

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción del considerando décimo quinto, que se suprime.

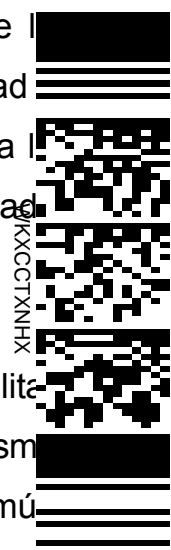
A fojas 668 apela de manera verbal el sentenciado Carlos Arturo Abatte Gago.

A fojas 683 Lorena Valenzuela Contreras, por el Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva; aduce como agravio que se acogió la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar, la que no procede por dos motivos, uno en que las disposiciones de ese cuerpo normativo no proceden en delitos de lesa humanidad, como también, debido a que no fue acreditada la orden emanada de un superior jerárquico y, de existir, no fue relativa al servicio o se trataba de una orden para ejecutar un acto ilícito, la que debió haber sido representada por el soldado Abatte, lo que no consta en el proceso. Lo anterior lo pide con expresa condenación en costas.

A fojas 690 Irma Soto Rodríguez, procuradora del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, apela del fallo, aduciendo los siguientes agravios: a) el rechazo de la excepción de pago interpuesta por el fisco, fundado en que el resarcimiento del daño que los demandantes reclaman fue regulado por la ley (Leyes 19.123 y 19.723) sin que sea en consecuencia procedente complementar, modificar o aumentar la indemnización fijada legalmente aunque aparezca insuficiente, unido a la reparación simbólica efectuada por medio de obras que en el escrito respectivo se indican y, b) el rechazo errado de la excepción de prescripción extintiva de las acciones, por haber transcurrido en exceso el plazo de prescripción del artículo 2.332 del Código Civil, contado desde la llegada de la democracia o desde la fecha de la entrega del informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación acaecido el 11 de marzo de 1990 o 4 de marzo de 1991| hasta la notificación de la demanda ocurrido el 19 de julio de 2016, lo que ha sido avalado por numerosos fallos de la Excelentísima Corte Suprema.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

Primero: Que la atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar tiene lugar fuera de los casos previstos en el artículo 214 inciso segundo del mismo cuerpo legal, en el evento que el inferior comete un delito militar o un delito común cumpliendo una orden de un superior jerárquico, siempre que su ejecución no



constituya un caso de obediencia debida del artículo 334 del mismo código. Para su procedencia es necesario que el ilícito sea cometido cumpliendo una orden de un superior, siendo representada por el inferior e insistida por el superior, situación está que no tuvo lugar en la especie conforme a la prueba aportada, por lo que tal aminorante de responsabilidad penal debe ser desestimada por faltar un requisito para su procedencia.

Segundo: Que a la fecha de los hechos la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal disponía “*Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión*”, la que se reemplazó por el artículo primero de la Ley 19.806, publicada el 31 de mayo de 2002, por “*Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.*”. La nueva redacción de esta disposición es más beneficiosa para el acusado, al permitir una valoración no tan acotada como la primera, lo que a la luz del principio de la ley más favorable propia del Derecho Penal, se debe aplicar al caso si incide en la determinación de la pena.

A este respecto, el acusado Abatte Gago declaró que disparó al vehículo que circulaba la víctima en el sumario administrativo, según su declaración incorporada a estos autos a fojas 76, con fecha 26 de enero de 1974, lo que reiteró fojas 216 y su complemento de fojas 248, dichos que se han mantenidos invariables durante al menos 39 años, que fueron sustanciales para el esclarecimiento de los hechos, al clarificar y detallar lo sucedido; en efecto, lo expuesto por su superior, cabo 1° a esa fecha, Antonio Cabañas Concha, a fojas 242 y 279, junto a la restante prueba de autos, eran escasas para probar la participación atribuida, por lo que los dichos del sentenciado permitió de manera sustantiva alcanzar el grado de certeza legal exigido para determinar la calidad de aquel como autor ejecutor, por lo que se concederá a su favor la referida circunstancia atenuante.

Tercero: Que esta Corte, coincide, en lo sustancial, con el dictamen de la Fiscalía Judicial de fojas 715.

Cuarto: Que respecto a la excepción de pago alegada por el Consejo Defensa del Estado, cabe señalar que los cuerpos normativos invocados por esa parte no disponen incompatibilidad alguna con la indemnización del daño moral demandada en estos autos, ni es posible suponer que ella se dictó para reparar aquel inferido a las víctimas, sino que, importan formas distintas de reparación. En efecto, el hecho de haber recibido los demandantes la bonificación y demás

beneficios reconocidos y entregados por el Estado por la Ley N° 19.123, por violaciones a los derechos humanos, su naturaleza no imposibilita acceder a la indemnización que en estos autos se persigue, como se expuso, siendo necesario accionar contra el Estado ante los Tribunales de Justicia demandando la indemnización completa y suficiente, como lo permite el artículo 2.329 del Código Civil, lo que el juez sentenciador, en este caso fijó, previa cuantificación conforme a la prueba recibida y demás antecedentes allegados por el actor civil, razón por la que no es posible su exclusión sobre el argumento que fue determinada legalmente.

Quinto: Que en relación a la alegación esgrimida por el demandado civil, destinado a obtener la declaración de la prescripción de la acción civil, será rechazada por los mismos fundamentos desarrollados en el considerando vigésimo primero del fallo en alzada. Ello encuentra su basamento, en que no se aplican las reglas del Código Civil sobre la materia, sino a la normativa internacional sobre Derechos Humanos. Cabe agregar a este respecto que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que aunque no ha sido ratificada por Chile, tiene la categoría en la actualidad de norma de ius cogens, por reunir las exigencias del artículo 26, de la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto Supremo N° 381 de 1981, la que es obligatoria para el Estado de Chile, sin que se pueda invocar disposiciones del derecho interno como justificación de su incumplimiento. En consecuencia, tal imprescriptibilidad de la acción penal se extiende a la acción civil indemnizatoria, al encontrarse ambas accesoria y dependientemente vinculadas estrechamente íntegra reparación que debe garantizar y brindar el Estado, luego de determinar la participación en la ilicitud, tal como ha tenido lugar en la especie.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 11 N°9, 15 N°1 del Código Penal, 421 del Código de Justicia Militar, 414, 509, 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia definitiva apelada de fecha trece de enero de dos mil diecisiete, escrita a fojas 630 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus tomos.

Redacción del Ministro (I) Enrique Durán Branchi

Criminal N° 728-2017

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma la Ministra señora González Troncoso, por ausencia.





WIXCCTXNHX

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Mauricio Silva C. y Ministro Suplente Enrique Faustino Duran B. Santiago, dieciocho de octubre de dos mil diecisiete.

En Santiago, a dieciocho de octubre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.