

7. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

HOMICIDIO CALIFICADO Y ASOCIACIÓN ILÍCITA*

I. ILICITUD DE LA ENTIDAD CRIMINAL ES UN DELITO AUTÓNOMO, INDEPENDIENTE DE LOS INJUSTOS CONCRETOS QUE SE PRETENDEN EJECUTAR MEDIANTE ELLA. ASOCIACIÓN ILÍCITA, ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. II. IMPROCEDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA RESPECTO DE DELITO DE LESA HUMANIDAD. MEDIA PRESCRIPCIÓN ES UNA MINORANTE CALIFICADA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, INDEPENDIENTE DE LA PRESCRIPCIÓN. MEDIA PRESCRIPCIÓN COMO NORMA DE ORDEN PÚBLICO. III. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL, FINALIDAD. ACCIÓN POR DAÑO MORAL ES INTRANSMISIBLE.

HECHOS

Condenados y querellantes en causa por los delitos de homicidio calificado y asociación ilícita, interponen recursos de casación en la forma y en el fondo. La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad substancial deducido por el Fisco de Chile y rechaza los otros recursos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (acogido)*

ROL: *8278-2013, de 11 de agosto de 2015*

PARTES: *“Consejo de Defensa del Estado y otros con Hernán Ramírez Rurange y otros”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R.*

DOCTRINA

- 1. La ilicitud de la entidad criminal es un delito autónomo, independiente de los injustos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, por lo que el comportamiento a sancionar del miembro activo del organismo debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que lesiona objetos de protección del Derecho Penal, donde es posible fundamentar convincentemente*

* Debido a la extensión de la sentencia, en esta oportunidad se incorporó solo el análisis y el comentario respectivo.

temente la atribución de responsabilidad penal por dicha lesión a cualquier persona que realice una conducta funcional a aquel método (considerando 41° de la sentencia de casación).

- II. A través de varios pronunciamientos de esta Corte Suprema, la jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para llenar de contenido el tipo delictivo en análisis, asociación ilícita, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, en la que unas personas, con mayor responsabilidad, dan las órdenes a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del injusto; concertación, reparto de tareas –lo que hace que un miembro con un cometido específico pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo– y una cierta estabilidad temporal, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria según las circunstancias sobrevenidas, en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal. La asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta jerarquización, empleo de medios materiales, continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional convergencia para el delito o mera co-delincuencia. La conducta del autor –asociado para delinquir– deriva en que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario “que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos” (Patricia Ziffer, “El Delito de Asociación Ilícita”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, año 2005, p. 72). Esta misma autora expresa que: “ello supone la existencia de algunas reglas vinculantes para todos los miembros con respecto a la formación de la ‘voluntad social’; aún cuando no haya relaciones de subordinación entre los miembros, para que la agrupación funcione como tal, es requisito la aceptación común de esas reglas” (ob. cit., p. 73) (considerandos 42° y 43° de la sentencia de casación).
- III. Sin perjuicio de la calificación de delito de lesa humanidad que se ha dado a los hechos constitutivos del secuestro y homicidio de Eugenio Berríos Sagredo, lo que descarta la existencia de la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, 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, mientras 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, la morigerante en cambio halla su razón de ser en otras

consideraciones, de cuyo reconocimiento puede derivar una pena menor (considerando 49° de la sentencia de casación).

- IV. *La media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda absolutamente excluida, desde que se trata de una circunstancia que, aunque especial, acarrea en el ámbito de la determinación de la pena las mismas consecuencias asignadas a las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal, reguladas en los artículos 65 y siguientes del mismo cuerpo legal. La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí –y como también ocurre con otros– considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una “idea afortunada de la CR” la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es raro (“Texto y Comentario del Código Penal Chileno”, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dalbora, pp. 483 y 484). El carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, ha llevado a esta Corte a darle aplicación en los casos en que concurren los requisitos legales, aun cuando no hubiere sido formalmente alegada como defensa (considerando 50° de la sentencia de casación).*
- V. *La finalidad de la indemnización por daño moral es obtener una compensación del mal sufrido personalmente por la víctima, de lo que deriva su carácter personalísimo, y si bien nada obsta a que los herederos también puedan ejercer acciones de iure proprio por los daños que se siguen de la muerte de una persona, no han podido fundar legítimamente su acción en la aflicción del causante. (Barros Bourie, Enrique, Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, año 2006, pp. 945-946). Es por ello que si la víctima no había deducido la acción por daño moral antes de su muerte, ella no se transmite a los herederos, pues de aceptar esa tesis, tal transmisibilidad conduciría a situaciones que solo se explican por un afán de lucro, pudiendo incluso llevar a los herederos a obtener una doble indemnización por los mismos hechos, una derivada de la aflicción del causante y otra que nace a partir del hecho de invocar el daño moral propio. Tales personas solo podían reclamar por el daño inmaterial sufrido personalmente, pero no por el de otro sujeto. Si bien pudiera sostenerse en contrario que tal acción da origen a un crédito de dinero, el sentido y contenido de la*

pretensión permanece inalterado, pues lo que persigue es compensar el mal soportado personalmente por la víctima (considerando 79° de la sentencia de casación).

Cita online: CI/JUR/4551/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 103, 292, 293 del Código Penal.*

APLICABILIDAD DE LA MEDIA PRESCRIPCIÓN

GUILLERMO SILVA OLIVARES
Universidad de Chile

La sentencia de la Corte Suprema objeto de análisis se pronuncia sobre sendos recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por una pluralidad de condenados y querellantes, en contra de la sentencia condenatoria por el delito de asociación ilícita y por el delito de homicidio calificado en contra del ex miembro de la DINA Eugenio Berríos. En materia penal, de entre muchas de sus peculiaridades, el pronunciamiento se detiene en dos cuestiones de particular interés: en primer lugar, en algunos aspectos del injusto de la asociación ilícita y, en segundo lugar, en los presupuestos de aplicación y forma de operación de la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal,¹ o *media prescripción*.² En este comentario quisiera llamar la atención sobre el segundo punto, destacado por la doctrina de la sentencia. En el caso, respecto de la acción penal correspondiente al delito de asociación ilícita sancionado por el art. 294 CP, se verifica el tiempo necesario en la causa para la procedencia de la media prescripción (el transcurso de al menos la mitad del tiempo que se exige para la prescripción total, o bien de la acción penal

¹ Salvo mención en contrario, en adelante todos los artículos citados pertenecen al Código Penal chileno.

² Respecto de lo primero sólo apuntaré que constituye un acierto de la Corte su rechazo del argumento de las defensas de muchos de los condenados según el cual la orgánica y funcionamiento propios del ejército, en tanto satisfarían *per se* varios de los criterios (objetivos) que permiten la identificación de este injusto específico y autónomo, impedirían el reconocimiento de una asociación ilícita sostenida entre algunos de sus miembros. Sin embargo, en principio nada obsta a que en el seno de instituciones u “organizaciones lícitas” surjan asociaciones ilícitas para cometer delitos, aprovechándose los miembros comunes de la estructura organizacional de las primeras para llevar a cabo sus fines ilícitos. Para la diferenciación, por supuesto, no es relevante la satisfacción de los criterios que permitan reconocer meramente una organización, sino aquéllos que permitan reconocer la ilicitud de dicha organización (*criminal o delictiva*), por referencia al objetivo de la comisión de crímenes o simples delitos, el que debe estar contenido en el sentido de la declaración de pertenencia de los miembros a semejante asociación, por tanto, ilícita.

o bien de la pena, de acuerdo al art. 103 CP). Entre los ministros de la Corte hubo controversia a la hora de decidir sobre la procedencia de la aplicación de la media prescripción (i), y sobre las consecuencias de su eventual aplicación respecto de la rebaja de pena (ii). A continuación me referiré brevemente a estos dos puntos.

i. La Corte tuvo por acreditada la calificación de los hechos constitutivos de secuestro calificado por homicidio y de asociación ilícita como delitos de lesa humanidad,³ lo que vuelve inaplicable la institución de la prescripción como causa de extinción de la (en este caso) acción penal, de conformidad al artículo 40 de la Ley N° 20.357. Pese a la opinión en contra de algunos de sus ministros, la Corte termina afirmando que la prescripción *propriadamente tal* o *total* y la *media prescripción* o *prescripción gradual* se sostienen en fundamentos diversos. De acuerdo a ello, puede desprenderse de los considerandos cuadragésimo noveno y quincuagésimo de la sentencia comentada, que la Corte sostiene, sin realizar una detenida fundamentación de su postura, que en casos en que las reglas sobre la prescripción (total) no resulten aplicables nada obstaría a la aplicación de las reglas sobre media prescripción, por tanto se trataría de instituciones autónomas. Aquí la Corte comete el error de extraer sin más de la diferencia entre sus específicas formas de operación (la prescripción *propriadamente tal* en tanto causa que *extingue* la responsabilidad penal y la media prescripción en tanto circunstancia que *modifica* la responsabilidad, al modo de una atenuante de eficacia extraordinaria) una diferencia en el nivel de sus fundamentos o presupuestos.⁴ Esta maniobra es falaz. La Corte no ofrece argumentos suficientes para desestimar la relación de dependencia entre ambas instituciones.⁵

ii. Del análisis de lo razonado por la Corte en los considerandos quincuagésimo primero y siguientes, se puede intuir que la razón que justificaría una supuesta independencia entre la prescripción *propriadamente tal* y la atenuante de media prescripción es la misma que lleva a la Corte a descartar erróneamente toda rebaja de la pena en su sentencia, pese a haber aceptado la *procedencia* de dicha atenuante

³ No me referiré a la procedencia de dicha (controvertida) calificación.

⁴ Al respecto véase MAÑALICH, Juan Pablo, Terror, pena y amnistía (Santiago, 2010), p. 233 y s., GUZMÁN, José Luis, De la extinción de la responsabilidad penal. Artículos 93 a 105, en POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis y MATUS, Jean Pierre, Texto y comentario del Código Penal chileno, Tomo I (Santiago, 2002), pp. 483 y s.

⁵ En cambio hay buenos argumentos a favor de dicha relación. Véanse las referencias de la nota 4. Además, el legislador contempla estructuras parecidas en materia de determinación de la pena y circunstancias modificatorias. Valga aquí (sólo) una analogía, *mutatis mutandis*, con las atenuantes por eximentes incompletas con efectos privilegiados o excepcionales (art. 71 y 73): la circunstancia modificatoria se obtiene de la expresión incompleta de la eximente (en nuestro caso, de la causa de extinción de la responsabilidad), y por referencia a tal incompletitud, pero a su vez por la mantención de su presupuesto de fondo, no extingue la responsabilidad sino sólo la atenúa de manera especial.

de eficacia especial, a saber, la *soberanía* o discrecionalidad que detenta el juez en el ejercicio de su *potestad facultativa* de rebajar (o no) la pena, en relación a la remisión a los artículos 65 a 68. La línea jurisprudencial y doctrinaria ampliamente dominante a este respecto sostiene que la facultad de decisión sobre la rebaja de la penalidad como consecuencia de la concurrencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes (sin agravantes) corresponde a una facultad que cae bajo las *atribuciones privativas* de los jueces; en otras palabras, su ejercicio sería totalmente discrecional. Dada la remisión del art. 103 a las reglas de los arts. 65 a 68, el considerando quincuagésimo quinto de la sentencia reproduce y aplica esta postura respecto de cómo ha de operar el efecto de atenuación especial propio de la media prescripción. Siguiendo entonces dicha línea argumentativa, no obstante se entiendan concurrir, por aplicación del art. 103, dos circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna circunstancia agravante, la decisión definitiva de si opera del todo alguna rebaja en la penalidad queda entregada al juez, quien puede optar simplemente por no tomar en cuenta dichas atenuantes y no realizar operación alguna de concreción del marco penal contemplado por el tipo del delito en cuestión. Existen argumentos contundentes que conducen indefectiblemente, de acuerdo a una interpretación sistemática de las reglas de la determinación de la pena del Código Penal, a refutar esta postura y a sostener que en los casos de concurrencia de pluralidad de circunstancias atenuantes (sin agravantes), y por ende también en el caso de la operación de los efectos atenuantes de la media prescripción, debe proceder una rebaja obligatoria, quedando la discrecionalidad (no arbitrariedad, por cierto) del juez relegada sólo al *quantum* de la rebaja.⁶

Lo que resulta de peculiar interés de la lectura de la sentencia es que la *actitud* que está detrás de la línea aquí identificada como dominante parece también extenderse a la procedencia “en abstracto” de la atenuante contenida en el art. 103. Al ser dicha institución una circunstancia modificatoria de la responsabilidad, parece, a ojos de la Corte, que la determinación de sus presupuestos puede ser relegada de inmediato al ámbito de la discrecionalidad del juez, que debe decidir no sólo sobre sus efectos sino también sobre su procedencia en base al así llamado *mérito del proceso*. La desvinculación que hace la Corte de (el presupuesto de) la circunstancia atenuante de la media prescripción de (el presupuesto de) la prescripción propiamente tal parece ser muestra de esta actitud, que es evidencia de una falta, deliberada o no, de un esfuerzo por lograr una interpretación sistemática de las reglas que determinan la magnitud y forma de la pena a aplicar sobre un ya constituido hecho punible entre sí, y en su relación con el resto de las reglas e instituciones de la parte general y especial del Derecho Penal.

⁶ MAÑALICH, Juan Pablo, ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal? en *Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2009* (2010), pp. 49 y ss.