

Temuco, uno de septiembre de dos mil ocho.-

**VISTOS:**

Se reproduce la parte expositiva, considerandos y citas legales de la sentencia alzada, con las siguientes modificaciones:

- a) Se eliminan los fundamentos sexto, noveno y décimo tercero;
- b) Se suprime la cita del Art. 508 del Código Penal.-

**Y SE TIENE, EN SU LUGAR, PRESENTE:**

**I.- EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL.-**

1º.- Que en cuanto a la participación del acusado Heriberto Pereira Rojas en el delito de **homicidio calificado de Nelson Curiñir Lincoqueo**, si bien es efectivo –tal como se asevera en el fallo de primer grado- que de los antecedentes reunidos en el proceso no es posible establecer que hubiere intervenido en el mismo en calidad de autor con arreglo a alguna de las hipótesis que contempla el Art. 15 del Código Penal, de los mismos antecedentes es posible concluir, sin embargo, que tuvo participación en dicho ilícito en calidad de cómplice, conforme a lo que dispone el Art. 16 del cuerpo legal citado, que preceptúa lo siguiente: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”;

2º.- Que, en efecto, existen numerosos testimonios en la causa que permiten establecer que el enjuiciado Heriberto Pereira Rojas realizó diversas actuaciones previas a la comisión del delito de homicidio materia de autos que significaron su cooperación a la ejecución del mismo.

Tales hechos probados son los siguientes:

a) El encausado se encontraba a la época del delito adscrito a la Fuerza Aérea de Chile, en la Base Aérea de Maquehue, con el grado de cabo 2º, no teniendo la calidad de simple conscripto en cumplimiento de su servicio militar. Así lo reconoce en su propia declaración indagatoria de fs. 458 a fs. 459 vta., 463 a fs. 463 vta. y a fs. 493;

b) En dicha calidad, integró un grupo especial de la Fuerza Aérea que en los días inmediatamente posteriores al golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y con la colaboración de algunos civiles reservistas, procedía a detener a personas y las trasladaba a la citada Base Aérea, entre ellos la víctima del delito de autos Nelson Curiñir Lincoqueo; grupo que posteriormente se transformó en una sección especial destinada a la represión política, denominada Sección II. Tal antecedente consta, asimismo, de la propia declamación del procesado, ya referida;

c) El grupo que integraba el acusado procedió a la detención desde su domicilio del nombrado Curiñir Lincoqueo, el 5 de octubre de 1973, trasladándolo a la base aérea ya mencionada. La patrulla que procedió a la detención de la persona referida era dirigida por el encartado, como consta de la declaración del padre de la víctima, Bartolo Segundo Curuñir Painemal (fs. 366 y 432), quien depuso que “el militar al mando de la patrulla que detuvo y se llevó a su hijo Nelson, tenía una mancha en la cara como de quemadura...lo recuerda porque se sentó junto a él mientras se llevaba a cabo el procedimiento”. Cabe consignar que la aludida cicatriz o mancha de quemadura era una característica del acusado, en la que están contestes numerosos testigos del proceso;

d) El grupo represor antes nombrado tenía no sólo como función detener a personas sindicadas como partidarios del gobierno derrocado, sino también de proceder a sus interrogatorios, por medio de torturas, en la basa aérea antes expresada, en donde se les mantenía en una antigua torre de control que se encontraba en desuso; interrogatorios y torturas en que

participaba el acusado como miembro del grupo en cuestión. Así consta de los dichos de Sergio Soto Maino (fs.165), Hernàn Uribe Gatica (fs. 171 y fs. 186); Josè Alvarez Araya (fs.173, fs. 496 y fs. 867); Orlando Bascur Alarcòn (Fs. 174 y fs.868); Alejandro Acosta Gonzàlez (fs.275 y fs. 874); Luis Soto Pinto (fs. 176 y fs. 536); Virginio Càrdenas Leòn (fs. 444 y fs.872); Anìbal Trejos Echeverrìa (fs. 473 y fs.495), y René Oliva Quezada (fs.761); testigos que tenían la calidad de miembros de la Fuerza Aérea Chile o se encontraban cumpliendo su servicio militar obligatorio en dicha institución a la época de los hechos;

f) También el acusado, como miembro del grupo tantas veces referido, trasladaba los detenidos desde la base aérea ya expresada al Regimiento Tucapel de Temuco o a otros lugares o centros de detección; como asimismo, junto a otro suboficial (Orlando Garrido), el acusado trabajaba de manera independiente efectuando patrullajes en una camioneta Ika Renault, vistiendo siempre de civil (dichos de Álvarez Araya y Soto Pinto, ya citados);

**3°.-** Que los hechos anteriormente establecidos permiten a este tribunal arribar a la convicción de que la participación del acusado en los hechos que derivaron en el homicidio calificado de Curriñir Lincoqueo no fue accidental y en virtud del mero cumplimiento de órdenes emanadas de sus superiores (cuestión que tampoco lo mencionó en su descargo al declarar), sino que cumplía dichas labores de detención, de interrogatorio por medio de torturas o apremios, y de traslado de detenidos, con plena conciencia de estar ejecutando hechos que previsible y objetivamente conducirían al resultado constituido por el delito de homicidio de la víctima, es decir, efectuaba actos que fueron parte del hecho común, existiendo por tanto convergencia de voluntades con los autores de aquel.

No otra cosa puede concluirse de la circunstancia que el procesado dirigió la patrulla que detuvo a la víctima Curriñir Lincoqueo, como aparece de los dichos del padre de ésta, ya citados, y que son concordantes con el testimonio –también citado- de Orlando Bascur Alarcòn, en cuanto a que el enjuiciado Pereira Rojas era “el jefe de un grupo de suboficiales a los que denominaban ‘la patrulla salvaje’, que estaban encargados de practicar detenciones e interrogar detenidos”;

**4°.-** Que en mérito de lo razonado precedentemente, no serán acogidas las alegaciones de la defensa en cuanto a que no se encuentra probada la participación del encausado en el delito materia del proceso, toda vez que ésta se encuentra acreditada, en calidad de cómplice, en virtud de los antecedentes probatorios ya reseñados.

Será desestimada, igualmente, la invocación de la prescripción prevista en el Art. 103 del Código Penal, en atención al carácter de imprescriptible del delito de autos, como se reflexionó en el fallo de primer grado y que se da por reproducido. Por las mismas razones, no se dará aplicación al Decreto Ley N° 2.191, de 1978, sobre amnistía.

Por último, con lo reflexionado en los considerandos que preceden se da respuesta a lo informado por el Fiscal Judicial a fs. 180, quien estuvo por confirmar la sentencia de primer grado;

**5°.-** Que estando la pena asignada al delito de homicidio calificado compuesta de varios grados de una divisible (presidio mayor en su grado medio a perpetuo); y concurriendo la atenuante de irreprochable conducta anterior –como consta del extracto de filiación exento de anotaciones pretéritas- sin perjudicar al encausado ninguna agravante, se impondrá en el grado mínimo, rebajada en un grado atendido el grado de participación que se le atribuye;

## **II.- EN CUANTO A LA ACCION CIVIL**

**6°** Para resolver esta materia, estos sentenciadores de mayoría estiman imprescindible realizar las siguientes reflexiones. **Breve reseña de la idea de Derecho y Justicia.** A través de

la historia,- guardando obviamente las distancias actuales- cuando una comunidad o un grupo de personas alcanzaron la calidad de ser libres, racionales y autónomos, tanto como asociación política y como sujetos individuales, han creado el derecho (Normas jurídicas escritas o no) para tener un mejor funcionamiento de las instituciones sociales, jurídicas y políticas; y de la misma forma para regular sus relaciones interpersonales. Es por medio del Derecho- muy ampliamente la ley, entre muchas fuentes del Derecho- que han tratado de encontrar paz, certeza, seguridad y por supuesto justicia. Nadie seriamente, en su condición de ser libre, racional, autónomo, emocional, sensato y con espíritu de justicia, ha pretendido abusar contra el hombre por medio de la creación del Derecho. En la era de Atenas aproximadamente del 492 al 310 A.C. considerando a Pericles, Platón y Aristóteles (aquellos ciudadanos libres de Atenas y manteniendo las observaciones en el tiempo), tenían dos ideales básicos (tal como lo expone George Sabine, Historia de la Teoría Política, Fondo de Cultura Económica, año 2004, pág. 41): La libertad, ser hombres libres y el respeto a la ley. Además, esto se aprendía participando en la Polis, pues era el seno natural para desarrollarse plenamente como hombres. En este sentido como expone John Rawls (Una Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, año 2006), la naturaleza humana es de tal condición que adquiere un deseo de actuar justamente cuando hemos vivido en un marco de Instituciones justas y nos hemos beneficiado de ellas. En la época romana, destacamos que hubo grandes Juristas que fueron dando soluciones para la vida en sociedad; decantadas, serenas, sabias y justas. Recopilación de normas, valores, principios que luego hará Justiniano. Ahora bien, entre muchos otros ejemplos, al final de la Alta Edad Media, (tal como lo explica Sabine en la obra citada, Pág. 173 a 176), se concibe que la costumbre inmemorial, cubre todos los problemas sobre los cuales es necesario pronunciar un juicio, por periodos extensos de tiempo y esto era casi verdad. Si la situación cambiaba, no se hace un nuevo derecho, sino se descubre lo que en realidad significa el antiguo. Añade que existía la creencia que el Derecho es algo que pertenece al pueblo y que el Rey estaba obligado no sólo a gobernar con justicia y no de modo tiránico y sino que además podía dar de lado a los derechos garantizados por la costumbre a sus súbditos. En esta misma línea y al tema que nos atañe, la Historia de los Derechos Humanos, paradójicamente, si bien ha significado luchas, sacrificios y muertes, mantiene siempre el ideal de proteger, reconocer, resguardar y garantizar los derechos de las personas. Así (Agustín Squella en Introducción al Derecho, Editorial Jurídica, año 2000 página 175 a 2002) realiza una breve visión de dicha historia y destaca la Carta Magna Inglesa de 1215, la Petición de Derechos de 1628. El Acta de Habeas Corpus de 1679, la Declaración de Derechos 1688, La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Explica que los Derechos Humanos han tenido varios procesos. Positivación, se incorporan al derecho positivo; Generalización, pertenecen a todos los hombres por el hecho de ser tales; Expansión se ha incrementado el catálogo de derechos humanos, desde derechos de primera generación como los derechos civiles (inviolabilidad de domicilio y no ser detenido ni preso en forma arbitraria) hasta los derechos de cuarta generación, como los derechos de solidaridad a nivel planetario. Esta evolución de los derechos humanos y en especial las revoluciones de 1688 (gloriosa inglesa), Norteamericana 1776 y la Francesa de 1789, han aportado para el hombre, para el Derecho y para el Estado de Derecho siguiendo a Paolo Biscaretti di Ruffia (Introducción al Derecho Constitucional Comparado, Fondo de Cultura Económica, 1998, pág. 116 a 119), entre otros elementos, los siguientes: La contribución inglesa. Monarquía Constitucional, tutela jurisdiccional eficaz para proteger las libertades civiles esenciales. Francia. Elaboración dogmática y con dimensión universal del principio de división

de poderes. La elaboración doctrinal de los derechos públicos subjetivos ciudadanos. Norteamericana. Aplicación rígida del principio de división de poderes, control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las leyes. Es decir, con estos logros de lo que se trata y haciendo una homologación de John Rawls, (obra antes citada página 471 a 478) es que los hombres estén seguros en el disfrute del ejercicio de los propios poderes, y se hayan dispuestos a apreciar las perfecciones de los demás, especialmente cuando sus excelencias tiene un lugar convenido, en la forma de vida que ellos están dispuestos a aceptar. Cada persona puede participar en la suma total de dichos valores realizados por los otros. Reconocer el bien de cada cual como elementos de la actividad completa cuya expresión en su conjunto es objeto de general consentimiento y complace a todos. Así una sociedad bien ordenada explica Rawls (Unión de las uniones sociales) requiere 2 requisitos: 1.-Positivo funcionamiento de las Instituciones justas (fin último compartido por los miembros de la sociedad .2.- Estas formas son apreciadas como buenas por si mismas. En esta misma línea, tal como lo expone Aristóteles. La justicia es la mayor de las virtudes, no habiendo estrella matutina ni vespertina que sea tan maravillosa. La justicia es fría y austera y ofrece equidad e igualdad de derechos. Está representada por una mujer vendada para ser impersonal; no para vivir en un mundo de oscuridad, sino para no diferenciar personas y por consiguiente manifestar una real imparcialidad. Ulpiano por su lado señala que es la voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo. Es aquel sentimiento de rectitud que gobierna la conducta y hace acatar debidamente todo los derechos. Rawls, actualmente propone a partir de la idea un nuevo contrato, un marco de libertades básicas y ante la contingencia demás azarosa, siempre deben ser favorecidos los más necesitados. Estos sentenciadores de mayoría tienen la convicción que en el anterior y este siglo, cuando hablamos de Justicia- en el ámbito de los **Derechos Humanos**- se quiere indicar que las demandas deben ser oídas de forma seria y profunda; no olvidadas ni postergadas. Que siempre a la persona se le permita accionar en los Tribunales especialmente frente al Estado. Que ante sus demandas se le otorgue una respuesta lo más integral, completa y reparadora posible; además de sensata y justa y que le permita mitigar y avanzar en su encuentro con la sociedad. Que se sienta real y concretamente como hombre de carne y hueso; al que la comunidad le ha dado una respuesta que en situaciones similares daría siempre el mismo y la sociedad.

7° Que explicado lo anterior, también nos debemos referir sucintamente a la idea de **Estado de Derecho**. En libro Sentencias destacadas 2006, (Instituto Libertad y Desarrollo, año 2007, página 73), Eduardo Soto Kloss explica que el Estado de Derecho supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia, obligan por igual a gobernantes y gobernados; estando obligados ambos actuar conforme a derecho, siendo el juez que ha declarar dicha conformidad o disconformidad cuando haya contienda, pues sólo a dicho magistrado el constituyente le ha confiado la jurisdicción en forma exclusiva y excluyente. Los autores actualmente distinguen los siguientes principios jurídicos políticos en el Estado de Derecho 1.- Imperio de la ley 2.-Dogma de la división de poderes 3.- Legalidad de la administración 4.-Control y responsabilidad de los gobernantes 5.-Principio de jerarquía de las normas. Principio de la supremacía de la Constitución y la jurisdicción Constitucional. No es del caso analizar todos sus principios, pero si destacar que el Estado de Derecho ha sido un creación de varios siglos, para frenar el poder y someter al poder político a la malla de las Normas jurídicas y del Derecho. Este Estado de Derecho, ha evolucionado del Estado Liberal, más bien estado legalista, hacia un Estado Social y de Derecho -un Estado Constitucional-; cuyo fundamento es la **libertad** del hombre y su objetivo es **Asegurar** el reconocimiento, respeto y garantía de los Derechos Humanos, como la base material y esencial

de legitimidad del Estado de Derecho. Ahora bien, no obstante todo lo expuesto en motivos anteriores, **El problema crucial** es ¿que pasa en aquellas comunidades, sociedades donde se ha quebrado el Estado de Derecho? ¿Como reaccionar, juzgar, cuando se vuelve a la normalidad? ¿Que pueden esperar esas víctimas y sus familiares directos que fueron objeto de atropello de sus derechos humanos por parte del poder político, por agentes del Estado? Post- Segunda Guerra Mundial, la comunidad Regional e internacional ha dado una respuesta sobre el tema, partiendo por supuesto con la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos humanos ambas de 1948. Frente a la violación de los derechos humanos el derecho nacional e interno habitualmente no tiene una solución en lo penal civil, administrativo; pues las normas y principios que regulan estas materias deben ser vistos de otra perspectiva y es que lo que ha hecho el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Así por ejemplo ha establecido el concepto de imprescriptibilidad; la creación de Tribunales de Justicia después de cometidos los hechos. Pues ante violaciones de derechos de tal magnitud, es impensable que la comunidad nada realice y simplemente se afiance en normas y principios que se utilizan tradicionalmente, para situaciones normales y que además los actos no tengan responsables. Bajo este método, razonan estos sentenciadores de mayoría.

**8°.-** Que asimismo, la tradición en Chile sobre la protección de las libertades esenciales y el marco del Estado de Derecho, se remonta a los primeros años de nuestra Independencia. Así en el Mensaje para la promulgación de la **Constitución Política de 1828** se expresaba, que ha llegado el día solemne de la consolidación de nuestras libertades, cesaron para nosotros los tiempos en que la suerte estaba a la ciega obediencia de una autoridad sin límites. Los depositarios de la autoridad se convierten en verdaderos servidores de la causa pública. Del pueblo mismo. Depositarios de su seguridad. Barreras ante las cuales deben detenerse todas las usurpaciones y todas las injusticias. La Constitución establece la más formidable garantía contra los abusos de toda especie de autoridad, de todo exceso de poder. La libertad, la igualdad, la facultad de publicar vuestras opiniones, de presentar reclamaciones y quejas a los diferentes órganos de la soberanía nacional, están al abrigo de todo ataque. La constitución es un tesoro que no podemos perder, ni menoscabar, sin degradarnos, ni envilecernos. La Constitución de 1833 mantuvo la misma idea libertaria, pues el capítulo V artículo 12 denominado Derecho Público de Chile, estaba referido a las garantías constitucionales. Igualmente la carta fundamental de 1925 señalaba en su artículo 2 la soberanía reside en la nación, delegando su ejercicio en las autoridades que la constitución establece. En el Capítulo III artículo 10 y siguientes denominado Garantías Constitucionales, protege al individuo entre otras muchas garantía contra el Poder político estatal. Hay que hacer presente que al momento del quiebre constitucional del 11 de septiembre de 1973, estaba rigiendo la Constitución Política de 1925 y también en la fecha en que ocurrieron los hechos investigados y que da cuenta este fallo; esto es el **5 de octubre de 1973**. En todo caso como lo expresa Verdugo, Pfeffer y Nogueira en su curso de Derecho Constitucional tomo I (editorial jurídica 2004, Pág., 58 y 59)) Las actas constitucionales son decretos leyes dictados por la propia junta de Gobierno en ejercicio de su potestad constituyente, que tratan materias de carácter orgánico y que tenían la particularidad de modificar expresamente el texto vigente de la carta del año 1925. Dichas actas son de 9 de enero y dos de 13 septiembre de 1976. Es decir con posterioridad a los hechos ocurridos en esta causa. Que por otro lado, en los considerado 1° y 2° del acta constitucional N° 3 DL. 1552 de 11 de septiembre de 1976, publicada en el diario oficial el 13 de septiembre de 1976 establece que :” Que siendo los **derechos del hombre anteriores al estado** y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, **la protección y garantía de los derechos básicos del ser**

**humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización social;** Que la tradición jurídica e histórica Chilena ha sido consecuente con estos principios y ha evidenciado un propósito permanente de perfeccionamiento de los derechos de las personas y de los procedimientos que aseguren su protección”.. Bajo estos respectos de línea liberal y de protección de los derechos fundamentales en la República en Chile, se aprecia en la obra de Pablo Ruiz Tagle y Renato Cristi, (La República en Chile, Editorial Lom, año 2006, página 114 (referido al periodo 1874- 1924). Logrando someter al derecho a la poderes del Estado y limitar el Poder de los militares. En ese razonamiento, nuestra carta fundamental de 1980, sucintamente en el Capítulo I coloca al Estado Servicio del Hombre y en el Capítulo III establece los Derechos y Deberes Constitucionales. Es importante destacar que la carta en comento eleva a rango Constitucional la norma ya establecida en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales (que es importante por lo que se dirá más adelante). Así en su artículo 76 inciso segundo, expresa que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión. Podemos entonces decir que el **Estado de Derecho** se expresa en un sistema de competencias cuidadosamente circunscritas, de modo que cada autoridad u órgano sólo pueda actuar dentro del marco por ella acotado y frente a las extralimitaciones, el individuo está dotado de recursos jurídicos. **La seguridad jurídica** es síntesis es una garantía de ejecución del Derecho que ofrece a los ciudadanos la certidumbre, de que este será aplicado, en los forma prevista sin arbitrariedades ni sorpresas (Rodrigo Borja, Derecho Político y Constitucional, Fondo de Cultura Económica, 1992, página 299).

9°.- Que reflexionado lo anterior corresponde describir someramente el **Estudio anterior, precedente anterior, sobre la materia civil en discusión.** Ello de acuerdo a los fallos citados por el Consejo de Defensa del Estado. **A) Incompetencia absoluta.** Artículo 10 vigente del Código de Procedimiento Penal. Las cuestiones en que debe deducirse la acción civil dentro del proceso penal aparecen actualmente limitadas en cuanto a su amplitud y extensión si se le compara con el texto anterior. Es decir, la acción civil no puede extenderse a cuestiones ajenas a las conductas que constituyen el hecho punible **B) Prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios.** Es una acción de contenido patrimonial y como tal se le aplica el régimen especial contemplado en el artículo 2332 del Código civil, 4 años desde la perpetración del acto que causa daño. En todo caso si no fuera ese régimen se le aplica igual la prescripción extintiva de 5 años de los artículos 2514 y 2515 del Código Citado. Institución que aplica a todo el derecho y no solo al derecho privado, tal como lo prescribe el artículo 2497 del Código Civil. Además la Prescripción resguarda un valor fundamental para el funcionamiento de la sociedad que es la seguridad y certeza jurídica. La imprescriptibilidad en cambio es especial y siempre deberá declararse explícitamente. Pretender que la responsabilidad del Estado sea imprescriptible conlleva a situaciones graves, absurdas y perturbadoras. Por otro lado no es aplicable por razón de época la Convención Americana de Derechos Humanos, ni tampoco el Convenio de Ginebra sobre tratamiento de prisioneros de Guerra de 1949 que impide la autoexoneración de los Estados Contratantes, pero es por la responsabilidad criminal por graves delitos y no por la responsabilidad civil. **C) Improcedencia de la indemnización, por haber sido indemnizada la parte demandante a través de varios beneficios establecidos en la ley 19.123.** Dicha ley, creo la Corporación de Nacional de Reparación y Reconciliación y estableció a favor de personas de familiares directos de víctimas de violaciones de Derechos Humanos o de violencia Política, un beneficio compensatorio y una pensión mensual de reparación así como beneficios sociales. Además un daño que ha sido reparado no da lugar a indemnización por parte del Estado. Desde

el momento en que la demandante optó por recibir los beneficios de la ley 19.123 extinguió su eventual acción contra el Fisco de Chile. **D) Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile causa serie N° 154 de 26 de septiembre de 2006. Señala en el acápite de reparaciones, que estas consisten en hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento, ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. La Corte Celebra los pasos dados por el Estado de Chile y resalta el Trabajo de las diferentes Comisiones creadas una vez retornada a la democracia. Da cuenta en materia de daño inmaterial, de los beneficios obtenidos por familiares de víctimas de derechos humanos dados por el Estado de Chile. Teniendo en cuenta lo anterior el Tribunal considera no ordenar el pago de una compensación económica por concepto de daño inmaterial, debido a que estima como lo ha hecho en otros casos, que la sentencia constituye per se una forma de reparación y que las medidas que antes ha señalado constituyen una debida reparación en los términos del artículo 63. 1 de la Convención Americana. **E.- Inexistencia del Tipo de responsabilidad Civil que se alega respecto del Fisco de Chile.** El artículo 2322 y subsidiariamente el 2320 del ambos de Código Civil le resultan al Estado absolutamente inaplicables, pues las hipótesis que dichos preceptos prescriben excluyen al Fisco de Chile; luego la demanda no debe prosperar.

**10°** Que aquilatado lo anterior en los considerandos precedentes hay que indicar que : **1.-** El Consejo de Defensa del Estado en su exposición como Teoría argumentativa utiliza expresamente citas legales y pide que se aplique la ley; interpreta normas y textos según su visión y elabora ciertos deducciones o principios generales: razona con principios generales del derecho, establece Obiter Dictum ( da un ejemplo hipotético hacia futuro de aplicación general respecto a la consecuencias que puede tener la aplicación de una determinada teoría o norma; Menciona Jurisprudencia y le da sentido a su interés; utiliza mecanismos de lógica como a contrario sensu, o a simili entre otros. Es decir es una exposición argumentativa que de todas formas se aleja del estricto y mecánico apego a la ley. Es otras palabras realiza un trabajo con el Derecho y no sólo con la ley. Trabajo con el Derecho y no sólo con la ley que estos sentenciadores de Mayoría han realizado en esta sentencia y lo expondrán ahora con más precisión. **2.-** Asimismo el Demandado civil- Consejo de Defensa del Estado- parte de la base que el acontecimiento histórico político constituye el marco de referencia de los hechos relatados y que se atenderá a los hechos probados en la causa. **3.-** Asimismo, siguiendo al profesor Squella en su obra citada anteriormente, página 217 y siguientes, se desprende que las fuentes formales del Derecho son la ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia de los Tribunales, los principios generales del derecho, la equidad, los actos jurídicos y los actos corporativos. **4.-** En esta perspectiva y establecida ya la participación del acusado y demandado civil **Heriberto Pereira Rojas**, es fundamental para poder fallar adecuadamente esta causa, indicar en lo que atañe a este proceso, que el artículo 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales dispone en relación a estos últimos, que reclamada su intervención en forma legal y en negocio de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asuntos sometidos a su decisión; norma que está ratificada en el artículo 76 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental. Igualmente el artículo 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal describe que la sentencia debe contener las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias tanto agravantes como atenuantes y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o **de terceras personas citadas al juicio.** Se agrega a lo anterior el artículo 24 del Código Civil,

en cuanto establece que también se puede recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Ahora bien, es nítido observar, que la tendencia actual en materia de responsabilidad, tiende a unificarse y se habla del derecho de daños, más allá si este es contractual o extracontractual. De la misma forma, el artículo 2314 del último Código citado, con absoluta claridad nos señala que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. Lo esencial, es que si efectivamente se produjo un daño a las víctimas, estas deben ser reparadas, atendido además lo que establece el artículo 19N° 1 de la Constitución Política, pues este cuerpo jurídico, nos asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; siguiendo para obtener dicha reparación, **obviamente un justo y racional procedimiento**; como ha sido este proceso, en que las partes han tenido la oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas. **5.-** Que con estos argumentos, a juicio de estos sentenciadores de mayoría y en una coherencia interpretativa con la historia mundial y nacional de los Derechos Humanos expuesta y de la idea de Estado de Derecho, bastaría para revocar la sentencia y dar lugar a la demanda civil, pues no se divisa que razonando de esta forma, se altere o quiebre el Estado de Derecho. O bien se produzca incerteza o inseguridad jurídica. ¿Para quién? El Estado no tiene miedo, ni inseguridad. Como diría Thomas Hobbes, el Leviatán controla todos los derechos y bienes de las personas. **6.-** Si ello no bastara, no hay que olvidar que el Estado de Chile, pertenece desde sus inicios al sistema de protección de los Derechos Humanos tanto de Naciones Unidas, como Interamericano (Organización de Estados Americanos). Así se aprecia nítidamente en el libro Constitución, Tratados y Derechos Esenciales, de la Corporación de Reparación y Reconciliación, dirigido por Cecilia Medina Quiroga. En su página 34 a 36 estudia el Derecho Internacional Consuetudinario y los Principios Generales del Derecho. Indica que si una norma legal chilena se remite al Derecho Internacional, los Tribunales obviamente deben aplicar esa norma. Continúa indicando que si hay silencio de la ley y existencia de una norma Internacional o Principio General que regule la materia, añade que desde 1932 los Tribunales Chilenos casi invariablemente han atribuido validez jurídica al Derecho Internacional en ausencia de norma. Finalmente si existe una norma Consuetudinaria o un Principio General de Derecho y una disposición legal interna contradictoria. Los autores se inclinan porque primaría el derecho interno si hay contradicción. **7.-** Sobre lo expuesto siempre debe tenerse presente que el caso en estudio se trata de una **situación excepcional**; esto es, la violación de derechos humanos por parte de agentes del Estado, en un periodo histórico en que no había Estado de Derecho. En esta visión, obviamente la comunidad jurídica, el ordenamiento jurídico y los Tribunales de Justicia, no pueden dar la misma respuesta de Derecho como si se tratara de una situación normal. Porque de ser así, por ejemplo, los delitos estarían prescritos, se aplicaría el decreto ley de amnistía y la víctima frente al Derecho- que en el periodo de atropello no tuvo acceso a ninguna garantía o privilegio-, tampoco lo tendría en el periodo de normalidad. Esto en criterio de estos sentenciadores de mayoría no se ajusta a parámetros básicos de un buen Derecho ni de Justicia, ni la Historia mundial ni nacional de los Derechos Humanos. **8.-** De lo razonado por Cecilia Medina Quiroga, naturalmente debe preferirse los Principios y normas de Derecho Internacional, pues aun en el tercer caso que plantea, el derecho interno no ofrece en este caso- si así fuera- una respuesta integral y justa a la situación del caso que analizamos. En todo caso a criterio de estos sentenciadores de mayoría, no existe norma interna que con precisión y claridad nos diga que la responsabilidad del Estado en materia civil tratándose de violaciones a los de Derechos Humanos sea prescriptible. En este caso desde ya el Juez debiera recurrir tanto al artículo 10 del Código



Orgánico de Tribunales, consagrado también por la Constitución en su disposición 76 y además al artículo 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal y al artículo 24 del Código Civil. Además considerar como elemento de lucidez que la Convención de Viena sobre los Tratados dispone que los Estados contratantes no pueden invocar una norma de derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. En este sentido tampoco se puede invocar el derecho interno, para no dar aplicación a Principios de Derecho Internacional, generalmente reconocidos. Aplicando dichos preceptos y teniendo en cuenta que el Estado debe respetar y promover los derechos humanos y atendida la situación histórica en que ocurrieron los hechos, consultando además la historia antes narrada y a los tratadistas, no cabe la menor duda, como lo hacen estos sentenciadores de mayoría que debiera llegar a la conclusión- sin lugar a dudas-, como es convicción de estos sentenciadores citados, que debe darse lugar a la demanda civil, pues como **Principio general del Derecho, en materia de violación derechos humanos, a las víctimas y a los familiares directos, les nace el derecho para ejercer las acciones respectivas que son imprescriptibles. El Estado de Derecho (como es el caso de Chileno) deben darle además todas las garantías y privilegios para ejercer las acciones que estimen pertinentes en todo ámbito, para perseguir la responsabilidad de todo tipo a que hubiere lugar.** Como se aprecia, el razonamiento del Derecho en esta materia debe ser diferente, la respuesta debe ser profunda y sólida. Respuesta que enaltezca al hombre, a nuestra sociedad y al Estado de Derecho. Por lo demás se está a la altura de lo que exige el artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta fundamental; esto es respetar y promover los derechos humanos. **9.-** En esta misma idea de argumentativa- que comparten estos sentenciadores de mayoría- ha fallado la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 9663-2003 de 16 de mayo de 2008. En síntesis exponen: **a.-** Que el Fisco no puede excepcionarse de su responsabilidad civil extracontractual en los caso de violaciones a los derechos humanos por la prescripción de la acción civil indemnizatoria, por cuanto los términos que a su respecto establece el Código Civil no son aplicables, atendida la naturaleza y origen del daño cuya reparación se demanda. En efecto en estas materias, la fuente de responsabilidad civil, está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, el cual constituye un sistema, tornándose imposible interpretar los hechos que los afecten y las normas que los regulan de manera aislada, como tampoco introducir normas que sean consecuencias de otros criterios orientadores vinculados a finalidades que exceden la naturaleza de esta clase de derechos. **b.-** Por lo demás se ha entendido que la acción penal en este tipo de materias no prescribe, sin que exista justificación que prohíba aplicar dicho instituto a la acción civil. Pues establecer una diferencia importaría aplicar los criterios propios de la naturaleza del hecho sólo al ámbito penal y en cambio enfrentar el aspecto civil desde las orientaciones válidas para otras materias. Cita los artículos 1.1 y 63. 1 de la Convención Americana de Derecho Humanos y fallos de esa Corte sobre la materia. **c.-** Además el Estado la haber actuado en forma dolosa, desarrolló conductas contrarias a los derechos fundamentales-desaparición, muerte-, es responsable por los actos ejecutados por lo integrantes de sus órganos de seguridad, sin necesidad de establecer la responsabilidad en los causantes directos del daño. **d.-** Si bien, este fallo que se cita establece que el plazo de prescripción de la acción debe contarse desde que el Estado mediante los órganos de persecución de pena, formule acusación, porque ello implica un acto procesal objetivo y mientras aquel no se cumpla, no ha surgido para el directamente afectado la obligación de demandar. Los sentenciadores de mayoría en esta causa en estudio, latamente espetada, estiman que el afectado y sus familiares directos, puede demandar cuando lo estime pertinente sin requisito ni plazo en su contra alguno. Pues se ajusta en mayor medida al espíritu de de los

derechos humanos y a la ideal justicia. También hay que puntualizar y partiendo de lo fundamentado y tomando como base la evolución actual de los derechos humanos y mencionar que la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra de Ginebra, - es de 1949- la cual en sus artículos 130 y 131 prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas (autoexonerarse) de infracciones graves que cometan en contra de personas y de bienes protegidos por el Convenio. Esto referido al orden penal. Plausiblemente a partir de lo narrado, de lo expuesto en este Convenio, lo que exponen los sistemas de protección de derechos humanos de Naciones Unidas e Interamericano y en especial los citados artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que ya se ha aceptado como Principio Consuetudinario de Derecho Internacional- que todo daño debe ser reparado- es posible concluir que la responsabilidad civil, también debe ser reparada y la acción para impetrar aquello no puede prescribir y los Estados sujetos a los sistemas aludidos no pueden tampoco exonerarse de la responsabilidad civil, por las infracciones graves cometidas.

**11 °** Que ponderado lo anterior, y sin perjuicio de lo analizado, se hacen cargo estos sentenciadores de mayoría del **precedente anterior .a.-Incompetencia absoluta.** No es posible dar lugar a ello, pues no pueden colocarse obstáculos a una víctima de derechos humanos para que entable una acción. Es una forma de denegación de justicia. Antes le fue negado en forma absoluta todo derecho. No se puede incurrir en negaciones ahora. Por lo demás el artículo 10 del Código Procedimiento Penal, no es taxativo, ni excluye que en este proceso pueda perseguirse la responsabilidad del Estado al entablar la demanda civil. Así se desprende además del artículo 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal **b.- Prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios.** Nos remitimos a lo extensamente expuesto sobre este tema ut. supra. La fuente de responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional. Esto sin perjuicio que para llegar a ello, también se utilicen los artículos 10 del Código Orgánico de Tribunales; 5 y 76 de la Carta Fundamental y 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal. **c.- Improcedencia de la indemnización, por haber sido indemnizada la parte demandante a través de varios beneficios establecidos en la ley 19.123.** De la lectura de la ley citada, no hay norma alguna que prohíba a los beneficiarios de dicha ley, recibir indemnizaciones por sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia. Luego, son sólo interpretaciones que no comparten estos sentenciadores de mayoría del demandado civil. Por otro lado no es posible que el Estado, nuevamente atropelle los derechos humanos, impidiéndole a una víctima de derechos humanos que entable una acción ante los Tribunales de Justicia. Se atentaría claramente contra los derechos garantizados por la Constitución. Por lo demás es lo básico que el estado ayuda a las víctimas de derechos humanos, pero ellos en su reparación espiritual y material nunca serán saciados **.d.- Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Lo que se debe destacar en esta sentencia y que no hace el Consejo de Defensa, es que la Corte citada no excluye la responsabilidad civil por *ratione temporis*; la válida. Esto es, también es imprescriptible. Simplemente indica que la sentencia es una forma de reparación, así como las medidas que ha tomado el Estado Chileno han sido debidas Pero ello es para ese caso. Para estos sentenciadores de mayoría como ya lo han indicado, no es posible dar una respuesta a sí a las víctimas y familiares directos; pues en todas las instancias posibles deben ser reparadas, y así se hará en este fallo. **e.- Inexistencia del Tipo de responsabilidad Civil que se alega respecto del Fisco de Chile.** Esta Corte se remite a lo expuesto anteriormente, sobre como debe razonarse y a que fuentes recurrir cuando se trata de violaciones a los derechos humanos. Incluso aplicando las normas civiles en conjunto con artículos 10 del Código Orgánico de Tribunales; 5, 19N° 1 y 76 de la Carta Fundamental, 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal y 24 del

Código Civil, también podría haberse llegado a una respuesta positiva a la demandada civil. (No es posible, ante este caso excepcional, seguir razonando de esa forma en Derecho Civil). Además nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

12° Que por otro lado, sobre lo que se ha fundamentado, Luigi Ferrajoli, en su libro (Derecho y Razón, editorial Trotta, 2001, Pág. 851), indica que el nivel inferior de normas no puede ser una simple fachada de las estructuras legales. Añade que la teoría General del Garantismo revela un vínculo del Estado de Derecho con el Poder público. La efectiva divergencia entre la validez y vigencia, producida por los desniveles de normas y un grupo irreducible de grados de ilegitimidad jurídica en las actividades normativas de nivel inferior. Esto rige para todos los ámbitos del derecho. Finalmente sobre este punto Manuel Atienza en su obra Las razones del Derecho (Editorial Palestra, Lima -2004, pág, 197 y 309), nos señala citando a Maccormick que los principios son reglas generales que racionalizan normas y que pueden haber más de uno para racionalizar un conjunto de normas (situación que se ha hecho en esta sentencia). Por lo demás en una teoría argumentativa no debe faltar la Universalidad, la consistencia, la coherencia y la aceptabilidad de las consecuencias. Estos sentenciadores de mayoría, tiene la absoluta convicción que el razonamiento efectuado reúne esos requisitos; pues lo que se ha concluido es de aplicación universal. En su efecto esto siempre rige para las personas y familiares directos, que hayan sido objeto de violaciones a los derechos humanos. Además por las diferentes reflexiones también apreciamos consistencia y coherencia en lo expuesto y sin duda se aceptan todas las consecuencias.

13° Que asimismo cabe ahora la pregunta ¿se lesiona el Estado de Derecho con esta decisión? Tenemos la convicción, que en forma alguna. El Estado de Derecho, tal como lo expone Mario Verdugo (Derecho Político tomo I y II editorial Jurídica) es un concepto dinámico, que evoluciona. Con este fallo, tenemos la certeza que se profundiza dicho concepto; pues no hay inseguridad ni incerteza jurídica. Derechamente, se le dice a las personas que cuando se produzca un quiebre del Estado de Derecho y le sean violados sus derechos por agentes del estado, tendrá el derecho (y sus familiares directos) siempre, desde que produzca la violación a sus derechos, para ejercer las acciones en todos los ámbitos del Derecho) sin que corra prescripción alguna en su contra, para establecer la responsabilidad del Estado y de los responsables respectivos. El Estado de Derecho, además debe darle todas las garantías y privilegios para ejercer dichas acciones. ¡Que mayor seguridad y certeza!, puede ser esta, para un ciudadano. Luego estos sentenciadores de mayoría estiman que no se han apartado ni una brizna, ni un átomo de distancia, respecto a lo que debe entenderse por Estado de Derecho. Por todas estas razones, darán lugar a la demanda civil en los términos que se expresará en lo resolutivo.

14° Que en cuanto al lucro cesante y daño emergente, no se dará lugar a ello y estos sentenciadores, estarán a lo indicado por el Consejo de Defensa del Estado. Ello entre otros argumentos, pues los actores en cuanto al lucro cesante no señalan cuáles serían los fundamentos que tendrían a título personal para recibir los supuestos ingresos que habría generado Nelson Curiñir Lincoqueo. De igual forma el daño emergente, los actores no precisan en qué forma habrían consistido tales gastos por el cual participaron en la agrupación de ejecutados políticos en 1976. Ahora bien en cuanto al **daño moral**. De acuerdo a lo expuesto latamente en esta sentencia, el daño moral que reclaman de los actores, por la muerte de su hijo a manos de agentes del Estado, está plenamente acreditada. Han perdido a su hijo y han realizado desde 1973 un largo peregrinar para obtener justicia. De todas formas, por los actos realizados, el Estado precaria y básicamente ya ha reconocido el daño moral en la ley 19.123. Es verdad que la

vida no puede devolverse, pero al menos el derecho puede mitigar, reparar, compensar, equilibrar de alguna forma la pérdida de ese hijo. Estos sentenciadores de mayoría fijarán el daño moral en forma razonable y prudente, considerando la especial situación que plantea este caso. La suma que se indicará en lo resolutivo, se reajustará con el 100% de variación del Índice de precios al consumidor, más interés corrientes bancarios para operaciones reajustables, desde la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia y la fecha efectiva de su pago.

Por estas consideraciones, y teniendo además presente lo dispuesto en los Arts. 16, 21, 24, 28, 68, 69 del Código Pena; 2314 del Código Civil; 510 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

**I.-** Que **SE REVOCA** la sentencia apelada de ocho de mayo de dos mil ocho, escrita de fs. 930 a fs. 956, y se decide en su reemplazo que se condena al acusado HERIBERTO SOTO PEREIRA, ya individualizado, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; a la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y profesiones titulares, y a la inhabilitación absoluta para oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de homicidio calificado de Nelson Wladimiro Curiñir Lincoqueo, perpetrado en Temuco en el mes de octubre de 1973;

**II.-** Que **SE REVOCA**, asimismo, la aludida sentencia, en cuanto por ella se desecha la demanda civil deducida en el primer otrosí de fs. 790 por doña Zoila Lincoqueo Huenumán y don Bartolo Curiñir Painemal, y se declara en su reemplazo que se hace lugar a dicha demanda sólo en cuanto se condena a los demandados Heriberto Pereira Rojas y al Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, a pagar solidariamente la suma de \$ 200.000.000 por concepto de daño moral ocasionado a los actores por el hecho ilícito materia de autos, suma que deberá ser reajustada y devengarán los intereses que se expresan en el fundamento catorce del presente fallo; sin costas, por no haber sido vencidos totalmente.-

Acordada contra el voto del Ministro señor Archibaldo Loyola López, quien fue de parecer de confirmar en todas sus partes la sentencia de que se trata, teniendo presente para ello, aparte de las razones dadas por el Juez de primer grado, que no se encuentra acreditada la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor del homicidio del Nelson Curiñir Lincoqueo.

En efecto la única actuación que se le puede imputar al acusado, que es lo único que se acreditó debidamente, es que participó en la detención de Curiñir formando parte de la patrulla que lo sacó de su domicilio y lo llevó detenido a la base aérea de Maquehue. No consta que con posterioridad haya tenido otra actuación, por lo que no puede responsabilizársele del ilícito por el que fue acusado.

No es autor del homicidio porque no se encuentra en ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 15 del Código Penal.

Tampoco es cómplice porque no está en las situaciones del artículo 16 del Código Penal, ni encubridor porque, como se dijo, con posterioridad a la detención de Curiñir no tuvo actuación alguna relacionada con el detenido.

Para considerarlo cómplice habría sido necesario que el acusado hubiera tenido conocimiento que la detención que realizó tenía por objeto darle muerte con posterioridad, circunstancia que no se acreditó en el proceso.- Tampoco consta que hubiere formado parte de la patrulla que trasladó a la víctima y que presuntamente le dio muerte y tiró el cadáver al río.

Es cierto que algunos testigos sostienen que Pereira formaba parte de la llamada “patrulla salvaje” y que tenía el grado de cabo segundo, el último de los suboficiales de la Fuerza Aérea, pero tales circunstancias no constituyen presunciones suficientes para dar por acreditada su responsabilidad en los hechos, porque no reúnen las condiciones de gravedad exigidas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal. Por lo demás, las responsabilidades penales son individuales y no de grupo, como se pretende.

Estima el disidente que al imputado ni siquiera le cabe responsabilidad en la detención “ilegal de Curiñir” porque, atendiendo a su baja jerarquía, sólo dio cumplimiento a órdenes de los oficiales de fila y de reserva que tenían el mando en la época que sucedieron los hechos.-

El Ministro Instructor reabrirá el sumario a fin de indagar la responsabilidad que pudiere haberles cabido en el delito materia de autos a los oficiales, suboficiales y reservistas que se desempeñaban en la Base Aérea de Maquehue a la época de los hechos; en especial, de Benjamín Fernández, Jorge Freyggang, Ángel Campos, Leonardo Reyes, Orlando Garrido, Luis Yáñez, Enrique Rebolledo, Jorge Soto, Luis Soto, Jorge Valdebenito, Germán Cantarutti Pereda, y Emilio Sandoval Poo, respecto de los cuales agotará las diligencias necesarias a fin de establecer dicha responsabilidad o de otras personas que de acuerdo a dichas diligencias tuvieron participación en los hechos investigados.-

Regístrese y devuélvase.-

Redacción del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre, y del voto disidente, por su autor.-

Rol N° 46-2008.-

Pronunciada por la Primera Sala Ministro Presidente señor Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro señor Archibaldo Loyola López y Ministro señor Álvaro Mesa Latorre.

En Temuco, a uno de septiembre de dos mil ocho, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.

En Temuco, a uno de septiembre de dos mil ocho, notifiqué personalmente al señor Fiscal Judicial y no firmo.