

Santiago, once de mayo de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada y sus complementos, con las siguientes modificaciones:

A: Se suprimen los basamentos Décimo Noveno, Vigésimo Noveno, apartado primero del raciocinio trigésimo segundo, y los fundamentos Trigésimo Quinto, Trigésimo Octavo, Trigésimo Noveno, Cuadragésimo, Cuadragésimo Primero y Cuadragésimo Segundo.

B: En el razonamiento Décimo Séptimo, letra a) se elimina la referencia “y Segundo Nicolás Gárate Torres”, y el acápite signado con la letra c);

C: En el motivo Décimo Octavo se intercala entre “Santibáñez” y “Jorge”, la conjunción “y”; se suprime además la cita “y Segundo Nicolás Gárate Torres”;

D: En la reflexión Vigésimo Primero se elimina el período final, desde el punto y coma (;) que sigue a “sobreviviente”, hasta la expresión “fusilamiento”.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1°.- Que para resolver correctamente los recursos interpuestos resulta necesario tener presente primeramente el contenido del auto de cargos corriente a fs.672, por el que se acusó a los procesados Gerardo Alejandro Aravena Longa y Carlos Dionisio Figueroa Silva como coautores de los siguientes delitos:

A: Homicidios calificados cometidos en contra de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez y Jorge Yañez; y,

B: Secuestro calificado de Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera.

En segundo término, que la sentencia en alzada condenó a ambos encartados como autores de los delitos de homicidio calificado en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yañez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, modificando, respecto de estas dos últimas víctimas el auto de cargos precedentemente indicado.

Finalmente, y sin perjuicio de lo solicitado por los recurrentes, se tendrá presente que la sra. Fiscal Judicial en sus dictámenes de fs. 1503, y 1560, fue de parecer de condenar a los ya indicados reos, a las penas que indica, separadamente, en la calidad y por los delitos precisados en la acusación.

2°.- Que de la ponderación legal de las probanzas reunidas en el proceso, relacionadas en el basamento Décimo Sexto de la sentencia en alzada, reproducido por este fallo, resulta debidamente establecido en la causa que Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera fueron privados ilegítimamente de su libertad ambulatoria en el mes de septiembre de 1973, permaneciendo desaparecido el primero de los nombrados desde el día 16 del mes y año indicados; por su parte, José Barrera fue nuevamente detenido ilícitamente el día 14 de marzo de 1974, manteniendo hasta hoy la misma calidad del anterior, puesto que si bien, de acuerdo con los medios de convicción aportados a la causa a ambos se les habría dado muerte, el destino final de estas víctimas no ha logrado

determinarse material ni procesalmente, ya que hasta ahora no ha sido posible ubicar sus restos.

3°.- Que los hechos anteriormente expresados constituyen sendos delitos de secuestro calificado, previstos y sancionados en el artículo 141, inciso final del Código Penal vigente a la época de los hechos, cometidos en contra de las dos víctimas precedentemente individualizadas, como en su oportunidad concluyó el auto acusatorio, y conforme lo estima actualmente la Fiscalía Judicial.

Lo expresado corresponde a la correcta calificación de los ilícitos que respecto de ambas personas han resultado ser autores los procesados, en virtud de los mismos elementos de convicción que se contienen en la sentencia de primer grado, en los motivos Vigésimo Segundo y siguientes.

4°.- Que la naturaleza de estos hechos, de conformidad con los antecedentes acopiados durante la pesquisa criminal, llevan a concluir que se trata a su respecto- al igual que los de homicidio calificado materia del proceso - de lo que la conciencia jurídica internacional ha denominado como Delitos contra la Humanidad, pues han sido cometidos en un contexto de violaciones a los derechos humanos fundamentales de las personas, graves, masivas y sistemáticas, ejecutadas por agentes del Estado, valiéndose de la fuerza, al margen de toda juridicidad, respecto de personas a quienes violentaron en razón de su pensamiento político diferente al sustentado por el régimen militar de facto instaurado en el país en septiembre de 1973.

Debe tenerse presente que de la naturaleza de estos hechos antijurídicos, su carácter de delitos de lesa humanidad, deriva la imprescriptibilidad de los mismos, así como la imposibilidad de ser amnistiados, constituyendo todos asuntos que han sido abordados, analizados y resueltos por el juez a quo en el mismo fallo, al hacerse cargo y rechazar las excepciones de previo y especial pronunciamiento planteadas por las defensas de los procesados, compartiendo esta Corte las razones en atención a las cuales estas alegaciones han sido desestimadas, fundamentos que por lo demás también se contienen en un elevado número de sentencias dictadas en procesos cuyo objeto ha sido el juzgamiento de esta clase de conductas.

5°.- Que las razones que se contienen en el basamento trigésimo tercero, apartado primero, del fallo que se revisa, son suficientes para desestimar la eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, y la minorante alegada subsidiariamente del n° 1 del artículo 11 del mismo cuerpo legal, alegadas por la defensa del encartado Figueroa en su escrito de fs.764, pues no concurre en caso alguno la exigencia propia de la primera, como lo es la actuación legítima ejecutada en cumplimiento de un deber jurídico; y por ser improcedente la segunda.

6°.- Que a efectos de la pena que corresponde imponer, debe advertirse que en la especie se trata de dos órdenes de delitos reiterados de una misma especie (de una parte, homicidios calificados y de otra, secuestros calificados), por lo cual, sin perjuicio de castigarse separadamente conforme dispone el artículo 74 del Estatuto Penal, corresponde sancionar a ambos encartados en la forma dispuesta en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal respecto de todas las infracciones de la misma especie, estimándolas como una sola, aumentando la pena en uno, dos o tres grados.

En el caso presente, la elevación de la sanción se hará en un grado, resultando aplicable entonces, respecto de los delitos de homicidio calificado la de presidio mayor en

su grado máximo. Y respecto de los de secuestro calificado, la de presidio mayor en su grado medio.

7°.- Que así determinada la pena, ésta debe rebajarse, por favorecer a ambos encartados el beneficio de media prescripción contemplado en el artículo 103 del Código Penal, regla que conforme al texto legal constituye un supuesto de atenuante muy calificada de responsabilidad criminal, que incide en la determinación sanción, permitiendo introducir una rebaja a la pena correspondiente, lo que en el caso de ambos acusados se hará en dos grados.

De esta forma, resulta así a aplicar, por los delitos reiterados de homicidio calificado, la pena de presidio mayor en su grado mínimo; y por los de secuestro calificado, también reiterados, la de presidio menor en su grado máximo

8°.- Que finalmente, para resolver la excepción de incompetencia absoluta del juez penal para conocer de la demanda civil interpuesta en la causa, que ha sido planteada por el Consejo de Defensa del Estado, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 10 del Código Penal, en su texto actual, luego de la modificación introducida al mismo por la Ley N° 18.857 de 6 de diciembre de 1989, el que consiga:

“Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.”

9°.- Que sobre esta materia se ha asentado la doctrina siguiente, reiteradamente recogida por la mayor parte de los tribunales de instancia y la Excma. Corte Suprema:

Que del actual texto de la disposición legal precedentemente transcrita se infiere que la interposición de acción civil dentro del proceso penal se encuentra limitada, resultando en definitiva admisible únicamente en cuanto la demanda se fundamente en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las conductas de los procesados, o bien, que sean consecuencias próximas o directas de dichas conductas, que pueda extenderse a extremos ajenos a las conductas que constituyen el hecho punible.

De lo anterior se sigue que el juez del crimen está inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que proceden de hechos distintos de aquellos que provocaron la tipicidad.

Pues bien, dado que en el caso sublite la acción civil deducida se funda en la responsabilidad objetiva y directa del Estado; esto es, en circunstancias ajenas al comportamiento de los autores de los ilícitos que se persiguen, se excede, por ende, la limitación impuesta por el expresado artículo 10 del Estatuto Adjetivo Penal, y en consecuencia, su conocimiento corresponde a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento.

10°.- Que las razones anteriormente expresadas son motivo suficiente para acoger la excepción de incompetencia absoluta alegada por el Fisco de Chile, resultando innecesario el análisis de las restantes alegaciones formuladas por las partes.

Atendida la conclusión anterior, se procederá a revocar la sentencia en alzada en cuanto desestimó acogió la demanda civil deducida en esta causa.

11°.- Que en la forma expresada esta Corte se ha hecho cargo del parecer de la Fiscalía Judicial, contenida en el informe de fs. 1503 y 1560, del que se ha disentido parcialmente.

Y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 29, 68, 74, 103 del Código Penal; 10, 514, 527 y 535 del Código de Procedimiento Penal, **se revoca la sentencia apelada** de fecha veintinueve de julio de dos mil nueve, escrita a fs. 2588 y siguientes, complementada por las de diecinueve de julio de dos mil siete, que se lee a fs. 1461 y de quince de septiembre de dos mil ocho, de fs.1526, en cuanto por su decisorio signado V se acoge la demanda civil interpuesta a fs. 707 en representación de don Víctor Barrera Barrera y en su lugar se declara que **se acoge la excepción de incompetencia absoluta** planteada por el Fisco de Chile y que en consecuencia no se emite pronunciamiento respecto de la indicada demanda civil de fs.707.

Se confirma en lo demás apelado el antedicho fallo, con declaración que los procesados Gerardo Alejandro Aravena Longa y Carlos Dionisio Figueroa Silva quedan condenados a sufrir, cada uno, las siguientes penas:

A.- Diez Años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y accesorias dispuestas en la sentencia en alzada, como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez y Jorge Yáñez.;y,

B: Tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado de Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, cometidos el dieciséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres y catorce de marzo de mil novecientos setenta y cuatro; inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

C.- Los sentenciados quedan además condenados al pago de las costas, en partes iguales.

Las penas impuestas las deberán cumplir efectivamente, conforme se resuelve en la sentencia en alzada, y sucesivamente, en el mismo orden en que han sido impuestas, con los abonos que consigna el fallo de primer grado.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cornelio Villarroel, quien estuvo por revocar la referida sentencia, en cuanto en su decisión N° I desestima las excepciones de previo y especial pronunciamiento de amnistía y prescripción, en cuanto en su decisión N° IV condena a Gerardo Alejandro Aravena Longa y Carlos Dionisio Figueroa Silva como autores de homicidio calificado en las personas de Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Santibáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera, cometidos el 16 de septiembre de 1973 y el 14 de marzo de 1974, absolviéndoselos, -estimando improcedente la acción civil-, como igualmente estuvo por revocar la decisión V, en cuanto condena al Fisco al pago de \$ 30.000.000 por concepto de daño moral al actor Víctor Antonio Barrera Barrera, todo en mérito de las siguientes consideraciones:

1.- que, habiéndose los hechos investigados cometido en septiembre de 1973 y marzo de 1974, esto es, hace ya treinta y seis años, la responsabilidad eventual de los encausados se ha extinguido por prescripción y por amnistía;

2.- que en efecto, y conforme al artículo 94, inciso 1º, del Código Penal, la acción penal prescribe, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años, término que según el artículo 97 empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito;

3.- Que, como ya el disidente ha expresado también en fallos anteriores, las reglas que respecto de la prescripción de la acción penal se han consignado precedentemente no se alteran tratándose del delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, que castiga al que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de libertad, y al que proporcionare lugar para la ejecución del delito. En efecto, y en lo que aquí estrictamente interesa, el disidente tiene en cuenta:

a) que los verbos rectores del delito de secuestro consisten en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, y también en proporcionar el lugar para la ejecución del delito;

b) que, en el delito de secuestro, las penas se agravan si el encierro o la detención se prolongare por más de 15 días o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del secuestrado, y, también, si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además el de homicidio;

c) que el encierro y la detención, como hechos de naturaleza material, física y real, han de tener necesariamente su ocurrencia en un momento dado en el tiempo y en un lugar físico determinado, y han de ser obra del sujeto activo del delito;

d) que, no obstante la característica o calificación de permanente que pueda atribuirse al delito de secuestro, es exigencia ineludible del secuestro agravado de personas que el inculcado como autor del mismo haya tenido no sólo la voluntad o poder y disposición moral efectiva para proceder a la detención o encierro, sino también el poder y la aptitud material o física posterior para conservar y mantener en el tiempo el encierro y la detención de la persona detenida. Pues bien, todos los hechos y circunstancias constatados en la causa han dejado de manifiesto que los inculcados en estos autos sujetos como a la jurisdicción criminal se han hallado-, no han podido tener la aptitud física y material necesaria para mantener un secuestro como el que se les atribuye;

e) que, a mayor abundamiento, el artículo 142 bis del Código Penal, agregado por el artículo 3º de la Ley 19.241, de 1993, refrenda de varios modos la exigencia propuesta en esta opinión, a saber: cuando se refiere a las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima; cuando alude a la rebaja en dos grados de la pena aplicable a los secuestradores de la víctima si la devolvieren libre de todo daño y antes de cumplirse las condiciones que motivaron el secuestro; y cuando rebaja en un solo grado la pena asignada al ilícito si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones que determinaron el secuestro, el que según el inciso 3º del artículo 141 pudo ejecutarse para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones;

f) que la detención materia del delito de secuestro y el homicidio perseguidos en autos datan de la fecha que ya se dijo, esto es, habrían ocurrido al inicio del advenimiento del Gobierno de la Junta Militar, habiendo transcurrido prácticamente ya más de 37 años de extinguida aquella Administración, a la que ha sucedido una quinta Administración en el Gobierno constitucional de la República, lo que excluye fundadamente la hipótesis que los inculcados como autores del delito de secuestro hayan podido mantener por sí y/o por acto

o con la cooperación de otros la persona física de la víctima durante todo el tiempo ya a la hora transcurrido, tiempo tan extenso en que dichos inculpados han carecido claramente de todo poder de autoridad para ello, cuánto más si los mismos imputados han estado privados de su libertad personal con motivo de la tramitación de esta causa;

4.- que el Decreto Ley N° 2191, en su artículo 1°, concedió amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplice o encubridores, hayan incurrido en hecho delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas, presupuestos que se cumplen cabalmente en la especie, desde que

los hechos investigados habrían tenido su ocurrencia en el transcurso del año 1974, y desde que ninguno de los siete sentenciados en este expediente se encontraran sometidos a proceso o condenados a la fecha de vigencia de dicho Decreto Ley;

5.- Que en efecto, y respecto de la amnistía, el disidente piensa: a) que, conforme al artículo 93 N° 3, la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos. Se trata de un perdón que se concede por la ley no para beneficiar a determinadas personas sino que alcanza a las consecuencias jurídico-penales de los hechos delictuosos mismos a los que se extiende el texto legal que la contenga; b) que el carácter objetivo de la amnistía aparece de manifiesto del texto mismo del artículo 1° del D.L. 2.191. En efecto, según el artículo 1° del referido D.L., es requisito del beneficio de la amnistía que las personas que hayan incurrido en los hechos delictuosos a que él se refiere no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas, lo que lleva a concluir que carecería de todo sentido y sería inaplicable el precepto si la amnistía borrara la pena impuesta a una persona que precisamente no ha debido hallarse sometida a proceso ni menos condenada. Más aún, el propio artículo 2° de este D.L., al conceder excepcionalmente también amnistía a las personas que a la fecha de su vigencia se encuentren condenadas por Tribunales Militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, está reconociendo que la norma general en la amnistía es la indicada en el artículo 1°, que se remite incuestionable e indudablemente al perdón concedido por la ley de modo objetivo a los hechos mismos ocurridos durante el período de tiempo a que se refiere su artículo 1°, sin consideración a cuáles serán las personas determinadas a que alcanzará consecuentemente el indicado beneficio; c) que la amnistía concedida por el D.L. 2.191, concordante con la esencia que según la concepción jurídica universal particulariza a esta institución, aparece inspirada en la tranquilidad general, la paz y el orden de que según dicho texto disfrutaba el país a la época de su promulgación; fue adoptada como un imperativo ético que ordenaba llevar adelante todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen la nación chilena; se la dispuso en procura de iniciativas que consolidaran la reunificación de todos los chilenos, y, finalmente, se la expidió ante la necesidad de una férrea unidad nacional, como se expresa en la exposición de motivos del Decreto Ley; d) que, por consiguiente, si la finalidad de la amnistía es por excelencia la búsqueda y consolidación de la paz social, aparece racional y conveniente reconocerle su validez plena como motivo o fundamento bastante de extinción de la eventual responsabilidad penal de los querellados; e) que, finalmente, en relación al Decreto Ley en referencia, cabe advertir que no ha habido hasta ahora acto legislativo alguno, ni para interpretar su alcance ni para su eventual derogación -como habría sido procedente según los mecanismos previstos en la Constitución-, lo que permite concluir que su vigencia, vigor y validez, no ha merecido reproche legislativo de legitimidad alguno luego de transcurridos ya más de 30 años desde su promulgación; y

6.- Que la sentencia de primer grado, por cierto inspirada en la materialización suprema de la justicia, invoca para ese fin los principios del Derecho Internacional. Sin embargo, los principios de imprescriptibilidad y de no amnistiabilidad de los delitos que la sentencia denomina de lesa humanidad no excluyen según el disidente los mandatos igualmente superiores contenidos en otros diversos principios también protectores de la vida y dignidad humanas. Entre éstos, el principio de que la justicia debe administrarse con prontitud, principio éste que, también por su valor supremo, debe asociarse a los otros principios de su clase. Y será el Juez quien, de entre todos ellos, elegirá los principios que más se acomoden en equidad y justicia a las circunstancias particulares de cada caso, a las del Estado y a las de la sociedad, como igualmente a las de los sujetos activos y pasivos del presente complejo jurídico-penal. Y si bien el sentenciador de primer grado ha aplicado por elogiosas razones de justicia suprema los principios de imprescriptibilidad y de no amnistiabilidad, cree sin embargo el disidente que, al cabo de 34 años de ocurridos los sucesos, estima más imperativo el elegir los principios que mejor contribuyan a la paz y sosiego progresivo de una sociedad actual tan diversa a aquella existente a la fecha de los hechos, desencadenados en el marco de una transformación constitucional, política y social de tan honda significación en la historia político-constitucional del Estado como lo fue la mutación del Régimen político de Gobierno de 1973.

Se aprueban los sobreseimientos consultados de fecha catorce y dieciséis de enero de dos mil dos, escritos a fs.291 y 302, respectivamente, del Tomo II.

Regístrese y devuélvase-

Redacción: Ministro Dobra Lusic y del voto disidente, su autor.

N° Criminal 6140-2007

Pronunciada por la Sexta Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez, conformada por la Ministro señora Dobra Lusic Nadal y el abogado integrante señor Enrique Pérez Levetzow.