

San Miguel, veintiséis de julio de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de fecha 11 de agosto de 2007, escrita a fojas 5.239 y siguientes, con excepción de la letra a) del motivo décimo octavo, que se elimina.

Y se tiene además y en su lugar presente:

Primero: Que la defensa penal del procesado y los abogados Nelson Caucoto Pereira y Eduardo Contreras Mella, han apelado respecto de lo resuelto en la parte penal y civil del fallo de primer grado respectivamente, así por ella, se condena al encausado, oficial en Retiro del Ejército de Chile, **VÍCTOR RAÚL PINTO PÉREZ** a la pena de **QUINCE AÑOS y UN DÍA** de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de los delitos reiterados de secuestro y homicidios calificados en las personas de **Ramón Luís Vivanco Díaz; Adiel Monsalves Martínez; Manuel Zacarías González Vargas; José Leningrado Morales Álvarez; Arturo Koyck Fredes; Joel Guillermo Silva Oliva; Roberto Segundo Ávila Márquez; Alfredo Acevedo Pereira; Raúl Humberto Castro Caldera; Pedro Enrique Oyarzún Zamorano y Hernán Elías Chamorro Monardes**, perpetrados entre septiembre u octubre del 1973, sin que se le conceda beneficio alternativo de cumplimiento de la ley N° 18.216, reconociendo como abono los días que permaneció detenido y en prisión preventiva con motivo de esta causa, entre el 2 de Julio de 2003 y el 25 de Agosto del mismo año, según consta de los certificados de fs. 2957 vta. y 3435 respectivamente.

Segundo: Que del mismo modo, la parte querellante y demandante civil, representada por el abogado Nelson Caucoto ha apelado del mencionado fallo, en cuanto rechaza su acción civil indemnizatoria interpuesta contra el Fisco de Chile, en representación de Julia Escobar Guzmán; Gladys Ibáñez Rivas; Marina Riveros Coloma, Claudina Campos Chamorro; Fernando Ávila Alarcón; Alfredo Acevedo Arriagada; Salomón Silva Oliva y Marta Maldonado Vera, familiares de las víctimas Manuel Zacarías González Vargas; José Leningrado Morales Álvarez; Pedro Oyarzún Zamorano; Arturo Koyck Fredes; Roberto Segundo Ávila Márquez; Alfredo Acevedo Pereira; Joel Silva Oliva y; Hernán Chamorro Monardes encontrándose el Fisco de Chile, representado en su oportunidad, por la señora Clara Szczeransky en su calidad de Presidenta del Consejo de Defensa del Estado.

Tercero: Que también es apelada la sentencia de primer grado antes referida, en su aspecto civil, por la parte del abogado Eduardo Contreras Mella, en cuanto rechaza la demanda civil, interpuesta en representación de Pamela Vivanco y Mónica Monsalves en contra del procesado Víctor Raúl Pinto Pérez, por lo expresado en el fundamento vigésimo sexto del fallo que se revisa.

EN CUANTO A LA APELACION EN LO PENAL:

Cuarto: Que a fs. 4522 la defensa del procesado contestó el auto de cargos judicial y adhesiones al mismo, señalando y especialmente acotando en la vista de la causa ante esta Corte que solicita la absolución de su defendido del auto de cargos judicial, ya que en cuanto a la participación en los hechos imputados, su representado no ha admitido autoría en los mismos y que la orden de detener a los trabajadores de la Maestranza de San Bernardo en sus domicilios y sectores de trabajo y trasladarlos al Cerro Chena donde fueron ejecutados, fue dispuesta por el Teniente Coronel Sub Director del Instituto Militar Pedro Montalva y el Director Coronel

Leonel König Alempart, autoridades jerárquicas superiores de la repartición de Cerro Chena, quien habría tenido la responsabilidad de hacer cumplir dicha orden; por eso es ilógico y desproporcionado que toda la responsabilidad de los actos reprochados recayera en el entonces Capitán Pinto Pérez, toda vez que este no tenía personal de tropa bajo su mando y su función estaba concentrada en el Cuartel Principal de San Bernardo y no en el Cerro Chena, más aun cuando se encuentra acreditado en el proceso que la detención de los trabajadores de la Maestranza de Ferrocarriles de San Bernardo fue ejecutada en un gran operativo a cargo del Comando de Institutos Militares en donde habrían participado muchos hombres y no se encuentra acreditada la participación del ex capitán Pinto Pérez en las referidas detenciones.

Agrega que las declaraciones indagatorias que ha prestado Víctor Raúl Pinto Pérez a lo largo del proceso se condicen con lo informado por las actuales autoridades del Ejército, que han señalado que la Institución no reconoce la existencia de infraestructura o cuartel alguna en el Cerro Chena en esa época y que diga relación con un campo de prisioneros en el sector sur del Cerro Chena.

Quinto: Que la defensa del procesado Pinto Pérez, solicita se exima de responsabilidad penal a su representado por encontrarse en la situación prevista en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su cargo; y a su vez, en subsidio invoca las atenuantes de la prescripción gradual o incompleta de la pena establecida en el artículo 103 del Código Punitivo y la circunstancia atenuante estatuida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar la que solicita se tenga como muy calificada, finalmente se considere la eximente incompleta establecida en el artículo 11 N° 1 en relación con el numeral 10 del artículo 10 del Código Penal, teniendo para ello presente que el encausado habría actuado en cumplimiento del deber, y aunque si bien es cierto, no hay constancia que se haya representado la orden por el acusado, el artículo 211 del Código de Justicia Militar establece como atenuante muy calificada la circunstancia de haber cometido el delito en cumplimiento de órdenes dadas por un superior jerárquico y relativas al servicio; orden a la que no podía resistirse, teniendo en consideración la época y condiciones sociales que se vivían en ese momento y las consecuencias fatales que hubiere significado para su defendido el haber cuestionado o representado una orden de ese tipo, así el Capitán Pinto, dependía jerárquicamente de las dos personas que impartieron las órdenes; y acorde con lo que dispone el artículo 334 del mismo cuerpo legal, todo militar tiene la obligación de obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuera impartida por un superior.

Añade que no se puede desconocer que la obediencia y el respeto a los superiores tiene su origen en la subordinación jerárquica que constituye el presupuesto de la existencia misma del cuerpo armado, y existe también la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 10 N° 10 del mismo Código, que debe entenderse muy calificada, pues el Oficial Pinto obró con la convicción de encontrarse en el cumplimiento de un deber, pues las órdenes las recibió directamente de sus superiores.

Igualmente debe reconocerse que en esas circunstancias, existía lo que se conoce como, Estado de Sitio por conmoción interna de país, y al respecto el defensor señala que en septiembre de 1973, Chile se encontraba bajo un régimen de excepción, esto es, en estado de sitio decretado por conmoción pública interna y que debe entenderse “estado o tiempo de guerra” acorde con lo que dispone el artículo 418 del Código de Justicia Militar, en consecuencia, el Director de la Escuela de Infantería tenía potestades delegadas por la Honorable Junta de Gobierno de la época, porque era, además, Comandante en Jefe de la Unidad Operativa de San Bernardo; habiendo recibido Pinto Pérez misiones directas de quien tenía atribuciones legales para hacerlo, cabe

preguntarse si podría haberse cuestionado el cumplimiento de las órdenes recibidas, teniendo presente que era un Oficial Subalterno (Capitán) y subordinado del Coronel Director de la Escuela, ordenes que fueron motivadas y justificadas por actuaciones terroristas y subversivas contra el orden público, a este respecto señala el defensor que personal de las fuerzas armadas debían realizar funciones de inteligencia, seguridad y represión para neutralizar la alteración del orden público en todo el país y es en ese prisma que deben entenderse estos hechos.

Sexto: Que también la defensa solicita se aplique la prescripción gradual o media prescripción sosteniendo que no hay impedimento legal o moral, para aplicarla, que la esencia de la prescripción, entre otras razones, encuentra acogida en la seguridad jurídica como finalidad del derecho, lo que en consideración al transcurso del tiempo y a las exigencias normativas, obliga que el Estado auto limite su potestad punitiva con la aplicación del mencionado instituto, situación que no opera respecto de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, debido a que por la extrema gravedad de los mismos, que conculcan derechos esenciales del ser humano, se incluyen en las redes protectoras de la justicia internacional legitimando su imprescriptibilidad con el evidente objetivo de evitar la impunidad.

Séptimo: Que, y como también lo ha concluido la Excma. Corte Suprema, una de las características que presenta este tipo de ilícitos, entre otras, es *su imprescriptibilidad*, en atención a las estipulaciones de las Convenciones de Ginebra, y de la aplicación del Derecho penal internacional en las materias propias de este ámbito de protección, lo que debe tenerse expresamente presente para los efectos aquí pertinentes.

En este sentido el Derecho Internacional Humanitario se contiene en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y las Personas Civiles en tiempos de Guerra, ratificados por Chile según Decreto Supremo N° 752/1.951, de 17, 18, 19 y 20 de abril del año 1951, en la actualidad ratificados por prácticamente todos los países del orbe.

A lo anterior se suma el hecho cierto que la Excma. Corte Suprema ya ha acogido el *principio de imprescriptibilidad respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad*, considerando entre otras razones para ello su cabida y naturaleza en el ámbito del Derecho punitivo universal, como efecto de la ley penal en el espacio y su consecuencia en el tiempo, a cuyos específicos efectos el Convenio IV, de Ginebra, referido a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, que en Chile cobró vigor el 21 de octubre de 1.950, manifiesta en su Título IV, denominado “Aplicación del Convenio”: “Artículo 146. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes. Cada Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio.

Octavo: Que, el *thelos* de la institución de la prescripción alcanza asimismo acogida en la *seguridad jurídica* como *fin del Derecho*, lo que requiere que en algún momento o instante, en consideración, entre otras, de afincaciones de tiempo, el Estado autolimita su potestad punitiva,

situación que no concurre respecto de los crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, debido a que, por la gravedad de los mismos, se vulneran derechos esenciales del ser humano, lo que les sitúa en el ámbito de protección de la Justicia Universal, legitimando su imprescriptibilidad -*acotada ésta a que los referidos crímenes, atendida su naturaleza no queden en la impunidad*- institución ésta -*la de la imprescriptibilidad*- que permite acoger en dicho fin, *cual es el de evitar impunidad*, las más diversas hipótesis de prescripción que pudieren emanar de los actos humanos y que de otra manera conducirían a la extinción de la responsabilidad penal. Sin embargo, lo expresado no importa ni significa por cierto, la consagración de jure de la atemporalidad, situación ésta ajena al humano acontecer e insondable por tanto a la luz de la razón en cuanto ésta emana de la experiencia.

Sin embargo, la conclusión manifestada en el párrafo que antecede no obsta al reconocimiento del tiempo como elemento objetivo en el arte de juzgar, lo que impulsa al sentenciador al estudio, análisis, y por cierto, aplicación de la institución pertinente -que contemple el decurso- y que en nuestro Ordenamiento de punición no tan solo existe por disposición expresa de la ley como norma de aplicación general, sino que más todavía, no aparece renunciada para los crímenes de lesa humanidad o contra la humanidad, cuyo es el caso de la “*media prescripción*” o “*prescripción gradual*”, sin que lo dicho importe o implique hurtar, cercenar o afectar de manera alguna *la imprescriptibilidad al patrimonio jurídico del Derecho Penal Internacional, sino que más bien, la armonización unívoca de las instituciones de jure vigentes y propias del derecho punitivo interno, con aquellas de jure también vigentes propias del orden punitivo internacional.*

Noveno: Que como ha sostenido reiteradamente la Excma. Corte Suprema en el último tiempo, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, el señalado instituto constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio, la morigerante -que también se explica en razón de la normativa humanitaria- encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a la señalada atenuación de la sanción, pues el lapso cumplido debe atemperar la severidad del castigo.

En definitiva, la prescripción gradual constituye una atenuante muy calificada cuyas consecuencias inciden sólo en el rigor del castigo, quedando entregada a la discrecionalidad del tribunal del fondo, disminuir en un grado o dos la pena correspondiente, toda vez que las minorantes de responsabilidad constituyen un régimen general de determinación de la pena que tiende a favorecer a todo procesado, y cuyo efecto morigerador de la pena en tanto a la rebaja y/o quantum, constituye una facultad privativa del juzgador.

Décimo: Que, en lo atingente, resulta fundamental lo que dispone el Código Penal, al expresar: “Artículo 103. Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna

agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”.

Décimo Primero: Que, es pertinente determinar si en el caso sublite *-afecto a la imprescriptibilidad-* resulta o no menester aplicar el artículo 103 del Código Penal antes transcrito, que como emana de su inteligencia, institucionaliza lo que se conoce como “media prescripción” o “prescripción gradual” -la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere- la que en su ejercicio, y por disposición de los artículos a los que se reenvía, esto es, 65, 66, 67 y 68 del Código punitivo, otorga una *facultad discrecional* al juzgador según la cual *puede* bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos artículos del orden punitivo lo permiten.

Duodécimo: Que, del estudio de la “prescripción” o “*prescripción completa*”; y, de la “media prescripción” conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta indubitado que ambas instituciones de jure comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V del Libro I, que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

Décimo Tercero: Que, sin embargo, cabe advertir que ambos institutos de jure, esto es, tanto la “prescripción” como la “media prescripción” más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambas del transcurso del tiempo, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos – *extinción y no extinción* de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” *la extinción de la responsabilidad penal*, esto es, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente *en la atenuación de la pena*. Así entonces, la “*prescripción completa*” adquiere identidad gregaria con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “*la media prescripción*” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto el atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código punitivo, y también en otros continentes del mismo, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o 456.

Décimo Cuarto: Que, el hecho que la institución de la “*media prescripción*” se ubique en el Título V del Libro I del texto punitivo, dedicado éste a la “extinción de la responsabilidad penal”, no desnaturaliza su finalidad de *atenuación*, toda vez que, como se ha manifestado, nunca ésta alcanzará dicha extinción, ni tampoco lo pretende, ya que como fluye de su texto, persigue sólo el modificar, concretamente el atenuar, no el extinguir.

Décimo Quinto: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, y que precisamente por haber visto ya la luz, nada obsta aquí a la cita de su enjundia- e intitulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que, “el

artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.”.

Décimo Sexto: Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de los delitos que fueron materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de homicidio calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, situación ésta que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la atenuante consistente en la *media prescripción* que registra el artículo 103 del texto punitivo.

Décimo Séptimo: Que conforme con lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, ámbito atingente al punto debatido, en el plazo de quince años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de siete años y seis meses.

Décimo Octavo: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede en consecuencia desestimar el requerimiento de sobreseimiento definitivo por aplicación de la prescripción de la acción penal, sin perjuicio de reconocer respecto del acusado la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal.

Décimo Noveno: Que no obstante lo asentado precedentemente, el tiempo es un elemento objetivo al momento de juzgar y así es necesario considerar la aplicación de la prescripción gradual que el ordenamiento penal contempla e incluye en una disposición concreta como norma de aplicación general y que no se encuentra prohibida como la prescripción de los crímenes de lesa humanidad y que lejos de perjudicar la imprescriptibilidad, implica un esfuerzo por armonizar las normas propias del derecho punitivo interno y las del ámbito punitivo internacional y al efecto el artículo 103 del Código Penal, refiere que si el responsable de delitos se presentará o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos para la prescripción, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67

y 68 del mismo cuerpo legal, sea en la imposición de la pena o sea para disminuir la ya impuesta.

Vigésimo: Que el Estado de Chile, según los convenios suscritos y por aplicación del derecho punitivo internacional, acoge la imprescriptibilidad, en relación a los crímenes de lesa humanidad, lo que constituye una situación excepcional, toda vez que la normativa interna no la contempla, pero ello no significa que haya renunciado a la aplicación de otras normas, que no significan impunidad como es el caso de la media prescripción, que se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde el año 1874 y que debe considerarse sólo en el ámbito de la atenuación de la sanción penal y en ningún caso en relación a la impunidad; de tal manera que la prescripción tiene por objetivo jurídico la extinción de la responsabilidad penal, en cambio la prescripción gradual tiene por objetivo jurídico la atenuación de la pena y su actividad es propia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

Vigésimo Primero: Que la ubicación geográfica de la prescripción gradual en el Título Quinto, del Libro Primero, del texto sancionador, cuyo epígrafe “De La Extinción de la Responsabilidad Penal”, en ningún caso puede alterar su finalidad de atenuación, toda vez que nunca podría lograr la extinción de tal responsabilidad ni tampoco su redacción lo pretende, ya que sólo persigue modificar la pena de que se trate.

Vigésimo Segundo: Que del mérito de los antecedentes reunidos en esta causa Rol de Ingreso Corte N° 1462, se encuentra establecido, que en horas de la noche del 27 de septiembre de 1973 y a primeras horas del día siguiente, militares de dotación de la Escuela de Infantería de San Bernardo, detuvieron a diversas personas y las trasladaron a una escuela existente en el Cerro Chena y posteriormente a un galpón blanco con techo rojo ubicado en el Cuartel Dos de la mencionada escuela de infantería, donde se estableció un Campo de Prisioneros y dichos detenidos fueron ejecutados con armas de fuego, después del quinto día de octubre de 1973, cuyos cadáveres fueron trasladados al Servicio Médico Legal y posteriormente entregados a sus parientes, con excepción de uno de ellos que fue hallado en el Cementerio de Huelquén, hechos que fueron calificados como delitos reiterados de secuestro y homicidio calificado; iniciándose ésta causa criminal, el 21 de octubre del año 2002 y con fecha 1 de julio y 8 de septiembre de 2003, se dictaron los autos de procesamiento que afectaron a Víctor Raúl Pinto Pérez, es decir 30 años después de cometidos los hechos ilícitos.

Vigésimo Tercero: Que atendido los períodos de tiempo señalados en el motivo que precede, es obvio que se han satisfecho las exigencias de la prescripción gradual de conformidad con el citado artículo 103, del Código del ramo, que contiene un beneficio legal objetivo y en consecuencia es imperativo para el tribunal considerar la situación reprochada como revestida de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y atendida la extensión y naturaleza de las sanciones penales que corresponden en relación a los delitos establecidos en autos y en conformidad al artículo 68 inciso tercero del mismo texto legal, éste tribunal rebajará la pena que resulte en un grado, teniendo en cuenta para ello la modalidad y consecuencias de las figuras penales recriminadas.

Vigésimo Cuarto: Que, en relación con la solicitud del defensor del encausado Víctor Raúl Pinto Pérez, efectuada en la contestación a la acusación judicial y renovada en estrado en la vista de la causa, en orden a eximir a su representado de responsabilidad penal, en virtud de lo que dispone el artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo; ésta, será rechazada, de acuerdo a lo que dispone el artículo 335 del Código de Justicia Militar, que autoriza a representar la referida orden cuando tienda notoriamente a la perpetración de un delito, o de una orden injusta, irregular o ilegal que evidentemente, el encartado no hizo o no se encuentra acreditada en autos

que se haya efectuado; más aún, tampoco se ha establecido que se trate de una “orden relativa al servicio” al tenor de lo que dispone el artículo 421 del citado cuerpo legal, sin que las circunstancias de los hechos y la situación del orden público esgrimidas, alteren lo señalado precedentemente, ya que no obstante las situación política y social del momento y en que se enmarcan los hechos del proceso.

Vigésimo Quinto: Que del mismo modo, procede que esta Corte se pronuncie respecto a las demás circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que invocó la defensa del encausado al contestar la acusación y que renovó ante estos sentenciadores en la vista de la causa, en esta segunda instancia y que dice relación con la aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, planteamiento que esta Corte rechazará porque no se ha probado en el proceso de manera alguna, la existencia de una orden relativa al servicio que facultare al acusado para privar de libertad a las víctimas y causar su muerte que él pudo haber representado; y, aunque se hubiera establecido su existencia, una orden que mande efectuar delitos de tal magnitud, fuera de cualquier consideración o humanidad debió ser representada por el destinatario al superior, no encontrándose obligado moral o materialmente a su cumplimiento por ilegal, más aún cuando, objetivamente, no se acreditó en esa oportunidad, que las víctimas hayan realizado actos delictuales de cualquier tipo, y por esta misma razón no será considerada como eximente incompleta a que se refiere el artículo 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 10, del Código Penal, según lo pidió la defensa del sentencia Pinto Pérez, por que ninguno de los elementos que integran estas se encuentra acreditada en autos.

EN CUANTO A LA APELACIÓN RESPECTO AL ASPECTO CIVIL:

Vigésimo Sexto: Que las partes querellantes representadas por los abogados don Nelson Caucoto Pereira y don Eduardo Contreras Mella, han apelado del fallo de primer grado en lo que dice relación con el aspecto civil del mismo, en virtud del cual se rechazó las demandas civiles interpuestas por los letrados mencionados, por sus representados, en el primer caso en contra del Consejo de Defensa del Estado y en el segundo, en contra del encausado Víctor Raúl Pinto Pérez, para obtener la indemnización por concepto de daño moral que han sufrido sus representados con motivo del secuestro y homicidio calificado de sus familiares.

Vigésimo Séptimo: Que a fs. 4486, Nelson Caucoto Pereira en representación de Julia Escobar Guzmán; Gladys Ibáñez Rivas; Marina Riveros Coloma, Claudina Campos Chamorro; Fernando Ávila Alarcón; Alfredo Acevedo Arriagada; Salomón Silva Oliva y Marta Maldonado Vera, familiares de las víctimas Manuel Zacarías González Vargas; José Leningrado Morales Álvarez; Pedro Oyarzún Zamorano; Arturo Koyck Fredes; Roberto Segundo Ávila Márquez; Alfredo Acevedo Pereira; Joel Silva Oliva; y Hernán Chamorro Monardes, interpone demanda de indemnización de daños y perjuicios en contra del Fisco de Chile, representado, en esa época por la señora Clara Szczaransky, en su calidad de Presidenta del Consejo de Defensa del Estado. Funda su acción en los hechos que han sido materia de esta causa y expone que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, concede acción penal para sancionar a los culpables de un delito, y al mismo tiempo, concede acción civil para obtener la reparación de los daños que son consecuencia de ese ilícito y por ello esas acciones civiles de reparación del daño se dirigen directamente en contra del Estado de Chile, porque fueron agentes estatales al servicio de ese Estado, los que infirieron el daño cuya reparación se solicita. En el caso de autos, se demanda una indemnización por daño moral sufrido por los querellantes a consecuencia de los delitos investigados, tipificados como secuestros con homicidios, todos cometidos por agentes del Estado. Agrega que el acusado Víctor Pinto Pérez era funcionario público, al servicio del Estado; las potestades, los vehículos, los recintos y las armas eran estatales; en consecuencia, los hechos

y actos de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones son imputables directamente al órgano al cual pertenecen. Esta es, la denominada “Teoría del Órgano” de la cual se puede afirmar que la responsabilidad por los actos, hechos, acciones u omisiones antijurídicos, que causen daño a una persona, realizados materialmente por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es directamente imputable al órgano al cual dicho funcionario está adscrito.

En el caso de autos, nos encontramos a su juicio, frente a una responsabilidad extracontractual del Estado, la que se caracteriza por ser una responsabilidad “orgánica”, de lo cual deriva otra característica, el de ser una responsabilidad directa, no siendo aplicables las formulas de la llamada responsabilidad por el hecho ajeno o hecho de un tercero que se encuentra al cuidado de un superior jerárquico, propios del estatuto civilista de nuestro ordenamiento jurídico, así, el órgano público, ente ficticio, cuando actúa lo hace a través de sus funcionarios. Dicho de otro modo, cada vez que un funcionario público actúa en el ejercicio de sus funciones, quien actúa, en términos jurídicos, es el órgano público. Por tanto, el órgano debe asumir las consecuencias de dichos hechos o actos, sean lícitos o ilícitos, los que se imputan sin intermediación a la persona jurídica de derecho público.

Por otra parte sostiene que, la responsabilidad del Estado está informada y se encuentra fundamentada por normas de derecho público; y al respecto el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política, declara que toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado puede recurrir ante los tribunales de justicia a objeto que se resarza el daño causado; precepto que consagra una acción constitucional para hacer efectiva la responsabilidad del Estado.

Añade que el fundamento básico de la responsabilidad legal o extracontractual del Estado, está consagrada en diversas disposiciones constitucionales y legales, tanto es así que el inciso 4° del artículo 1° de la Carta Fundamental señala “que el Estado está al servicio de la persona humana”. A su turno, el inciso segundo del artículo 5° obliga a todos los órganos del Estado a la promoción y protección de los derechos fundamentales; además, el artículo 6° establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella y el inciso tercero indica “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determina la ley” y el artículo 7° señala que el Estado debe actuar en la forma que establece la ley y su inciso tercero que alude al principio de responsabilidad, indica que “todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará responsabilidades y sanciones que la ley señala” y a su entender, la acción criminal desarrollada por el acusado en cuanto agente estatal, afectó garantías y derechos constitucionales ya resguardados en la Constitución de 1925, en la declaración de principios de la Junta de Gobierno, en las Actas Constitucionales y en la Constitución de 1980.

Agregan los querellantes representados por el abogado Nelson Caucoto, que al igual que en materia penal, en estos casos, se aplican normas internacionales en materia civil, como son el Pacto de Derecho Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; los Convenios de Ginebra; la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, y el Convenio sobre Genocidios entre otros. En consecuencia, es un principio de derecho internacional válido en nuestro país, que el Estado responda por los actos de sus agentes realizados bajo el amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación de su derecho interno. Responderá el Estado si el órgano o el funcionario desbordó los límites de su propia competencia.

Que por la acción civil interpuesta se pretende por los demandantes la indemnización del daño moral que a su juicio se les ha provocado por el Estado de Chile, a través de la acción de

sus agentes. El daño moral es enorme e incalculable, lo que se agrava por la forma y circunstancias en que se produjeron los secuestros y posteriores homicidios, y que provocaron dolor, sufrimiento, angustia, por la pérdida violenta de vidas humanas. Las víctimas eran personas de bien, trabajadores de la Maestranza de San Bernardo y que presentan como común denominador que pertenecían al Partido Comunista, por ello se demanda al Fisco de Chile al pago de la suma total de \$5.600.000.000, que se desglosan en \$ 700.000.000 para cada uno de los ocho demandantes individualizados con reajustes e intereses, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos reprochados, hasta su pago completo, más las costas de la causa o la suma que el tribunal estime en justicia.

Vigésimo Octavo: Que a fs. 4506, Eduardo Contreras Mella en representación de Pamela Vivanco y Mónica Monsalves, interpuso demanda civil en contra de Víctor Raúl Pinto Pérez y solicitó la suma de \$20.000.000 más reajustes, intereses y costas por concepto de daño moral. Fundamenta su pretensión en los hechos que han sido materia de la investigación y agrega que el daño moral que se les ha causado es irreparable, pero al menos el acusado deberá responder materialmente.

Vigésimo Noveno: Que en lo que dice relación a la demanda civil indemnizatoria interpuesta por el abogado don Nelson Caucoto Pereira por sus representados, contestando a fs. 4554 el representante del Consejo de Defensa del Estado dicho libelo deducido en su contra y solicitó su rechazo por las siguientes consideraciones:

a) En primer término alegó, la Incompetencia absoluta del tribunal; señala el demandado que esta acción corresponde entablarla exclusiva y privativamente ante los tribunales con jurisdicción civil; agrega que el artículo 10 de Código de Procedimiento Penal, aplicable en la especie, establece que “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 y que los procesados por si mismos hayan causado 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”, lo que no ocurre en la especie.

b) En lo que dice relación con la tipicidad penal, que es aquella en que incurren los agentes delictuales, sus consecuencias dañinas susceptibles de acción civil son los efectos patrimoniales que por si mismos hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas. Pero al juzgar la acción civil, el juez del crimen no puede salirse de los marcos estrictos que fijó la ley: de tal manera que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a considerar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal; y no el comportamiento de terceros ajenos a los hechos típicos, como es el caso presente, en que se atribuye responsabilidad al Estado, respecto del cual se esgrimen argumentos, razones, motivos y fundamentos, distintos de aquellos que condujeron al juez del crimen a atribuir responsabilidad penal a los acusados.

c) Los querellantes y demandantes civiles han expuesto que la demanda civil deducida contra el Fisco, se funda en los preceptos constitucionales de los artículos 38 inciso 2°, 5°, 6°, 7°, 19 N° s. 1, 2, 20, 22 y 24; y artículos 3°, 4° y 44 de la Ley N° 18.575, es decir, se razona

sobre la base de que el Estado debe responder en virtud de un argumento ajeno por completo al contemplado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, pero en relación a éste punto, este tercero -Estado-Fisco- es emplazado al proceso penal sobre la base de una acción impropia y distinta de aquella respecto de la cual se autoriza al juez del crimen para conocer y pronunciarse sobre responsabilidades civiles del encausado, por lo que indudablemente la competencia del Tribunal, en los términos del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, aparece manifiestamente excedida y ajena a dicha competencia.

d) En subsidio de lo anterior, opone la excepción de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios, y solicita que, por encontrarse prescrita ésta, debe rechazarse la demanda.

Sostiene que la acción de indemnización de perjuicios ejercida en autos, tiene un plazo de prescripción especial contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, que es de cuatro años contados desde la perpetración del acto que causa el daño.

En efecto, el secuestro y muerte de las víctimas ocurrió -según lo reconocen los actores- el día 6 de octubre de 1973 y la demanda de autos fue notificada a esta parte con fecha 8 de septiembre de 2005, cuando el plazo de prescripción establecido en la disposición especial citada ya había transcurrido largamente.

La imprescriptibilidad, en cambio, es excepcional y requiere siempre declaración explícita de la ley, que en este caso no existe. Pretender que la responsabilidad civil del Estado es imprescriptible conduciría a situaciones extraordinariamente graves, absurdas y perturbadoras.

e) En subsidio, para el evento que el Tribunal estimare que esa norma no es aplicable a éste caso, opuso la excepción de prescripción extintiva de cinco años contemplada en los artículos 2.514 y 2.515 del Código Civil, ya que entre la fecha, en que se habría hecho exigible el supuesto derecho a indemnización, esto es, desde la producción del daño y la fecha de notificación de la presente demanda, ha transcurrido con creces el plazo que establece el citado artículo 2.515 del Código Civil.

f) Por otra parte hace presente en relación a los hechos que se señalan en la demanda, que es exigencia procesal que el demandante los acredite, no siendo suficiente la exposición que de ellos se haga en dicho libelo. De acuerdo a lo anterior, en esta etapa procesal y para los efectos de la prueba que deberá rendirse a su respecto, el demandado controvierte la totalidad de los hechos, salvo aquellos que reconozca expresamente.

g) Que también señala en relación con la existencia de la responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado que la legislación aplicable corresponde a la Constitución Política del Estado de 1925, vigente a la época en que ocurrieron los hechos, la que no contenía disposición alguna que permitiera accionar por responsabilidad extracontractual del Estado, motivo por el cual las acciones de esa especie estaban reguladas por las disposiciones de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Así, resulta absolutamente indiscutible que el artículo 38° inciso 2° de la Constitución Política de 1980, no es una norma substantiva destinada a regular la responsabilidad del Estado, sino que para atribuir la competencia de los asuntos contenciosos administrativos, a los tribunales que señale la ley. No es posible entonces pretender que esa norma eliminaría el elemento subjetivo inherente a la obligación de indemnizar, para reemplazarlo por la mera relación de causalidad material entre el daño y la actividad de la administración, como sostiene la demanda. Tal planteamiento resulta absolutamente arbitrario, ya que dicha norma nada dice sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad.

En este caso señala que se trataría de una acción indemnizatoria destinada a hacer

efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, conforme al mencionado título XXXV del Libro IV del Código Civil, y para que ella opere se requiere que el acto u omisión dañoso haya sido ejecutado por alguno de los órganos en los que reside la voluntad del Estado, que estos órganos hayan actuado dentro del ejercicio de sus funciones y que hayan actuado con culpa o dolo. Según se ha expresado, le son aplicables las normas del Código Civil citadas y es por tanto plenamente aplicable la norma sobre prescripción del artículo 2332 del Código Civil, que fija en cuatro años el plazo en que prescribe la acción reparatoria del daño. En el evento de que sea rechazada esa excepción los actores deberán probar, cada uno de los requisitos de la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual.

h) También se alegó por el Consejo de Defensa del Estado, la improcedencia de la indemnización en el caso de haber sido ya indemnizados los actores de acuerdo a la ley 19.123, y que en caso que el tribunal desestimare las excepciones anteriormente expuestas la acción civil deberá ser igualmente rechazada cuando los demandantes hayan sido favorecidos con los beneficios de la Ley N° 19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y que estableció a favor de personas familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos o de violencia política, en razón que es un principio general de derecho, sostenido firmemente por la doctrina, que un daño que ha sido ya reparado no da lugar a una nueva indemnización.

i) Por último, en subsidio de las alegaciones anteriores, expuso el órgano que representa al Fisco de Chile que los hermanos de las víctimas carecen de interés para demandar daño moral y que sus pretensiones económicas son exageradas, bastando comparar otras reparaciones otorgadas por los tribunales.

Trigésimo: Que estos sentenciadores tendrán presente en relación a la primera de las excepciones opuestas por el Fisco de Chile, respecto de la demanda civil deducida en un otrosí de la presentación de fs. 4486, esto es la incompetencia absoluta del Tribunal, que debe considerarse, en primer término, que el texto del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, antes de la modificación introducida por el artículo 1° N° 7 de la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, era el siguiente:

"De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado".

Ahora bien, en virtud de la referida modificación, el texto actual del precepto señala, "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 éste 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".

Que acorde con el texto descrito, sólo podrá accionarse civilmente ante el juez del crimen en cuanto se fundamente la demanda civil en los perjuicios patrimoniales causados directa o inmediatamente por la conducta del procesado, o bien, que sean consecuencias próximas o

directas de dichas conductas. Esto es, si la ley otorga en forma excepcional al juez del crimen la facultad de conocer las responsabilidades civiles que emanen de los mismos hechos punibles, la norma es de aplicación restrictiva. Es decir, es aplicable a los daños ocasionados por aquellos hechos o conductas que satisfacen la tipicidad del delito que se trate, y evidentemente en forma culpable.

Dicha tipicidad no es sino la materialización de las conductas dolosas del partícipe en el ilícito.

Que, acorde con lo razonado, procede concluir que el juez del Crimen, esta inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de aquellos que constituyen la tipicidad.

En el caso de estudio, se fundan las acciones deducidas en la responsabilidad objetiva y directa del Estado, esto es, en circunstancias ajenas al comportamiento de los autores de los ilícitos que se persiguen, excediendo con ello, la limitación impuesta por el legislador en el actual texto del citado artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

Trigésimo Primero: Que, a mayor abundamiento se tiene presente que el artículo 172 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto precisa que "El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencia de un delito..." - que no ha sido modificado por la ley N° 19.665, y la del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, que señala "La acción civil puede entablarse contra los responsables del hecho punible, contra los terceros civilmente responsables y contra los herederos de unos y otros", deben, para estos efectos, estimarse derogadas en forma tácita, en los términos del artículo 52 del Código Civil, por la citada modificación del referido artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

Trigésimo Segundo: Que por otra parte es necesario señalar, que nuestra legislación orgánica contiene reglas en que por excepción, se otorga a los Tribunales con competencia en lo penal, la facultad para decidir materias civiles que estén íntimamente vinculadas al hecho punible o que sean su consecuencia.

Trigésimo Tercero: Que el Código Orgánico de Tribunales y los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal en general establecen que los tribunales que ejerzan su competencia en materia penal en un proceso, son incompetentes para decidir materias civiles que se plantean en ese proceso, estableciéndose como excepción a ello lo relativo a los efectos patrimoniales de un delito. Lo anterior dice relación con que en el proceso penal la competencia específica de un tribunal para conocer de un hecho punible siempre incluye la determinación de la responsabilidad penal de los participantes y en su caso, la posible responsabilidad patrimonial derivada del hecho y esta última incluye, la restitución de la cosa objeto del delito o de su valor en caso de no ser posible lo primero y, en ambos casos, la indemnización de los perjuicios materiales y morales que de ello se deriven y que sean, eso sí, consecuencia directa e inmediata de la actitud ilícita de los autores del hecho punible de que se trate, de lo que se desprende que la responsabilidad del Estado de Chile en este caso, no se encuadra dentro del marco excepcional de lo razonado en lo que antecede respecto a la competencia para juzgar los efectos patrimoniales de un hecho punible.

Trigésimo Cuarto: Que por lo expresado en los motivos precedentes, y compartiendo el criterio del fallo de primer grado que se revisa, se procederá a confirmar la sentencia en lo que dice relación con la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile, respecto de la demanda civil deducida en su contra, la que debe plantearse ante el tribunal civil que corresponda.

Atendido lo concluido resulta inoficioso emitir pronunciamiento sobre las demás alegaciones y excepciones hechas valer por las partes.

Trigésimo Quinto: Que en la presentación de fs. 4506 el abogado don Eduardo Contreras Mella, en representación de Pamela Vivanco Díaz y Mónica Monsalves León, interpuso demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de Víctor Raúl Pinto Pérez; funda su presentación en que Ramón Luis Vivanco Díaz y Adiel Monsalves Martínez, eran los padres de las demandantes, que fueron detenidos entre el 27 y 28 de septiembre de 1973 y ejecutados entre el 5 y 6 de octubre del mismo año en el Cerro Chena; que a consecuencia de estos hechos, y respecto de los cuales han transcurrido más de treinta años de dolor, daño psíquico y sufrimiento de toda la familia, solicita una indemnización de 20.000.000 pesos para cada una de las demandantes por concepto de daño moral.

Trigésimo Sexto: Que el plazo para interponer las acciones civiles acorde con lo que dispone el artículo 2332 del Código Civil, es de cuatro años, luego de lo cual prescriben; en consecuencia, la acción civil intentada resulta extemporánea, por lo que la demanda interpuesta deberá ser desestimada atendido a que los hechos ocurrieron en el transcurso del año 1973, por lo que el plazo de prescripción a que se refiere el artículo se encuentra ampliamente vencido, por todo lo cual procede el rechazo de las demandas civiles referidas en el presente fallo.

EN CUANTO A LA APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE NEGÓ LUGAR A LA REAPERTURA DEL SUMARIO EN LA CAUSA POR LA MUERTE DE EDUARDO CAMPOS BARRA:

Trigésimo Séptimo: Que además, se ha apelado por el abogado Nelson Caucoto Pereira, en representación de la querellante Ximena Campos Barra y otros, en lo que dice relación con la muerte de Eduardo Campos Barra, de la resolución que negó lugar a dejar sin efecto el sobreseimiento definitivo, dictado en conformidad al artículo 408 N° 5, del Código de Procedimiento Penal, respecto de Pedro Montalva Calvo y solicita reabrir el sumario y dictar las diligencias que señala y todas las demás que de ellas deriven hasta agotar efectivamente la investigación a fin de establecer la participación y responsabilidad de otras personas en estos hechos, solicitud que se hizo por el abogado apelante el 5 de diciembre del año 2007, cuando ésta causa se encontraba en ésta Corte, en apelación del fallo.

Funda su pretensión, en que con fecha 28 de octubre de 2004, se sobreseyó definitivamente este proceso, de acuerdo artículo 93 N° 1 y el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la participación que le cupo a Pedro Montalva Calvo, Director de la Escuela de Infantería de San Bernardo, fallecido el 20 de septiembre de 1988. Señala que habiendo ocurrido su muerte, se encuentra extinguida su responsabilidad penal, pero entiende que el sobreseimiento no es total, sino en relación a la responsabilidad del antes nombrado en la muerte de Eduardo Campos Barra, sin embargo sostiene que quedan innumerables diligencias para establecer la participación de otras personas, entre éstos, oficiales y soldados de la Compañía de Morteros de la Escuela de Infantería, los cuales deberán comparecer nuevamente, ahora como inculpados y cumplir con la investigación adecuada, ya que en el proceso se encuentra a su juicio, acreditada la participación de otras personas en el ilícito.

Expone que se encuentra acreditado en autos que Eduardo Campos Barra se desempeñaba en la empresa Distrá, y se encontraba transitoriamente en el domicilio de su hermana en la Población Roosevelt de la comuna de Pudahuel; solicitó a su amigo el Teniente de Carabineros Guillermo Quijada Tamayo, que lo trasladara a la comuna de San Bernardo, el día 13 de septiembre de 1973, donde lo llevó, sin embargo alrededor de las 21:00 horas, fue detenido en el sector del Puente Maipo, por una patrulla de la Escuela de Infantería de San

Bernardo, quienes lo dejaron en el lugar, el que luego de unos minutos extrajo un arma de fuego de entre sus vestimentas, disparando en contra de la patrulla militar, resultando heridos los soldados Carlos Acevedo Asimit y David Díaz Quezada, miembros de la misma, quienes fallecieron y dejó lesionado a Carlos Cárdenas López, siendo reducido y aprehendido por los otros soldados, trasladado al Cuartel Uno, donde fue castigado y se ordenó, sin juicio, fusilarlo, por el Subdirector de la Escuela, para lo cual se formó un pelotón de fusilamiento con voluntarios de la compañía aludida, dándole muerte. Más tarde fue subido a un camión y arrojado su cuerpo al río Maipo, el que fue encontrado el 6 de noviembre de 1973, en la ribera del río antes mencionado, en estado de putrefacción avanzada, con heridas de bala con salida y entrada de proyectil.

Trigésimo Octavo: Que por el referido escrito el abogado don Nelson Caucoto Pereira, solicito se repusiera la causa al estado de sumario, para que se ordenara la práctica de las diligencias que indica, siendo las principales de estas:

- 1.- Nueva orden amplia de investigar a la Policía de Investigaciones de Chile.
- 2.- Citar a Marcos Cáceres Padilla, Suboficial Mayor del Ejército en Retiro, que señaló conocer el hecho y las personas que habrían disparado en contra de Eduardo Campos.
- 3.- Citar a Héctor Figueroa Palominos, maestro de la construcción, a la época de los hechos, conscripto de la Compañía de Morteros, que declaró que el autor de los disparos había sido fusilado en el Cuartel Uno y aportó algunos antecedentes de consideración.
- 4.- Citar a Osvaldo Magaña Bau, Coronel en Retiro del Ejército de Chile, para que declare lo que sabe respecto al hecho de la ejecución por fusilamiento de Eduardo Campos Barra.
- 5.- Citar a Jorge Romero Campos, Brigadier en Retiro del Ejército de Chile, para que complemente la declaración donde señala que recibió un llamado del subdirector de la escuela que le ordenaba fusilar al detenido por el incidente en el Puente Maipo y que al rato lo llama de nuevo y le señala que no va a ser necesario ya que los propios soldados lo habían ejecutado.
- 6.- Citar a Manuel Espinoza Romero, suboficial en Retiro del Ejército de Chile, miembro de la Compañía de Morteros, en septiembre de 1973, para que complemente su declaración.
- 7.- Citar al ex oficial Luís Villarroel Contreras, quien fue el Comandante de la Compañía de Morteros a la fecha de los hechos.
- 8.- Citar a Patricio Aguirre Pérez, conscripto de la Compañía de Morteros para que precise si fue el Oficial Luís Villarroel Contreras, el que ordenó que desnudaran al sujeto detenido y lo llevaran al sector del basural en donde en definitiva fue fusilado.
- 9.- Citar a una serie de personas que indica en su presentación y que podrían aportar antecedentes a la investigación.
- 10.- Se ordene a la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones de Chile, investigar a la organización CAJZI, no reconocida por el Ejército de Chile.
- 11.- Por último citar a Lisandro Conteras Tapia ex oficial del Ejército, quien a la época de los hechos se desempeñaba además como interventor designado de la Maestranza de Ferrocarriles del Estado.

Trigésimo Noveno: Que en lo que dice relación con éste artículo apelado por el abogado Nelson Caucoto, en representación de la querellante Silvia Campos Barra hermana de la víctima Eduardo Campos Barra, estos sentenciadores tendrán presente los siguientes elementos del proceso:

- a) Declaración de fs. 472 del Oficial en Retiro de Carabineros, Guillermo Quijada Tamayo, que en síntesis expuso que trabajó en la Tenencia Roosevelt de Pudahuel, en septiembre

de 1973, pero niega haber detenido a la persona que se señala en la querrela de fs. 2.

b) Declaración de fs. 579 del inculpado Jorge Romero Campos, Brigadier en Retiro del Ejército de Chile, quien señala que tuvo conocimiento que personal militar detuvo a varias personas en la Maestranza de San Bernardo, sólo con posterioridad, se percató que había una casa de detención con techo rojo, ignorando quien estaba a cargo de ella, supone que personal de inteligencia y por comentarios se enteró que hubo fusilamientos en el Cerro Chena. En lo que dice relación con la muerte de Eduardo Campos Barra, recuerda que un día, sin señalar fecha exacta, en la noche, recibió un llamado del Teniente Coronel Pedro Montalva Calvo, subdirector de la Escuela de Infantería de San Bernardo a esa época, que le ordenaba fusilar a una persona que había dado muerte a dos soldados en el puente Maipo, luego, recuerda, lo llama de nuevo y dice que no es necesario porque los soldados que lo detuvieron lo habían muerto.

c) Orden de investigar de fs. 647 sobre la muerte de Eduardo Campos Barra nóminas del personal de Carabineros de la Tenencia de Pudahuel de fs. 658, documentos que no aportan nuevos antecedentes a los ya conocidos.

d) Diligencia de reconocimiento en rueda de presos de fs. 947, con la presencia y participación de Silvia Campos Barra, hermana de Eduardo Campos Barra, en la que no reconoce al Oficial de Carabineros Guillermo Quijada entre otras siete personas.

e) Careo de fs. 1387 entre el ex Carabinierno Hernán Vergara Canovas y ex Oficial de la misma institución, Guillermo Quijada Tamayo, el primero mantiene su versión de que el Teniente Quijada Tamayo estaba al mando de la Tenencia Roosevelt de Pudahuel, el 11 de septiembre de 1973 y en esos días le ordenó que se dirigieran a la casa de su amigo Eduardo Campos Barra ya que tenía problemas por el golpe militar, luego se dirigieron cerca del Cerro Chena, al sector de Calera de Tango en donde el Sr. Campos Barra pidió que lo dejaran por ahí.

Quijada Tamayo mantiene su versión de fs. 472 en el sentido que no detuvo a nadie y no se acordaba del Sr. Campos Barra, pero con la declaración de su ex subalterno si recuerda aquello, persona que distribuía productos de la casa Distra.

f) Diligencia de Inspección del Tribunal, de fs. 1442, en la que participaron los ex Carabineros Quijada Tamayo y Hernán Vergara y asesorado por Oscar Bacovic y funcionarios de Investigaciones de Chile, se establece el lugar donde fue dejado por los funcionarios de Carabineros antes mencionados, la víctima Eduardo Campos Barra en horas de la mañana del 13 de septiembre de 1973.

g) Oficio de fs.3624 en que se informa que la plana mayor del Comando de Institutos Militares a septiembre del año 1973, estaba integrado por los Generales Carlos Pickering, Cesar Benavides Escobar y Javier Palacios Rutman.

h) Declaración de fs. 3690, dada por Juan Salinas Céspedes, quien señala que el 13 de septiembre 1973, en adelante se encontraba de guardia en Calera de Tango, en la Compañía de Morteros de la Escuela de Infantería de San Bernardo, y un día en la madrugada, al hacer el relevo tomó conocimiento del incidente en el puente de Maipo, supo que el autor de los disparos fue detenido y luego llevado al cuartel en donde fue fusilado por miembros de la Compañía de Morteros, desconoce los nombres.

i) Testimonio de José Neira Alegría, rolante a fs. 3691, quien señala que era miembro de la Compañía de Morteros en la Escuela de Infantería de San Bernardo, al mando del Teniente Armando Fernández Larios, sabe del incidente en el puente del río Maipo y del fusilamiento de la persona que detuvieron, también está conteste con los demás deponentes, en la existencia de la casa de detención del techo rojo y a cargo del Capitán Víctor Pinto Pérez.

j) Declaración de fs. 3694 dada por Domingo Morales Reyes, Sargento 1º en Retiro

del Ejército de Chile, el que expuso que nunca perteneció a la Compañía de Morteros en el Cerro de Chena en el año 1973 y escuchó que el comandante Luís Villarroel Contreras había ordenado levantarse a la tropa y que fusilaran a una persona; sabe que dicha persona vendía cosas para la cocina, el cadáver fue introducido en un saco y arrojado al río Maipo, lo que sucedió en el Cuartel Uno, luego escuchó de Oscar Contreras, que él había interrogado al detenido y lo había cortado con un corvo, y recuerda a su jefe que era Víctor Pinto Pérez, y que una vez, le ordenaron trasladar a un conscripto que había hecho patrullajes con él.

k) Declaración de Víctor Lobos Bustamante, de fs. 3701 (en relación al incidente del Puente Maipo) señaló que el 11 de septiembre del año 1973, se encontraba en la Escuela de Infantería de San Bernardo, los formaron y sacaron como a ocho soldados de las fila, desconociendo lo que había ocurrido con ellos, participó en patrullajes por poblaciones y en el Cuartel Dos había una casa de techo rojo en el Cerro Chena, recinto que estaba a cargo del comandante Pedro Montalva; que tomó conocimiento que la noche del 13 de septiembre de 1973, una patrulla integrada por miembros de la Segunda o Tercera Sección, compuesta por ocho o diez uniformados al mando de un subteniente sufrió el ataque de una persona en que resultaron dos conscriptos muertos, Díaz y Acevedo y herido en un brazo Luís Arévalo Céspedes a quien llamaba "Zapallo", en la noche fue al Cuartel Uno y se percató que había un detenido que se encontraba desnudo y decían que había sido el autor de los disparos, era un hombre alto, macizo, con el pelo no muy largo y afirmó que se asemeja bastante a la fotografía de fs. 760 que se le exhibió, que corresponde a Eduardo Campos Barra; el detenido estaba rodeado de oficiales, había gran alboroto, estaban presentes los Oficiales Germán Barriga, Andrés Magaña, el Fusilero Jorge Arangua y el Comandante Pedro Montalva, que los oficiales que volvían a la unidad en la noche lo golpeaban, le preguntaban dónde estaba su sede, donde se juntaban y con un corvo le herían la espalda, luego como a las 23:00 horas volvió a la Guardia y un oficial los formó y eligió seis u ocho fusileros de la misma tropa de los fallecidos y luego de una orden del comandante Montalva lo fusilaron; de los que presenciaron el hecho recuerda al Teniente Magaña, el Cabo Salinas y los subtenientes Asalgado y Rivadeneira, luego se puso el cuerpo en un saco y cree que fue el comandante Villarroel el que ordenó que lo lanzaran al río Maipo, a él le correspondió integrar dicha patrulla, al agua se movilizaron en un camión institucional, lo lanzaron y como el caudal era muy poco el cuerpo no se hundió.

Que a fs. 4416, el 12 de octubre de 2004, se cierra el sumario, con respecto a la muerte de Eduardo Campos Barra y se dicta el sobreseimiento definitivo por muerte del Comandante Pedro Montalva y en relación a Eduardo Campos Barra.

Que con el mérito de los antecedentes del proceso se estableció a fs. 4417, en relación a la muerte investigada, que el 13 de septiembre de 1973, Eduardo Alejandro Campos Barra, trabajador de la empresa Distra, y que se encontraba transitoriamente junto a su hermana Silvia Adriana Campos Barra, en calle Estados Unidos N° 1157, de la Población Roosevelt de Pudahuel, solicitó al Teniente Guillermo Quijada Tamayo, oficial de Carabineros, que lo trasladara a San Bernardo, comuna donde lo dejó en horas de la mañana, más tarde alrededor de las 21.00 horas fue detenido, en el sector sur del puente Maipo, por una patrulla de la Escuela de Infantería de San Bernardo, formada por soldados de la Compañía de Morteros, quienes lo dejaron en el lugar, pero pasados unos minutos el sujeto extrajo un arma de fuego desde sus vestimentas, dando muerte a los conscriptos Carlos Acevedo Isamit y David Díaz Quezada, dejando además herido en un brazo a Carlos Cárdena López, siendo reducido y aprehendido nuevamente, razón por la cual fue trasladado al Cuartel Uno, del instituto mencionado, en donde fue castigado físicamente y luego fusilado- sin proceso alguno- por orden directa e inmediata del Sub- Director de la

Escuela Pedro Montalva Calvo, fallecido en el año 1988, formando un pelotón de voluntarios del grupo, el que lo fusiló, para luego subirlo a un camión y arrojarlo a las aguas del río Maipo, donde fue encontrado su cuerpo en estado de putrefacción el 6 de noviembre de 1973, con dieciséis heridas de bala con salidas de proyectil, hecho que constituye el delito de homicidio calificado que contempla el artículo 391 del Código Penal.

Cuadragésimo: Que en el proceso se ha acreditado, la participación de Pedro Montalva Calvo, subdirector de la Escuela de Infantería de San Bernardo en el delito de homicidio reseñado en la última parte del fundamento anterior, pero el referido Montalva Calvo, falleció el 20 de septiembre de 1988, como señala certificado de defunción de fs. 381. por lo que esta causa en relación a la muerte de Eduardo Campos Barra fue sobreseída definitivamente de acuerdo al artículo 408 n° 5 del Código de Procedimiento Penal, sobreseimiento aprobado por esta Il. Corte de Apelaciones y que se encuentra ejecutoriado, lo que estos sentenciadores comparten, porque no existen antecedentes suficientes que justifiquen retrotraer la causa a estado de sumario y practicar las tardías y similares diligencias probatorias solicitadas por el abogado Nelson Cauco en representación de la parte querellante de Silvia Campos Barra.

Cuadragésimo Primero: Que el señor Fiscal Judicial en su informe de fs. 5368 y siguientes, señala que el estudio de estos autos acumulados (Trece Tomos) los diversos jueces del crimen y posteriormente los Ministros de Fuero, que tuvieron a su cargo la tramitación de las causas, por los ilícitos ocurridos en el mes de septiembre y principios de octubre del año 1973, en que se violaron en forma reiterada y sistemática los derechos humanos de quienes eran detenidos sin orden alguna, y que los consideraron detenidos de guerra, muchos de los cuales fallecieron por las torturas que sufrieron o bien fusilados, sin forma de juicio o en aplicación de la ley de fuga desplegaron grandes esfuerzos y ha permitido a la Fiscalía comprender lo difícil que fue para ellos cumplir con sus resoluciones, que iban dirigidas a autoridades comprometidas con el régimen militar, y que con trabajo y dedicación lograron acumular antecedentes, que han permitido dictar la sentencia en examen que se ajusta a derecho y al mérito del proceso.

En sus diversas indagatorias prestadas por el imputado Víctor Pinto Pérez, si bien es cierto que reconoce que en la época en que ocurrieron los hechos, estaba asignado a la Escuela de Infantería de Chile en San Bernardo con el grado de Capitán, negó en forma sistemática las acusaciones que se le han formulado, expresando que sus labores sólo fueron de tipo administrativo, que en el Cerro Chena no hubo campamentos con detenidos, ya que eran trasladados al Estadio Nacional, una vez que transcurrían dos días de privación de libertad, agrega que por el grado que tenía no mandaba tropas, y menos podía dar órdenes a un Comandante de Compañía ya que ello significaba saltarse la línea de mando y que jamás participó en allanamientos, detenciones o interrogatorios ya que la Segunda Compañía sólo efectuaba labores de asesoría.

No obstante lo anterior el Sr. Ministro de Fuero en el motivo séptimo reunió declaraciones de gran número de personas, muchas de ellas que estuvieron en calidad de detenidos, en el Cerro Chena, describiendo en forma circunstanciada el inmueble donde fueron interrogados y maltratados y se ordenó fusilamientos por parte del procesado Pinto Pérez, y existe declaraciones de reservistas o conscriptos que hacían su servicio militar en el sentido de la existencia del lugar donde se mantenía a los detenidos y de la persona a cargo del mismo, incluso, en su caso, los identificaron como trabajadores de la maestranza de ferrocarriles, pero por órdenes superiores tenían prohibido acercarse y hablar con ellos.

Comparte el Sr. Fiscal la negativa del Ministro de fuero respecto de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, como son la amnistía y la prescripción.

En cuanto a la defensa del procesado se comparte sólo aceptar la atenuante de irreprochable conducta contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

En relación a la pena única impuesta al enjuiciado, no merece reparo alguno haber seguido lo que dispone el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo esa Fiscalía atendido el número de víctimas por las que debe responder el procesado, por la forma en que fueron ultimados, por las secuelas perniciosas que han sufrido sus familiares, algunas de las cuales encontraron a sus familiares en la ribera del río Maipo, o bien enterrados en forma clandestina y más aún que el imputado ha negado en forma sistemática, propone se aumente la sanción a 20 años de presidio mayor en su grado máximo, manteniendo las accesorias y sin beneficios.

Cuadragésimo Segundo: Que estos sentenciadores si bien comparten el fundamento de lo expresado por el señor Fiscal Judicial en su informe antes referido, procederán a la revocación de la sentencia solo en cuanto no accedió a la aplicación del artículo 103 del Código Penal como se razonó anteriormente y a la confirmación con declaración en lo demás del presente fallo enalzada, debiendo estarse al cuántum de la pena a lo que se dispondrá.

Cuadragésimo Tercero: Que como se señaló en los motivos décimo tercero y siguientes, se procederá a aplicar la sanción corporal pertinente de acuerdo a las normas legales que regulan la materia teniendo en consideración el **instituto de la prescripción gradual**, a que se refiere el artículo 103 del Código Penal y teniendo presente lo prevenido en el artículo 68, inciso tercero del mismo texto legal y previa aplicación de lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, se procederá a rebajar la pena en un grado de acuerdo a lo razonado anteriormente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 514, 517 y 534 del Código de Procedimiento Penal, **SE REVOCA** la sentencia apelada de once de agosto del año dos mil siete, escrita a fs. 5.239 y siguientes, sólo en cuanto no acoge la aplicación de la prescripción gradual y se **CONFIRMA** en todo lo demás con **DECLARACIÓN**, que se impone al sentenciado la pena corporal de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio, con las accesorias establecidas en el fallo de primer grado, como autor de delitos reiterados de secuestro y homicidios calificados de las personas nombradas en el motivo segundo de éste fallo.

Asimismo, **SE CONFIRMA** la resolución apelada de diez de diciembre del año dos mil siete, escrita a fs. 5.382, que negó lugar a reponer la causa al estado de sumario, en lo que respecta al homicidio de Eduardo Campos Barra, y realizar las diligencias que se solicitan.

Agréguese copia autorizada del presente fallo a las causas Rol Ingreso Corte N° 350-2008 y N° 465-2008, cuya vista conjunta se decretó y llevó a efecto con la presente causa.

Regístrese y devuélvase, con sus tomos y custodias.

Redacción de la Ministra Sra. Inés Martínez Henríquez.

N° 1462-2007 - CRIM.

PRONUNCIADA POR LAS MINISTRAS SRA. INÉS MARTÍNEZ, SRA. ANA MARÍA ARRATIA Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. FERNANDO ITURRA.

San Miguel, veintiséis de julio de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia escrita a fojas 839 y siguientes, de fecha 31 de marzo de 2008, con excepción de la letra a) del motivo décimo noveno, que se elimina.

Y se tiene además y en su lugar presente:

Primero: Que la defensa del procesado, Brigadier de Ejército @, Víctor Raúl Pinto Pérez, ha apelado de la sentencia dictada por el Sr. Ministro de Fuero don Héctor Solís Montiel, en esta causa, Rol Corte N° 350-2008; vista conjunta con las causas Rol Ingreso Corte N° 1462-2008 y N° 464-2008.

Segundo: Que por la sentencia recurrida, se condena al encausado, oficial en Retiro del Ejército de Chile, **Víctor Raúl Pinto Pérez** a la pena de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de homicidio calificado de **René Máximo Martínez Aliste**.

Tercero: Que la defensa del encausado Víctor Raúl Pinto Pérez, contestó el auto de cargo judicial y adhesión al mismo y en relación con los hechos materia de la acusación, planteó las alegaciones, algunas de las cuales renovó en la vista de la presente causa y que por lo tanto, es menester que estos sentenciadores se pronuncien respecto de las mismas, no obstante lo ya dicho en el fallo de primer grado. Expresó que su representado no ha admitido autoría y agrega que la orden de ir a detener a Martínez Aliste y trasladarlo al Cerro Chena donde fue ejecutado, emanó del Coronel Director Pedro Montalva Calvo, autoridad superior jerárquica del ex Capitán Pinto, quien no habría tenido responsabilidad en hacer cumplir dicha orden; que aparece fuera de lógica y proporcionalidad, que toda la responsabilidad de los actos recayera en el entonces Capitán Pinto Pérez, quien no tenía personal de tropa bajo su mando y su función estaba concentrada en el Cuartel Principal de San Bernardo y no en el Cerro Chena.

Agrega que las declaraciones indagatorias que ha prestado Víctor Raúl Pinto Pérez a lo largo del proceso se condicen con lo informado por las actuales autoridades del Ejército, que han señalado que la Institución no reconoce la existencia de infraestructura alguna en el Cerro Chena en esa época y que diga relación con un campo de prisioneros en el sector sur del Chena y que su representado no participó en el hecho ocurrido con el subteniente Murúa y el cabo de reserva Retamales que terminó con la detención y posterior muerte de René Martínez Aliste.

Cuarto: Que si bien en la contestación del auto de cargo judicial y adhesión a la misma la defensa invocó la aplicación de la ley de amnistía, esta alegación no fue renovada, como si lo fue la absolución del procesado o, en subsidio la aplicación de la eximente del artículo 103 del Código Penal y otras que se analizarán más adelante.

Quinto: Que de manera subsidiaria a las peticiones anteriores, la defensa del encausado, solicita se exima de responsabilidad penal a su representado por encontrarse en la situación

prevista en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su cargo; y a su vez, en subsidio, invoca la prescripción gradual o incompleta de la pena establecida en el artículo 103 del Código Punitivo y la circunstancia atenuante estatuida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar la que solicita se tenga como muy calificada; finalmente, se considere la eximente incompleta establecida en el artículo 11 N° 1 en relación con el numeral 10 del artículo 10 del Código Penal, teniendo para ello presente que el encausado habría actuado en cumplimiento del deber, y aunque si bien es cierto, no hay constancia que se haya representado la orden por el acusado, el artículo 211 del Código de Justicia Militar establece como atenuante muy calificada la circunstancia de haber cometido el delito en cumplimiento de órdenes recibidas por un superior jerárquico y relativas al servicio; orden a la que no podía resistirse, teniendo en consideración la época y condiciones sociales que se vivían en ese momento y las consecuencias fatales que hubiere significado para su defendido el haber cuestionado o representado una orden de ese tipo. Así el Capitán Pinto, dependía jerárquicamente de las dos personas que impartieron las órdenes; y acorde con lo que dispone el artículo 334 del mismo cuerpo legal, todo militar tiene la obligación de obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuera impartida por un superior.

Agrega que nadie puede desconocer que la obediencia y el respeto a los superiores tiene su origen en la subordinación jerárquica que constituye el presupuesto de la existencia misma del cuerpo armado, y existe también la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 10 N° 10 del mismo Código, que debe entenderse muy calificada, pues el Oficial Pinto obró con la convicción de encontrarse en el cumplimiento de un deber, pues las órdenes las recibió directamente de sus superiores.

Del mismo modo debe entenderse que en esas circunstancias, existía lo que se conoce como, Estado de Sitio por conmoción interna de Chile, y al respecto el defensor señala que en septiembre de 1973, el país se encontraba bajo un régimen de excepción, esto es, en estado de sitio decretado por conmoción pública interna y que debe entenderse como “estado o tiempo de guerra” acorde con lo que dispone el artículo 418 del Código de Justicia Militar. En consecuencia, el Director de la Escuela de Infantería tenía potestades delegadas por la Honorable Junta de Gobierno de la época, porque era, además, Comandante en Jefe de la Unidad Operativa de San Bernardo; por lo que habiendo Pinto Pérez recibido misiones directas de quien tenía atribuciones legales para hacerlo, cabe preguntarse si él habría cuestionado el cumplimiento de las órdenes recibidas, teniendo presente que era un Oficial Subalterno (Capitán) y subordinado del Coronel Director de la Escuela, ordenes que habrían sido motivadas y justificadas por actuaciones terroristas y subversivas contra el orden público. A este respecto señala el defensor, que el personal de las fuerzas armadas debían realizar funciones de inteligencia, seguridad y represión para neutralizar la alteración del orden público en todo el país y es en ese prisma que deben entenderse estos hechos.

Sexto: Que en lo que guarda relación con la solicitud del defensor del encausado Víctor Raúl Pinto Pérez efectuada en la contestación de la acusación judicial y renovada en estrado en la vista de la causa, en orden a eximir a su representado de responsabilidad penal, en virtud de lo que dispone el artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, será rechazada, de acuerdo a lo que dispone el artículo 335 del Código de Justicia Militar que autoriza representar una orden cuando tienda notoriamente a la perpetración de un delito, circunstancia que evidentemente, el encartado no hizo o no se encuentra acreditada en autos que se haya efectuado; más aún,

tampoco se ha establecido que se trate de una “orden relativa al servicio” al tenor de lo que dispone el artículo 421 del citado cuerpo legal.

Séptimo: Que también la defensa solicita se aplique la prescripción gradual o media prescripción sosteniendo que no hay impedimento legal o moral, para aplicarla, y estos sentenciadores para resolver ésta petición, ineludiblemente tendrán que conceptualizar la materia y referirse a las normas legales que la incorporan y haciendo referencia a jurisprudencia de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema al respecto.

Octavo: Que, es pertinente determinar si en el caso sublite *-afecto a la imprescriptibilidad-* resulta o no menester aplicar el artículo 103 del Código Penal antes transcrito, que como emana de su inteligencia, institucionaliza lo que se conoce como “media prescripción” o “prescripción gradual” -la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere- la que en su ejercicio, y por disposición de los artículos a los que se reenvía, esto es, 65, 66, 67 y 68 del Código punitivo, otorga una *facultad discrecional* al juzgador según la cual *puede* bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos artículos del orden punitivo lo permiten.

Noveno: Que, al respecto, se tiene presente que, la institución de la *media prescripción*, no es una entidad de jure que contemplen todos los ordenamientos jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio.

Décimo: Que, del estudio de la “prescripción” o “*prescripción completa*”; y, de la “media prescripción” conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta indubitado que ambas instituciones de jure comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V del Libro I, que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

Décimo Primero: Que, sin embargo, cabe advertir que ambos institutos de jure, esto es, tanto la “prescripción” como la “media prescripción” más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambas del transcurso del tiempo, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos – *extinción y no extinción* de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” *la extinción de la responsabilidad penal*, esto es, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente *en la atenuación de la pena*. Así entonces, la “*prescripción completa*” adquiere identidad gregaria con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “*la media prescripción*” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto el atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código punitivo, y también en otros continentes del mismo, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o 456.

Duodécimo: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, y que precisamente por haber visto ya la luz, nada obsta aquí a la cita de su enjundia- e intitulado “La aplicación del artículo 103 del Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que, “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.

Décimo Tercero: Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de los delitos que fueron materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de homicidio calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo conforme se estableció en el motivo 5° del fallo en alzada, situación ésta que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la atenuante consistente en la *media prescripción* que registra el artículo 103 del texto punitivo.

Décimo Cuarto: Que conforme con lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, ámbito atingente al punto debatido, en el plazo de quince años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de siete años y seis meses.

Décimo Quinto: Que en esta línea de razonamientos, cabe consignar que examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados -25 de octubre de 1973- hasta aquélla en que se interrumpió -, como consecuencia de la denuncia que dio origen a este proceso-, el término necesario para considerar la circunstancia atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

Décimo Sexto: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede en consecuencia desestimar el requerimiento de sobreseimiento definitivo por aplicación de la prescripción de la

acción penal, sin perjuicio de reconocer respecto del acusado la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal.

Décimo Séptimo: Que no obstante lo asentado precedentemente, el tiempo es un elemento objetivo al momento de juzgar y así es necesario considerar la aplicación de la prescripción gradual que el ordenamiento penal contempla e incluye en una disposición concreta como norma de aplicación general y que no se encuentra prohibida como la prescripción de los crímenes de lesa humanidad y que lejos de perjudicar la imprescriptibilidad, implica un esfuerzo por armonizar las normas propias del derecho punitivo interno y las del ámbito punitivo internacional y al efecto el artículo 103 del Código Penal, refiere que si el responsable de delitos se presentará o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos para la prescripción, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo cuerpo legal, sea en la imposición de la pena o sea para disminuir la ya impuesta.

Décimo Octavo: Que el Estado de Chile, según los convenios suscritos y por aplicación del derecho punitivo internacional, acoge la imprescriptibilidad, en relación a los crímenes de lesa humanidad, lo que constituye una situación excepcional, toda vez que la normativa interna no la contempla, pero ello no significa que haya renunciado a la aplicación de otras normas, que no significan impunidad como es el caso de la media prescripción, que se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde el año 1874 y que debe considerarse sólo en el ámbito de la atenuación de la sanción penal y en ningún caso en relación a la impunidad; de tal manera que la prescripción tiene por objetivo jurídico la extinción de la responsabilidad penal, en cambio la prescripción gradual tiene por objetivo jurídico la atenuación de la pena y su actividad es propia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

Décimo Noveno: Que la ubicación geográfica de la prescripción gradual en el Título Quinto, del Libro Primero, del texto sancionador, cuyo epígrafe “De La Extinción de la Responsabilidad Penal”, en ningún caso puede alterar su finalidad de atenuación, toda vez que nunca podría lograr la extinción de tal responsabilidad ni tampoco su redacción lo pretende, ya que sólo persigue modificar la pena de que se trate.

Vigésimo: Que con el mérito de los elementos probatorios reunidos en ésta causa Rol Ingreso Corte N° 465-08, se estableció que Rojas Fuentes fue llamado como reservista a la Escuela de Infantería de San Bernardo, el 17 de septiembre de 1973, y por haber intervenido en un incidente al interior de la unidad fue detenido por personal militar y mantenido en el Cerro Chena, Cuartel Dos, y a principios de diciembre del mismo año desaparece, y en enero de 1974 su cadáver fue reconocido en el Servicio Médico Legal, comprobándose que había sido fusilado, hechos que constituyen el delito de homicidio calificado, habiéndose iniciado la causa el 21 de octubre del 2002 y sometido al encartado a proceso a fojas 2337.

Vigésimo Primero: Que atendido los períodos de tiempo señalados en el motivo que precede, es obvio que se han satisfecho las exigencias de la prescripción gradual de conformidad con el citado artículo 103, del Código del ramo, que contiene un beneficio legal objetivo y en consecuencia es imperativo para el tribunal considerar la situación reprochada como revestida de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y atendida la extensión y naturaleza de las sanciones penales que corresponden en relación a los delitos establecidos en autos y en conformidad al artículo 68 inciso tercero del mismo texto legal, éste tribunal rebajará la pena que resulte en un grado, teniendo en cuenta para ello la modalidad y consecuencias de las figuras penales recriminadas.

En cuanto a la circunstancia atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, invocada por el defensor, no se ha probado en autos de manera alguna la existencia de una orden relativa al servicio, que facultare al acusado para privar de libertad a la víctima y causar su muerte que él debió representar; y aunque se hubiera acreditado, una orden que mande efectuar delitos de tal magnitud, fuera de cualquier consideración debió ser representada por el destinatario al superior, no encontrándose obligado a su cumplimiento por ilegítima e ilegal.

Que por el mismo fundamento no será considerada como eximente incompleta del artículo 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 10 del Código Penal, según lo pretende igualmente la defensa del sentenciado Pinto Pérez, por no encontrarse ninguno de sus elementos de constitución acreditados.

Vigésimo Segundo: Que en relación a esta causa, resulta necesario tener presente que el Ministro a cargo de ella, a fs. 582 del Tomo II, ordenó compulsar diversas piezas del proceso Rol N° 03-02-F, que se refiere a la causa por los 11 delitos de secuestro y homicidio calificado, cuya vista conjunta se efectuó con la presente causa, para investigar el homicidio calificado de René Máximo Martínez Aliste, quién en el año 1972 cumplió con su servicio militar obligatorio y que fuera asesinado, atendido a que no se habían allegado a los autos los elementos suficientes de cargo en contra de Víctor Pinto Pérez, para desarrollar una investigación más acuciosa y motivado en no provocar un retardo grave en la tramitación de la primitiva causa y evitar futuras nulidades procesales.

Vigésimo Tercero: Que el Sr. Fiscal Judicial en su informe de fs. 916 y siguientes del tomo II, señala que a su juicio se encuentra acreditado el delito de homicidio calificado en la persona de René Martínez Aliste y la participación en calidad de autor del enjuiciado Víctor Pinto Pérez, el que si bien ha negado reiteradamente su participación en los hechos, se allegaron antecedentes suficientes para acreditar su responsabilidad penal, por lo que propone la confirmación sin modificaciones del fallo en alzada, criterio que estos sentenciadores comparten, con excepción del cuántum de la pena.

Vigésimo Cuarto: Que favorece al encartado Pinto Pérez, la circunstancia del artículo 103 del Código Penal y de acuerdo a lo prevenido en el inciso tercero del artículo 68 del mismo texto legal, estos sentenciadores rebajaran en un grado la pena que resulte.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 514, 517 y 524 del Código de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de treinta y uno de marzo del dos mil ocho, escrita a fs. 839 y siguientes del tomo II, con **DECLARACIÓN** que **Víctor Raúl Pinto Pérez**, queda condenado a la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, con las accesorias del artículo 28 del Código Penal, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de René Máximo Martínez Aliste, perpetrado en fecha no determinada entre el 4 y 8 de diciembre del año mil novecientos setenta y tres.

Agréguese copia autorizada del presente fallo a las causas ingreso Corte N° 1462-2007 y N° 465-2008 cuya vista conjunta se decretó y llevó a efecto con la presente causa.

Regístrese y devuélvase con su tomo.

Redacción de la Ministra señora Inés Martínez Henríquez.

N° 350-2008 – CRIM.

PRONUNCIADA POR LAS MINISTRAS SRA. INÉS MARTÍNEZ, SRA. ANA MARÍA ARRATIA Y ABOGADO INTEGRANTE SR. FERNANDO ITURRA.

En San Miguel, veintiséis de julio de dos mil diez, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

En San Miguel, veintiséis de julio de dos mil diez, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

San Miguel, veintiséis de julio de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia escrita a fojas 3.128 y siguientes, de fecha 30 de abril de 2008, con excepción de la letra a) del motivo décimo octavo, que se elimina.

Y se tiene además y en su lugar presente:

Primero: Que la defensa del procesado, **Víctor Raúl Pinto Pérez**, Brigadier R del Ejército de Chile, ha apelado de la sentencia dictada por el Sr. Ministro de Fuero, en esta causa, Rol Corte N° 465-2008, vista conjunta con las causas Rol Corte N° 1462-2008 y N° 350-2008.

Igualmente el abogado querellante don Nelson Caucoto Pereira, por sus representados, ha apelado respecto de lo resuelto en la parte civil de la sentencia dictada por el Sr. Ministro de Fuero y que rechazó la demanda indemnizatoria intentada en contra del Fisco de Chile.

Segundo: Que por la sentencia recurrida, se condena al encausado, oficial en Retiro del Ejército de Chile, **Víctor Raúl Pinto Pérez** a la pena de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de **Manuel Tomás Rojas Fuentes**.

Tercero: Que la defensa del encausado **Víctor Raúl Pinto Pérez**, contestó el auto de cargos judicial y adhesión al mismo con alegaciones, alguna de las cuales renovó en la vista de la presente causa y que por lo tanto, es menester para estos sentenciadores pronunciarse a su respecto, no obstante lo dicho en el fallo de primer grado; reiteró que el encausado no ha admitido autoría en los mismos y agrega que, la orden de detener a Rojas Fuentes y trasladarlo al Cerro Chena donde fue ejecutado mediante fusilamiento, fue una orden emanada del Teniente Coronel Director Pedro Montalva Calvo, autoridad superior jerárquica del ex Capitán Pinto, quien no habría tenido responsabilidad de hacer cumplir dicha orden; aparece fuera de lógica y proporcionalidad que toda la responsabilidad de los actos recayera en el entonces Capitán Pinto Pérez, toda vez que este no tenía personal de tropa bajo su mando y su función estaba concentrada en el Cuartel principal de San Bernardo y no en el Cerro Chena.

Agrega que las declaraciones indagatorias que ha prestado Víctor Raúl Pinto Pérez a lo largo del proceso se condicen con lo informado por las actuales autoridades del Ejército, que han señalado que la Institución no reconoce la existencia de un campo de detenidos, ni infraestructura alguna en el Cerro Chena en esa época que diga relación con un campo de prisioneros en el sector sur del Chena y que su representado no participó en el hecho ocurrido con el subteniente Murúa y el cabo de reserva Retamales que terminó con la detención y posterior muerte materia de la presente causa.

Cuarto: Que si bien en la contestación al auto de cargos judicial y adhesiones a la misma la defensa invocó la aplicación de la amnistía, esta alegación no fue renovada, como si lo fueron la absolución de su representado o, en subsidio, la aplicación del artículo 103 del Código Penal y otras que se analizarán más adelante.-

Quinto: Que de manera subsidiaria a las petición de absolución, la defensa del encausado solicitó nuevamente, se exima de responsabilidad penal a su representado por encontrarse en la situación prevista en el artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su cargo; y a su vez, en subsidio, como ya se dijo, invoca las atenuantes de la prescripción gradual o incompleta de la pena establecida en el artículo 103 del Código Punitivo y la circunstancia atenuante estatuida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar la que solicita se tenga como muy calificada, finalmente se considere la eximente incompleta establecida en el artículo 11 N° 1 en relación con el numeral 10 del artículo 10 del Código Penal, teniendo para ello presente el Tribunal, que el encartado habría actuado en cumplimiento del deber, y aunque si bien es cierto, no hay constancia que se haya representado la orden por el acusado, el artículo 211 del Código de Justicia Militar establece como atenuante muy calificada, la circunstancia de haber cometido el delito en cumplimiento de órdenes recibidas por un superior jerárquico y relativas al servicio; orden a la que no podía resistirse, teniendo en consideración la época y condiciones sociales que se vivían en ese momento y las consecuencias fatales que hubiere significado para su defendido el haber cuestionado o representado una orden de ese tipo, así el Capitán Pinto, dependía jerárquicamente de las dos personas que impartieron las órdenes; y acorde con lo que dispone el artículo 334 del mismo cuerpo legal, todo militar tiene la obligación de obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuera impartida por un superior.

Del mismo modo debe considerarse las circunstancias del momento, existía lo que se conoce como, Estado de Sitio por conmoción interna de Chile, y al respecto el defensor expresó que se debía recordar que en Septiembre de 1973, el país se encontraba bajo un régimen de excepción, esto es, en estado de sitio decretado por conmoción pública interna y que debiendo entenderse “estado o tiempo de guerra” acorde con lo que dispone el artículo 418 del Código de Justicia Militar, en consecuencia, el Director de la Escuela de Infantería tenía potestades delegadas por la Honorable Junta de Gobierno de la época, porque era, además, Comandante en Jefe de la Unidad Operativa por lo que habiendo recibido Pinto misiones directas de quien tenía atribuciones legales para hacerlo, cabe preguntarse si él habría cuestionado el cumplimiento de las órdenes recibidas, teniendo presente que era un Oficial Subalterno –Capitán- y subordinado del Coronel Director de la Escuela, mandatos que habrían sido motivados y justificados por actuaciones terroristas y subversivas contra el orden público.-

Sexto: Que en lo que guarda relación con la solicitud del defensor del encausado Víctor Raúl Pinto Pérez efectuada en la contestación de la acusación judicial y renovada en estrado en la vista de la causa, en orden a eximir a su representado de responsabilidad penal, en virtud de lo que dispone el artículo 10 N° 10 del Código Penal, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo; ésta, será rechazada, de acuerdo a lo que dispone el artículo 335 del Código de Justicia Militar que autoriza a representar una orden cuando tienda notoriamente a la perpetración de un delito, circunstancia que evidentemente, el encartado no hizo o no se encuentra acreditada en autos que se haya efectuado; más aún, tampoco se ha establecido que se trate de una “orden relativa al servicio” al tenor de lo que dispone el artículo 421 del citado cuerpo legal.

Séptimo: Que también la defensa solicita se aplique la prescripción gradual o media

prescripción sosteniendo que no hay impedimento legal o moral, para aplicarla, y estos sentenciadores para resolver ésta petición, ineludiblemente tendrán que conceptualizar la materia y referirse a las normas legales que la incorporan y haciendo referencia a jurisprudencia de la Sala Penal de la Excm. Corte Suprema al respecto.

Octavo: Que, es pertinente determinar si en el caso sublite *-afecto a la imprescriptibilidad-* resulta o no menester aplicar el artículo 103 del Código Penal antes transcrito, que como emana de su inteligencia, institucionaliza lo que se conoce como “media prescripción” o “prescripción gradual” -la que se materializa en tanto concurren las exigencias de tiempo que la misma norma requiere- la que en su ejercicio, y por disposición de los artículos a los que se reenvía, esto es, 65, 66, 67 y 68 del Código punitivo, otorga una *facultad discrecional* al juzgador según la cual *puede* bajar o disminuir la pena en la gradualidad que estos artículos del orden punitivo lo permiten.

Noveno: Que, al respecto, se tiene presente que, la institución de la *media prescripción*, no es una entidad de jure que contemplen todos los ordenamientos jurídicos de corte liberal, pero que sí -y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro Código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio.

Décimo: Que, del estudio de la “prescripción” o “*prescripción completa*”; y, de la “media prescripción” conocida ésta última también como “*prescripción gradual*”, resulta indubitado que ambas instituciones de jure comparten diversas características que les son comunes, como que las dos se ubican bajo un mismo Título del Código Penal, cual lo es el V del Libro I, que el legislador denomina “De la extinción de la responsabilidad penal”; como el hecho incontrarrestable que ambas entidades se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo.

Décimo Primero: Que, sin embargo, cabe advertir que ambos institutos de jure, esto es, tanto la “prescripción” como la “media prescripción” más allá de su nacimiento conjunto a la vida jurídica, como del hecho de nutrirse ambas del transcurso del tiempo, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos – *extinción y no extinción* de la responsabilidad penal respectivamente- como que examinados desde el fin, no resulta posible encontrar en ellos univocidad o convergencia, siendo de la esencia de la “prescripción completa” *la extinción de la responsabilidad penal*, esto es, su cese o término del todo; situación incompatible con lo que persigue la “media prescripción”, en que su teleología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente *en la atenuación de la pena*. Así entonces, la “*prescripción completa*” adquiere identidad gregaria con las otras instituciones que buscan el mismo fin, como lo son, v.gr., en términos del artículo 93 del Código punitivo, *la muerte del responsable; el cumplimiento de la condena; la amnistía; el indulto; el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley solo concede acción privada*. En tanto, la naturaleza de la “*la media prescripción*” es la propia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y en la especie, la correspondiente a aquellas que tienen por objeto el atenuar o disminuir la dicha responsabilidad, como lo son las que se ubican en el artículo 11 del Código punitivo, y también en otros continentes del mismo, como ocurre, v.gr., en los artículos 142 bis o 456.

Duodécimo: Que, ocupándose de la media prescripción respecto de los crímenes de lesa humanidad, el Profesor de Derecho Penal don Jaime Náquira Riveros, -si bien en Informe en Derecho acompañado a otra causa de Derechos Humanos, y que precisamente por haber visto ya la luz, nada obsta aquí a la cita de su enjundia- e intitulado “La aplicación del artículo 103 del

Código Penal en la hipótesis de delito imprescriptible”, en sus páginas 56 y siguientes, “IV. El artículo 103 del Código Penal; un beneficio legal objetivo.(Conclusiones).”, expresa que, “el artículo 103 no puede identificarse con la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad criminal, ni con las circunstancias atenuantes en su sentido estricto, y que hemos visto como las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, creemos que su aplicación a los casos en que, de hecho, se ha recogido la imprescriptibilidad, es una cuestión obligada.”, para más adelante acotar que -el artículo 103- “constituye parte del patrimonio de garantías positivas de las que todo condenado o autor de un delito tiene derecho a beneficiarse, con independencia del carácter del delito que hubiere cometido.”, para luego, hacer presente que, “si concluimos que el artículo 103 consagra una Rebaja Legal de Pena, adoptada bajo una consideración de política criminal, su referencia a la “mitad del tiempo de la prescripción” ha tenido en vista considerar un mínimo de tiempo necesario para hacer posible la concurrencia de dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, y no se ha determinado por la especial dependencia que tenga con la prescripción. No importa, a este respecto, la imprescriptibilidad del delito. Lo anterior, se desprende de la misma historia fidedigna del artículo 103 recogida en las actas del Código. En efecto, en la sesión 138 del 16 de mayo de 1873 de la comisión redactora, se lee que ésta institución debe limitarse “a la prescripción que exceda de cinco años”.

Décimo Tercero: Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de los delitos que fueron materia de la investigación en estos autos, corresponde a la figura descrita en el artículo 391 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de homicidio calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo conforme se estableció en el motivo 5° del fallo en alzada, situación ésta que debe recogerse expresamente para los efectos de la aplicación de la atenuante consistente en la *media prescripción* que registra el artículo 103 del texto punitivo.

Décimo Cuarto: Que conforme con lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, ámbito atingente al punto debatido, en el plazo de quince años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de siete años y seis meses.

Décimo Quinto: Que en esta línea de razonamientos, cabe consignar que examinados los autos, resulta que contado el plazo de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión de los hechos investigados –diciembre de 1973- hasta aquélla en que se interrumpió -marzo del año 2001, como consecuencia de la denuncia que dio origen a este proceso-, el término necesario para considerar la circunstancia atenuante de que se trata, esto es, la mitad del tiempo exigido para la prescripción como extintiva de la responsabilidad, se encuentra cumplido.

Décimo Sexto: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede en consecuencia desestimar el requerimiento de sobreseimiento definitivo por aplicación de la prescripción de la acción penal, sin perjuicio de reconocer respecto del acusado la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal.

Décimo Séptimo: Que no obstante lo asentado precedentemente, el tiempo es un elemento objetivo al momento de juzgar y así es necesario considerar la aplicación de la prescripción gradual que el ordenamiento penal contempla e incluye en una disposición concreta

como norma de aplicación general y que no se encuentra prohibida como la prescripción de los crímenes de lesa humanidad y que lejos de perjudicar la imprescriptibilidad, implica un esfuerzo por armonizar las normas propias del derecho punitivo interno y las del ámbito punitivo internacional y al efecto el artículo 103 del Código Penal, refiere que si el responsable de delitos se presentará o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos para la prescripción, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo cuerpo legal, sea en la imposición de la pena o sea para disminuir la ya impuesta.

Décimo Octavo: Que el Estado de Chile, según los convenios suscritos y por aplicación del derecho punitivo internacional, acoge la imprescriptibilidad, en relación a los crímenes de lesa humanidad, lo que constituye una situación excepcional, toda vez que la normativa interna no la contempla, pero ello no significa que haya renunciado a la aplicación de otras normas, que no significan impunidad como es el caso de la media prescripción, que se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde el año 1874 y que debe considerarse sólo en el ámbito de la atenuación de la sanción penal y en ningún caso en relación a la impunidad; de tal manera que la prescripción tiene por objetivo jurídico la extinción de la responsabilidad penal, en cambio la prescripción gradual tiene por objetivo jurídico la atenuación de la pena y su actividad es propia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

Décimo Noveno: Que la ubicación geográfica de la prescripción gradual en el Título Quinto, del Libro Primero, del texto sancionador, cuyo epígrafe “De La Extinción de la Responsabilidad Penal”, en ningún caso puede alterar su finalidad de atenuación, toda vez que nunca podría lograr la extinción de tal responsabilidad ni tampoco su redacción lo pretende, ya que sólo persigue modificar la pena de que se trate.

Vigésimo: Que con el mérito de los elementos probatorios reunidos en ésta causa Rol Ingreso Corte N° 465-08, se estableció que Rojas Fuentes fue llamado como reservista a la Escuela de Infantería de San Bernardo, el 17 de septiembre de 1973, y por haber intervenido en un incidente al interior de la unidad fue detenido por personal militar y mantenido en el Cerro Chena, Cuartel Dos, y a principios de diciembre del mismo año desaparece, y en enero de 1974 su cadáver fue reconocido en el Servicio Médico Legal, comprobándose que había sido fusilado, hechos que constituyen el delito de homicidio calificado, habiéndose iniciado la causa el 21 de octubre del 2002 y sometido al encartado a proceso a fojas 2337.

Vigésimo Primero: Que atendido los períodos de tiempo señalados en el motivo que precede, es obvio que se han satisfecho las exigencias de la prescripción gradual de conformidad con el citado artículo 103, del Código del ramo, que contiene un beneficio legal objetivo y en consecuencia es imperativo para el tribunal considerar la situación reprochada como revestida de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y atendida la extensión y naturaleza de las sanciones penales que corresponden en relación a los delitos establecidos en autos y en conformidad al artículo 68 inciso tercero del mismo texto legal, éste tribunal rebajará la pena que resulte en un grado, teniendo en cuenta para ello la modalidad y consecuencias de las figuras penales recriminadas.

En cuanto a la circunstancia atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, invocada por el defensor, no se ha probado en autos de manera alguna la existencia de una orden relativa al servicio, que facultare al acusado para privar de libertad a la víctima y causar su muerte que él debió representar; y aunque se hubiera acreditado, una orden que mande efectuar delitos de tal magnitud, fuera de cualquier consideración debió ser representada por el

destinatario al superior, no encontrándose obligado a su cumplimiento por ilegítima e ilegal.

Que por el mismo fundamento no será considerada como eximente incompleta del artículo 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 10 del Código Penal, según lo pretende igualmente la defensa del sentenciado Pinto Pérez, por no encontrarse ninguno de sus elementos de constitución acreditados.

Vigésimo Segundo: Que el Sr. Fiscal Judicial en su informe de fs. 3245 y siguientes del tomo VIII, señala que a su juicio se encuentra acreditado el delito de homicidio calificado en la persona de Manuel Fuentes Rojas y la participación en calidad de autor del enjuiciado Víctor Pinto Pérez, el que si bien ha negado reiteradamente su participación en los hechos, se allegaron antecedentes suficientes para acreditar su responsabilidad penal en los mismos, por lo que propone la confirmación sin modificaciones del fallo en alzada, criterio que estos sentenciadores comparten, con excepción del quantum de la pena.

EN CUANTO A LA ACCION CIVIL:

Vigésimo Tercero: Que las partes querellantes representadas por los abogados don Nelson Caucoto Pereira apela en contra del fallo de primer grado, en lo que dice relación con su aspecto civil que rechaza la demanda intentada para indemnizar a los querellantes que sufrieron la muerte de su familiar Manual Tomás Rojas Fuentes.

Vigésimo Cuarto: Que a fs. 2614, el abogado Nelson Caucoto Pereira en representación de los querellantes Manuel Alberto Rojas Castillo, Irma Fuentes Acuña y Rosa Ana Castillo Castillo, interpuso demanda de indemnización de daños y perjuicios en contra del Fisco de Chile; funda su acción en los hechos que han sido materia de esta causa y expone que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, concede acción penal para sancionar a los culpables de un delito, y al mismo tiempo, concede acción civil para obtener la reparación de los daños que son consecuencia de ese ilícito y por ello esas acciones civiles de reparación del daño se dirigen directamente en contra del Estado de Chile, porque fueron agentes estatales al servicio de ese Estado, los que infirieron el daño cuya reparación se solicita. En el caso de autos, se demanda una indemnización moral sufrida por los querellantes a consecuencia del delito investigado, tipificado como secuestro con homicidio, cometidos por agentes del Estado. Agrega que el acusado Víctor Pinto Pérez era funcionario público, al servicio del Estado; las potestades, los vehículos, los recintos y las armas eran estatales; en consecuencia, los hechos y actos de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones son imputables directamente al órgano al cual pertenecen. Esta es, la denominada “Teoría del Órgano” de la cual se puede afirmar que la responsabilidad por los actos, hechos, acciones u omisiones antijurídicos, que causen daño a una persona, realizados materialmente por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es directamente imputable al órgano al cual dicho funcionario está adscrito.

En el caso de autos, nos encontramos a su juicio, frente a una responsabilidad extracontractual del Estado, la que caracteriza por ser una responsabilidad “orgánica”, de lo cual deriva otra característica, el de ser una responsabilidad directa, no siendo aplicables las formulas de la llamada responsabilidad por el hecho ajeno o hecho de un tercero que se encuentra al cuidado de un superior jerárquico, propios del estatuto civilista de nuestro ordenamiento jurídico, así, el órgano público, ente ficticio, cuando actúa lo hace a través de sus funcionarios. Dicho de otro modo, cada vez que un funcionario público actúa en el ejercicio de sus funciones, quien actúa, en términos jurídicos, es el órgano público. Por tanto, el órgano debe asumir las consecuencias de dichos hechos o actos, sean lícitos o ilícitos, los que se imputan sin intermediación a la persona jurídica de derecho público.

Agrega que al igual que en materia penal, en este caso, se aplican normas internacionales

en materia civil, como son el Pacto de Derecho Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; los Convenios de Ginebra; la Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados, y el Convenio sobre Genocidios entre otros; en consecuencia, es un principio de derecho internacional válido en nuestro país, que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados bajo el amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación de su derecho interno. Responderá el Estado si el órgano o el funcionario ha desbordado los límites de su propia competencia. El poder público o estatal no puede ser utilizado para lesionar los derechos humanos de los ciudadanos.

Que por la acción civil entablada pide el pago de la suma total de \$ 700.000.000 (setecientos millones de pesos), por el daño moral que se les causó a los demandantes y solicita que sea pagada con reajustes e intereses desde la fecha de acaecidos los hechos, hasta su pago completo, más las costas de la causa o la suma que el tribunal estime en justicia.

Vigésimo Quinto: Que en lo que dice relación a la demanda civil indemnizatoria interpuesta por el abogado don Nelson Cauco Pereira por sus representados, contestando el representante del Consejo de Defensa del Estado, solicitó su rechazo por las siguientes consideraciones:

En primer lugar interpuso como excepción, la Incompetencia absoluta del tribunal; señala el demandado civil que esta acción corresponde entablarla exclusiva y privativamente ante los tribunales con jurisdicción civil, ya que el artículo 10 de Código de Procedimiento Penal, aplicable en la especie, establece que “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 que los procesados por si mismo hayan causado y 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”.

Es decir, de acuerdo a lo razonado por la parte del Consejo de Defensa del Estado, los requisitos para que la acción civil pueda ser impetrada en el proceso penal y sea competencia del juez del crimen son los siguientes:

a.- La acción civil debe fundarse en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las propias conductas de los procesados, o que sean consecuencias próximas o directas de aquellas;

b.- La expresión “efectos patrimoniales que las conductas de los procesados hayan causado” guarda relación con la causalidad inmediata, en tanto la expresión “o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas” está referida a la causalidad mediata, es decir, entre el hecho ilícito y el daño se interponen otras causas que también han influido en su producción, como en el caso de la responsabilidad compleja y daños sucesivos.

Así la expresión de que la causalidad mediata es fuente de la obligación de indemnizar sólo si “el fundamento de la respectiva acción civil obliga a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, importa una limitación a dicha causalidad mediata, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que

se podrá alejar considerablemente del hecho punible sometido a juicio, es decir, el juzgamiento de la pretensión civil del actor, debe tener idéntico fundamento al que obligó a juzgar conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal".

Para juzgar la acción civil, se prohíbe al juez del crimen salirse de los marcos estrictos que fija la ley: "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", no el comportamiento de terceros ajenos a los hechos típicos, como es en el caso presente, en que se atribuye responsabilidad al Estado, respecto del cual se esgrimen argumentos, razones, motivos, fundamentos, distintos de aquellos que condujeron al juez del crimen a atribuir responsabilidad penal a el acusado.

La demandante civil ha expuesto que la demanda deducida contra el Fisco, se funda en los preceptos constitucionales de los artículos 38 inciso 2°, 5°, 6°, 7°, 19 N°s. 1, 2, 20, 22 y 24; y artículos 3°, 4° y 44 de la Ley N° 18.575, es decir, se razona sobre la base de que el Estado debe responder en virtud de un argumento ajeno por completo al contemplado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, pero en relación a éste punto, este tercero -Estado-Fisco- es emplazado al proceso penal sobre la base de una acción impropia y distinta de aquella respecto de la cual se autoriza al juez del crimen para conocer y pronunciarse sobre responsabilidades civiles de los encausado, por lo que indudablemente la competencia del Tribunal, en los términos del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, aparece manifiestamente excedida y ajena a dicha competencia.

De acuerdo a lo señalado por el Consejo de Defensa del Estado, a su juicio surge como indiscutible, que los supuestos de la acción civil intentada han de ser expuestos en sede civil, pues del precepto inicialmente mencionado, el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, resolver una eventual responsabilidad directa y objetiva del Estado, independientemente del comportamiento de los sujetos que causaron el daño, importa extender el ámbito de competencia fuera de los límites trazados por el legislador, desde el momento que debería el juez del crimen pronunciarse sobre hechos ajenos a los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las propias conductas del procesado o que fueron consecuencias próximas o directas de aquellas, y que el juzgamiento de la pretensión civil de los actores se extendería a extremos ajenos "a las conductas que constituyen el hecho punible", por todo lo anteriormente razonado y normas legales citadas, se solicita al tribunal se declare incompetente para conocer de esta acción civil, sin perjuicio de que el actor pueda acudir al Tribunal que por naturaleza es el competente para tal objeto.

b) Prescripción de la acción. En subsidio de lo anterior, opone la excepción de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios, y solicita que, por encontrarse prescrita ésta, debe rechazarse la demanda de autos.

La acción de indemnización de perjuicios, ejercida en autos, tiene un plazo de prescripción especial contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, que es de 4 años contados desde la perpetración del acto que causa el daño.

Como en el caso de autos, el secuestro y muerte de la víctima ocurrió -según lo reconocen los actores- el día 6 de Octubre de 1973 y la demanda de autos fue notificada a esta parte con fecha 8 de Septiembre de 2005, el plazo de prescripción establecido en la disposición especial citada, ya había transcurrido largamente, por lo que expresamente se opone la prescripción de la acción de indemnización de perjuicios.

Vigésimo Sexto: Que estos sentenciadores tendrán presente en relación a la primera de las excepciones opuestas por el Fisco de Chile, respecto de la demanda civil deducida en un

otrosí de la presentación de fs. 2614, esto es la incompetencia absoluta del Tribunal, que debe considerarse, en primer término, que el texto del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, antes de la modificación introducida por el artículo 1° N° 7 de la Ley N° 18.857, de 6 de Diciembre de 1989, era el siguiente:

"De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado".

Ahora bien, en virtud de la referida modificación el texto actual del precepto señala:

"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".

Que acorde con el texto descrito, sólo podrá accionarse civilmente ante el juez del crimen en cuanto se fundamente la demanda en los perjuicios patrimoniales causados directa o inmediatamente por la conducta del procesado, o bien, que sean consecuencias próximas o directas de dichas conductas. Así la ley otorga en forma excepcional al juez del crimen la facultad de conocer las responsabilidades civiles que emanen de los mismos hechos punibles, en consecuencia tal norma es de aplicación restrictiva.

Así, la acción civil no puede extenderse a extremos ajenos a "...las mismas conductas que constituyen el hecho punible", que describe el motivo tercero de la sentencia en estudio, y que constituye el enfoque procesal penal de la tipicidad de que se trata, lo que es la materialización de las conductas dolosas del partícipe en el ilícito, por lo que el Juez del Crimen, está inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de aquellos que provocaron la tipicidad.

En el caso de estudio, se fundan las acciones deducidas en la responsabilidad objetiva y directa del Estado, esto es, en circunstancias ajenas al comportamiento de los autores de los ilícitos que se persiguen, excediendo con ello, la limitación impuesta por el legislador en el actual texto del citado artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

Que a mayor abundamiento, se tiene presente que el artículo 172 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto precisa que "El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencia de un delito..." - que no ha sido modificado por la ley N° 19.665, y la del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, que señala "La acción civil puede entablarse contra los responsables del hecho punible, contra los terceros civilmente responsables y contra los herederos de unos y otros", deben, para estos efectos, estimarse derogadas en forma tácita, en los términos del artículo 52 del Código Civil, por la citada modificación del referido artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

Vigésimo Séptimo: Que es necesario señalar, que nuestra legislación orgánica contiene

reglas en que, por excepción, se otorga a los Tribunales con competencia en lo penal, la facultad para decidir materias civiles que estén íntimamente vinculadas al hecho punible o que sean su consecuencia.

Vigésimo Octavo: Que el Código Orgánico de Tribunales y los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal en general, establecen que los Tribunales que ejerzan su competencia en materia penal en un proceso, son incompetentes para decidir materias civiles que se plantean en ese proceso, estableciéndose como excepción a ello en lo relativo con los efectos patrimoniales de un delito. Lo anterior dice relación con que en el proceso penal la competencia específica de un Tribunal para conocer de un hecho punible siempre incluye la determinación de la responsabilidad penal de los participantes y en su caso, la posible responsabilidad patrimonial derivada del hecho y esta última incluye, la restitución de la cosa objeto del delito de su valor en caso de no ser posible lo primero y, en ambos casos, la indemnización de los perjuicios materiales y morales que de ello de deriven y que sean, eso sí, consecuencia directa e inmediata de la conducta de los autores del hecho punible de que se trate. De lo que se desprende que la responsabilidad del Estado de Chile en este caso, no se encuadra dentro del marco excepcional de lo razonado anteriormente respecto a la competencia para juzgar los efectos patrimoniales de un hecho punible otorgada al Juez con competencia específica en lo penal.

Vigésimo Noveno: Que por lo expresando en los motivos precedentes, y compartiendo el criterio del fallo de primer grado que se revisa, se procederá a confirmar la sentencia en lo que dice relación con la excepción de incompetencia absoluta del Tribunal, opuesta por el Fisco de Chile, respecto de la demanda civil deducida en autos, excepción que se acoge y en consecuencia deberá plantearse ante el tribunal civil que corresponda, la acción pertinente, por lo que resulta inoficioso emitir pronunciamiento respecto de las restantes excepciones y alegaciones opuestas por el Fisco de Chile.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 514, 517 y 524 del Código de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de treinta de abril del año dos mil ocho, escrita a fs. 3.128, con la siguientes, **con declaración** que se condena a **Víctor Raúl Pinto Pérez**, a la pena de **cinco años y un día** de presidio mayor en su grado mínimo, con las accesorias del artículo 28 del Código Penal, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Manuel Tomás Rojas Fuentes, perpetrado en facha no determinada de entre el 4 y el 8 de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

Que atendida la extensión de la pena corporal impuesta al sentenciado, no se concede ninguno de los beneficios que establece la ley N° 18.216, por lo que deberá cumplir la pena efectivamente.

Le servirán de abono los días que permaneció privado de libertad en esta causa, esto es, entre el 2 de julio del año 2003 y el 25 de agosto del mismo año, según consta de los certificados de fs. 836 y fs. 837 respectivamente.

Agréguese copia autorizada del presente fallo a las causas ingreso Corte N° 1462-2007 y N° 350-2008 cuya vista conjunta se realizó con la presente causa.

Regístrese y devuélvase con sus tomos.

Redacción de la Ministra Sra. Inés Martínez Henríquez.

N° 465-2008 – CRIM.

PRONUNCIADA POR LAS MINISTRAS SRA. INÉS MARTÍNEZ, SRA. ANA MARÍA ARRATIA Y ABOGADO INTEGRANTE SR. FERNANDO ITURRA.

En San Miguel, veintiséis de julio de dos mil diez, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.