforme a los principios y normas que informan el Derecho Internacional Humanitario. Señala que el Artículo 3º, común a los cuatro Convenios Internacionales de Ginebra, en vigor en nuestro país desde abril de 1951, disponen que en el caso de conflicto armado sin carácter internacional, las personas que no participen directamente en las hostilidades o quienes hayan depuesto las armas o que por cualquier circunstancia hayan quedado fuera de combate, deben ser tratados con humanidad, quedando prohibidos los atentados a la vida e integridad corporal, especialmente el homicidio, los tratos crueles, las torturas y los suplicios. A su vez los artículos 147 y 148 del Convenio IV, así como los artículos 130 y 131 del Convenio III, prohíben auto exonerarse a los Estados contratantes por los aludidos delitos. Finalmente y conforme al artículo 146 del Convenio I, los Estados partes tienen la obligación de perseguir penalmente a las personas acusadas de haber cometido tales infracciones graves.

También afirmó que en Chile existió jurídicamente una situación de conflicto armado no internacional, en virtud del Decreto Ley N° 3 de 18 de septiembre de 1973, que declaró el Estado de Sitio por “*commoción interior*” (Art. 72 N° 17 de la Carta Fundamental de 1925); del Decreto Ley N° 5 de 22 de Septiembre de 1973, que en su Artículo 1º declaró que “*el estado de sitio decretado por commoción interna, en las circunstancias que vive el país debe entenderse “estado tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación*”; y del Decreto Ley N° 640 de 10 de septiembre de 1974 que declaró el Estado de Sitio en grado de defensa interna por commoción provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas, vigente hasta el 10 de septiembre de 1975. Lo anterior se expresó, entre otras manifestaciones, en que el país pasó a ser gobernado por “bandos”, propios de la terminología castrense en tiempos de guerra; en la Convocatoria de Consejos de Guerra; en la aplicación de la penalidad de “tiempo de Guerra”; y en visitas practicadas por delegaciones de la Cruz Roja Internacional a campamentos de detenidos, “en conformidad a las disposiciones de los Convenios de Ginebra”.

Explica que aun cuando se estimare que la situación de guerra interna fue una ficción jurídica, dichos Convenios son vinculantes por formar parte del derecho

internacional consuetudinario o *Ius Cogens*, del que forman parte, asimismo, los referidos preceptos sobre prohibición de auto amnistía. En efecto, todas las normas anteriores han pasado a constituir tanto derecho consuetudinario como principios generales de derecho, sin perjuicio de su consagración convencional en diversos tratados; llegando a ser normas de *ius cogens*, que tienen el carácter de normas imperativas del derecho internacional general, de naturaleza obligatoria y vinculantes, y consagradas positivamente en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que preceptúa que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Así lo ha reconocido también el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (v. gr., sentencia de la C.I.J. de 7 de septiembre de 2004. Párrafo 143. Caso Tibi c. Ecuador).

Por otro lado, la sentencia de primer grado estimó considerar que la desaparición forzada de personas es considerada delito de lesa humanidad, en cuanto es un acto de carácter inhumano cometido en contra de la población civil, que el tribunal internacional de Nüremberg inicialmente lo vinculaba a la existencia de un conflicto armado, condición que ha sido removida hoy definitivamente por el derecho internacional, que no exige ese vínculo, pudiendo ser cometidos en tiempos de paz y de excepción como en tiempos de guerra internacional o conflicto armado interno, como ha sido reiterado por instrumentos normativos del derecho internacional como por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales Penales para Ruanda y la Ex Yugoslavia; siendo ésta una regla establecida en el Derecho Internacional consuetudinario. Existe acuerdo general que entre los actos inhumanos que constituyen crímenes de lesa humanidad, que esencialmente son los mismos desde hace más de 80 años, se cuenta la práctica sistemática y a gran escala de la desaparición forzada de personas y la detención arbitraria, entre otros graves actos como el genocidio, el apartheid, la esclavitud, el asesinato, las torturas, etc. (Ver “*Impunidad y graves violaciones a los derechos humanos*”, Guía para profesionales N° 3, Comisión Internacional de Juristas, pgs.25 y 26. Ginebra, 2008).

Agrega que la Excmo. Corte Suprema ha declarado, sobre el particular, que el derecho internacional de los derechos humanos ha sido recepcionado con carácter de *ius cogens* (v. gr., roles 973-97, 8113-2008, 3587-05, 3452-06, 1424-13) y del mismo modo, existe reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha establecido que son inadmisibles las disposiciones de amnistía en el caso de violaciones graves a los derechos humanos, por contravenir los derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos y contrariar la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Concluye por último, que la primacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno aparece reconocida en el artículo 26 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, y promulgada por el D.S. N° 381 de 1981.

En consecuencia con el razonamiento anterior la sentencia de primer grado en su fundamento vigésimo sexto estableció que la acción penal es imprescriptible.

Séptimo: Que, por otra parte los jueces de segundo grado decidieron acoger el factor de reducción de la pena prevista en el artículo 103 del Código Penal en favor de los acusados Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes teniendo para ello en consideración que:

El artículo 103 del Código Penal señala que “*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 artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

Los juzgadores añadieron: “*Que la institución antes descrita es una mera circunstancia atenuante, de modo que no puede equipararse, en su esencia, con la prescripción de la acción penal, que extingue la responsabilidad penal. De allí que todo lo que pueda argüirse para la no declaración de la prescripción en virtud de la naturaleza del delito de autos no es aplicable a una atenuante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo”.*

A continuación indicaron: “*Que lo que las normas internacionales proscriben en esta clase de ilícitos es la prescripción, pero ningún tratado internacional ha vedado la atenuación de la pena por el transcurso del tiempo, lo que por lo demás parece de toda lógica y, precisamente, ajustado al Derecho Internacional Humanitario, si se tiene en cuenta que el delito en cuestión se habría cometido en julio de 1974, esto es, hace casi 42 años.”*

De igual modo explican: “*Que el hecho que el delito establecido sea el de secuestro y que hasta hoy no se tengan noticias del secuestrado señor José Manuel Ramírez Rosales, no es óbice para razonar como se ha hecho, pues la ficción de permanencia del delito no puede llevar al absurdo de sostenerse que realmente el delito se sigue cometiendo hasta hoy, pues en tal caso mal podrían los condenados alguna vez cumplir una pena por un delito que lo cometieron ayer, lo cometen hoy y lo seguirán cometiendo siempre”.*

En virtud de todo lo anterior concluyeron: “*Que, entonces, habiendo transcurrido más de la mitad del plazo de prescripción, debe entenderse que existen en favor de los condenados dos circunstancias atenuantes muy calificadas y que no hay agravantes que los perjudiquen, lo que permite rebajar la pena en dos grados, quedando así en presidio menor en su grado máximo.”*

Octavo: 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 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 preminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2º 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.

Noveno: Que, en tales condiciones, la sentencia incurrió en el motivo de invalidación en que se fundan los recursos de casación en el fondo deducidos por las querellantes, al acoger la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal en un caso que era improcedente, lo que tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues su estimación, condujo a los jueces del fondo a imponer un castigo menor al que legalmente correspondía, de manera que el arbitrio, en este capítulo, será acogido.

Décimo: Que en las condiciones anotadas, resulta innecesario pronunciarse respecto del segundo acápite de los recursos promovidos por las querellantes, toda vez que al ser improcedente la imposición de una pena menor a la asignada al delito por el cual han resultado responsables Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes, tampoco resulta posible otorgarles una pena sustitutiva de aquellas contempladas en la Ley 18.216.

II.-En cuanto al recurso de casación en la forma:

Undécimo: Que, por último, en lo referido al recurso deducido en el primer otrosí de fojas 3590 por la querellante Nelly Berenguer, en lo relacionado a la sección civil del fallo, por la que se denuncia infracciones de ley relacionadas con la nulidad formal, por lo pronto la demandante civil apoya su crítica en el artículo 541Nº 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haberse extendido la sentencia en la forma dispuesta por la ley, en consonancia con el artículo 170 Nº4 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la falta de consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

De la lectura del recurso se advierte precisamente que lo que se le reprocha a los jueces es haber establecido a título de indemnización por el daño moral sufrido por la demandante una suma de dinero que no se condice con los daños sufridos por la actora y no haber explicitado como llegó a determinar dicha suma en \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos).

Con estos argumentos solicitó la invalidación de la sentencia en su aspecto civil, a fin que en su reemplazo se resuelva acoger la demanda en todas sus partes, confirmando el monto ordenado solucionar por el tribunal de primer grado, con costas.

Duodécimo: Que, en este sentido, cabe tener en consideración que dichos motivos de invalidación tienen -según la constante jurisprudencia- un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que exige la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o legalidad de las afirmaciones que de ellas se desprenda, aquilatar su mérito intrínseco o el valor de convicción que deba atribuirseles.

Décimo Tercero: Que esta Corte ya ha manifestado como criterio que las simples afirmaciones desprovistas de antecedentes que permitan sustentarlas, sin un análisis y ponderación de las probanzas reunidas y las elucubraciones que sugiere su estudio crítico y comparativo, necesarios para arribar a un conclusión suficientemente fundada incumplen este objetivo. No está de más recordar que la exigencia del legislador respecto de la inclusión de los razonamientos del juez fallador en sus dictámenes obedece a la idea de evitar arbitrariedades en sus resoluciones, y es a la luz de este pensamiento que se han contemplado las normas alusivas a los contenidos de las sentencias y, sobre todo, la sanción a su vulneración a través del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, por ser la fundamentación de las sentencias la garantía de la correcta administración de justicia.

Décimo cuarto: Que en la especie, resulta evidente que la sentencia impugnada adolece de las falencias denunciadas, toda vez que de un atento estudio de ella aparece, en los términos acotados en la reflexión anterior, una nula y por lo tanto insuficiente exposición de los raciocinios que le sirven de soporte, en todos sus extremos, por lo que no se ha acatado el mandato del legislador.

Efectivamente, en el considerando sexto del fallo recurrido los sentenciadores únicamente indicaron: “Que de acuerdo al mérito de los antecedentes resulta procedente cuantificar el daño extrapatrimonial de la actora en la suma de cincuenta millones de pesos”, sin analizar el detalle de los antecedentes que los llevaron a dicha conclusión, lo que atendido la naturaleza de la impugnación formulada constituye la omisión de los razonamientos del juicio denunciados por el presente arbitrio. No hay que olvidar que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Décimo Quinto: Que como puede advertirse, el fallo incurre en la motivación alegada y consagrada en el artículo 541 N°9, del Código de Enjuiciamiento Criminal, porque no acata la exigencia del literal N° 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que impone el deber de los jueces de anotar las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, por lo que en las condiciones anotadas el recurso de casación en la forma promovido en el aspecto civil del fallo impugnado por la querellante, será acogido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 536, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se decide:

I .En lo penal.

1.-Que **se acogen** los recursos de casación en el fondo formalizados por las querellantes en lo principal de fojas 3590 y 3609 en contra de la sentencia de cuatro de

mayo de dos mil dieciséis, que corre a fojas 3585, la que se anula, en su parte penal, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

II. En lo civil.

2.- Que se acoge el recurso de casación en la forma deducido por la querellante Nelly Berenguer, en el primer otrosí de fojas 3590 en contra de la sentencia de cuatro de mayo de dos mil dieciséis, que corre a fojas 3585, la que se anula, en su parte civil, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller concurre a acoger los recursos deducidos por la querellante 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. 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.

Este previniente, en numerosos fallos de este tribunal, 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.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y la prevención de su autor.

Nº34057-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Valderrama R., y Jorge Dahm O.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, seis de octubre de dos mil dieciséis.

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 **fallo de reemplazo** del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de veintiuno de enero de dos mil quince, escrita a fojas 3424. Asimismo, de la decisión de casación que antecede, se dan por reiterados las reflexiones octava a décimo quinta.

Y se tiene además presente:

I. En lo penal.

Primero: Que, como se advierte de la lectura del fundamento vigésimo segundo de la sentencia de veintiuno de enero de dos mil quince los hechos establecidos en relación al secuestro calificado de la víctima José Ramírez Rosales, tienen el carácter de delito de lesa humanidad, conforme a los principios y normas que informan el Derecho Internacional Humanitario.

Segundo: Que 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 en el de la especie.

II. En lo civil.

Tercero: Que, según dan cuenta los fundamentos 53° y 54° de la sentencia de primera instancia, para establecer el quantum de la indemnización por el daño moral sufrido por la querellante, se consideró la prueba testimonial rendida y la prolongación del dolor sufrido, regulándola por ello en la suma de \$100.000.000(cien millones de pesos).

Cuarto: Que, lo anterior resulta acorde con el fundamento de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, que tiene por objeto obtener la íntegra reparación de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República. En efecto, este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales de derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º y en el artículo 6º de la Constitución Política.

Quinto: Que en reiterados fallos, esta Corte ha sostenido que la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado 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.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller fue de parecer de rechazar la minorante especial que consagra el artículo 103 del Código Penal, sobre la base de las consideraciones vertidas en la sentencia de casación que precede.

Por estas consideraciones y, visto además lo dispuesto en los artículos 68, 103 y 141 del Código Penal, se decide que se CONFIRMA la sentencia apelada de veintiuno de enero de dos mil quince, escrita a fojas 3424 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y la prevención de su autor.

N°34057-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Valderrama R., y Jorge Dahm O.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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