

10. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

HOMICIDIO CALIFICADO

I. PROCEDENCIA DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 411 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR SI LA VÍCTIMA NO CUMPLIÓ CON LA PROHIBICIÓN IMPUESTA POR CARABINEROS. II. DAÑO MORAL CAUSADO POR LA CONDUCTA ILÍCITA DEL AGENTE ESTATAL DEBE SER INDEMNIZADO POR EL FISCO. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL. III. VOTO DISIDENTE: IMPROCEDENCIA DE LA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 411 INCISO 2° DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, POR APARECER COMO DESPROPORCIONADO EL USO DE LAS ARMAS.

HECHOS

En procedimiento criminal instruido por Ministro en Visita, la sentencia de primera instancia rechazó la excepción de prescripción de la acción penal, opuesta como de previo y especial pronunciamiento y se condenó al acusado, como autor del delito de homicidio calificado, perpetrado el 1° de enero de 1974, a cumplir la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena y al pago de las costas de la causa. Se le otorgó el beneficio de la remisión condicional de la pena. Además, se acogió la demanda civil deducida y se condenó al acusado en forma solidaria con el Fisco de Chile, a pagar a los actores la suma de veinte millones de pesos a cada una, por concepto de daño moral sufrido. El referido fallo fue apelado por el acusado, el Consejo de Defensa del Estado, las querellantes y Programa de Continuación de la ley N° 19.123, la Corte de Apelaciones, acogió la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el Consejo de Defensa del Estado, revocó la sentencia apelada en esta última parte y rechazó la demanda civil deducida, confirmando en lo demás impugnado. Contra esta última resolución, tanto la representante del Programa de Continuación de la ley N° 19.123, como el apoderado de las querellantes, dedujeron recursos de casación en el fondo, la Corte Suprema, rechaza el recurso de casación deducido por la representante del Programa de Continuación de la ley N° 19.123 y se acoge el recurso de casación en el fondo presentado por el abogado de las querellantes, solo en cuanto se ha impugnado la sección civil del fallo, solo en cuanto se pronuncia respecto de los aspectos civiles de la sentencia en alzada, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

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

ROL: *11983-2014, de 23 de diciembre de 2014*

PARTES: *“con Heriberto Flores Muller”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Sr. Carlos Cerda F.*

DOCTRINA

- I. *A su turno, el referido artículo 411 del Código de Justicia Militar, ordena que “Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabiniero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse. / Esto no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados”.*

Como se advierte del razonamiento anterior, se estableció como hecho de la causa que el ofendido no cumplió con una prohibición impuesta por Carabineros traspasando un cerco que expresamente le impedía el ingreso a una Embajada. Es efectivo que no se trata de una persona que tuviera previamente asignada la calidad de preso o detenido, pero enfrentaba una valla que le imponía la obligación de detenerse y retroceder, de no seguir avanzando porque se trataba de un lugar protegido y con custodia policial. Precisamente para eso se habían instalado las vallas y asignado funcionarios de Carabineros que resguardaran el lugar, siendo de conocimiento público el impedimento de acceso. Además, se tuvo como hecho del proceso que el requerido fue debidamente intimado por el funcionario policial, desconociéndose tan solo la necesidad racional del uso del arma de fuego, en la forma que se hizo, de modo tal que se situó el hecho en el caso que regla el inciso segundo de ese precepto de acuerdo a las circunstancias del suceso.

Del modo señalado, es un hecho del proceso la concurrencia de las exigencias del artículo 411 inciso segundo del Código de Justicia Militar, sin que se haya invocado la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y denunciado infracción de normas reguladoras de la prueba, de modo tal que no es posible alterar en esta parte el fallo y, por ende, se rechazará la infracción alegada (considerando 4° de la sentencia de casación).

- II. *En suma, pesando sobre el Estado el deber de reparar a la víctima, consagrado por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, el derecho interno no deviene en un argumento sostenible para eximirlo de su cumplimiento. No*

solo por lo ya expresado, sino porque este deber del Estado también encuentra su consagración en el derecho interno. En efecto, el sistema de responsabilidad del Estado deriva además del artículo 3° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Así, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del Estado autores del homicidio calificado de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado.

En esas condiciones, resulta efectivo que los jueces de alzada incurrieron en un error de derecho al momento de acoger la excepción de prescripción de la demanda civil incoada por la víctima en contra del Estado, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, de suerte tal que el recurso de casación en el fondo será acogido en esta parte (considerandos 8° y 9° de la sentencia de casación).

- III. (Voto disidente) Existe un error de calificación jurídica de los hechos establecidos en el proceso al estimar procedente la circunstancia del artículo 411 inciso 2° del Código de Justicia Militar. El inciso primero de la citada disposición legal, señala tres exigencias para el reconocimiento de una eximente de responsabilidad penal, cuales son, el uso de arma por un Carabinero, en contra de un preso o detenido que huya y que no obedezca a las intimaciones de detenerse. Y luego, en el inciso segundo se permite el reconocimiento de una simple atenuante y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados, para el caso que no converjan todas las condiciones “...según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca”. Como se advierte, en el segundo inciso, se supone una situación semejante, pero donde el uso de las armas no aparece proporcionado.

En la especie, sin embargo, se trata de un sujeto que transita por la calle y que en algún momento traspasa las vallas de seguridad de una Embajada. No tiene, por lo tanto, la calidad de preso o detenido, no está tampoco huyendo. No ha sido puesto a disposición de la autoridad, ni ha sido retenido, por ello no huye. Es posible que se tenga por cierto que se le hicieron advertencias en el sentido que se detuviera y no siguiera avanzando hacia la Embajada, pero ello no tiene la entidad suficiente para darle el carácter de detenido o preso que huye, connotación que no es posible asignarle de modo analógico

tampoco, razón por la cual, no ha sido posible calificar la situación que se describe en el proceso como un hecho establecido, como aquel que configura la conducta que sanciona con menos rigor el artículo 411 inciso 2° del Código de Justicia Militar (considerando único de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/9775/2014

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 391 N° 1 del Código Penal; 411 del Código de Justicia Militar; 3° y 4° del DFL N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

COMENTARIO A LA SCS ROL N° 11983-2014

CÉSAR RAMOS PÉREZ
Universidad Adolfo Ibáñez

La sentencia objeto de análisis acoge parcialmente el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado representante de las querellantes en contra de la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 7 de mayo de 2014, por haber incurrido en errónea aplicación de la ley penal, según dispone el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal (CdPP).

En primera instancia, en causa Rol N° 697-2011 instruida por el Ministro en Visita sr. Mario Carroza, la sentencia de 30 de octubre de 2013 rechazó la excepción de prescripción de la acción penal, y condenó al acusado Heriberto Flores Muller como autor del delito de homicidio calificado de Ricardo Solari Longo, cometido el 1° de enero de 1974, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, otorgándose el beneficio de remisión condicional de la pena. Asimismo, la sentencia acogió la demanda civil interpuesta en su contra, y condenó al acusado a pagar la indemnización respectiva, en forma solidaria con el Fisco de Chile.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia por el acusado, el Consejo de Defensa del Estado (CDE), los querellantes y el representante del Programa de Continuación de la ley N° 19.123, salvo en lo relativo a la prescripción de la acción civil interpuesta por el CDE, revocando la sentencia a este respecto.

En contra de la sentencia de segunda instancia, el Programa de Continuación de la ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y el abogado representante de las querellantes, interpusieron recursos de casación en el fondo invocando la causal del artículo 546 CdPP. En común, ambos recursos impugnaron tanto la aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal (CP), que establece la institución de la *media prescripción*, como lo dispuesto en el artículo 411 inc. 2° del Código de Justicia Militar (CJM), que establece una atenuante de efecto extraordinario

respecto del uso de armas por funcionarios de Carabineros de Chile, y la incidencia de ambas disposiciones en la determinación judicial de la pena. Adicionalmente, el abogado de las querellantes impugnó la sección civil del fallo de segunda instancia, por reconocer la excepción de prescripción de la acción civil, argumento que, en definitiva, fue el único acogido por la Corte Suprema en su sentencia de casación y reemplazo.

En síntesis, la sentencia de la Corte Suprema resolvió sobre tres materias sometidas a su conocimiento: el ámbito de aplicación de la circunstancia atenuante de efecto extraordinario establecida en el artículo 411 inc. 2° CJM, y la procedencia de la media prescripción y la demanda civil en casos de imprescriptibilidad de la acción penal. El presente comentario tiene por objeto el análisis exclusivo de las dos primeras, la cuestión civil, en cambio, excede su contexto de análisis jurídico-penal.

La decisión de la Corte rechazó por mayoría de votos que existiera una aplicación errónea de la atenuante del artículo 411 inc. 2° CJM. Por el contrario, también por mayoría de votos, estimó que existía un error en la aplicación de la prescripción gradual del artículo 103 CP, pero consideró que carecía de influencia en lo sustancial del fallo impugnado, dado el reconocimiento de la atenuante del CJM y su efecto de rebaja de uno, dos o tres grados de la pena.

En relación a la circunstancia atenuante del artículo 411 inciso segundo, el considerando cuarto de la sentencia expresa la forma como la Corte comprendió el problema sometido a su conocimiento y las razones que justificaron su decisión. En síntesis, su argumento puede ser expuesto en los siguientes términos:

a) La víctima incumplió una prohibición impuesta por Carabineros de Chile, de traspasar un cerco de vallas papales que impedía el ingreso a una Embajada (obligación de detenerse, retroceder y no seguir avanzando hacia un lugar protegido y con custodia policial).

b) El impedimento de acceso impuesto por Carabineros satisface la exigencia del artículo 411 inciso 2° CJM, respecto del carácter de “detenido” o “preso” que debe concurrir en el agente.

c) La víctima fue debidamente intimada por el funcionario policial, lo que satisface una segunda exigencia del artículo 411 inciso 2° CJM.

d) Sin embargo, el uso del arma no se estima racionalmente necesario en la forma que se hizo, razón por la cual esta circunstancia no exime de responsabilidad (según el inciso primero del artículo 411 CJM), pero la atenúa, al concurrir los presupuestos que exige el inciso 2° de la misma disposición.

El problema presente en el argumento de la Corte, es que el sentido de las expresiones “detenido” y “preso”, corresponde a una definición institucional en tanto referencia a la adopción de medidas cautelares personales durante la realización de un proceso penal (detención y prisión preventiva), o a la imposición de una condena privativa de libertad (presidio, reclusión o prisión). Sólo a estas situaciones se alude correctamente con las referencias a un “detenido” o “preso”.

Desde esta perspectiva, la Corte incurre en una interpretación incorrecta de tales expresiones, al exceder el límite predefinido por reglas legales que definen institucionalmente y delimitan el sentido de tales términos.

En este mismo sentido, se expresa el voto en contra de los Ministros Brito y Künsemüller, en tanto estiman que a este respecto, existe un error de calificación jurídica de los hechos. La eximente del inciso primero, cuyos requisitos son exigibles también en el inciso segundo, establece que debe tratarse de un detenido o preso, que huya. Ninguno de estos dos presupuestos de la eximente concurre en el presente caso.

En tanto esta eximente de responsabilidad (en abstracto) establece una razón para la impunidad, en términos de excluir el injusto pese a la tipicidad correctamente afirmada a título de homicidio calificado, al tratarse del cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo, su función dentro de la estructura de la teoría del delito corresponde al desempeñado por una causa de justificación. Ello es relevante en tanto su aplicación no está restringida de modo equivalente a las reglas que establecen presupuestos para la punibilidad, bajo el principio de legalidad en su manifestación de *lex stricta*¹. Ello implica que en relación a su aplicación, la eximente del artículo 411 y la atenuante del inciso segundo, admiten una extensión de su aplicabilidad fundada en argumentación analógica.

Sin embargo, la posibilidad de identificar el *telos* de la regla del artículo 411 CJM, en el caso concreto sometido a decisión de la Corte está excluida. El fin de la regla es autorizar el uso de un arma frente a una persona privada de libertad que huye. La aplicación válida fundada en un razonamiento analógico solo resulta procedente a casos en que concurre una privación de libertad quebrantada mediante una huida. Pero nada de esto concurre en el caso. Un impedimento de acceso no es constitutivo de una privación de libertad, en tanto se entienda por tal una pérdida de libertad de movimiento en todas sus direcciones². La prohibición de ingreso solo es constitutiva de una restricción de libertad, y en consecuencia, no es coincidente con la finalidad de la regla.

Desde otra perspectiva, el artículo 411 no se circunscribe a la definición material de una afectación específica (privativa) de la libertad ambulatoria. Tanto en el caso del detenido, como en el caso del preso, los términos con que se expresa el estado de privación de libertad están vinculados al ejercicio de la potestad punitiva estatal, en tanto expresión de medidas cautelares personales o de ejecución de una pena privativa de libertad. Por tanto, el fin de la regla es autorizar el uso del arma ante un quebrantamiento de una situación de privación de libertad vinculada al proceso penal o la ejecución de la pena, mediante una huida. Pero ello no concurre

¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, (Madrid, 1997), t. I, p. 158.

² CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación (Madrid, 1998), pp. 240-241

en el caso, la víctima se encuentra libre y no huye, solo pretende ingresar a un lugar traspasando un cerco de seguridad, y no existe vinculación alguna con una imputación o afirmación de responsabilidad penal en su contra.

En este mismo sentido, se expresa el voto en contra del Ministro Brito y la prevención del Ministro Künsemüller: *“Es posible que se tenga por cierto que se le hicieron advertencias en el sentido que se detuviera y no siguiera avanzando hacia la Embajada, pero ello no tiene la entidad suficiente para darle el carácter de detenido o preso que huye, connotación que no es posible asignarle de modo analógico tampoco”*. La corrección de esta afirmación es manifiesta si se observa lo dispuesto en el artículo 412 CJM, que extiende los efectos del artículo 411 CJM, al caso *“en que el Carabiniero haga uso de sus armas en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabiniero tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla”*. Con ello, la regulación explícitamente está señalando que la desobediencia que autoriza el uso del arma, fuera del art. 411, se encuentra vinculada a una orden judicial que el Carabiniero tenga orden de velar, pero en ningún caso, basta una orden cuyo origen se encuentra en una decisión que tenga como fuente originaria a la institución policial.

Por cierto, el debate podría haberse orientado a la discusión sobre la existencia de un déficit cognitivo en el acusado, en tanto estimar que la regla del artículo 411 abarca también casos de impedimento de acceso emanados de orden policial, o haber sostenido la concurrencia de una representación errónea de peligro de agresión para personas presentes en la Embajada, que habilitara la acción defensiva del funcionario (invocando una legítima defensa o la regla del artículo 410 CJM). Ello habría situado el caso en la discusión por la eventual concurrencia de un error de prohibición (vencible, según las características del caso) en el primer punto, o de un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, en el segundo. Sin embargo, argumentos en este sentido no fueron planteados.

Finalmente, en relación al punto c), en el texto de la sentencia no se observa que el enunciado contenido en el considerando cuarto (*“se tuvo como hecho del proceso que el requerido fue debidamente intimado por el funcionario policial”*) sea correcto, toda vez que en el considerando tercero, al citar los hechos establecidos en la sentencia de primera instancia, se omite referencia a esta intimación, y en el considerando decimosexto se establece que el ingreso al cerco perimetral *“motiva al encausado a hacer uso de su arma de servicio, previo a efectuar las intimaciones para que se detuviera mediante voces de alerta”* (destacado nuestro)³.

La “intimación de detenerse” no tiene un rol negativo para la valoración de la necesidad racional, en términos que la ausencia de intimación impide calificar el

³ También ambos recursos, según las referencias contenidas en los considerandos primero y segundo, señalan que tales intimaciones no fueron realizadas antes de disparar.

uso del arma como racionalmente necesario. Por el contrario, es un presupuesto fáctico de la regla eximente, adicional a la calidad de “detenido o preso que huye”, a lo que se agrega que dicha intimación debe ser desobedecida. Por lo tanto, si no hay intimación, su consecuencia no es la atenuación por falta de necesidad racional, sino simplemente la exclusión del caso del ámbito de aplicación del artículo 411, en ambos incisos.

En relación a la inaplicabilidad de los efectos atenuatorios del artículo 103 CP, el considerando quinto de la sentencia expresa las razones que justificaron la decisión de la Corte. En síntesis, su argumento puede ser expuesto en los siguientes términos:

a) El hecho constituye un delito de lesa humanidad, cuya acción es imprescriptible (e inamnistiable).

b) El fundamento de la prescripción (plena y parcial) es el transcurso del tiempo.

c) *“Al estar basada la circunstancia atenuante especial, también en el transcurso del tiempo, ello conlleva la imposibilidad de su aplicación, encontrándose ella expresamente censurada en los Convenios de Ginebra y en los principios generales del derecho internacional”*.

d) La sentencia recurrida incurre en un error de derecho al acoger la media prescripción, pero es un error irrelevante en atención a la concurrencia de la atenuante del artículo 411 inc. 2º CJM.

Es posible que los argumentos que explican el fundamento de tales enunciados hayan sido omitidos en la sentencia, en atención al entendimiento de la opinión de mayoría, que afirmó la irrelevancia de esta materia para la decisión. Sin embargo, en atención a que la afirmación de la concurrencia de la atenuante del artículo 411 inc. 2º CJM es errada, por las razones señaladas anteriormente⁴, es necesario precisar a lo menos los términos del debate implícito⁵ entre la opinión de mayoría y la prevención de los Ministros Dolmestch y Künsemüller.

En síntesis, el argumento de la prevención es establecer que el fundamento y los efectos entre prescripción y prescripción gradual son diferentes.

a) En cuanto a los efectos (“consecuencias”), la prescripción “conduce a dejar sin castigo el hecho”, en cambio, la media prescripción solo “conduce a una rebaja de la pena”.

⁴ En este sentido, la opinión del Ministro Brito, quien afirma la necesidad de acoger los recursos.

⁵ La doctrina ha criticado la inexistencia de un verdadero enfrentamiento de argumentos en las sentencias que se han pronunciado sobre la aplicabilidad del Decreto Ley de Amnistía y la imprescriptibilidad, en tanto no se observa que las posturas defendidas se hagan efectivamente cargo de los argumentos en contra. En este sentido, la decisión no dependería del peso de las razones esgrimidas, sino por el contrario, del azar de la conformación de la Sala. Al respecto, CORREA, Cristián, *El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez*, en VELOSO VALENZUELA, Paulina (editora), *Justicia Derechos Humanos y el Decreto Ley de Amnistía*, (LOM, 2008), pp. 45 y 67.

b) En cuanto al fundamento, la prescripción descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta. En cambio, en la prescripción gradual, el decurso del tiempo no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, pero puede atemperar la severidad de la represión.

c) Aunque haya transcurrido todo el plazo de prescripción de la acción penal (de un delito imprescriptible) no existe ninguna restricción legal, constitucional, de derecho convencional internacional o de *ius cogens* para la aplicación de la prescripción gradual, dado que sus prescripciones solo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad penal.

La diferencia entre los efectos de ambas instituciones es un elemento constitutivo del problema, pues se trata de determinar si la inaplicabilidad de un efecto implica necesariamente la del otro. Por ello, la solución no puede depender de esa diferencia. Lo central es determinar si la exclusión del fundamento de la prescripción, como explicación de la neutralización de su efecto, es también fuente de la exclusión del fundamento de la media prescripción, para afirmar en consecuencia que tampoco es procedente el efecto atenuatorio.

Excluyendo el argumento que explica el fundamento de la prescripción por consideraciones procesales, la prevención de los ministros sostiene un argumento tradicional en el debate: la prescripción se vincula al “*olvido*” del delito. Ello implica que el transcurso del tiempo elimina la necesidad preventiva general y especial de irrogar la pena, y por ello, se extingue la responsabilidad penal⁶. Desde esa perspectiva, la expresión contenida en la prevención “la necesidad de no reprimir la conducta”, no constituye un argumento adicional, sino que solo es comprensible si es vinculada al primero: el olvido del delito elimina la necesidad (preventiva) de reprimir la conducta.

Luego, si el transcurso del tiempo tiene un efecto en la necesidad preventiva de la pena, se trata de una cuestión graduable, en términos que existe un lapso de tiempo para el olvido del delito, cuyo transcurso va reduciendo la necesidad del castigo, morigerando la sanción.

Desde esta perspectiva, si se excluye el fundamento de la prescripción, en términos que es improcedente el efecto del transcurso del tiempo para el olvido, por la naturaleza específica del delito, entendido como un daño permanente para la sociedad nacional y la comunidad internacional⁷, entonces, tampoco ese transcurso del tiempo podrá paulatinamente producir un efecto atenuatorio, pues este está vinculado a su efecto principal. La atenuación no es más que el efecto de la

⁶ HORVITZ LENNON, María Inés, Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad, en VELOSO VALENZUELA, Paulina (editora), ob. cit., pp. 96-97.

⁷ HORVITZ LENNON, María Inés, Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad, ob. cit., p. 97.

insatisfacción del plazo respectivo, pero teleológicamente vinculada a su fundamento: la desaparición (paulatina) de la perturbación que el delito conlleva. Ya no se trata de una perturbación presente de la convivencia social. Y esto es lo central del argumento (implícito) de la opinión de mayoría de la Corte.

Sin embargo, este argumento no puede ser reafirmado concluyentemente por la referencia a la imprescriptibilidad derivada de las reglas del derecho internacional de los derechos humanos. No existe una censura expresa del efecto atenuatorio en los Convenios de Ginebra, ni en las reglas que se entienden comprendidas en el *ius cogens*. Como sostiene la prevención, el derecho convencional internacional o el *ius cogens*, solo se limita al efecto extintivo de la responsabilidad penal. La proscripción del efecto atenuatorio requiere, en estos términos, ser argumentada bajo una exigencia de estricta proporcionalidad de la pena⁸.

Por ello, es necesario volver al problema del fundamento del efecto extintivo de la prescripción, y el fundamento de la imprescriptibilidad. Respecto de lo primero, existe un argumento desprovisto de connotaciones preventivas (sobre la función de la pena) que explica el fundamento de la prescripción desde la perspectiva de las condiciones que legitiman el ejercicio de la potestad punitiva estatal, como un compromiso del Estado de derecho. En este sentido, lo esencial de la persecución penal pública es su contingencia, pero la exposición de estar sometido a ella está restringida según límites temporales. Esto significa que el Estado no se puede reservar indefinidamente en el tiempo la posibilidad de reaccionar punitivamente persiguiendo el hecho punible (o ejecutando la pena). La prescripción, en este sentido, clausura la contingencia de la persecución punitiva una vez transcurrido un determinado lapso⁹.

De lo anterior, se deriva que es esencial para el efecto de la prescripción que se den las condiciones para que se dé inicio al cómputo del plazo. Y ello se encuentra descartado si la persecución penal no es contingente, por existir una decisión deliberada de no perseguir y mantener en la impunidad los delitos respectivos¹⁰.

Al respecto, es relevante lo sostenido por Bascuñán Rodríguez, en relación a la categoría de los *delitos de impunidad*: “*son los delitos contra intereses fundamentales, cometidos por personas vinculadas a las funciones de mantención de vigencia del orden establecido, en forma sistemática y/o generalizada, y bajo condiciones fácticas de impunidad conocidas y asumidas ex ante por los autores de esos delitos*”¹¹.

⁸ CORREA, Cristián, ob. cit., p. 68.

⁹ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía, en *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2004), p. 32, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, Terror, pena y amnistía, (Santiago, 2010), pp. 208 y ss.; HORVITZ LENNON, María Inés, Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile, en *Anuario de Derechos Humanos*, (Santiago, 2006), pp. 224-225.

¹⁰ MAÑALICH RAFFO, Terror, pena y amnistía, ob. cit., p. 214.

¹¹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Derechos fundamentales y derecho penal, en *Revista de Estudios de la Justicia* 9 (2007), p. 72.

Frente a estos delitos, una posterior decisión legislativa de prescindencia de la pena tiene el sentido de confirmación de la comunicación que portaban los delitos: la erosión de las expectativas normativas de los afectados, en términos de una redefinición del alcance del fin de protección de las normas de comportamiento, con exclusión de los intereses de los afectados. “*Esta es la razón profunda de la inexorabilidad de la ejecución de la pena como procedimiento de solución del conflicto suscitado por estos casos. Así es como se logra negar institucionalmente la validez del mensaje cuasinormativo de esos delitos, afirmando con ello la vigencia categórica, definitiva y universal de las normas fundamentales*”¹².

Desde este punto de vista, el decreto ley N° 2.191, de 1978 (DL de amnistía), en tanto autoamnistía o autoexoneración de la responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, es la expresión de una decisión posterior del Estado de no perseguir los delitos cometidos por sus agentes, procurando su impunidad¹³. Y en este contexto, la persecución penal de ellos carece de la contingencia necesaria para la procedencia de la prescripción, pues existe una razón institucional para afirmar que tales delitos no deben ser perseguidos. Ese es el fundamento de la imprescriptibilidad, en términos que bajo tales condiciones institucionales, ningún plazo puede comenzar a transcurrir¹⁴.

En tanto el DL de amnistía se considere una regla vigente en el derecho chileno, existe una decisión institucional para la omisión de la persecución de tales delitos. Y bajo esta perspectiva, no es sostenible la procedencia del inicio del cómputo del plazo para prescribir¹⁵, sea su efecto la extinción de la respon-

¹² BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Derechos fundamentales y derecho penal, en *Revista de Estudios de la Justicia* 9 (2007), p. 72.

¹³ HORVITZ LENNON, María Inés, Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile, ob. cit., pp. 221-222; HORVITZ LENNON, María Inés, Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad, ob. cit., p. 94; MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía, ob. cit., p. 25. Sobre autoamnistía, ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barrios Altos, párrafo 43: “*las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia e impiden a las víctimas y sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*”. Vid. tb. el voto razonado del juez Cançado Trindade en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid.

¹⁴ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía, ob. cit., p. 32; HORVITZ LENNON, María Inés, Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad, ob. cit., p. 99.

¹⁵ HORVITZ LENNON, María Inés, Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad, ob. cit., p. 99, entiende que el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal de los crímenes de

sabilidad penal o la atenuación según el artículo 103 CP. Pues de otro modo, la ilegitimidad de la autoamnistía habrá producido el efecto de atenuar la sanción de los responsables. Y la prescripción extintiva o atenuatoria, que es consecuencia de la omisión deliberada del Estado en la persecución de tales delitos, no puede considerarse, a fin de restablecer la vigencia de la norma quebrantada, como una solución legítima y funcionalmente equivalente a la atribución de responsabilidad por el Estado, a través de un proceso penal y la imposición de una pena proporcional al hecho¹⁶.

lesa humanidad cometidos en situación institucional o fáctica de impunidad, debiera considerarse suspendido mientras no hubiese finalizado dicha situación, y tal circunstancia debe considerarse como una cuestión de hecho, proponiendo tres hitos posibles para su cómputo: el restablecimiento del orden democrático, la publicación del Informe Rettig, o “cuando dejó el poder aquel que fue considerado garante de la impunidad de los crímenes cometidos durante su régimen”. MAÑALICH RAFFO, Terror, pena y amnistía, ob. cit., p. 231, señala en cambio que el D.L. de amnistía es un obstáculo institucional a la punición, reconociendo así su efecto de inhibición institucional de la persecución, en tanto su validez no haya sido efectivamente puesta en entredicho. Para él, “la determinación del momento en que el plazo de prescripción tendría que empezar (o volver) a correr en estos casos necesitaría hacerse depender, por lo mismo, de un reconocimiento institucional concluyente de la invalidez relativa del D.L. N° 2.191” (pp. 232-233).

Que la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid, sea un modo de reconocimiento institucional de esa nulidad, es una cuestión debatible, en especial, si se considera que la misma sentencia dispone que “el Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile”. En relación a las razones de la Corte, el precedente del caso Barrios Altos, expresado en el alegato de la Comisión y en el voto razonado del juez Cançado Trindade (violación de los artículo 8, 25 y 1.1. y 2 de la Convención) es explícito en el sentido de afirmar la incompatibilidad de la Convención con las leyes de autoamnistía. Sin embargo, la Corte fijó como premisa fundamental de su análisis el carácter de lesa humanidad del hecho, estableciendo expresamente que “más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar (párrafo. 120). Pero como bien expresa el voto razonado del juez Cançado Trindade, el carácter de autoamnistía es razón suficiente para su declaración como contraria a la Convención, y por tanto, el D.L. de Amnistía “carece de efectos jurídicos”, como afirma la sentencia Almonacid en los párrafos 145 y 119. Desde esta perspectiva, “dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile” (párrafo 119).

¹⁶ HORVITZ LENNON, María Inés, Amnistía y prescripción en causas sobre violación de derechos humanos en Chile, ob. cit., p. 223; HORVITZ LENNON, María Inés, Crímenes de lesa humanidad y principio de legalidad, ob. cit., p. 96; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, Derechos fundamentales y derecho penal, ob. cit., p. 72. En detalle, MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía, ob. cit., pp. 25 y ss.

I. SENTENCIA DE CASACIÓN

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS:

En estos antecedentes Rol N° 697-2011, instruidos por el Ministro en Visita Sr. Mario Carroza Espinosa, por sentencia de primera instancia de treinta de octubre de dos mil trece, escrita a fs. 598 y siguientes, se rechazó la excepción de prescripción de la acción penal, opuesta como de previo y especial pronunciamiento y se condenó a HERIBERTO SAMUEL FLORES MULLER, como autor del delito de homicidio calificado de Ricardo Aldo Solari Longo, perpetrado el 1° de enero de 1974, a cumplir la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena y al pago de las costas de la causa. Se le otorgó el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Además, se acogió la demanda civil deducida y se condenó al acusado arriba individualizado en forma solidaria con el Fisco de Chile, a pagar a los actores María Angélica, Claudia Paz y Stella Solari Longo la suma de veinte millones de pesos a cada una, por concepto de daño moral sufrido, con el reajuste e interés que señala la sentencia que se revisa.

El referido fallo fue apelado por el acusado, el Consejo de Defensa del Estado, las querellantes y la representante del Programa de Continuación de la ley N° 19.123, recursos de los que conoció una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que por sentencia de siete de mayo de dos mil catorce, que se lee a fs.

701 y siguientes, rechazó la agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal que había sido pedida por la parte del Programa y decidió acoger la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el Consejo de Defensa del Estado y, con su mérito, revocó la sentencia apelada en esta última parte y rechazó la demanda civil deducida, confirmándola en lo demás impugnado.

Contra esta última resolución, tanto la representante del Programa de Continuación de la ley N° 19.123, como el apoderado de las querellantes, dedujeron recursos de casación en el fondo, los que se trajeron en relación por decreto de fs. 753.

CONSIDERANDO:

Primero: Que la representante del Programa de Continuación de la ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, ha invocado la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, denunciando infracción a los artículos 68, 69 y 103 del Código Penal y 411 inciso 2° del Código de Justicia Militar.

Sostiene que el erróneo reconocimiento de la circunstancia especial del artículo 103 del Código Penal incidió en una equívoca aplicación del artículo 68 inciso 3° y 69 de ese mismo cuerpo normativo, fijándose una pena privativa de libertad en grado inferior al que correspondía.

Afirma que en el proceso se estableció que se trata de un delito de lesa humanidad y luego, que se admitió la media prescripción por el tiempo transcurrido desde el hecho hasta la presentación de la querrela o hasta que se dictó auto de procesamiento; sin embargo,

los delitos de lesa humanidad no son susceptibles de amnistía ni prescripción y, por lo tanto, no pudo ser acogida en el presente caso.

Explica la existencia del estado de sitio de acuerdo a lo prevenido en el D.L. N° 5 dictado por la Junta de Gobierno y la aplicación subsecuente de los Convenios de Ginebra que prohíben los atentados contra la vida e integridad física de las personas, aludiendo al artículo 147 del citado Convenio de modo expreso al homicidio intencional. Además, el artículo 146 de la Convención sobre Protección de Personas Civiles en tiempo de Guerra establece el compromiso de los Estados partes de determinar sanciones adecuadas a quienes han cometido infracciones graves al Convenio; y, asimismo, su artículo 148 que impide la exoneración de responsabilidad propia o de otros Estados.

Agrega que la prescripción gradual comparte la misma naturaleza de la prescripción de la acción porque atiende al mismo fundamento y conlleva los mismos efectos que la prescripción y amnistía, que están expresamente prohibidos, de donde concluye que si no se puede computar el transcurso del tiempo para la declaración de prescripción de la acción penal, tampoco puede hacerse para aplicar la media prescripción.

En cuanto a la infracción que se denuncia a los artículos 411 inciso 2° del Código de Justicia Militar y 68 y 69 del Código Penal, sostiene el recurrente que se ha infringido el artículo 411 mencionado porque en la especie no se cumplen dos de sus tres requisitos,

cuales son: que se trate de un preso o detenido que huye; y, que quien huye no obedezca las intimaciones a detenerse que le sean formuladas.

En efecto, en el hecho se estableció que el guardia del lugar supone que la víctima deseaba entrar a la Embajada y le dispara, de modo que la víctima no tenía ninguna de las calidades que señala el precepto y el acusado no hizo las intimaciones que ordena la disposición antes de disparar. A esto se agrega que solo el último requisito de la norma se verifica y tal es, que no exista necesidad racional de usar el arma de fuego.

Los errores denunciados han tenido influencia sustancial en la decisión porque llevaron a la aplicación de una pena que no correspondía, porque en definitiva, solo le beneficiaba una atenuante y, por lo tanto, la pena debió ser de presidio mayor en su grado medio a máximo, por lo que se concluye pidiendo la imposición de una pena de quince años de presidio mayor en su grado medio.

Segundo: Que por el recurso deducido por la parte querellante, se ha denunciado por una parte, infracción de ley cometida en la sección penal del fallo y, por otra, errónea aplicación del derecho en lo civil de la sentencia.

En lo que cabe a la sentencia penal, se aduce que se ha incurrido en infracción a los artículos 68, 69 y 103 del Código Penal y 411 inciso 2° del Código de Justicia Militar.

En relación al artículo 103 citado, explica el apoderado de las querellantes, que el investigado corresponde a un delito de lesa humanidad que no es

susceptible de amnistía ni prescripción y donde la denominada prescripción gradual comparte la misma naturaleza jurídica que la prescripción, de modo que no puede aplicarse al caso de autos.

Afirma que se trata de un delito de lesa humanidad porque constituye un ataque sistemático y generalizado a la población civil con conocimiento del autor.

Cita además, la Convención de Ginebra y de Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra, además de la Resolución 2538/69 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conforme a las cuales los crímenes de guerra son inamnistiables e imprescriptibles y no permiten la aplicación de excluyentes de responsabilidad que impidan la sanción de los acusados o que señalen penas que no se condigan con la gravedad de los delitos cometidos.

Además, tienen la misma naturaleza de la prescripción y no pueden ser aplicados al caso, porque ello conlleva su impunidad.

En lo que cabe a la atenuante especial del artículo 411 del Código de Justicia Militar, dice que no se cumplen las exigencias de dicha norma, porque la víctima no era detenido ni preso y tampoco huía ni desobedeció la orden de detenerse, desde que no existieron las dos intimaciones previas a que alude ese precepto.

Por otra parte y en lo que cabe a la sección civil del fallo, el recurrente alegó infracción a los artículos 332 y 2497 del Código Civil, la que se cometió porque se acogió la excepción de prescripción de la acción civil haciéndose aplicación del derecho común que no

tiene lugar en la especie y soslayando la procedencia de normas de orden constitucional y derecho internacional sobre derechos humanos incorporadas al derecho interno.

Sostiene que en el caso el delito fue cometido por un agente del Estado y, por lo tanto, infringiendo su deber de atender a la seguridad pública, social e individual de las personas.

Del modo señalado se trata de actos generadores de responsabilidad para el Estado porque fue perpetrado por agentes del Estado con propósito político y que comprometió la responsabilidad del Estado. Se trata en consecuencia, de una cuestión de orden público a la que no es aplicable la normativa común de manera que la sentencia de alzada dejó de aplicar normas constitucionales, la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado; los Tratados Internacionales, Convenciones y principios generales del derecho.

Al efecto debe tenerse en consideración que la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe a los Estados exonerarse de responsabilidad; en tanto los Convenios de Ginebra no restringen a la responsabilidad penal tal prohibición porque impiden eximirse de responsabilidad en general, sin distinguir.

Aduce que debió darse aplicación a los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 7º y 38 inciso 2º de la Constitución Política; 4º y 44 de la ley N° 18.575; 3 común de los Tratados de Ginebra; a la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto de Derechos Sociales y Políticos; Convención de Viena sobre los Trata-

dos; Tratado sobre Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad; y, los Principios Generales del Derecho Humanitario Internacional.

Esta parte concluye solicitando fallo de reemplazo que confirme la sentencia de primera instancia con declaración que eleva a quince años de presidio mayor en su grado medio, la pena privativa de libertad impuesta al acusado y que confirme también la acción deducida en lo civil.

Tercero: Que, en lo que atiene a las infracciones denunciadas en cuanto a lo penal de la sentencia, se ha impugnado tanto el reconocimiento de la atenuante especial del artículo 103 del Código Penal, denominada media prescripción, como la del artículo 411 del Código de Justicia Militar.

Es del caso, que si bien se estableció como hecho del proceso, en el razonamiento tercero de la sentencia de primera instancia, confirmada en esa parte por la que ahora se revisa, que "...el día 1° de enero de 1974, en horas de la noche, Ricardo Aldo Solari Longo, caminaba por Avenida Vicuña Mackenna, cerca de la Embajada de la República Argentina, y traspasa las vallas papales que cercaban el perímetro de la sede diplomática, lo que motiva que el Carabiniero que se encontraba de guardia en el lugar, al no ver que se detenía, supone que deseaba entrar a la Embajada y le dispara, bala que impacta a Solari Longo en el cuerpo y lo hace caer al suelo herido, luego se le traslada a la Posta Central, donde finalmente fallece a causa de herida a bala transfixiante braquio-torácica izquierda".

Luego, en el considerando décimo sexto, se agregó, a propósito del análisis de la circunstancia del artículo 411 del Código de Justicia Militar invocada por la defensa del acusado, que "...si bien en el caso no se trata de un preso o detenido, sí dice relación con una persona que no respeta una prohibición que Carabineros habría establecido como resguardo de una sede diplomática y por el contrario, decide vulnerar el cerco perimetral que rodeaba la embajada de Argentina, lo que motiva al encausado a hacer uso de su arma de servicio, previo a efectuar las intimaciones para que se detuviera mediante voces de alerta, esto es, el agente cumple con el ineludible deber de ejercer sus funciones, pero sin que se acredite que hubo una necesidad racional de hacer uso del arma para lograr detener al infractor, motivo el cual se descarta su conducta como eximente y se la considera como simple atenuante".

Cuarto: Que, a su turno, el referido artículo 411 del Código de Justicia Militar, ordena que "Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabiniero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

Esto no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados".

Como se advierte del razonamiento anterior, se estableció como hecho de la causa que el ofendido no cumplió

con una prohibición impuesta por Carabineros traspassando un cerco que expresamente le impedía el ingreso a una Embajada. Es efectivo que no se trata de una persona que tuviera previamente asignada la calidad de preso o detenido, pero enfrentaba una valla que le imponía la obligación de detenerse y retroceder, de no seguir avanzando porque se trataba de un lugar protegido y con custodia policial. Precisamente para eso se habían instalado las vallas y asignado funcionarios de Carabineros que resguardaran el lugar, siendo de conocimiento público el impedimento de acceso. Además, se tuvo como hecho del proceso que el requerido fue debidamente intimado por el funcionario policial, desconociéndose tan solo la necesidad racional del uso del arma de fuego, en la forma que se hizo, de modo tal que se situó el hecho en el caso que regula el inciso segundo de ese precepto de acuerdo a las circunstancias del suceso.

Del modo señalado, es un hecho del proceso la concurrencia de las exigencias del artículo 411 inciso segundo del Código de Justicia Militar, sin que se haya invocado la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y denunciado infracción de normas reguladoras de la prueba, de modo tal que no es posible alterar en esta parte el fallo y, por ende, se rechazará la infracción alegada.

Quinto: Que, en lo que cabe a la denuncia de infracción al artículo 103 del Código Penal, por haberse acogido una atenuante que era improcedente, sucede que efectivamente se ha incurrido en un error de derecho, pero este carece de influencia en lo sustancial de la decisión.

Al igual que la prescripción de la acción penal es improcedente en este tipo de delito, por tratarse de uno de lesa humanidad, cuya acción es imprescriptible e inamnistiable, al estar basada la circunstancia atenuante especial, también en el transcurso del tiempo, ello conlleva la imposibilidad de su aplicación, encontrándose ella expresamente censurada en los Convenios de Ginebra y en los principios generales del derecho internacional.

Sin embargo, ocurre que en la especie se ha reconocido al acusado la minorante de su irreprochable conducta anterior y además, la circunstancia especial del artículo 411 inciso 2° del Código de Justicia Militar, permitiendo esta última, por sí sola, la rebaja en uno, dos o tres grados de la pena.

En dicho escenario, el reconocimiento o rechazo de la denominada media prescripción carece de toda trascendencia, puesto que con la sola concurrencia de la especial modificatoria del Código de Justicia Militar, se ha podido imponer la sanción que viene aplicada por los jueces del fondo, de manera tal que los recursos deducidos en esta parte serán también desestimados.

Sexto: Que, finalmente, en lo que atañe a la parte civil de la sentencia, se denuncia infracción por haberse acogido en alzada, la excepción de prescripción deducida por el representante del Fisco de Chile.

Tratándose de delitos como los investigados, los que la comunidad internacional ha calificado como de lesa humanidad, la acción civil deducida en contra del Fisco tiene por objeto obtener

la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de un agente del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de las 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 del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Séptimo: 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. En el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, con la intervención de un agente del Estado, se impide no solo la declaración de prescripción de la acción penal que de él emana, sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción –por el transcurso del tiempo– de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado. En efecto, tratándose de delitos de lesa humanidad, si la acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción esta-

blecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos –integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental– que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

Octavo: Que en suma, pesando sobre el Estado el deber de reparar a la víctima, consagrado por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, el derecho interno no deviene en un argumento sostenible para eximirlo de su cumplimiento. No solo por lo ya expresado, sino porque este deber del Estado también encuentra su consagración en el derecho interno. En efecto, el sistema de responsabilidad del Estado deriva además del artículo 3° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Así, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios o agentes del

Estado autores del homicidio calificado de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado.

Noveno: Que, en esas condiciones, resulta efectivo que los jueces de alzada incurrieron en un error de derecho al momento de acoger la excepción de prescripción de la demanda civil incoada por la víctima en contra del Estado, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, de suerte tal que el recurso de casación en el fondo será acogido en esta parte.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 775, 781 y 786 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546 N.ºs. 1, 7 e inciso final y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 704 por la representante del Programa de Continuación de la ley N.º 19.123 y se acoge el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 722 por el abogado de las querellantes, solo en cuanto se ha impugnado la sección civil del fallo, de modo que se invalida la sentencia de siete de mayo de dos mil catorce, escrita a fs. 701 y siguientes, solo en cuanto se pronuncia respecto de los aspectos civiles de la sentencia en alzada, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Se previene que los Ministros Sres. Dolmestch y Künsemüller, no comparen lo declarado en el motivo quinto de esta sentencia, puesto que en su opinión, no ha existido infracción de derecho alguna al reconocerse la circunstancia de la media prescripción

en el presente caso. Para ello tienen en consideración que, el instituto de la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante solo conduce a una rebaja de la pena, distanciándose ello de la extinción de la responsabilidad penal. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido puede, en ciertos casos, atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden solo en el rigor del castigo —el que subsiste y excluye, por tanto, a la impunidad—, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo. Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas solo se limitan al efecto

extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada de los ilícitos, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al acusado. Del estudio de los autos fluye entonces que el lapso requerido para la procedencia de la institución cuestionada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez ha debido aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito y la prevención del Ministro Sr. Künsemüller; quienes no comparten lo expresado en los considerandos cuarto y quinto de esta sentencia, puesto que en su concepto, existe un error de calificación jurídica de los hechos establecidos en el proceso al estimar procedente la circunstancia del artículo 411 inciso 2º del Código de Justicia Militar.

El inciso primero de la citada disposición legal, señala tres exigencias para el reconocimiento de una eximente de responsabilidad penal, cuales son, el uso de arma por un Carabinero, en contra de un preso o detenido que huya y que no obedezca a las intimaciones de detenerse. Y luego, en el inciso segundo se permite el reconocimiento de una simple atenuante y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados, para el caso que no converjan todas las condiciones "...según las circunstancias y si éstas demostraren que no había

necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca".

Como se advierte, en el segundo inciso, se supone una situación semejante, pero donde el uso de las armas no aparece proporcionado.

En la especie, sin embargo, se trata de un sujeto que transita por la calle y que en algún momento traspasa las vallas de seguridad de una Embajada. No tiene, por lo tanto, la calidad de preso o detenido, no está tampoco huyendo. No ha sido puesto a disposición de la autoridad, ni ha sido retenido, por ello no huye.

Es posible que se tenga por cierto que se le hicieron advertencias en el sentido que se detuviera y no siguiera avanzando hacia la Embajada, pero ello no tiene la entidad suficiente para darle el carácter de detenido o preso que huye, connotación que no es posible asignarle de modo analógico tampoco, razón por la cual, no ha sido posible calificar la situación que se describe en el proceso como un hecho establecido, como aquel que configura la conducta que sanciona con menos rigor el artículo 411 inciso 2º del Código de Justicia Militar.

En el caso del Ministro Sr. Brito, dado que él tampoco concurre al reconocimiento de la atenuante especial del artículo 103 del Código Penal, el hecho resulta revestido tan solo de una atenuante simple, de modo que la pena a imponer debe ser mayor a la que ha sido impuesta por la sentencia, lo que conlleva acoger los recursos deducidos en lo penal.

En cambio, en lo que cabe al Ministro Sr. Künsemüller, al tratarse de un delito de homicidio calificado y, por ende, encontrarse consumado el delito, ocurre

que la infracción arriba descrita carece de influencia sustancial en la decisión y tal es el motivo por el cual el yerro de derecho anotado se ha consignado tan solo como una prevención, desde que no es suficiente para acoger los recursos deducidos.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz.

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

Rol N° 11983-2014.

II. SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que precede y a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos y teniendo además, presente:

1° Que, en lo sustancial se comparte lo informado por la Sra. Fiscal del Ministerio Público.

2° Que a fs. 655, el apoderado de las querellantes solicitó en relación a la acción civil deducida, el aumento de los montos regulados a título de indemnización.

3° Que las demandantes son las hijas de la víctima de estos antecedentes, que eran pequeñas a la fecha en que ocurrió el hecho investigado y que debieron, en consecuencia, crecer y desarrollarse en un grupo familiar sin la figura paterna, por haber sido el padre arrebatado por una acción violenta de un funcionario del Estado, viéndose con ello privadas de uno de sus derechos más básicos, cual es el de pertenencia a una familia.

Y de conformidad, además, a lo prevenido en los artículos 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia apelada de treinta de octubre de dos mil trece, escrita a fs. 598 y siguientes, con declaración que se eleva a cincuenta millones de pesos la indemnización que el Fisco de Chile y el acusado deberán pagar en forma solidaria a cada una de las demandantes en este proceso, con los reajustes e intereses que señala el fallo que se revisa.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz.

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

Rol N° 11983-2014.