

## 12. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

### SECUESTRO CALIFICADO

I. ALEVOSÍA. FORMAS DE ACTUAR CON ALEVOSÍA SON INCOMPATIBLES ENTRE SÍ. AGENTES QUE NO OBRARON A TRAICIÓN O SOBRE SEGURO. NATURALEZA SUBJETIVA DE LA ALEVOSÍA ES SUBJETIVA. VÍCTIMA QUE, POR SUS CIRCUNSTANCIAS POLÍTICAS, YA SE ENCONTRABA EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PREEXISTENTE. DERECHO PENAL DE AUTOR. PROSCRIPCIÓN DE JUZGAR A LOS AUTORES POR SU CONDICIÓN DE MILITARES EN UN RÉGIMEN POLÍTICO AUTORITARIO, Y NO POR SUS ACTOS. PREMEDITACIÓN QUE TAMPOCO RESULTA CONFIGURADA. RECALIFICACIÓN DE HOMICIDIO CALIFICADO A HOMICIDIO SIMPLE. II. PROCEDENCIA DE MEDIA PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD. MEDIA PRESCRIPCIÓN CONSTITUYE UNA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE. ATENUANTE QUE SÓLO TIENE EN COMÚN CON LA PRESCRIPCIÓN EL TRANSCURSO DEL TIEMPO. III. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS CONTRA EL ESTADO. INEXISTENCIA DE UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. INEXISTENCIA DE UNA NORMA QUE ESTABLEZCA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE CUATRO AÑOS, DEL ARTÍCULO 2332 DEL CÓDIGO CIVIL. ACCIÓN PRESCRITA. IV. VOTO DISIDENTE: IMPROCEDENCIA DE MEDIA PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

### HECHOS

*Se deducen recursos de casación en la forma y de apelación contra sentencia condenatoria por los delitos de secuestro calificado y homicidio calificado. Analizado lo expuesto, la corte acoge la apelación, revocando parcialmente el fallo en alzada, resolviendo que las demandas civiles quedan rechazadas por encontrarse prescrita la acción indemnizatoria.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (acogido-revoca)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *260-2017, de 19 de abril de 2018*

PARTES: *Ana Guerrero Carillo y otros con José Aravena Ruiz y otros*

MINISTROS: Sr. Juan Cristóbal Mera Muñoz, Sra. Marisol Andrea Rojas Moya y Abogado Integrante Sr. Héctor Mery Romero

## DOCTRINA

- I. *El “homicidio calificado” o “asesinato” es un tipo agravado del homicidio, descrito en el artículo 391, N° 1°, del Código Penal, que en su circunstancia primera señala “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía”, norma que debe vincularse con lo que previene el N° 1° del artículo 12 del mismo cuerpo normativo, que señala que “Son circunstancias agravantes: 1ª. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”. Son dos entonces las formas de actuar con alevosía: a traición o sobre seguro, las que son incompatibles entre sí, pues o se obra a traición o sobre seguro, más no ambas a la vez. El obrar a traición es obrar faltando a la lealtad, con doblez y de improviso, sin permitir que la víctima se aperciba del ataque de que se le va a hacer objeto. Es indudable que los hechos establecidos en la sentencia que se revisa no importan un obrar “a traición”, descartándose de plano esta hipótesis. En cuanto al obrar “sobre seguro”, implica tanto poner asechanzas o preparar celadas como el aprovechar circunstancias que hagan inevitable y cierto el mal que ha de sufrir el ofendido. Consecuentemente, para que exista alevosía y, específicamente, para entender que se obra sobre seguro, es necesario que las circunstancias que la constituyen sean buscadas de propósito por el agente, lo que no ha sucedido en la especie, pues de los hechos asentados en la sentencia no aparece que los autores de estos delitos se hayan creado o procurado una situación de indefensión de la víctima. Se ha dicho sobre este particular que los elementos precisos para la estimación de esta calificante han de referirse a los medios, modos o formas de ejecutar el hecho, tendiendo a su aseguramiento y, a la vez, a la impunidad del agente que lo realiza, revelando una perversidad de su propósito. No se trata, en el caso sub lite, de un grupo de militares que procedieron por sí y ante sí deteniendo arbitrariamente a una persona, matándola una vez privada de libertad, se trata de una política de Estado, fijada a partir del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas y de Orden derrocaron el gobierno legalmente constituido, iniciando una persecución de los militantes y simpatizantes del gobierno anterior, entendiéndoseles como enemigos del Estado. Así, entonces —en concepto de estos sentenciadores—, los agentes que dieron muerte a la víctima no buscaron personalmente la situación de superioridad*

*armada, sino que ésta era dada por su condición de militares en un régimen controlado por las Fuerzas Armadas y de Orden desde más de un año antes de sucedidos los hechos. Razonar en sentido contrario equivale a concluir que todo homicidio cometido por los funcionarios de la Administración, a partir del 11 de septiembre de 1973 –por el solo hecho de ser miembros de los organismos armados del Estado–, constituye alevosía, idea que desemboca en el derecho penal de autor, es decir, se juzga a los autores por su condición de militares en un régimen político autoritario, y no por sus actos, lo que esta corte no comparte. Así las cosas, si la naturaleza de la alevosía es subjetiva – como entiende casi toda la doctrina y la jurisprudencia –, es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar para la ejecución del ilícito la indefensión de la víctima, de manera que, si después del 11 de septiembre de 1973 la víctima, por sus circunstancias políticas, ya se encontraba en una situación de riesgo preexistente y el poder era ejercido por los cuerpos armados en forma absoluta, no puede entenderse que se obró sobre seguro y, consecuentemente, no puede concluirse que los agentes que dieron muerte a la víctima buscaron su situación de indefensión (considerandos 7° a 11° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Respecto a la premeditación, también es una agravante y a la vez cualificante del delito de homicidio. De acuerdo a la doctrina sustentada de antiguo por la jurisprudencia, exige al agente un proceso psicológico que se traduce en una meditación fría y serena dirigida a la comisión de un delito y precursora de la determinación de la voluntad de resolver perpetrarlo, persistencia tenaz en mantener ese propósito, manifestada en actos sistemáticamente relacionados con el fin propuesto, espacio de tiempo suficiente entre la resolución y la ejecución, y que todos estos elementos resulten plenamente probados y que la premeditación, para su posible estimación, ha de ser conocida. Luego, debe determinarse si en delitos de esta naturaleza, cometidos con una finalidad política y planeados centralizadamente por un aparato de la Administración, pueden entenderse premeditados por los ejecutores materiales, por los miembros de esa Administración que recibían órdenes del mando superior. Por la misma razón por la que se entiende que no hay –en la especie– alevosía, tampoco puede haber premeditación, pues si los autores del hecho pertenecían a una unidad jerarquizada y militarizada de la Administración de la época, encargada de combatir a los enemigos políticos del régimen, específicamente, en el caso de autos, a los miembros del MIR, todo plan, toda meditación fría y serena dirigida a la comisión del delito y precursora de la determinación de la voluntad de resolver perpetrarlo, la persistencia tenaz en mantener ese propósito manifestada en actos sistemáticamente relacionados con el fin propuesto y el espacio de tiempo suficiente entre la resolución y la ejecución, son sólo atribuibles a la organización misma, al Estado, persona*

*jurídica que no es susceptible de juicio penal, y no a las personas naturales que ejecutaron dicho ilícito, pues éstas no meditaron el crimen ni lo decidieron, sino que sólo ejecutaron el plan elaborado por la autoridad superior y, por ende, ninguna premeditación puede imputárseles, por lo que no cabe sino concluir que, en la especie, los hechos constituyen –en concepto de estos sentenciadores– el ilícito de homicidio simple, y no calificado, como se había decidido, correspondiendo recalificar el mismo, atendidos los términos en que se formuló la acusación (considerandos 12° a 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. *Los delitos imputados deben considerarse como de lesa humanidad, con las consecuencias jurídicas que dicha declaración conlleva, esto es, aplicar dos instituciones jurídicas propias del derecho penal, a saber: la amnistía y la prescripción de la acción penal. Ahora bien, diferente es la situación en relación con la aplicación del artículo 103 del Código Penal, alegada por todas las defensas de los sentenciados. El artículo en referencia 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”. La institución antes descrita, en concepto de estos sentenciadores, constituye 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 de los delitos de autos no es aplicable a una atenuante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo. En consecuencia, no debe confundirse la prescripción como medio de extinción de la responsabilidad penal con el transcurso del tiempo como circunstancia atenuante: el transcurrir del tiempo nunca es indiferente al derecho y ciertamente tampoco al derecho penal, incluso en ilícitos de esta naturaleza, pues jamás será lo mismo juzgar un hecho ocurrido en el presente que aquellos acaecidos hace más de 40 años, como los de la especie. Las normas internacionales lo que 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 ajustado al derecho internacional humanitario, si se tiene en cuenta que los delitos en cuestión se cometieron, como se dijo, hace más de 40 años. Conforme a lo precedentemente razonado, esta corte acogerá, respecto de los sentenciados, la aplicación el artículo 103 del*

*Código de Procedimiento Penal (considerandos 21° a 25° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

III. *Los tratados internacionales vigentes en Chile, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, no contemplan ni establecen la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las normas de derecho común referidas específicamente a la materia. No existe un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2332 del mismo cuerpo legal, sin que, por lo demás, exista una pretendida responsabilidad objetiva de la Administración del Estado, salvo que ello estuviera expresamente contemplado en la ley. Incluso, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio, ésta tampoco es objetiva y, si bien algunos han sostenido lo contrario, ello constituye un error provocado por el hecho de que en este caso no es necesario identificar al funcionario causante del perjuicio, ni menos probar su dolo o culpa, en circunstancias en que por la necesidad, precisamente, de probar la falta de servicio, ello no era así. Objetiva sería si únicamente fuera necesario el elemento daño y la relación de causalidad, lo que no ocurre en la falta de servicio, en que, además, hay que acreditar la falta de servicio. En efecto, en fallo de 27 de junio de 2006, dictado por la Excma. Corte Suprema de Justicia en causa rol N° 508-2006, se señaló que no por ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho público, no pueden extinguirse por el transcurso del tiempo, “dado que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a esas normativas y puede operar en todas las disciplinas que corresponden al derecho Público...”, doctrina que esta corte comparte y hace suya. Por lo demás, no existe disposición alguna que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado; por el contrario, existe una norma expresa, el artículo 2497 del Código Civil, que señala que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”. El artículo 2332 del Código Civil, aplicable al caso en estudio, establece un plazo de cuatro años para la prescripción de la acción deducida en estos autos, plazo que se contabiliza desde que se cometió el acto ilícito, ya que la expresión “perpetración del acto”, utilizada en la norma legal recién citada, tiene un sentido amplio, que comprende*

*la realización de una acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados. Plazo previsto en el artículo 2332 del Código Civil, que en el caso de autos había transcurrido en exceso, de modo que corresponde acoger la excepción opuesta por el Fisco (considerandos 37° a 42° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- IV. (*Voto disidente*). *Resulta improcedente en este tipo de delitos la aplicación del artículo 103 del Código de Penal. Así, entonces, para los efectos de aplicar la pena respecto de los delitos de secuestro calificado y homicidio simple, concurriendo sólo una atenuante y ninguna agravante, no es posible aplicar la pena en su grado máximo, según lo dispone el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal (considerando único de la disidencia de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CI/JUR/2104/2018*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 103 y 391 del Código Penal; 2332 y 2497 del Código Civil.*

#### EL CARÁCTER DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASESINATO, LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 103 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO Y UN PROBLEMA CIVIL

JUAN PABLO CASTILLO MORALES

*Universidad Andrés Bello y Universidad de Valparaíso*

El 14 de abril de 2018 la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó con declaración y revocó la sentencia de primera instancia en autos rol N° 2182-1998, seguidos ante el ministro de fuero Vázquez Plaza. La causa versaba, en el contexto de la llamada «Operación Colombo», sobre el secuestro y posterior homicidio del joven Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), ocurrido el día 25 de mayo de 1976, por el que fueron condenados a penas privativas de libertad algunos exmiembros de la llamada Brigada Lautaro y uno de ellos –Miguel Krassnoff Martchenko– a indemnizar, solidariamente con el Estado de Chile, los daños morales sufridos por los deudos de Guerrero Carrillo.

La sentencia se pronuncia respecto de tres cuestiones: dos de carácter penal y una de índole civil. En lo penal, el tribunal de alzada discurre sobre la naturaleza de la alevosía y la premeditación, en tanto circunstancias constitutivas del delito de asesinato (artículo 391, N° 1, del Código Penal), y sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de la norma prevista en el artículo 103 del CP, que regula la llamada prescripción gradual o «media prescripción». Por su parte, el problema civil guarda relación con la aplicabilidad de las normas comunes que reglan la

prescripción de la acción civil. El fallo distingue y aborda clara y explícitamente los tres problemas en el orden precedentemente enunciado; el comentario que sigue replicará dicha estructura.

La relevancia en torno al carácter o naturaleza de la alevosía y premeditación para los efectos de esta causa, estuvo estrictamente vinculada a la recalificación del delito de homicidio por el que fueron condenados en primera instancia algunos de los encartados. A juicio de los sentenciadores, el tipo penal aplicable era el delito de homicidio simple (artículo 391, N° 2, del CP), y no el de homicidio calificado o asesinato del artículo 391, N° 1, del mismo cuerpo legal. En efecto, la circunstancia calificadora de la alevosía no era aplicable a los autores del crimen, pues –si se está a la remisión que cabe hacer a la primera circunstancia agravante del artículo 12 del CP– éstos no habrían actuado ni a traición ni sobre seguro. A juicio de los sentenciadores –quienes citan para respaldar la tesis a Novoa Monreal y al comentarista decimonónico Joaquín Francisco Pacheco (considerando octavo)–, la traición es improcedente, pues la víctima sabía, dada su militancia política, que se exponía a la captura por parte de los agentes de la represión estatal; este hecho estaría ratificado a partir de la circunstancia de que entonces la víctima se encontraba en la clandestinidad («situación de riesgo preexistente», según se lee en el considerando undécimo). La objeción que en este sentido se puede dirigir al fallo estriba en el hecho de que constituye una opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia chilena que la alevosía no puede ser interpretada en términos exclusivamente objetivos, es decir, como una circunstancia que se satisface con la simple situación de indefensión de la víctima (lo que conduciría al absurdo, por ejemplo, de considerarla factible en los delitos culposos), sino que comprende *asimismo* la cobardía y vileza del sujeto activo frente a ese escenario de indefensión<sup>1</sup>. A su vez, los sentenciadores descartaron un obrar sobre seguro por parte de los agentes represores. En particular –y parafraseando nuevamente a Novoa–, descartan que los exagentes de la DINA se hayan «creado o procurado una situación de indefensión» (considerando noveno), pues los medios, modos y formas de ejecutar el hecho, orientados a favorecer su materialización segura y la posterior impunidad, fueron determinados por instancias que trascendían a los condenados; concretamente, se trataba de una «política de Estado», y no de una situación o contexto buscada por los agentes condenados. Sostener lo contrario implicaría, a juicio del tribunal, caer en un censurable derecho penal de autor (considerando décimo), por cuanto se agravaría la responsabilidad de los encausados por el solo hecho de haber sido

---

<sup>1</sup> Así, entre otros, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco, y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Derecho penal chileno. Parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (Santiago, 1971), p. 117; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (t. III), (Santiago, 2002), p. 57.

militares. La sentencia desconoce, sin embargo, que el contenido de esta modalidad de la alevosía es mucho más amplio del que le atribuyó, pues la actuación sobre seguro no se agota en la simple *creación* de los medios que garantizan o contribuyen a garantizar el éxito de la empresa criminal, sino que también comprende el *aprovechamiento de condiciones preexistentes*<sup>2</sup>. Es precisamente esta consideración —que el tribunal curiosamente advierte, pero no aplica— la que podría servir para retrucar la tesis según la que el actuar sobre seguro es inviable a partir del hecho de que la creación de esas condiciones antecedían a la actuación de los agentes represores. Por su parte, en lo que atañe a la exclusión de la premeditación, es posible advertir una no menor inconsistencia argumental cuando el fallo, tras atribuirle un acentuado carácter psicológico (considerando duodécimo), sostiene en seguida que «*todo plan, toda meditación fría y serena dirigida a la comisión del delito (...) son sólo atribuibles [al] Estado, persona jurídica que no es susceptible de juicio penal*» (considerando decimotercero). A nuestro entender, en términos generales, la línea argumental seguida por el tribunal —a partir de cuya lectura la alevosía y premeditación deberían excluirse siempre tratándose de crímenes perpetrados por exagentes de la DINA— debe valorarse, precisamente, a partir de una cuestión que el fallo sólo enuncia *en passant*, a saber, el contenido específico de esa «*política de Estado*» (considerando noveno). Si estamos al único indicio contenido en el fallo sobre el particular, la conclusión debería ser exactamente la contraria, pues si esa «*política de Estado*» consistía *únicamente* en la «*persecución de los militantes y simpatizantes del gobierno anterior*» (id.), nada obstaría a la configuración de homicidios alevosos y/o premeditados por parte de agentes que cumplieran una orden tan amplia e indefinida como la de *perseguir* opositores del régimen. Muy por el contrario, y tal como se extrae del argumento del fallo de primera instancia que la corte desestimó, el motivo por el que el Ministro en visita se inclinó por la tesis del asesinato se debió precisamente al hecho de que «*la víctima se encontraba en malas condiciones físicas, estaba en la indefensión, porque sus captores tenían el control de sus actos y disponían de todos los medios estatales para hacer desaparecer su cuerpo; y que la decisión estaba tomada en forma previa al contar con los medios necesarios para hacer desaparecer a la víctima en forma definitiva*» (considerando sexto).

En segundo lugar, el fallo declara aplicable —con un voto disidente— la regla del artículo 103 del CP, no obstante haber reafirmado que este delito tenía el carácter de delito de lesa humanidad. Tal como se advierte a partir de una ya marcada tendencia jurisprudencial, esta decisión implica adherir a la tesis según la cual la norma en cuestión no contendría en su seno una regla específica de prescripción,

---

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 56; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, (Santiago, 2004), p. 61.



sino, antes bien, una circunstancia atenuante, motivo por el que no estaría afecta a la obligación –impuesta por el derecho internacional de los derechos humanos– de no favorecer esta clase de delitos con el instituto de la prescripción (considerando vigésimo cuarto). De la lectura del fallo, empero, no es posible extraer los motivos que llevaron al tribunal a inclinarse por esta tesis, lo que es particularmente llamativo (y criticable) si se considera que prescinde de cuestiones tan evidentes para el intérprete como la ubicación del artículo al interior de la geografía del código o el uso del adverbio relativo «como», el que sería revelador del acotado alcance de la homologación: sólo comprende el efecto de las atenuantes, pero no su naturaleza<sup>3</sup>. Lo anterior es tan efectivo que tanto a la plena como a la media prescripción les son igualmente aplicables las normas relativas a la suspensión e interrupción del plazo que corre. De lo anterior se sigue que el hecho de que la aplicación de la media prescripción incida sólo como criterio de la determinación del marco de la pena –como ocurrió finalmente en este caso (considerando trigésimo)–, y no extinguiendo totalmente la responsabilidad penal, no obsta a que el artículo 103 comparta el mismo fundamento de estabilización social y seguridad jurídica que busca satisfacer la (plena) prescripción<sup>4</sup>. Y es, en efecto, precisamente este valor el que sirve para respaldar la tesis de la inaplicabilidad del artículo 103 –y, al compartir fundamento, el de todas las normas relativas a la prescripción– tratándose crímenes como los de la presente causa. A las teorías minoritarias de la menor identificación del delincuente con el delito debido al paso del tiempo o a las dificultades probatorias que, por la misma razón, se generan para el Estado, se impone con holgura entre los penalistas chilenos la que gira en torno al valor de la seguridad jurídica<sup>5</sup>. Tomando como eje el punto de vista de la sociedad, esta concepción sostiene que la prescripción se justificaría por el debilitamiento de la alarma social que genera el delito y por hecho de que éste ya no formaría parte de la memoria de las nuevas generaciones, todo lo cual –como es evidente– no acon-

<sup>3</sup> Así también, FERNÁNDEZ NEIRA, Karinna, y SFERRAZZA TAIBI, Pietro, “La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* 5 (2009), p. 187. En un sentido aparentemente contrario, invocando precisamente la «letra de la ley», aunque constatando que la doctrina chilena se inclina por la tesis de que el artículo 103 sería una regla de prescripción y que su polémica aplicación ha favorecido algunos exagentes de la dictadura de Pinochet, CABEZAS CABEZAS, Carlos; CORN, Emanuele, “Prescrizione in Chile. Spunti di interesse da una speriienza giuridica al contempo lontana e vicina”, en *Diritto penale del XXI secolo 1* (2017), pp. 120-121.

<sup>4</sup> Así, entre otros, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *Terror, pena y amnistía*, (Santiago, 2010), p. 234; GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Título V. De la extinción de la responsabilidad penal”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, y ORTIZ QUIROGA, Luis (directores), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Santiago, 2002), p. 483.

<sup>5</sup> Véase, por todos, GUZMÁN DALBORA, “Crímenes internacionales y prescripción”, en *Revista de Ciencias Sociales* 49-50. *En recuerdo de Jorge Millas* (2006), p. 406, nota 16.

tece tratándose de los crímenes perpetrados al amparo del terrorismo de Estado<sup>6</sup>. Al excluir *ab initio* la aplicación del artículo 103 del CP, cualquier consideración relativa al carácter facultativo o vinculante de la atenuación deviene innecesaria<sup>7</sup>.

Finalmente, tras dilucidar la cuestión relativa a las normas aplicables al caso, la Corte de Apelaciones toma distancia de una sostenida jurisprudencia que estaba por la imprescriptibilidad de la acción civil, cuadrándose, en cambio, con la muy cuestionable tesis de de la Corte Suprema, la cual ha resuelto sistemáticamente a favor de la prescripción extintiva, al declarar aplicable el artículo 2332 del Código Civil. En esta parte, el fallo es susceptible de una serie de reservas<sup>8</sup>. Por lo pronto, distingue entre imprescriptibilidad penal y civil en circunstancias en que los tratados internacionales a los que se remite no establecen diferencias ni regímenes diversos. En esa línea, la corte infringe el llamado principio de coherencia, pues soslaya que el hecho que da origen a la acción penal es el mismo que origina la acción civil. Enseguida, pierde de vista que la vigencia del principio *pro reo* (característico del derecho penal) no se extiende al terreno de la acción civil, donde rige –especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos– el principio *pro homine*, que conculca al declarar extinta por el paso del tiempo la acción civil. Tal como ha suscrito una predominante línea doctrinal y jurisprudencial, el juez no puede razonar a partir de los cánones penales o civiles internos cuando se trata de delitos contra la humanidad<sup>9</sup>. Un razonamiento de este tenor implica necesariamente desconocer que la finalidad de la persecución de los crímenes internacionales no se agota en la prevención y en la sanción, sino que comprende la reparación integral frente al daño que éstos producen, máxima que es incompatible con la prescripción de la acción civil. Esta tesis, por lo demás, ha sido aceptada por la judicatura nacional a partir de una serie principios prove-

---

<sup>6</sup> Así, aunque precisamente en el sentido de que todos los delitos, incluso los que afectan de manera más intensa los bienes jurídicos fundamentales para una comunidad, deberían ser prescriptibles en un derecho penal «moderno y (...) humanista», GUZMÁN DALBORA, *Crímenes internacionales*, ob. cit., pp. 407 y ss.

<sup>7</sup> Para el panorama de opiniones, véase MERA FIGUEROA, Jorge, “Título V. De la extinción de la responsabilidad penal”, en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, y COUSO SALAS, Jaime (directores), *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, (Santiago, 2011), pp. 734-736.

<sup>8</sup> Seguimos al respecto la línea argumental desarrollada latamente por AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, en *Ius et praxis* 2 (2008), pp. 177-199.

<sup>9</sup> Sobre el particular, fundamental, VIGANÒ, Francesco, “L’influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di “antigiuridicità” del fatto tipico”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (2009), pp. 1062-1088.

nientes de la Asamblea General de Naciones Unidas<sup>10</sup>. Al reducir la cuestión a un problema indemnizatorio o pecuniario –por oposición a «reparatorio» de un crimen de lesa humanidad– (considerando cuadragésimo cuarto), la corte prescinde de toda la normativa convencional, consuetudinaria y de principios jurídicos que, en materia de persecución y reparación por crímenes contra la humanidad, existe a nivel internacional y que vinculan al Estado de Chile, y cuya existencia se remonta con sobrada anterioridad a la fecha de la comisión de los hechos. Más allá de esta consideración –que podría ser combatida desde una perspectiva reducida y legalista del derecho internacional–, una decisión de este tenor expone al Estado chileno a sanciones derivadas de la infracción del artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual –precisamente en un paradigmático fallo condenatorio<sup>11</sup>– fue interpretado no sólo en el sentido de que compete al Estado la tarea de prevenir, investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos, sino también reparar los daños que éstas generen.

<sup>10</sup> Sobre el particular, AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, ob. cit., p. 185, nota 115, que alude a los «Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones». Esta misma interpretación ha sido a la que llega el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano encargado de la supervigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como documentadamente acredita Aguilar Cavallo.

<sup>11</sup> Corte IDH, caso Almonacid Arellano, sentencia de 26 septiembre de 2006, serie C, N° 154, párrafo 110.

#### CORTE DE APELACIONES:

Santiago, diecinueve de abril del año dos mil dieciocho.

#### VISTOS:

En estos autos rol N° 2182-1998, seguidos ante el ministro de Fuero don Miguel Vázquez Plaza, en la denominada “Operación Colombo”, episodio por el delito de secuestro calificado en la persona de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, por sentencia de veintiocho de octubre del año dos mil dieciséis, escrita de fojas 3.182 a fojas 3.301, decidió:

A.- En cuanto a la parte penal:

I.- Condenar a Juan Hernán Morales Salgado y a Pedro Octavio Espinoza

Bravo a sufrir cada uno la pena de trece años de presidio mayor en su grado medio, más las 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, como autores del delito de homicidio calificado de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, hecho ocurrido en esta ciudad, un día comprendido entre el mes de agosto de 1976 y el 24 de diciembre del año 1976. Además, se les condena a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo como coautores del delito de

secuestro calificado en la persona de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, hecho ocurrido el día 25 de mayo del año 1976, y a las 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.

II.- Condenar a Héctor Raúl Valdebenito Araya y a Sergio Orlando Escalona Acuña a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las 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 las costas, como coautores del delito de homicidio calificado de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, hecho ocurrido en esta ciudad, un día comprendido entre el mes de agosto de 1976 y el 24 de diciembre del año 1976. Además a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo como coautores del delito de secuestro calificado en la persona de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, hecho ocurrido el día 25 de mayo del año 1976, y a las 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.

III.- Condenar a Miguel Krassnoff Martchenko, Hernán Luis Sovino Maturana, Basclay Zapata Reyes y a José Abel Aravena Ruiz a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, para Krasnoff y de seis años

de presidio mayor en su grado mínimo para Sovino, Zapata y Aravena, además a las accesorias legales 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, como coautores del delito de secuestro calificado en la persona de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, hecho ocurrido el día 25 de mayo del año 1976.

IV.- Condenar a Carlos José López Tapia a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, además a las accesorias legales 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, como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, hecho ocurrido el día 25 de mayo del año 1976.

V.- No se le concede a los sentenciados ninguno de los beneficios alternativos de la Ley N° 18.216, por lo que cada uno deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, en la forma que se indica en los puntos N°s. 6 y 7 de la parte resolutive.

B.- En cuanto a la parte civil:

VI.- Acoger la demanda de indemnización de perjuicios presentada por el abogado don Boris Paredes Bustos, en representación de los querellantes Ana Rosa Carrillo Ibáñez y Washington Guerrero Carrillo, y consecuentemente condenar al Fisco de Chile, representado por el presidente del Consejo de De-

fensa del Estado, y a Miguel Krassnoff Marchenko, a pagar, en forma solidaria, una indemnización por daño moral de \$ 130.000.000 (ciento treinta millones de pesos) en favor de Ana Carrillo Ibáñez y de \$ 100.000.000 (cien millones de pesos) a Washington Guerrero Carrillo, con los reajustes e intereses indicados en el motivo centésimo nono de la sentencia que se revisa.

Don Mauricio Unda, en representación del sentenciado José Aravena Ruiz, dedujo recursos de casación en la forma y de apelación.

Los demás condenados dedujeron por sí o debidamente representados recursos de apelación.

El Fisco de Chile, en su calidad de demandado civil, también interpuso recurso de apelación.

La señora fiscal judicial, doña Javiera González Sepúlveda, evacuó informe a fojas 3.450; estimó que el recurso de casación debía rechazarse por no existir el vicio alegado. En cuanto a los recursos de apelación, estimó que el fallo debía aprobarse en lo consultado y confirmarse en lo apelado. Sugiere únicamente corregir el tiempo de abono de la condena del encausado López, quien estuvo privado de libertad desde el día 1 de octubre del año 2013 hasta el 10 de febrero del año 2014, esto es, un total de 133 días.

Asimismo, sugiere aprobar los sobreseimientos definitivos de fojas 3.046 y 3.167, de acuerdo con el artículo 408, N° 5, del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 93, N° 1, del Código Penal, respecto de Juan Manuel Contreras Sepúlveda y de

Bernardo del Rosario Daza Navarro, por hacerse extinguido, a su respecto, la responsabilidad penal.

Se trajeron los autos en relación para conocer de los recursos de casación en forma y en apelación, ya referidos precedentemente.

Por resolución de catorce de diciembre del año pasado, como se lee a fojas 3.544, se dispuso agregar como medida para mejor resolver, el certificado de defunción de Basclay Humberto Zapata Reyes.

CONSIDERANDO:

A.- La parte penal:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido a fojas 3.334 por la defensa de José Abel Aravena Ruiz:

*Primero:* Que el recurso de invalidación se fundó en la causal en el artículo 541, N° 9, en relación con el artículo 500, N° 4, ambos del Código de Procedimiento Penal, esto es, por no haber sido extendida en conformidad a la ley, específicamente, por no tener las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados, o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta.

*Segundo:* Que argumenta que su representado fue condenado a seis años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias correspondientes, como autor del delito de secuestro calificado, teniendo el fallo por acreditada su participación en el motivo vigésimo octavo sólo con un elemento, esto es, con la declaración del año 2012

efectuado por el mirista Schneider, negando el encartado toda participación; sin embargo, los hechos sobre los cuales declaró el testigo son otros diferentes a los que se investigan en estos autos. No está acreditado el hecho, por lo que debería resultar absuelto.

*Tercero:* Que el recurso de invalidación deberá rechazarse por dos razones, una de forma y otra de fondo. En cuanto a lo formal, porque uno de los presupuestos que hacen procedente el arbitrio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal y 768, inciso final, del Código de Procedimiento Civil, es que este vicio cause un perjuicio que sólo sea reparable con la invalidación del fallo, lo que no ocurre en el caso de autos, pues se ha deducido un recurso de apelación, de modo que puede subsanarse por esta vía. En cuanto al fondo, porque no se configura la causal, pues, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, el fallo expone los fundamentos, en el motivo vigésimo octavo, los elementos que formaron convicción para establecer la participación de Aravena Ruiz, lo que se estableció no sólo con un elemento probatorio, como sostuvo su defensa. Situación diversa es que a ellos no les gusten o sean contrarios a la posición jurídica sostenida por la defensa en el juicio.

II.- En cuanto a los recursos de apelación deducidos por los sentenciados:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

a) En el motivo cuarto, se eliminan los párrafos primero y segundo, y en el

tercero, se sustituyen las palabras: “primer ilícito” por “secuestro calificado”.

b) Se eliminan los fundamentos quinto, sexto, octavo.

c) En el motivo undécimo se suprime el último párrafo, que comienza con la palabra “Consecuencialmente...”. Hasta el término de dicho fundamento.

d) Se sustituye en el párrafo tercero del N° 7 del considerando décimo tercero la expresión “miedro” por “miedo”.

e) En el motivo vigésimo tercero se sustituye la palabra “calificado” por “simple”.

f) Se eliminan los fundamentos vigésimo cuarto, vigésimo quinto y vigésimo sexto, trigésimo sexto.

g) En el considerando cuarenta y segundo se agrega luego de la coma que precede a la palabra “calificado” la frase “recalificado a simple en la presente sentencia”.

h) Se suprime el motivo cuarenta y segundo.

i) En el cuarenta y quinto se eliminan las palabras “en términos muy similares”.

j) En el motivo cincuenta y segundo, se elimina la referencia en su primero párrafo a Basclay Humberto Zapata Reyes y se sustituye la expresión “calificado” por “simple”.

k) En el párrafo segundo del fundamento cincuenta y tercero, luego de la coma que precede a la palabra “calificado”, la frase “y que se recalificó como simple en la presente sentencia”.

l) Se suprimen los motivos cincuenta y cuarto y cincuenta y quinto.

m) En los fundamentos cincuenta y sexto, en el párrafo primero del

sexagésimo segundo, párrafo primero del sexagésimo tercero, en el sexagésimo nono, en los párrafos tercero y cuarto del octogésimo primero y párrafo segundo del octogésimo segundo, luego de la expresión “calificado” se agrega la frase “recalificado como simple en la presente sentencia”.

n) En el párrafo segundo del considerando septuagésimo se elimina la frase desde la palabra “calificado” hasta el punto seguido, la que se sustituye por “simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos”.

o) Se suprime el párrafo primero del fundamento septuagésimo tercero, y en el párrafo segundo la expresión “A su vez,”. Por último, se sustituye el artículo “la” por “La”.

p) Se elimina el párrafo primero del considerando septuagésimo cuarto.

q) En el párrafo primero del considerando septuagésimo quinto y en el párrafo primero del motivo septuagésimo séptimo, se elimina Basclay Humberto Zapata Reyes en fojas 2.379 y siguientes,”.

r) Se suprimen los motivos septuagésimo sexto y septuagésimo octavo.

s) En el párrafo primero del motivo octogésimo se elimina la expresión “Basclay Humberto Zapata Reyes en fojas 2.379 y siguientes,” y en el párrafo segundo toda la frase que se inicia con la palabra “Basclay” y termina con la expresión “superiores”.

t) Se eliminan los motivos nonagésimo y los párrafos primero, segundo y tercero del nonagésimo primero.

u) Se suprimen los motivos nonagésimo segundo, centésimo, centésimo primero, centésimo segundo, centésimo tercero, centésimo quinto, centésimo sexto, centésimo séptimo, centésimo octavo y centésimo nono.

Y teniendo en su lugar y además presente:

*Cuarto:* Que en el motivo tercero de la sentencia en alzada, se establecieron los siguientes hechos:

a) “Que el día 25 de mayo del año 1976, cerca de las 17:00 horas, Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), y que se encontraba en la clandestinidad, en el sector de la plaza ubicada en la intersección de calles Antonio Varas con Providencia, fue detenido cuando caminaba en compañía de una tía por agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional, quienes a la fuerza lo ingresaron a un vehículo, llevándolo hasta el cuartel Simón Bolívar, en la comuna de La Reina, y luego al cuartel de Villa Grimaldi, lugar donde fue visto por otros detenidos, y fue torturado.

b) Que, luego fue devuelto al mencionado cuartel de Simón Bolívar, lugar en que al tiempo después, por orden del jefe de la DINA, transmitida al jefe del cuartel y de éste a sus subordinados, se le dio muerte en el interior de la Cuesta Barriga, los que lanzaron su cadáver al interior de un pique minero ubicado en el sector, lugar en el que con posterioridad fueron encontrados restos óseos humanos, algunos de los cuales, sometidos a pericias médico-legales, dieron identificación positiva

para Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, con una probabilidad de 99,999842%, pudiendo establecerse como causa de su defunción una muerte violenta por politraumatismo causado por terceros, fijándose como data de la misma un día comprendido entre el día 18 de agosto del año 1976 y el día 24 de diciembre del año 1976.

*Quinto:* Que el hecho descrito en la letra a) precedente fue tipificado como delito de secuestro calificado en la persona de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo, previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo 141 del Código Penal—a la época de ocurrencia del hecho—, pues la privación de libertad o encierro de la víctima se prolongó por más de 90 días, esto es, desde el día 25 de mayo del año 1976 y hasta una fecha no precisada del mes de agosto del mismo año, y le produjo un grave daño, desde que durante el tiempo que permaneció ilegítimamente encerrado y privado de libertad fue objeto de torturas por los agentes de la DINA para obtener información, dada su calidad de integrante del MIR.

*Sexto:* Que, en cuanto al hecho descrito en la letra b) del considerando cuarto precedente, el señor Ministro en visita lo tipificó como homicidio calificado, porque la muerte de Guerrero Carrillo se cometió con alevosía y premeditación, concurriendo —en su parecer— las circunstancias descritas en los numerales primero y quinto del N° 1 del artículo 391 del Código Penal, debido a que la víctima se encontraba en malas condiciones físicas, estaba en indefensión, porque sus captores tenían

el control de sus actos y disponían de todos los medios estatales para hacer desaparecer su cuerpo, y que la decisión estaba tomada en forma previa al contar con los medios necesarios para hacer desaparecer a la víctima en forma definitiva.

*Séptimo:* Que corresponde analizar si, en la especie, se configura el delito de homicidio calificado, en la medida en que, como lo estableció el señor Ministro, en la muerte de Guerrero Carrillo concurren la alevosía y la premeditación, o estamos en presencia de un homicidio simple. Cabe tener presente que el “homicidio calificado” o “asesinato” es un tipo agravado del homicidio, descrito en el artículo 391, N° 1, del Código Penal, que en su circunstancia primera señala “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía”, norma que debe vincularse con lo que previene el N° 1 del artículo 12 del mismo cuerpo normativo, que señala que “Son circunstancias agravantes: 1ª. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”. Son dos, entonces, las formas de actuar con alevosía: a traición o sobre seguro, las que son incompatibles entre sí, pues o se obra a traición o sobre seguro, más no ambas a la vez.

*Octavo:* Que “El obrar a traición es obrar faltando a la lealtad, con doblez y de improviso, sin permitir que la víctima se aperciba del ataque de



que se le va a hacer objeto” (Eduardo Novoa, “Curso de derecho penal chileno”, Editorial Ediar-Conosur, segunda edición, 1985, Tomo II, página 46), o sea, quien así procede “es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa”, según afirmó el célebre comentarista del Código Penal español de 1850 don Joaquín Francisco Pacheco. Es indudable que los hechos establecidos en la sentencia que se revisa no importan un obrar “a traición”, descartándose de plano esta hipótesis.

*Noveno:* Que en cuanto al obrar “sobre seguro”, siguiendo al mismo autor señor Novoa, implica tanto poner asechanzas o preparar celadas, como el aprovechar circunstancias que hagan inevitable y cierto el mal que ha de sufrir el ofendido. Consecuentemente, para que exista alevosía y, específicamente, para entender que se obra sobre seguro, es necesario que las circunstancias que la constituyen sean buscadas de propósito por el agente, lo que no ha sucedido en la especie, pues de los hechos asentados en la sentencia no aparece que los autores de estos delitos se hayan creado o procurado una situación de indefensión de la víctima. Se ha dicho sobre este particular que los elementos precisos para la estimación de esta calificante han de referirse a los medios, modos o formas de ejecutar el hecho, tendiendo a su aseguramiento y a la vez a la impunidad del agente que lo realiza, revelando una perversidad de su propósito. No se trata, en el caso *sub lite*, de un grupo de militares que procedieron por sí y ante sí deteniendo

arbitrariamente a una persona, matándola una vez privada de libertad, se trata de una política de Estado, fijada a partir del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas y de Orden derrocaron el gobierno legalmente constituido, iniciando una persecución de los militantes y simpatizantes del gobierno anterior, entendiéndoseles como enemigos del Estado. Así, entonces –en concepto de estos sentenciadores–, los agentes que dieron muerte a Guerrero Carrillo no buscaron personalmente la situación de superioridad armada, sino que ésta era dada por su condición de militares en un régimen controlado por las Fuerzas Armadas y de Orden desde más de un año antes de sucedidos los hechos.

*Décimo:* Que razonar en sentido contrario equivale a concluir que todo homicidio cometido por los funcionarios de la Administración, a partir del 11 de septiembre de 1973 –por el solo hecho de ser miembros de los organismos armados del Estado–, constituye alevosía, idea que desemboca en el derecho penal de autor, es decir, se juzga a los autores por su condición de militares en un régimen político autoritario, y no por sus actos, lo que esta corte no comparte.

*Undécimo:* Que, si la naturaleza de la alevosía es subjetiva –como entiende casi toda la doctrina y la jurisprudencia–, es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar para la ejecución del ilícito la indefensión de la víctima, de manera que, si después del 11 de septiembre de 1973, la víctima, por sus circunstancias políticas, ya se encontraba en una situación de riesgo

preexistente y el poder era ejercido por los cuerpos armados en forma absoluta, no puede entenderse que se obró sobre seguro y, consecuentemente, no puede concluirse que los agentes que dieron muerte a Guerrero Carrillo buscaron su situación de indefensión.

*Duodécimo:* Que en cuanto a la premeditación también es una agravante y a la vez cualificante del delito de homicidio. De acuerdo a la doctrina sustentada de antiguo por la jurisprudencia, exige al agente un proceso psicológico que se traduce en una meditación fría y serena dirigida a la comisión de un delito y precursora de la determinación de la voluntad de resolver perpetrarlo, persistencia tenaz en mantener ese propósito manifestada en actos sistemáticamente relacionados con el fin propuesto, espacio de tiempo suficiente entre la resolución y la ejecución, y que todos estos elementos resulten plenamente probados y que la premeditación, para su posible estimación, ha de ser conocida. Luego, debe determinarse si en delitos de esta naturaleza, cometidos con una finalidad política y planeados centralizadamente por un aparato de la Administración, pueden entenderse premeditados por los ejecutores materiales, por los miembros de esa Administración que recibían órdenes del mando superior.

*Decimotercero:* Que por la misma razón por la que se entiende que no hay —en la especie— alevosía, tampoco puede haber premeditación, pues si los autores del hecho pertenecían a una unidad jerarquizada y militarizada de la Administración de la época encargada de combatir a los enemigos

políticos del régimen, específicamente, en el caso de autos, a los miembros del MIR, todo plan, toda meditación fría y serena dirigida a la comisión del delito y precursora de la determinación de la voluntad de resolver perpetrarlo, la persistencia tenaz en mantener ese propósito manifestada en actos sistemáticamente relacionados con el fin propuesto y el espacio de tiempo suficiente entre la resolución y la ejecución, son solo atribuibles a la organización misma, al Estado, persona jurídica que no es susceptible de juicio penal y no a las personas naturales que ejecutaron dicho ilícito, pues estas no meditaron el crimen, ni lo decidieron, sino solo ejecutaron el plan elaborado por la autoridad superior y, por ende, ninguna premeditación puede imputárseles.

*Decimocuarto:* Que por todo lo precedentemente razonado, debe concluirse entonces que, en la especie, los hechos constituyen —en concepto de estos sentenciadores el ilícito de homicidio simple y no calificado como se había decidido, correspondiendo recalificar el mismo, atendido los términos en que se formuló la acusación.

*Decimoquinto:* Que, en cuanto a la participación de los encartados y, primeramente, respecto de Juan Morales Salgado, es analizada en los motivos noveno, décimo y undécimo del fallo en estudio; y en la que el sentenciador llega a la convicción de que actuó —por los motivos allí expuestos— como autor del delito de secuestro calificado y de homicidio calificado. Esta última, por lo dicho precedentemente, ha sido recalificado a homicidio simple. En

efecto, los elementos reunidos al tenor del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permitieron establecer que, a la fecha de los hechos, era Capitán de Ejército, Jefe de la Brigada Lautaro, que formaba parte de la plana mayor de la DINA y que, por ser oficial operativo, daba las órdenes para los allanamientos, detenciones, torturas y en este caso también ordenó a sus subalternos llevar a Guerrero Carrillo a la Cuesta Barriga y quitarle la vida, de modo que, como se decidió, cabe considerarlo como autor, al tenor del artículo 15 del Código Penal, pues forzó e indujo directamente a otros a ejecutarlo.

*Decimosexto:* Que igualmente esta corte comparte los razonamientos y la decisión del señor Ministro, que estableció que los autores materiales de los delitos en estudio fueron los condenados Escalona Acuña y Valdebenito Araya.

*Decimoséptimo:* Que, en lo tocante al condenado Pedro Espinoza Bravo, en los considerandos trigésimo, trigésimo primero y trigésimo segundo, aparece que éste desde el mes de julio del año 1976, que se desempeñó como Director de Inteligencia Interior y Director de Operaciones de la DINA, conforme al cual elaboró el Plan de Acción de Inteligencia —lo que se acreditó no sólo con los distintos elementos probatorios allegados al proceso, sino con sus propios dichos—, siendo reconocido por los funcionarios subalternos como aquel que daba las órdenes conjuntamente con Manuel Contreras Sepúlveda, es decir, nos encontramos que, a la fecha de ocurrencia de los hechos, Espinoza Bravo era uno de los jefes máximos de

la DINA, y obviamente, por su cargo, no podía menos que saber, las acciones que se desarrollaban en la DINA y, específicamente, en los cuarteles y las funciones que cumplían sus agentes y lo que ocurría en los lugares de detención ilegal y la suerte de tales detenidos, a lo que cabe agregar que fue visto en uno de tales cuarteles hablándoles a los detenidos; transformándose entonces, tal y como concluyó el señor Ministro Instructor, como autor intelectual de los delitos investigados en autos.

*Decimoctavo:* Que, en cuanto a la participación de los acusados Krassnoff Martchenko, Aravena Ruiz, Sovino Maturana y López Tapia, condenados como autores del delito de secuestro calificado, esta corte coincide con lo razonado en los motivos duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo octavo, décimo noveno, vigésimo, vigésimo séptimo, vigésimo octavo, vigésimo noveno, trigésimo tercero, trigésimo cuarto y trigésimo quinto, en los que el señor Ministro llegó a la convicción de que todos ellos participaron como autores del delito de secuestro calificado de Ángel Guerrero Carrillo.

*Decimonoveno:* Que, por todo lo precedentemente razonado, se desestiman las alegaciones formuladas por los encausados relativas a la falta de participación en los ilícitos investigados en autos; sin perjuicio de la recalificación jurídica hecha en relación al delito de homicidio.

*Vigésimo:* Que, respecto del encartado Basclay Zapata Reyes, éste fue acusado y condenado como autor del delito de secuestro calificado, a la pena de

seis años de presidio mayor en su grado mínimo; sin embargo, como consta del certificado de defunción que se agregó como medida para mejor resolver a fojas 3.544, se acreditó que, con fecha 13 de diciembre del año 2017, falleció, de modo que su responsabilidad penal se encuentra extinguida, situación que impide a esta corte emitir pronunciamiento respecto de ella como también del recurso de apelación deducido por su defensa, debiendo estarse a lo que se dispondrá en la parte resolutive de esta sentencia.

*Vigésimo Primero:* Que, tal como se sostiene en el motivo séptimo de la sentencia que se revisa, los delitos ya establecidos deben considerarse como de lesa humanidad, con las consecuencias jurídicas que dicha declaración conlleva, esto es, aplicar dos instituciones jurídicas propias del derecho penal, a saber: la amnistía y la prescripción de la acción penal, como también fue decidido en los considerandos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero, respecto de la primera, y quincuagésimo tercero, en el caso de la segunda.

*Vigésimo Segundo:* Que diferente es la situación en relación con la aplicación del artículo 103 del Código Penal, alegada por todas las defensas de los sentenciados. El artículo en referencia 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”.

*Vigésimo Tercero:* Que la institución antes descrita, en concepto de estos sentenciadores, constituye 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 de los delitos de autos no es aplicable a una atenuante que sólo tiene en común con la prescripción el transcurso del tiempo. En consecuencia, no debe confundirse la prescripción como medio de extinción de la responsabilidad penal con el transcurso del tiempo como circunstancia atenuante: el transcurrir del tiempo nunca es indiferente al derecho y ciertamente tampoco al derecho penal, incluso en ilícitos de esta naturaleza, pues jamás será lo mismo juzgar un hecho ocurrido en el presente a aquellos acaecidos hace más de cuarenta años, como los de la especie.

*Vigésimo Cuarto:* Que, por lo demás, las normas internacionales lo que 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 ajustado al derecho internacional humanitario, si se tiene en cuenta que los delitos en cuestión se cometieron, como se dijo, hace más de 40 años.

*Vigésimo Quinto:* Que, conforme a lo precedentemente razonado, esta corte acogerá respecto de los sentenciados la aplicación el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en los términos que se dirá más adelante, al tiempo de graduar la pena.

*Vigésimo Sexto:* Que también hará lugar, respecto de todos los encartados, a la atenuante alegada del N° 6 del artículo 11 del Código Penal, pues de los extractos de filiación y antecedentes que rolan en este proceso –como lo reconoce el mismo Ministro Sustanciador–, ninguno registra condenas ni anotaciones prontuariales anteriores a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados; sin embargo, no será considerada como muy calificada, como lo solicitaron las defensas de Aravena Ruiz y Morales Salgado, pues no existen antecedentes en el proceso que así lo justifiquen.

*Vigésimo Séptimo:* Que, respecto de las demás atenuantes y eximentes de responsabilidad alegadas por los acusados, es lo cierto que ninguna de ellas se configuran, compartiendo, de este modo, los razonamientos del fallo que se revisa, con relación a ellas.

*Vigésimo Octavo:* Que, en cuanto a lo planteado por la defensa de Héctor Valdebenito Araya relativo al delito de homicidio calificado y la infracción al principio *non bis in idem*, deberá estarse a lo razonado precedente en el sentido de que el delito de homicidio calificado fue recalificado por el de homicidio simple.

*Vigésimo Noveno:* Que la penalidad asignada a los delitos por los que se estableció la responsabilidad a los

encartados, esto es, Escalona Acuña, Espinoza Bravo, Morales Salgado y Valdebenito Araya, como coautores del delito de homicidio simple –a la fecha del acaecimiento del hecho–, se sancionaba con presidio mayor en su grado mínimo a medio. Por su parte, el delito de secuestro calificado con el que se condena además de los señalados anteriormente, también a los acusados Krassnoff Martchenko, Sovino Maturana, Aravena Ruiz y López Tapia, presidio mayor en cualquiera de sus grados.

*Trigésimo:* Que según ha quedado establecido precedentemente se ha reconocido la atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal y también la aplicación del artículo 103 del mismo cuerpo de leyes, de manera que, y teniendo presente lo dispuesto en el inciso tercero, artículo 68, del Código Penal, se rebajará la pena en dos grados al mínimo la pena que corresponde aplicar considerándolas aisladamente, por resultar más favorable a los sentenciados, es la siguiente: para el secuestro calificado: tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y para el homicidio simple tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

*Trigésimo Primero:* Que, atendida la pena impuesta a los encartados, la edad a la fecha en que se dicta la presente sentencia, debe considerarse que Chile promulgó, el día 1 de septiembre del año 2017, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el que en el párrafo final del artículo 13, se reconoce que los Estados Parte deben garantizar a las personas mayores el

acceso a medidas alternativas respecto de los que se encuentren privados de libertad, lo que resulta acorde con la Ley N° 20.603, que establece la posibilidad de otorgar penas que sustituyen la privación de libertad, en la medida en que se cumplen los requisitos que en ella se contemplan. Por lo anterior, corresponde analizar si a los encausados debe otorgárseles alguno de los beneficios que contempla esta ley.

*Trigésimo Segundo:* Que, respecto de los condenados Morales Salgado, Espinoza Bravo, Krassnoff Martchenko, Aravena Ruiz y López Tapia, como consta de los mismos antecedentes de este proceso, se encuentran actualmente cumpliendo condenas por otras causas, de modo que no corresponde que se les sustituya la pena impuesta en la presente sentencia.

*Trigésimo Tercero:* Que, en el caso de los encartados Valdebenito Araya y Escalona Acuña, en consideración a que han sido condenados tanto por los delitos de secuestro calificado como homicidio simple, no es posible otorgarle el beneficio en análisis. Por último, a Sovino Maturana sí debe sustituirse la pena impuesta por la libertad vigilada intensiva, disponiéndose el periodo de observación por el mismo tiempo que dura la condena. Para ello se tiene en consideración, también, que es portador de cáncer pulmonar etapa IV, con metástasis bilaterales y con tratamiento actual en el Hospital Naval Almirante Neff, como se acredita a fojas 3.344.

*Trigésimo Cuarto:* Que, por lo antes razonado, se disiente de lo expresado por la señora fiscal judicial en su dicta-

men de fojas 3.450 y siguientes, quien estuvo por confirmar la sentencia sin modificaciones.

III.- En cuanto al recurso de apelación deducido por el Consejo de Defensa del Estado, por la condena en la parte civil.

*Trigésimo Quinto:* Que el Consejo de Defensa del Estado opuso a la demanda de indemnización de perjuicios las excepciones de pago, de preterición legal respecto de la acción deducida por parte del hermano de Ángel Guerrero Carrillo y de prescripción, las dos primeras serán rechazadas por los mismos argumentos ya expuestos en el fallo que se revisa.

*Trigésimo Sexto:* Que corresponde pronunciarse sobre la excepción de prescripción extintiva de la acción de indemnización de perjuicios basada en el artículo 2332 del Código Civil y, en subsidio, en la del artículo 2515 del mismo cuerpo de leyes.

*Trigésimo Séptimo:* Que como principio general debe señalarse que los tratados internacionales vigentes en Chile, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, no contemplan ni establecen la imprescriptibilidad genéricas de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a

las normas de derecho común referidas específicamente a la materia.

*Trigésimo Octavo:* Que no existe un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 2332 del mismo cuerpo legal, sin que, por lo demás, exista una pretendida responsabilidad objetiva de la Administración del Estado, salvo que ello estuviera expresamente contemplado en la ley. Incluso, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio, ésta tampoco es objetiva y si bien algunos han sostenido lo contrario, ello constituye un error provocado por el hecho de que en este caso no es necesario identificar al funcionario causante del perjuicio, ni menos probar su dolo o culpa, “en circunstancias que por la necesidad, precisamente de probar la falta de servicio, ello no era así. Objetiva sería si únicamente fuera necesario el elemento daño y la relación de causalidad, lo que no ocurre en la falta de servicio, en que, además hay que acreditar la falta de servicio” (Pedro Pierry Arrau. “Prescripción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Situación Actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 10, diciembre de 2003, páginas 14 y 15).

*Trigésimo Noveno:* Que, en efecto, en fallo de 27 de junio de 2006, dictado por la Excm. Corte Suprema de Justicia en causa rol N° 508-2006, se señaló que no por ser la responsabilidad estatal de índole constitucional y de derecho

público, no pueden extinguirse por el transcurso del tiempo, “dado que por su carácter universal, la prescripción no es ajena a esas normativas y puede operar en todas las disciplinas que corresponden al derecho Público...”, doctrina que esta corte comparte y hace suya.

*Cuadragésimo:* Que, por lo demás, no existe disposición alguna que establezca la imprescriptibilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado; por el contrario, existe una norma expresa, el artículo 2497 del Código Civil, que señala que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.

*Cuadragésimo Primero:* Que el artículo 2332 del Código Civil, aplicable al caso en estudio, establece un plazo de cuatro años para la prescripción de la acción deducida en estos autos, plazo que se contabiliza desde que se cometió el acto ilícito, ya que la expresión “perpetración del acto”, utilizada en la norma legal recién citada, tiene un sentido amplio, que comprende la realización de una acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados.

*Cuadragésimo Segundo:* Que el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios es la detención y posterior muerte de Ángel Gabriel Guerrero Carrillo por agentes del Estado; cometido entre los meses de mayo y diciembre de 1976 y la fecha en que se notificó al Fis-

co de Chile las demandas civiles, el día 4 de agosto del año 2014, según consta del atestado receptorial de fojas 2.232 vta., permite concluir que el plazo previsto en el artículo 2332 del Código Civil había transcurrido en exceso.

*Cuadragésimo Tercero:* Que si alguna duda pudiere existir en la materia, y de estimarse que el plazo debe contarse desde que el país volvió a la normalidad democrática, el 11 de marzo de 1990, igualmente estaría cumplido el plazo de prescripción de cuatro años referido.

*Cuadragésimo Cuarto:* Que por todo lo anteriormente razonado; y, que la acción ejercida en autos es de contenido eminentemente patrimonial, que no existe norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente que declare la imprescriptibilidad de la acción resarcitoria de perjuicios intentada por los actores; y, por haber transcurrido con largueza el plazo de cuatro años, contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, se acogerá la excepción opuesta por el Fisco de Chile, omitiendo pronunciamiento sobre la alegación subsidiaria.

*Cuadragésimo Quinto:* Que en consecuencia la demanda, en cuanto perseguía que el Fisco de Chile reparara los perjuicios causados a los actores civiles, por concepto de daño moral, habrá de rechazarse porque la acción se encuentra extinguida por prescripción y así será declarado. Asimismo, se acogerá, por los mismos fundamentos ya expresados precedentemente, la excepción opuesta por el sentenciado Krassnoff Marchenko, quien también dedujo recurso de apelación en contra del fallo que se revisa, por causarle agravio.

*Cuadragésimo Sexto:* Que resulta innecesario emitir pronunciamiento sobre el fondo de la acción deducida así como valorar los medios probatorios allegados al proceso para acreditar la existencia y *quantum* del daño moral alegado.

Por estas consideraciones, citas legales y lo dispuesto en los artículos 514, 526, 527, 530, 535, 541 y 544 del Código de Procedimiento Penal, y 768 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

1.- Se rechaza el recurso de casación en la forma deducido a fojas 3.334, deducido por la defensa del sentenciado Aravena Ruiz.

2.- Se omite pronunciamiento respecto del recurso de apelación deducido por la defensa de Zapata Reyes, por haber fallecido luego de la dictación de la sentencia definitiva de primer grado, debiendo el señor Ministro Instructor, habida cuenta del certificado de defunción allegado al proceso como medida para mejor resolver, disponer las medidas necesarias para se declare extinguida la responsabilidad penal por su muerte.

3.- Se confirma la sentencia apelada de veintiocho de octubre del año dos mil dieciséis, escrita de fojas 3182 a fojas 3.301, con las siguientes declaraciones:

a) A Juan Hernán Morales Salgado, a Pedro Octavio Espinoza Bravo, a Héctor Raúl Valdebenito Araya y a Sergio Orlando Escalona Acuña, cada uno a dos penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales y al pago de las costas del juicio, como coautores de los delitos de secuestro calificado y homicidio simple de Ángel Guerrero Carrillo.



b) A Miguel Krassnoff Martchenko, a Hernán Luis Sovino Maturana y a José Abel Aravena Ruiz, cada uno, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales y a las costas del juicio, como coautores del delito de secuestro calificado de Ángel Guerrero Carrillo

4.- Los referidos condenados deberán cumplir efectivamente la pena impuesta, con excepción de Sovino Maturana, quien la cumplirá en los términos indicados en el motivo trigésimo octavo, en los términos referidos en la parte resolutive del fallo que se revisa, letra A N° 6.

5.- Se aprueban los sobreseimientos definitivos consultados de fechas ocho de septiembre del año dos mil quince y treinta de marzo del año dos mil dieciséis, escritos a fojas 3.046 y 2.167, respectivamente.

6.- En la parte civil, se revoca, en su parte apelada, la referida sentencia, en cuanto condenó solidariamente al Fisco de Chile y a Krassnoff Marchenko al pago de los perjuicios causados a los querellantes y demandantes civiles por daño moral; y se decide, en cambio, que las demandas civiles quedan rechazadas por encontrarse prescrita la acción indemnizatoria.

7.- Se aclara que, en cuanto al abono a la condena que debe tenerse presente respecto del condenado López Tapia, es desde el 1 de octubre del año 2013 (fojas 1.797) hasta el día 10 de febrero del 2014 (fojas 2.009), lo que da un total de 133 días.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Rojas Moya, en la parte que aplica el artículo 103 del Código de Penal, pues resulta improcedente en este tipo de delitos, compartiendo en su integridad, según los razonamientos vertidos en el fallo que se revisa. Así, entonces, para los efectos de aplicar la pena respecto de los delitos de secuestro calificado y homicidio simple, concurriendo sólo una atenuante y ninguna agravante, no es posible aplicar la pena en su grado máximo, según lo dispone el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal, por lo que, a cada encartado debió condenársele, por cada uno de los delitos, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales; y, por la extensión de la misma, no es procedente concederles ninguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216.

Regístrese, comuníquese y devuélvase con sus tomos y documentos agregados.

Redacción de la Ministra señora Marisol Andrea Rojas Moya.

No firma el Abogado Integrante señor Mery Romero, quien concurrió a la vista del recurso y al acuerdo, por haber cesado en su cargo.

Pronunciada por la Duodécima Sala de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por la Ministra señora Marisol Rojas Moya y el Abogado Integrante señor Héctor Mery Romero.

Criminal Rol N° 260-2017.