

Santiago, nueve de marzo de dos mil veinte.

Vistos:

En los autos Rol 276-2010, del Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de tres de mayo de dos mil dieciséis, rolante a fojas 2.145 y siguientes, complementada por resolución de primero de agosto del mismo año, escrita a fojas 2.329 y siguientes, dictada por el señor Ministro en Visita don Mario Carroza Espinosa, se condenó, entre otros, a María Gabriela Órdenes Montecinos a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y, al pago de las costas, como coautora del delito de secuestro calificado de Luis Humberto Piñones Vega. En el aspecto civil, se condenó al Fisco de Chile a pagar a cada uno de los demandantes de autos, Margarita Alicia; Nancy de las Mercedes; Nelson del Tránsito; Reinaldo del Carmen; Elizabeth Viviana; Wilson; Carlos Antonio; y, Manuel Ángel, todos de apellidos Piñones Vega, la suma de \$50.000.000, a título de daño moral, con costas.

Apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de 27 de marzo de 2018, escrito a fojas 2.453 y siguientes, la confirmó en el aspecto penal, revocándola en la parte civil, acogiendo la excepción de prescripción y rechazando la acción indemnizatoria.

Contra dicha sentencia, tanto la defensa de Órdenes Montecinos, como la parte demandante civil, dedujeron recursos de casación en el fondo, los cuales se ordenó traer en relación por decreto de fojas 2.499.

Considerando:

Primero: Que, a fojas 2.478, el abogado don Carlos Portales Astorga, en representación de la sentenciada María Gabriela Órdenes Montecinos, interpuso recurso de casación sustancial, fundándolo en la causal contemplada en el artículo 546, N° 1 del Código de Procedimiento Penal, esto es la errónea aplicación del

derecho de la ley penal, al haberse impuesto una pena más grave que la designada en la ley.

Explica que se ha vulnerado el artículo 214 del Código de Justicia Militar, norma que regula uno de los efectos de la obediencia jerárquica y que se sitúa, precisamente, en el caso que un subalterno cometa un delito y ello sea en cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio, ni éste subalterno o inferior la haya representado siendo insistido por el superior. Argumenta que, de acuerdo a la referida norma, se debía haber impuesto la pena inferior en grado a aquella asignada por la ley al delito si el inferior comete el ilícito en cumplimiento de una orden notoriamente tendiente a la perpetración de un ilícito y sin dar cumplimiento a la formalidad de representar la orden de acuerdo al artículo 335 del mismo código. Expone que dicha atenuante sería calificada, ya que perentoriamente dispone que debe imponerse la pena inferior en grado a la asignada por la ley al delito.

Asimismo, denuncia infringido el artículo 103 del Código Penal al no estimarse la concurrente de la atenuante calificada de prescripción gradual, y no considerar el hecho revestido por la referida atenuante calificada, la cual —en su concepto— es independiente y diversa de la prescripción propiamente tal. Lo anterior conlleva a la infracción del artículo 68 del Código Penal para graduar la pena al examinar el número y calidad de circunstancias atenuantes.

Pide acoger el recurso, invalidar el fallo y que se dicte sentencia de reemplazo que declare que debe considerarse, además, las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal del artículo 214 del Código de Justicia Militar y la muy calificada derivada del artículo 103 del Código Penal y, haciendo correcta aplicación del artículo 68 del código punitivo, se condene a su representada a una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo, pudiendo optar a beneficios de la Ley 18.216.

Segundo: Que, la demandante civil, funda el recurso de casación en el fondo, deducido a fojas 2.465, en la causal contemplada en el artículo 546, inciso final del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, denuncia haberse pronunciado la sentencia con infracción de ley que influyó sustancialmente lo dispositivo del fallo, al estimar —el fallo impugnado— que la acción civil indemnizatoria estaría extinguida por haber operado la prescripción, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación al artículo 63.1 del mismo instrumento, que consagra el derecho a quienes han sido víctima de vulneración de los derechos establecidos en la Convención, a la reparación y al pago de una justa indemnización. Refiere que ambas responsabilidades —tanto penal como civil— son inescindibles y deben ser regidas por el mismo estatuto jurídico, esto es, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al tratarse de hechos calificados como un delito de lesa humanidad.

El segundo error que advierte en la sentencia se verificaría al haberse invocado normas de derecho privado, las cuales en su concepto, no resultarían aplicables de acuerdo a los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto a que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado.

Como tercer yerro, sobre el cual hace descansar su arbitrio, denuncia la falta de aplicación del artículo 5° de la Constitución Política de la República, al haber los sentenciadores aplicado las normas de Derecho Civil para acoger la excepción de prescripción, respecto de un hecho que tiene las características de un delito de lesa humanidad, prescindiendo del verdadero sentido y alcance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que pide invalidar la

sentencia y se dicte sentencia de reemplazo que confirme la sentencia de primera instancia, la cual acogió la demanda civil, con costas.

Tercero: Que para mayor claridad de lo que debe resolverse es conveniente recordar que el tribunal del fondo tuvo por acreditado, *“Luis Humberto Piñones, apodado “El Peque Rolando”, de 21 años de edad, militante del MIR y miembro de su Fuerza Central, fue detenido el día 08 diciembre en la vía pública en un punto que debía efectuar con otro militante, en un sector próximo a la Universidad de Santiago, por agentes pertenecientes a la DINA, sin que existiera orden emanada de autoridad legítima y competente que la justificase, quienes lo condujeron al recinto clandestino de detención y torturas conocido como Villa Grimaldi o Cuartel Terranova, donde fue visto por otros detenidos que lograron su libertad y entregaron su versión; permaneciendo Luis Humberto Piñones privado de libertad en dicho recinto hasta el 25 de enero de 1975, fecha en que se pierde su rastro, coincidentemente con la ausencia de otros detenidos, todos quienes fueron sacados en un vehículo, ignorándose desde entonces su paradero”*.

Los hechos, así descritos, se estimaron como constitutivos del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141, inciso primero del Código Penal, en relación con el inciso tercero de la misma norma, vigente a la época de ocurrencia de los hechos.

Cuarto: Que, además, el tribunal calificó los hechos como un crimen de lesa humanidad, que difiere de toda otra forma de delito común, y se ajusta a lo que se ha considerado como un ataque sistemático o generalizado en contra de bienes jurídicos fundamentales, como la vida de una población civil, por razones de carácter político o social con participación del Poder Político mismo e intervención de agentes del Estado, quienes, atropellados tales derechos fundamentales, y abusando del poder que les confiere la autoridad militar y/o policial, o tratándose derechamente de autoridades militares, policiales y/o

agentes del Estado, deciden ejecutar a personas sin juicio previo, sin el respeto al debido proceso, y en total indefensión tanto física como jurídica, amparados por la fuerza de las armas.

Agrega el fallo que, en consecuencia, se debe entender por crimen de lesa humanidad los actos mencionados, como en este caso lo es la detención, en la vía pública, y posterior desaparición, de un civil miembro del Movimiento de Izquierda Revolucionario, MIR, en el entendido que estos delitos se cometieron como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, y en conocimiento sus autores de dicho ataque, y que ello constituyó una práctica habitual en los funcionarios, tanto de los organismos de inteligencia, como de las instituciones armadas y policiales, asimilable todo ello a lo que señala el artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, consagrado en nuestro concepto por el artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Quinto: Que, en cuanto al recurso de casación propuesto por la defensa de Órdenes Montecinos, a propósito de la minorante del artículo 214 del Código de Justicia Militar, el motivo decimoséptimo del fallo de primer grado, que el de alzada mantiene, consigna que no se encuentra acreditado que su participación como coautora del delito lo haya sido en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico.

Concordando con ese raciocinio, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, debe decirse que una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto de servicio’, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). A mayor abundamiento, tampoco hay prueba ni aceptación por parte del recurrente acerca del juicio de valoración que, como subalterno, corresponde efectuar al

enjuiciado respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación, más cuando el argumento principal de la defensa, al contestar los cargos, insta por la absolución por falta de participación.

Sexto: Que, en relación al argumento del libelo consistente en la contravención al artículo 103 del Código Penal, la sentencia declara que el delito de que se trata constituye un crimen de lesa humanidad, lo que determina su imprescriptibilidad, por ende, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza a la gradual, porque no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional.

Séptimo: Que sin perjuicio de lo señalado por el fallo, la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal del recurso, en tanto se afinsa en el artículo 103 del Código Penal.

Por una parte, la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de ius cogens provenientes de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo.

Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren

varias atenuantes, por lo que los vicios denunciados carecen de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado (Entre otras, SCS Rol 35.788-2017, de 20 de marzo de 2018; 39.732-2017, de 14 de mayo de 2018; 36.731-2017, de 25 de septiembre de 2018; y, 2.661-2018, de 23 de diciembre de 2019).

En tales condiciones el recurso debe ser desestimado.

Octavo: Que en lo que atañe al recurso de casación formalizado por los actores civiles, la sentencia consignó que no existe norma alguna que disponga la imprescriptibilidad de la acción civil ni es posible aplicar las normas de la acción penal, por lo que corresponde entonces aplicar las normas del derecho común. Por lo demás, el artículo 2.497 del Código Civil, consagra que la prescripción corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas, contemplando al Estado, expresamente entre quienes se encuentran sujetos a sus reglas. Agregan que, la institución de la prescripción, no es ajena al derecho público y la regla general es que las acciones sean prescriptibles, requiriéndose de norma legal expresa que declare lo contrario, toda vez que constituye una exigencia de la paz social la certeza en las relaciones humanas, sin que se divise la razón de excluir tal certidumbre en las relaciones de los particulares con la administración.

Para los sentenciadores de alzada, la acción de indemnización de perjuicios deducida en estos autos por los demandantes, es de contenido patrimonial y en lo que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, pretensión que se rige por las disposiciones legales contempladas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, entre estas el artículo 2332, que indican que las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil por daño o dolo, y que prescribe en el plazo de cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

Concluyen que, el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios por la detención de Luis Piñones Vega el día 8 enero del año 1975 y su

desaparición ocurrida desde el día 25 del mismo mes y año, de modo que a la fecha de notificación de la demanda, el plazo que establece el artículo 2332 del Código Civil, se encontraba largamente vencido. De estimarse que el plazo debe contarse desde que el país volvió a la normalidad democrática, el 11 de marzo de 1990, igualmente estaría cumplido el plazo de prescripción de cuatro años referido.

Noveno: Que, dada la especial naturaleza del ilícito cometido, lo que surge de los hechos de que da cuenta la causa, no controvertidos por el demandado, aparece que ellos, que son el fundamento de las demandas, constituyen un crimen de lesa humanidad y, por ende, una violación grave a las normas internacionales sobre Derechos Humanos, por lo que resulta improcedente declarar la prescripción de la acción indemnizatoria ejercida, como se dirá.

Décimo: Que, en efecto, en esta clase de delitos, en que la acción penal persecutoria es imprescriptible, no es coherente entender que la acción civil que de ellos deriva esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas 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 inciso segundo del artículo 5º 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 19.123 reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Por consiguiente, cualquier diferenciación entre ambas acciones y otorgarles un tratamiento desigual es discriminatorio y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes como el de la especie, como hace el fallo, posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, resulta improcedente, por cuanto la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4° que las disposiciones especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código, lo que es pertinente a las nuevas realidades y situaciones emergentes, como sucede en este caso, al tratarse de una materia con postulados diversos y, a veces, en pugna con los del derecho privado regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse, pues es una rama representativa de la supremacía de su finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, por lo que se aparta de los postulados que son propios del derecho privado.

La ausencia de una regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentada en iguales directrices permite aplicar la analogía. Pero al no responder a iguales paradigmas debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo. En este sentido, el artículo 38 letra c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone: *“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”*, principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

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 y reafirmado, pues, 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.

Undécimo: Que, en el caso en análisis, el contexto en que los ilícitos fueron verificados, con la intervención de agentes del Estado, trae aparejada la inviabilidad de decidir la extinción —por el transcurso del tiempo— de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada de esos delitos.

Duodécimo: Que, por otro lado, como ya se ha esbozado, las acciones civiles aquí deducidas en contra del Fisco, tendientes a obtener 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 chileno 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 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 norma de esta índole, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

Decimotercero: Que estas normas de rango superior imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y, en especial, a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar los preceptos de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas 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 las disposiciones del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como resuelve el fallo, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional, en cuanto a disponer la ineficacia de normas internas que hagan ilusorio el derecho a la reparación de los daños ocasionados por crímenes de lesa humanidad.

Decimocuarto: 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, que tienen como objeto obtener 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 normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, como se ha venido sosteniendo, 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, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Decimoquinto: Que asimismo debe tenerse 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 3º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del demandado y por lo resuelto en la sentencia impugnada, quedarían inaplicadas.

Decimosexto: Que, por todo lo dicho, sólo cabe concluir la ocurrencia del error de derecho en que se funda el recurso de los actores civiles, al acogerse la excepción aludida, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, al desestimarse las acciones indemnizatorias por ellos ejercidas, por lo que el arbitrio deducido será acogido.

Y de acuerdo, además, con lo previsto en los artículos 764, 765, 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de la sentenciada María Gabriela Órdenes Montecinos, en contra de la sección penal de la sentencia de veintisiete de marzo de dos mil dieciocho, escrita a fojas 2.453 y siguientes, la que, en esa parte, **no es nula**.

Se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 2.465, por los querellantes y demandantes civiles, en contra de la decisión civil del mismo fallo, la que se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

A consecuencia de lo decidido la decisión penal permanece inalterada.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre a desestimar la infracción del artículo 103 del Código Penal, por cuanto este precepto se remite a los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, los que otorgan facultades o atribuciones a los jueces —específicamente el artículo 68—para rebajar la cuantía

de la pena, de modo que, tratándose de una norma no imperativa, resulta inatacable a través del recurso de nulidad, que supone una infracción de ley.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de casación sustancial, propuesto por la defensa de la sentenciada María Gabriela Órdenes Montecinos, **con el voto en contra del Ministro Sr. Cisternas y del Abogado Integrante Sr. Abuaud**, quienes estuvieron por acogerlo, únicamente en lo tocante a la media prescripción alegada en su beneficio, rebajando la pena que le fue impuesta, en consideración a los siguientes basamentos:

1°.- Que independientemente de los fundamentos que se hayan tenido a la vista para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, lo cierto es 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 morigerante —que también se explica gracias a la normativa humanitaria— halla su razón de ser en motivos de política criminal relacionados con hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, eso sí que con una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso 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 en el ámbito jurídico a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena fundada en el tiempo transcurrido desde la perpetración del delito.

2°.- Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo 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, dentro del marco de las facultades que conceden los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

3°.- Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, ni de Derecho Convencional Internacional para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal que acarrea la prescripción de la acción penal. Entonces, concurriendo los supuestos del artículo 103 del Código Punitivo, no se divisa razón que obstaculice considerar a la atenuante de que se trata.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Kunsemüller, y de la disidencia, sus autores.

N° 8.398-2018.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Kunsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuaud, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.