Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos:

En los autos Rol N° 68.814-16 de esta Corte Suprema, por sentencia de quince de enero de dos mil dieciséis, a fojas 985, se absolvió a Víctor Zapata Curinao del cargo de ser autor del delito de homicidio simple de Mario Pilgrim Roa, cometido en la comuna de Contulmo en la noche del 4 al 5 de octubre de 1973. Enseguida se condenó a Julio Alfonso Tutt Fuentes como autor del referido delito a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa. En lo civil, se desestimaron las excepciones de pago y prescripción opuestas por el Fisco de Chile, condenándolo a pagar cuarenta millones de pesos ($40.000.000) a María Hortensia Salazar Puente, cónyuge de la víctima, y treinta millones de pesos ($30.000.000) a cada uno de sus hijos, Luz Oriana, Mario Edgardo y Cecilia Olga, todos Pilgrim Salazar, con los reajustes e intereses que indica la misma sentencia.

Impugnado ese fallo, una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de tres de agosto de dos mil dieciséis, a fojas 1.120, revocó la decisión que absolvía a Zapata Curinao y declaró en su lugar que éste queda condenado a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por su participación de autor en el referido delito. En lo demás, lo confirmó con declaración que la pena impuesta a Julio Tutt Fuentes se eleva a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. A ambos enjuiciados se impuso las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causa. En lo civil, se confirmó el aludido fallo con declaración que se eleva a ochenta millones de pesos ($80.000.000) la suma que se otorga como indemnización por el daño moral padecido a cada demandante, reajustada de acuerdo a la variación

del índice de precios al consumidor desde la fecha de la sentencia e intereses para operaciones reajustables a partir de que esta quede firme.

Contra el anterior pronunciamiento la defensa del sentenciado Julio Tutt Fuentes dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, en tanto que el representante del Fisco de Chile formalizó únicamente recurso de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1.199.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en la forma deducido por el condenado Tutt Fuentes se funda en las causales 6ª y 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal.

La primera de ellas se sustenta en la contravención, por errónea aplicación, de los artículos 94 Nº 4 y 560 Nº 2 del Código Orgánico de Tribunales, y por la falta de aplicación de los artículos 74, 76 y 180 a 195 del Código de Justicia Militar.

Según se sostiene, los hechos materia de la acusación ocurrieron en tiempo de guerra, lo que corrobora con la dictación del DL Nº 5 de 12 de septiembre de 1973 que excluyó la posibilidad de que toda autoridad ajena a los tribunales militares pudiera inmiscuirse en sus funciones, con lo cual han de recibir aplicación los Convenios de Ginebra, concebidos para ser aplicados por la judicatura de tiempo de guerra. Sin embargo el Ministro Instructor de este proceso prescindió de esa normativa al conocer y fallar la causa como juez en tiempo de paz. Tal cuestión fue reclamada en la instancia como incidente por declinatoria de competencia y por la vía del recurso de casación en la forma contra el fallo de primer grado, manteniéndose el error en la tramitación del proceso.

Segundo: Por la causal de invalidación formal del N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal se afirma por el mismo impugnante que el razonamiento del fallo para reconocer una improcedente jurisdicción y competencia al Ministro Instructor se funda en disposiciones atingentes al tiempo de paz, infringiéndose con ello los artículos 94 Nº 4 y 560 Nº 2 del Código Orgánico de Tribunales y 74, 76, 180 a 195 del Código de Justicia Militar. También

se reclama por este motivo de casación la infracción al artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, pues en el fallo no se señalan las presunciones en virtud de las cuales se tuvo por acreditada la participación de Julio Tutt en los hechos, sino que solo contiene referencias genéricas sin precisar el razonamiento que llevó a concluir que la bala que disparó Tutt fue la que causó la muerte a víctima. Nada se dice acerca del disparo que Pilgrim habría recibido estando fuera del móvil, cuya existencia ratifican los testigos, ni se justificó que efectivamente Tutt haya ordenado disparar al enjuiciado Zapata.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia impugnada como consecuencia de la incompetencia del sentenciador y por cuanto el fallo no habría sido extendido en la forma dispuesta por la ley, todo ello a fin que se dicte sentencia de reemplazo en la que, si se reconoce la existencia del tiempo de guerra, se declare la incompetencia absoluta de los tribunales ordinarios y se ordene la remisión de los antecedentes a quien corresponda en derecho. En su defecto, se dicte fallo de reemplazo que absuelva a Tutt de los cargos formulado, con costas.

Tercero: Que el recurso de casación en el fondo promovido por la misma defensa se desarrolla en tres capítulos.

Su segmento inicial se funda en las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 459, 464 y 488 Nros. 1 a 5 del mismo cuerpo legal, en conexión, a su vez, con los artículos 1 y 15 del Código Penal y 1698 del Código Civil.

Según se sostiene, la condena de Tutt Fuentes se funda en presunciones que no reúnen los requisitos legales establecidos en los numerales 1º a 5º del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal para constituir prueba completa ni se enuncian una a una en la forma que ordena el artículo 502 del mismo cuerpo normativo. Lo único demostrado es que el 4 de octubre de 1973, durante las horas del toque de queda, se escucharon ruidos de detonaciones que hicieron pensar al personal de la Tenencia de Carabineros que la unidad estaba siendo atacada,

disponiéndose el procedimiento policial pertinente. Se comprobó que se trataba de "cuetazos" que emitía un autobús al que se ordenó su detención para hacer descender a sus ocupantes. Durante el trayecto a la Tenencia, estando reducidos los detenidos, un Carabinero, sin orden alguna y por iniciativa propia, disparó a quemarropa a la víctima, provocándole la muerte.

La sentencia sin embargo estableció que su mandante y el condenado Víctor Zapata Curinao estaban en el grupo de Carabineros que disparó en forma indiscriminada contra el autobús conducido por Mario Pilgrim, participando en la detención de todos sus acompañantes, en circunstancias que la intervención de Tutt fue legítima, porque no se demostró dolo de matar, limitándose su actuar a la orden de detener un bus del que parecían efectuarse disparos, de manera que su conducta se encuentra amparada por la eximente de responsabilidad del artículo 10 Nº 10 del Código Penal.

Por último se impugna la calificación del delito como de lesa humanidad ya que ninguna de las convenciones internacionales que alude el fallo se encontraba vigente a la época de ocurrir los hechos.

El siguiente apartado del recurso se funda en la causal 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal por infracción a los artículos 434 inciso segundo, 433 Nros. 6 y 7 del aludido texto y 28 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, a consecuencia del rechazo de las excepciones de amnistía y prescripción contenidas en los artículos 93 Nº 6, 94, 95, 96, 97 y 98 del Código Penal en relación al artículo 408 Nº 5 del Código de Procedimiento Penal.

Dicha decisión se fundó en el fallo en normas internacionales que no se precisan, pero en todo caso ninguna ratificada y vigente en Chile a la época de los hechos, como sucede con el Pacto de San José de Costa Rica y el Estatuto de Roma. Si existió tiempo de guerra como razona la sentencia, han debido aplicarse los artículos 180 a 195 del Código de Justicia Militar, que regulan el procedimiento en tiempo de guerra al que deben someterse los inculpados por ser funcionarios de Carabineros, acorde a lo que disponen los artículos 425 y 427 del aludido

estatuto legal. En tal entendimiento son competentes los fiscales de guerra, los consejos de guerra y los comandantes en jefe establecidos en los artículos 74 y 76 del Código de Justicia Militar, de modo que el Ministro en Visita y la Corte de Apelaciones carecían de jurisdicción para conocer del ilícito.

El capítulo final del recurso se sustenta en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal dada la falta de aplicación de los artículos 103 y 68 del Código Penal, normas de orden público que el fallo no pudo desatender pues la prescripción gradual es una institución distinta de la prescripción total, con fines, fundamentos y efectos diversos que justifican su reconocimiento.

Con tales argumentos, en la conclusión, solicita que en el evento de acogerse el apartado inicial del recurso, se invalide el fallo y se absuelva a su mandante de los cargos formulados. En su defecto se disponga el sobreseimiento definitivo de la causa por haber operado la amnistía y la prescripción o, por último, de acogerse el segmento final relativo a la prescripción gradual, se rebaje la pena impuesta de acuerdo a lo que dispone el artículo 68 inciso tercero del Código Penal a la de presidio menor en su grado medio a máximo.

Cuarto: Que, por su parte, el Fisco de Chile formalizó recurso de casación en el fondo contra la decisión civil de la sentencia fundado en los artículos 764, 767 y 770 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal.

En primer término se denuncia la falsa aplicación de los 41 del Código de Procedimiento Penal, 1437, 2332, 2492, 2497, 2514 del Código Civil y las normas de interpretación de los artículos 19 y 22 inciso primero del referido cuerpo de leyes, al prescindir el fallo de la regulación contenida en el derecho interno a propósito de la prescripción de la acción civil ejercida. Indica el recurso que no existe en la legislación norma de fuente nacional o internacional que establezca la imprescriptibilidad de la acción intentada, término que es de cuatro años, como establece el artículo 2332 del Código Civil.

En el caso que se revisa, la notificación de la demanda se verificó el 3 de agosto de 2015, fecha en que el plazo señalado ya se encontraba vencido, incluso si se considera que estuvo suspendido durante el régimen militar hasta la vuelta a la democracia o hasta la entrega del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

Por ello, al apartarse el fallo de las disposiciones sobre prescripción del Código Civil, vulneró las reglas de los artículos 19 inciso primero y 22 inciso primero de ese texto legal, porque no debía desatenderse el contexto de la ley y lo dispuesto en su artículo 2497, que manda aplicar las disposiciones sobre prescripción a favor y en contra del Estado.

En un segundo capítulo se reclama la falsa aplicación de las normas de derecho internacional de los Derechos Humanos que no contemplan la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales. A estos efectos explica que la sentencia extendió indebidamente la imprescriptibilidad prevista para la persecución penal de los responsables de delitos de esta naturaleza al ámbito patrimonial. En todo caso la sentencia no cita ninguna disposición de algún tratado internacional suscrito y vigente en Chile que establezca dicha imprescriptibilidad para el caso del ejercicio de acciones pecuniarias provenientes de violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, a falta de norma expresa de derecho internacional debidamente incorporada a nuestro ordenamiento interno, la sentencia no debió apartarse de los artículos 2332 y 2497 del Código Civil.

Por último se funda el recurso en la infracción de los artículos 17 a 27 de la Ley N° 19.123 en relación con los artículos 19 y 22 del Código Civil, todo ello en razón de que se concedió una indemnización en circunstancias que los actores ya habían sido resarcidas por el mismo hecho con los beneficios de la Ley N° 19.123. Tales beneficios resultan ser incompatibles con cualquier otra indemnización, pues en virtud de ellos se reparó por el Estado el daño experimentado, lo que excluye la posibilidad de que posteriormente sea demandada y otorgada una nueva

indemnización por los mismos conceptos. De ese modo, al recibir tales sumas de dinero, los demandantes extinguieron su acción contra el Fisco.

Con dichos argumentos termina por pedir que se anule la sentencia impugnada, en su sección civil, a fin que, en su reemplazo, se resuelva desechar íntegramente la acción intentada.

Quinto: Que en relación a los motivos de nulidad formal hechos valer por la defensa del condenado Tutt Fuentes, es necesario tener en cuenta que su proposición se encuentra reglada en los artículos 535 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, normativa que a su vez se remite en lo que no pugne con tales disposiciones, a lo estatuido en los párrafos 1º y 4º del Título XIX, Libro III del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo a lo anterior, entonces, resultan aplicables al recurso de casación en la forma en materia penal las exigencias referidas a la preparación de algunos de sus motivos, carga que alcanza a las dos causales alegadas en autos, esto es, la incompetencia del tribunal y la infracción a la forma en que la ley impone han de extenderse las sentencias.

Respecto de estos motivos de invalidación el recurrente sostiene haber satisfecho la exigencia legal alegando que respecto de la primera -incompetencia del tribunal- que dedujo el correspondiente incidente de nulidad procesal y recurso de casación en la forma contra el fallo de primer grado y, en cuanto a la segunda, que el vicio que se denuncia se produjo en la sentencia de la Corte de Apelaciones, por lo que su preparación no habría sido necesaria.

Sexto: Que, sin embargo, tal argumentación resulta inadmisible en un recurso como el que se analiza, toda vez que su forma de proposición se encuentra reglada estrictamente en la ley, imponiendo al agraviado la obligación de reclamar de los vicios que expone en forma oportuna y en todos los grados, salvo que la falta haya tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de casar o haya llegado al conocimiento de la parte después de dictado el fallo, excepciones que no concurren en el caso en estudio.

Por una parte, cabe tener en vista que en lo que atañe a Tutt Fuentes la sentencia atacada es confirmatoria de la de primera instancia, deduciéndose en contra de dicho fallo recurso de casación en la forma únicamente por la causal de incompetencia del tribunal, pero no se atacó por esa vía la falta de fundamentación en torno a la participación que se atribuye al procesado en los hechos, respeto de lo cual solo se dedujo recurso de apelación.

En lo concerniente a la supuesta incompetencia, se desprende de los autos que Tutt Fuentes cuenta con defensa letrada desde su procesamiento, el 10 de noviembre de 2012. El 23 de enero de 2013 promovió una cuestión de competencia porque los hechos que motivaron su encausamiento no constituirían un caso de violación a los derechos humanos, de modo que su conocimiento no pudo radicarse en un Ministro en Visita sino que debía conocer de los hechos un tribunal común o bien uno militar, lo que fue desestimado por resolución de 17 de abril de 2013.

De lo relacionado queda de manifiesto que no se reclamó que el conocimiento del asunto correspondería a tribunales de tiempo de guerra, cual es lo ahora alegado.

Como se advierte, el impugnante incumplió la carga procesal que lo habilita para la petición de nulidad de preparación del recurso.

Séptimo: Que sin perjuicio que lo expuesto precedentemente, ellos tampoco habrían sido admitidos, por las siguientes razones.

En cuanto al primero de ellos -causal 6ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal-, por cuanto el conocimiento de los hechos materia del requerimiento de la Fiscalía Judicial y de las querellas deducidas correspondía a los tribunales del crimen y posteriormente en virtud de lo dispuesto por esta Corte Suprema en ejercicio de sus atribuciones económicas a los Ministros en Visita Extraordinaria. Tal es lo que asienta la sentencia al sostener que la competencia del Ministro en Visita deriva de los artículos 96 Nº4 y 560 Nº2 del Código Orgánico de Tribunales en relación al Acta 81-2010 de esta Corte Suprema, por cuanto el

hecho investigado es constitutivo del delito de homicidio de Mario Pilgrim, perpetrado por agentes del Estado el 5 de octubre de 1973 en la localidad de Contulmo, lo que constituye un acto contrario a los Derechos Humanos, sustrato fáctico que otorga competencia al Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Concepción.

Octavo: Que respecto de la segunda hipótesis de invalidación formal alegada, es conveniente tener en consideración que se trata de un motivo de carácter esencialmente objetivo, para lo cual basta un examen externo del fallo a fin de constatar si concurren o no los requerimientos que impone la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de ella se desprenda, aquilatar su mérito o el valor de convicción que deba atribuírseles, ya que la finalidad de la casación formal no es enmendar los errores, falsas apreciaciones o equivocaciones en que pueda incurrirse en la tarea de justificar la decisión adoptada.

Noveno: Que de la lectura del fallo aparece que los jueces de la segunda instancia revisaron las alegaciones del recurrente en relación a la competencia del tribunal para conocer y fallar el asunto, como se señaló a propósito del motivo de nulidad anterior y, en relación al análisis y ponderación de la prueba, realizaron un análisis exhaustivo en torno a los medios de convicción conforme a los cuales se concluyó la forma en que se produjo el deceso de la víctima y cómo se arriba a la conclusión para asignar intervención al acusado en ese hecho, lo que determinó la ratificación de su condena.

Así se estableció que el acusado Julio Tutt era el Teniente a cargo del piquete de Carabineros que salió del recinto policial y realizó los disparos en contra del bus, siendo reconocido por el testigo Gubelin Ortiz como uno de los que dispara en contra del vehículo y es sindicado por otros dos testigos, también Carabineros adscritos al personal de la Tenencia, como la persona que dio la orden de disparar.

Décimo: Que como se advierte la sentencia no adolece de las falencias denunciadas, pues cuenta con una suficiente exposición de los raciocinios que le sirven de soporte, en todos sus extremos, acatándose adecuadamente el mandato del legislador.

Por último, interesa precisar que lo que estatuyen las normas que se dicen infringidas en relación a la forma de extensión de las sentencias es que el pronunciamiento contenga las reflexiones que le sirven de sustento sobre la base de la discusión planteada en el proceso. Por ello no resulta posible admitir la solicitud de nulidad de la sentencia dictada con miras a obtener una nueva estimación de los hechos para obtener una conclusión distinta a la de la instancia, ya que ello escapa a un motivo de nulidad como el presente.

Por lo expuesto y dado que el fallo que se impugna ha cumplido con las exigencias que se denuncian omitidas, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, resulta que los defectos en que descansa la motivación de nulidad no son exactos, y más que la ausencia de consideraciones se reprueba la fundamentación de los jueces de la instancia para decidir de la forma en que lo han hecho, por lo que no ha podido configurarse la segunda causal de invalidación formal esgrimida, la que también habrá de ser desestimada.

Undécimo: Que en relación al recurso de casación en el fondo del sentenciado Tutt Fuentes cabe señalar que, como es de sobra conocido, este arbitrio está dotado por la ley de una serie de formalidades que le dan el carácter de derecho estricto, con lo cual se impone a quien lo deduce que manifieste con claridad en qué consiste la aplicación errónea de la ley penal, de tal modo que pueda exponerse con precisión la infracción de ley que le atribuye al fallo atacado y cómo ese vicio constituye alguna o algunas de las causales taxativas que designa el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Esta exigencia impide que puedan proponerse por el recurrente motivos de nulidad subsidiarios o contradictorios unos de otros, ya que al plantearse de esta forma provoca que el recurso carezca de la certeza y determinación del vicio sustancial, con lo cual

sería el tribunal el que tendría que determinarlo y no el recurrente, imponiéndole al fallador de manera improcedente la elección del defecto que pudiera adolecer el fallo cuestionado. Tal es lo que sucede en la especie, como se dirá.

Duodécimo: Que la primera impugnación hecha al fallo recurrido, en tanto se funda en las causales contempladas en los numerales primero y séptimo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, desconoce o niega la participación del acusado en los hechos, lo que habría llevado a la absolución, pues las presunciones no logran convicción acerca de su intervención. Luego, abandonando esa tesis, plantea que su conducta estaba justificada, pues obró en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo. Lo primero desde luego no pudo ser alegado por la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, reservada para casos que difieren de la total falta de intervención en el suceso. En el caso del motivo séptimo del mismo artículo y cuerpo legal el recurso pretendió instalar hechos que difieren de los que fijó el fallo, de los que derivaría la pretendida eximente, pero no se funda en leyes reguladoras de la prueba, pues las que se citan no restringen las facultades soberanas de los jueces en torno a la ponderación de los medios de convicción recabados, de manera que tampoco servían al fin pretendido.

Pero más adelante el impugnante opta por reclamar en su favor causales de extinción de responsabilidad penal, como la amnistía y la prescripción, atendida la data de ocurrencia de los hechos, instando por el sobreseimiento definitivo amparado en la causal 5ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Y por último, para el caso de desestimarse todas las alegaciones anteriores, solicita la reducción de la condena, como consecuencia de haber operado a su favor la prescripción gradual que regla el artículo 103 del Código Penal.

Décimo tercero: Que del libelo surge entonces que el compareciente intenta la invalidación del fallo con el propósito de obtener una sentencia absolutoria dada la falta de participación, por la concurrencia de una causal de

justificación o por la presencia de motivos de extinción de la responsabilidad penal, pero en seguida endereza el arbitrio solo hacia la finalidad de lograr un castigo menor. Entonces, finalmente admite la existencia del injusto comprobado y su participación en él, vale decir, lo que el compareciente empieza por desconocer, termina siendo aceptado.

Décimo cuarto: Que en las circunstancias expuestas y como consecuencia de la antinomia anotada, no se ha dado cumplimiento a la exigencia de mencionar expresa y determinadamente la forma en que se ha producido la infracción de ley que motiva el recurso, como ordena el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, lo que conduce a su rechazo.

Décimo quinto: Que en todo caso, por su trascendencia, no puede obviarse que la calificación de crimen de lesa humanidad que ha recibido el suceso delictuoso, que este tribunal comparte, hacía improcedente la concurrencia de las causales de extinción de responsabilidad penal reclamadas a favor del acusado -amnistía y prescripción- así como la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal, de manera que al proceder los jueces de la instancia acorde a ello, como pormenorizadamente razonan en los motivos décimo cuarto a vigésimo séptimo de la sentencia de primer grado, reproducidos en la alzada, y en el considerando décimo sexto de este último pronunciamiento, no han errado en la aplicación del derecho.

Décimo sexto: Que en lo que concierne al recurso de casación en el fondo promovido por el Fisco de Chile caben las siguientes reflexiones.

En cuanto a la prescripción, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que en el caso de delitos de lesa humanidad, lo que ha sido declarado en la sentencia, en que la acción penal persecutoria imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas 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 de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, comprendidos en los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario. (En este sentido, SCS Nros. 20.288-14, de 13 de abril de 2105; 1.424, de 1 de abril de 2014; 22.652, de 31 de marzo de 2015, entre otras).

Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diverso resulta discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, desde que, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

Décimo séptimo: Que en la situación sub lite, dado el contexto en que el ilícito fue verificado, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana

sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- del eventual ejercicio de las acciones civiles indemnizatorias derivadas de los delitos que se han tenido por acreditados.

Décimo octavo: Que por lo demás, las acciones civiles entabladas por las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5°, inciso segundo, y 6° de la Constitución Política de la República.

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

Décimo noveno: Que esta preceptiva impone un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las disposiciones de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.

Vigésimo: Que, de otra parte, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles formalizadas en autos, cuyo objeto radica en la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Vigésimo primero: Que, por último, cabe tener en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6°, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas.

Vigésimo segundo: Que estas mismas reflexiones impiden admitir la alegación del Fisco de Chile en orden a declarar improcedente la indemnización demandada por los actores en razón de haber obtenido pensiones de reparación con arreglo a la ley N° 19.123, pues esa pretensión resulta inconciliable con la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable cuando no la contradice, como también se razonó, de suerte que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otras imposiciones legales de derecho patrio.

La preceptiva invocada por el Fisco -que sólo consagra un régimen de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es dable presumir que se diseñó para cubrir todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos porque se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación citada, no implica la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley.

Vigésimo tercero: Que por las consideraciones precedentes ninguno de los capítulos comprendidos en el recurso de casación en el fondo formulado por el Fisco de Chile puede prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos a fojas 1.130 en representación del condenado Julio Alfonso Tutt Fuentes y el recurso de casación en el fondo formalizado por el Fisco de Chile a fojas 1.163, en contra de la sentencia de tres de agosto de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1.120, la que, por consiguiente, no es nula.

Se previene que el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus concurre al acuerdo y fallo, con la sola excepción de lo que, respecto al artículo 103 del Código Penal, se dice en el considerando décimo quinto, por estimar que su aplicación no está vedada en esta clase de casos pero que no hacerlo, como en el fallo recurrido, no es un error de derecho que pueda influir en la dispositivo del fallo y, por tanto, susceptible de ser acogido para anularlo, atendido el carácter facultativo de las rebajas penológicas a que remite.

Acordada la decisión de rechazar los recursos de casación en el fondo con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Juan Eduardo Figueroa quien estuvo por acogerlos en virtud de las siguientes consideraciones:

En lo que atañe al deducido en representación del sentenciado Tutt Fuentes estuvo por acogerlo en la sección correspondiente a la falta de aplicación del

artículo 103 del Código Penal y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta, circunstancia que igualmente debería aprovechar al restantes sentenciado, aun cuando no la hayan alegado formalmente por esta vía.

Cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, 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 atenuante puede hallar su razón de ser en lo excesivo que resultaría una pena muy gravosa para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, resultando de su reconocimiento una eventual pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una atenuante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y no conducen a la impunidad del hecho punible, 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 sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal y no a la atenuación de ella.

En consecuencia, siendo una norma claramente favorable a los procesados, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia en este segmento.

En cuanto a la decisión civil, el disidente fue del parecer de acoger el recurso deducido por el Fisco de Chile, invalidar el fallo de alzada y, consecuencialmente, en la sentencia de reemplazo, revocar el pronunciamiento de primer grado y desestimar la demanda, en virtud de las siguientes reflexiones:

Que la naturaleza y objeto de la pretensión deducida en esta controversia es de carácter puramente patrimonial y propia del ámbito de las relaciones que pertenecen a dicha esfera en que la prescripción extintiva o liberatoria tiene plena aplicación sin distinción alguna de áreas o sectores o si es a favor o en contra del Estado, según lo establece el artículo 2.497 del Código Civil, que prescribe 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"; y lo rematan los artículos 2.521 del Código Civil y 200 y 201 del Código Tributario, que conforman el régimen jurídico que gobierna dicho supuesto.

Tal y como se ha concebido por la doctrina y resuelto por la jurisprudencia, la prescripción en sus fundamentos ha sido establecida por la ley por razones superiores de orden y tranquilidad y permite albergar y dar cabida, en nuestro ordenamiento -en la medida y con la imperfección con que opera, hasta ahora, toda institución humana- a otro valor jurídico fundamental para la convivencia de los individuos como es el de la seguridad jurídica, la certidumbre, la estabilidad y , en último término la paz social.

A juicio de este sentenciador no se divisan razones que justifiquen hacer la distinción entre el Estado y los particulares a efectos de aplicar el estatuto

sustantivo de la prescripción de índole pecuniaria, a menos que por expresa disposición legal se ordene prescindir de ella y se establezca la imprescriptibilidad, dejando sin efecto y sin aplicación el Párrafo I del Título XLII del Código Civil, que consagra como regla general la prescriptibilidad de las acciones sin mayores distingos.

Que resulta un hecho indubitado que el ilícito penal cometido por agentes del Estado contra la víctima que origina la presente acción de indemnización de perjuicios tuvo lugar en octubre de 1973 y que el Estado de Chile reconoció la responsabilidad de agentes del Estado en este y en otros hechos perpetrados de similar naturaleza, obligándose a reparar el daño moral sufrido por familiares de estas víctimas frente a la Comunidad Nacional, según da cuenta el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por la Ley N° 19.123 de 8 de Febrero de 1992,estimándose que dicho reconocimiento oficial importa el efecto interruptivo de la prescripción de las acciones que tienen como propósito condenar al Fisco e indemnizar los perjuicios no obstante la entrega dispuesta por esta normativa de una bonificación compensatoria y una pensión mensual de reparación, así como otros beneficios pecuniarios y sociales, que se otorgaron a los familiares más próximos de la víctima, de diversa naturaleza resarcitoria de dichos daños concedidos a los familiares de víctimas de los derechos humanos o de la violencia política debidamente individualizados, según se indica en el cuerpo legal que se cita.

Que la demanda de carácter patrimonial en contra del Fisco de Chile fue notificada cuando el plazo extintivo establecido en el artículo 2.332 del Código Civil de cuatro años al que se remite el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente, ya había transcurrido, acción de naturaleza pecuniaria que, en todo caso, no modifica la fecha inicial de cómputo de la prescripción civil desde la cual que se debe contar el plazo de cuatro años, la que corre en este caso en particular, desde que el Estado de Chile a través de la Ley N° 19.123 de 1992, admitió su responsabilidad en estos hechos y se obligó a repararlos, todo lo

cual lleva al disidente a acoger la apelación del Fisco, dando cabida a la pertinente excepción de prescripción opuesta por dicha parte. En el mismo sentido en cuanto tanto a la prescripción gradual de la acción penal como de la prescriptibilidad de la acción civil ha resuelto esta Corte en la causa Rol N° 1116-15.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

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

Rol N° 68.814 – 16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y los Abogados Integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Juan Figueroa V. No firma el Ministro Sr. Dahm y el Abogado Integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y ausente, respectivamente.