

Santiago, tres de noviembre de dos mil quince.-

VISTOS:

A) En cuanto al Recurso de Casación en la Forma:

1.- Que el Fisco deduce recurso de casación en contra de la sentencia definitiva dictada con fecha 6 de Noviembre de dos mil catorce fundado en la causal del artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por haberse dictado ultrapetita, por haber ordenado pagar la indemnización con reajustes e intereses, en circunstancias que en la demanda no se formuló ninguna petición al respecto.

2.- Que siendo ese el único fundamento de la casación y habiéndose también deducido apelación conjuntamente con el anterior recurso, en la que se solicita la revocación del ítem reajuste e intereses, resulta subsanable el anterior vicio por la vía de ese recurso ordinario, atendido lo dispuesto en el artículo 768 parte final del código de enjuiciamiento. Razón por la cual se desestimaré la impetrada casación.

B) En cuanto a los Recursos de Apelación:

a.- En materia Civil

Se reproduce la sentencia en alza,

Y se tiene en su lugar y además presente:

3.- Que el Fisco deduce también recurso de apelación en el otrosí de fs. 1345, en contra de la sentencia definitiva en la parte que da lugar a la demanda civil y lo condena a pagar una indemnización de \$80.000.000.- por concepto de daño moral más reajustes según I.P.C. desde el mes anterior a la notificación de la sentencia y hasta el mes anterior al de su pago, más intereses corrientes, por el mismo período de tiempo.

Solicita se revoque la sentencia en la parte que rechaza la excepción de pago, por haber sido debidamente reparado el daño que habrían sufrido las querellantes; y en la que se niega lugar a la excepción de prescripción extintiva, ya que no puede aplicarse por analogía la imprescriptibilidad de la acción penal a la acción civil, por lo que debió aplicarse lo dispuesto en los artículos 2332 y 2497 del Código Civil, que establecen las reglas de responsabilidad patrimonial del Estado, como lo hizo el pleno de la Corte Suprema.

En definitiva en el petitorio de su apelación solicita se revoque la sentencia en la parte civil que atañe al Fisco y se resuelva que se rechaza la demanda en todas sus partes, con costas.

4.- Que en cuanto a la excepción de pago, esta Corte comparte los argumentos vertidos por el sentenciador de la instancia, dada la diferente naturaleza jurídica existente entre la indemnización que nos ocupa y los beneficios sociales que han obtenido las víctimas de delitos de lesa humanidad, ya que cada uno pretende reparar en sede diversa el mal causado, a más que las leyes que los otorgaron no contemplan en su normativa la existencia de incompatibilidad de ninguna especie.

5.- Que en relación a la excepción de prescripción, deducida por el Fisco de Chile, atendida la naturaleza de los ilícitos que nos ocupan, la normativa legal vigente, los tratados internacionales suscritos por Chile y la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema citada por el juez del grado no cabe excluir la reparación patrimonial del reproche en sede penal, ya que si no aplicamos prescripción en materia del delito, mal puede invocarse argumentación de contrario en sede civil, el delito es uno y la reparación debe ser completa en todos los ámbitos que la legislación nacional e internacional prescribe.

6.- Que, así las cosas, lo ordenado pagar por concepto de indemnización de perjuicios será confirmada, con la salvedad que el reajuste será a contar que la presente sentencia quede ejecutoriada, más intereses para operaciones reajustables aplicables desde la misma fecha.

b.- En materia penal:

7.- Que deducen también recurso de apelación a fs. 1375, tres de los condenados, Juan de Dios Reyes Basaur, Juan Orlando Jorquera Terrazas y Valentín Evaristo Riquelme Villalobos, todos Suboficiales de la Armada, los cuales fueron condenados a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales y costas, sin beneficios, como autores del delito de tormentos previsto en el artículo 150 del Código Penal en la persona de Haydeé Melania del Carmen Oberreuter Umazábal, perpetrado en Valparaíso a fines de Diciembre de 1975 y Febrero de 1976, ello a fin que se revoque lo resuelto conforme a derecho.

8.- Que las apelaciones de estos tres sentenciados son de carácter meramente formal, según consta a fs. 1334, ya que se limitan exclusivamente a deducir el recurso, solicitando que la sentencia se revoque conforme a derecho.

9.- Que el Programa de Derechos Humanos a su vez comparece a estrados en contra de la sentencia en alzada, solicitando que se revoque la sentencia y se eleven las penas aplicadas.

10.- Que a fs. 1380, 1384 y 1434 rola informe del Fiscal Judicial Raúl Trincado Dreyse, quién es de la opinión de confirmar la sentencia en alzada, la que se encuentra según su parecer ajustada a derecho. En cuanto al sobreseimiento parcial y definitivo respecto de Manuel Antilio Leiva Valdivieso, es del parecer de aprobarlo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal.

11.- Que según consta a fs. 1397 esta Corte ordenó al Tribunal de la instancia que recabara de Gendarmería los informes presentenciales de los tres condenados, los que fueron evacuados, luego de diversos trámites, por Oficio de fs. 1432 y rolan de fs. 1420 a 1431.

De los cuales se desprende, que su comportamiento, según parecer de la Asistente Social Sandra Villarroel Del Río, dado los antecedentes por ella recopilados en entrevistas personales, y de los informes médicos y psiquiátricos y neurológicos que adjunta, es de la opinión que ninguno de los tres sentenciados, Reyes, Riquelme y Jorquera tienen las habilidades y condiciones para ser beneficiados con el otorgamiento de una libertad vigilada.

12.- Que las defensas de los encausados han solicitado dentro de sus alegaciones de fondo que se de lugar a su respecto, a la amnistía y la prescripción.

13.- Que en cuanto a la amnistía, al haber sido condenados como autores del ilícito de tormento-torturas, los que tratándose de delitos de lesa humanidad de conformidad a los principios que informan el derecho internacional humanitario, no les resulta aplicable la normativa invocada a su favor, D.L. 2.191 de 1978, como ha sido declarado reiteradamente por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, razón por la cual la sentencia en análisis en ese aspecto será confirmada.

14.- Que en relación, a la excepción de prescripción que fuera desestimada por el juez de primer grado, también será confirmada tal decisión por compartir esta Corte por mayoría de votos, los fundamentos del tribunal ad quo.

15.- Que tal decisión ha sido acordada con el voto en contra de la Ministra señor María Rosa Kittsteiner Gentile, quién estuvo por acoger la referida defensa, pero solo en

cuanto a la media prescripción, teniendo en cuenta que se encuentra debidamente acreditada la existencia del hecho punible que dio origen a la investigación, así como la participación que en él correspondió a cada uno de los acusados, sin embargo, a estos estima que los beneficia la atenuante establecida en el artículo 103 del Código Penal, prescripción gradual de la pena o “media prescripción”, institución que tiene como objetivo solamente atenuar el *quantum* de la condena sin evitar la responsabilidad ni el castigo, por lo que su consideración para ese efecto no desconoce los principios que respaldan la imprescriptibilidad de la acción en delitos de lesa humanidad, ni la normativa de los Tratados que la consagra; por el contrario, honra la misma preeminencia de la condición humana que los sustenta, en favor –ahora- de los victimarios;

16.- Que desechadas las anteriores alegaciones y excepciones, en cuanto al fondo propiamente tal, lo razonado por el juez de la instancia ha dejado establecido de manera clara y contundente al existencia del delito y la participación que le cupo a cada uno de los encausados en su comisión, como se desprende de las motivaciones vigésimo tercera, la que se remite respecto de cada uno de ellos a los considerandos, séptimo y octavo respecto de Reyes Basaur, décimo y undécimo en relación a Jorquera Terrazas, y décimo tercero y décimo cuarto con respecto a Riquelme Villalobos.

17.- Que, sin perjuicio de ello, se les ha reconocido a todos los sentenciados la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, pero sin otorgarle la condición de muy calificada, como habían solicitado las defensas, al tenor del artículo 68 bis, del mismo cuerpo de normas;

18.- Que en cuanto a la atenuante invocada para los efectos de considerarla como muy calificada, cabe tener a la vista los informes presentenciales, y el tenor del citado artículo 68 bis, el cual estatuye que en el caso que concurra solo una atenuante a la que se le otorgue esa condición, el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada en el delito; y, en el presente caso los encartados fueron condenados por el delito establecido en el artículo 150 del Código Penal, aplicación de tormentos, sancionado con la pena de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo, que va de quinientos cuarenta y un día a cinco años, habiéndose aplicado en este caso, una pena de cuatro años.

El efectuar la anterior calificación importa la aplicación de una norma facultativa, por manera que el ejercicio de la potestad que se otorga en el citado artículo 68 bis a los jueces, no importa un incumplimiento que constituya un error de derecho susceptible de reproche.

19.- Que, así las cosas, en relación la pena aplicada a los sentenciados, de presidio menor en su grado máximo, cuatro años, atendidas sus circunstancias, presentan irreprochable conducta anterior, y posterior a la comisión de los ilícitos en cuestión, su edad, 78, 81 y 84 años respectivamente, los informes médicos aparejados a los autos, se procederá a considerar la única atenuante que los beneficia como muy calificada, y en consecuencia se rebajan las penas aplicadas, dentro del mismo grado, presidio menor en su grado máximo, pero en el rango de tres años y un día, ello de acuerdo al artículo 68 bis del Código Penal.

20.- Que, en consecuencia, teniendo presente, como ya se dijo, sus circunstancias personales, que no presenten condenas anteriores, ni posteriores a la comisión de los ilícitos en cuestión, su edad, 78, 81 y 84 años respectivamente, los informes presentenciales en los cuales se aparejan informes médicos, especialmente de carácter psiquiátrico y neurológico, en el caso de Jorquera Terrazas, y el bajo riesgo de reincidencia en todos dada

sus avanzadas edades, reúnen a su respecto a juicio de esta Corte, las características necesarias para ser acreedores del beneficio de libertad vigilada.

Por las razones anotadas y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 535 y siguientes, 544 del Código de Procedimiento Penal, 11, 14 18 y 21 y siguientes, 103 y 150 del Código Penal; 186 y siguientes y 766 y 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil; y 1698 del Código Civil, SE DECLARA:

1.- SE RECHAZA EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA deducido por el Fisco de Chile a fs. 1305.

2.- SE CONFIRMA la sentencia en alzada de seis de Noviembre de dos mil catorce, escrita a fs. 1282 y siguientes en materia civil, CON DECLARACIÓN que los reajustes ordenados pagar lo serán desde que la sentencia quede ejecutoriada, y los intereses desde la misma fecha debiendo aplicarse los que corresponden a operaciones reajustables.

3.- SE CONFIRMA la sentencia en alzada de la misma fecha y fs. en materia penal, CON DECLARACIÓN que se impone a los sentenciados una pena de tres años y un día, más accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público, durante el tiempo que dure la condena.

Se les concede el beneficio de la libertad vigilada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 inciso 1ro. y 15 de la Ley 18.216, debiendo supervisar su cumplimiento Gendarmería de Chile.

4.- SE APRUEBA el sobreseimiento de Manuel Antilio Leiva Valdivieso, y la sentencia en lo demás consultado y no apelado.

Regístrese y devuélvase con sus tomos.

Redacción de la Ministra señora Kittsteiner Gentile.

Rol Corte N° 303-2015

Pronunciada por la **Quinta Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo e integrada por la Ministra señora María Rosa Kittsteiner Gentile y la Ministra (S) señora Ana María Hernández Medina.

Autorizada por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, tres de noviembre de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.