

Ejecución de Oscar Armando Farías Urzúa

Valparaíso, cuatro de junio de dos mil diez.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA.

I.- DEDUCIDO EN REPRESENTACIÓN DEL FISCO DE CHILE (fojas 2.105)

PRIMERO: Que en lo principal de fojas 2.105 se interpone recurso de casación en la forma en representación del Fisco de Chile, sustentado en la causal 6ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, haber sido pronunciada la sentencia de primera instancia que le condenó, en lo civil, al pago de cien millones de pesos a cada una de las demandantes más reajustes e intereses-, por un tribunal manifiestamente incompetente y se pretende que, en la sentencia de reemplazo que se dicte, al acoger este libelo, se rechace la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida a fojas 1.135 en representación de doña Emilia Marcone Foi y doña Karina Farías Marcone. Argumenta que el fallo no se hizo cargo de la excepción de incompetencia absoluta, deducida por su parte, del tribunal para conocer de la respectiva demanda civil, sin expresar argumentos, aunque es claro que la desechó. Se aplica equivocadamente la norma tiva vigente en la materia, pues es competente para conocer de esta acción civil, un tribunal de asiento de Corte con jurisdicción civil (sic); luego da argumentos de texto y de interpretación (historia del establecimiento) de la ley. En síntesis, sostiene el recurrente, el tribunal no tenía ni tiene competencia para conocer de las acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de aquellos que, en propiedad, determinaron la tipicidad establecida en la sentencia. Esta excepción no sólo tiene fundamento legal y doctrinario sino que, también, ha sido reconocida judicialmente, citando al efecto el fallo por el secuestro y posterior homicidio del conscripto Héctor Soto Tapia y de sentencias recientes de la Excma. Corte Suprema, indicando los roles 45-2006; 6.188-2006; 1.528-2006, en que el Máximo Tribunal ha sido clara, precisa y reiterada en cuanto a establecer que el juez del crimen, dadas las particularidades del caso, es absolutamente incompetente para conocer de las acciones civiles de indemnización de perjuicios deducidas, en causas vinculadas con violación de derechos humanos ocurridas durante el Gobierno Militar, en contra del Fisco de Chile. La infracción que se denuncia influye en lo dispositivo de la sentencia, al punto, destaca el recurso de nulidad formal, que en esta, con infracción de ley, se acogió la demanda civil condenando al Fisco de Chile al pago de la suma total de doscientos millones de pesos, más reajustes e intereses.

SEGUNDO: Que el artículo 768 inciso penúltimo del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por mandato del artículo 535 del de Procedimiento Penal, autoriza para desestimar el recurso si el vicio que se denuncia es reparable por otra vía que no sea la anulación del fallo, cuyo es el caso de autos, pues este Tribunal puede y debe efectuar las consideraciones y resolver las acciones y excepciones civiles omitidas en la sentencia de primera instancia de oficio o a petición de parte, supuesto normativo que cumplirá al hacerse cargo de las apelaciones deducidas; y, en particular, la interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado en el otrosí de su presentación de fojas 2.105.

TERCERO: Que los argumentos anteriormente expuestos son suficiente para rechazar el recurso de nulidad formal interpuesto en representación del Fisco de Chile.

II.- INTERPUESTO EN REPRESENTACIÓN DEL CONDENADO PEDRO ARANCIBIA SOLAR (fojas 2.122)

CUARTO: Que, en lo principal de fojas 2.122, el Abogado don Juan Carlos Manríquez R, por el sentenciado y condenado Pedro Arancibia Solar, interpone recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de diciembre de 2009, que lo condenó a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y costas de la causa, como autor del delito de secuestro con grave daño (muerte), del artículo 141 del Código Penal, vigente a septiembre de 1973, en perjuicio de Omar Armando Farías Urzúa, reemplazando la calificación de la imputación que se le hiciera como autor de homicidio calificado del señor Farías Urzúa. Funda el recurso en la causal 10ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, es decir, haber sido dada ultra petita, extendiéndose a puntos inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y defensa; la fundamenta en la norma del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal, actual y precedente redacción, para concluir que ahora se exige en el auto acusatorio el detalle y análisis de los antecedentes que existen en la causa, no bastando para ello una mera enunciación para decir que hay delito, cita, asimismo, un fallo de la Excma. Corte Suprema en que analiza el citado precepto que exige al juez que acusa y falla: que no haga un mero y largo enunciado de antecedentes, sino que de esos fluyan los hechos típicos que configuran del (sic, debe ser el) delito por el que se acusa. Argumenta que la labor de subsunción de los hechos en los tipos penales, -siguiendo al profesor Cury- hace carne la garantía penal de certeza jurídica, ya que así se materializa la tipicidad como elemento general del delito, y es quizás la función primordial y más delicada de los jueces. También recurre a la dogmática extranjera, Giovanni Leone, Presidente de la República Italiana, en su Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, quien definió la imputación, que es exactamente lo mismo que la acusación, como la atribución a una persona de un hecho determinado que constituye delito, la que se reduce a dos principios obvios: no puede ser mudada la definición jurídica en su esencia, puede ser cambiada la norma jurídica a que el hecho debe someterse, pero no los hechos de cargo; y el segundo, que el juez no puede modificar el hecho imputado, lo que impide que pueda cambiarse el *tema decidendum* acerca del cual las partes han sido llamadas a exponer sus razones y el juez a decidir. En conclusión, no se puede condenar al acusado Arancibia Solar por un hecho por el cual no se le acusó (artículo 141 del Código Penal, en vez del artículo 391 N° 1 del mismo Código. La condena es del todo sorpresiva, ya que es obvio que los elementos típicos y hechos configuran un secuestro con grave daño es muy distinta a la de matar a esa persona, que fue por lo que se le procesó, se le acusó, se defendió, se dirigió la prueba y las medidas para mejor resolver. Al hacerlo, el Magistrado, ha dejado a su parte en la indefensión más absoluta, al extender la sentencia a hechos nucleares que no fueron objeto de la acusación, de la defensa ni de la prueba de descargo. Por lo expuesto, procede casar en la forma el fallo, ya que el perjuicio que produce es únicamente reparable con la declaración de nulidad, pues de haber mantenido la congruencia entre lo que fue objeto de la acusación y la defensa (autoría de homicidio calificado del Sr. Farías), la sentencia debió absolver a Pedro Arancibia Solar, de acuerdo al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

QUINTO: Que, el libelo de nulidad formal antes expuesto debe desestimarse por los motivos siguientes: El primero, que el posible yerro de falta de congruencia en los sustentos fácticos del fallo con los indicados en la acusación judicial, es posible corregirlo por vía del medio de impugnación ordinario, deducido por la parte en el primer otrosí de fojas 2.122, esto es, apelación, toda vez que de acuerdo al artículo 527 inciso 1º del Código de Procedimiento Penal, El tribunal de alzada tomará en consideración y resolverá las cuestiones de hecho y las de derecho que sean pertinentes y se hallen comprendidas en la causa,; el segundo argumento para rechazar aquél, es que el vicio no ha tenido influencia substancial en lo dispositivo de la cuestionada sentencia, lo que se infiere de las penalidades asignadas a los ilícitos que se le atribuyen al acusado Arancibia Solar: A saber, fue acusado por su autoría en el delito de homicidio calificado, circunstancias 1ª y 4ª del artículo 391 del Código Penal, cuya penalidad es -era la misma en el año 1973-, presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo; en cambio, el secuestro calificado contemplado en el artículo 141, inciso final, del Código Punitivo, a la época de los hechos, septiembre de 1973, se sancionaba con presidio mayor en cualquiera de sus grados y en la actualidad, con presidio mayor en su grado medio a máximo y si resultare muerta la persona secuestrada con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado; pero que, por mandato del artículo 18 del Código Penal, debe castigarse el delito con la pena que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que con posterioridad se dicte una que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, cuyo no es el caso. En suma, ninguna influencia substancial en lo dispositivo tuvo la modificación fáctica que hiciera el fallo impugnado, desde que con la pretérita penalidad del secuestro calificado pudo imponer el mínimo asignado, esto es, presidio mayor en su grado mínimo, rango que no hubiese podido considerar de mantener la figura de homicidio calificado por el que fuera acusado Arancibia Solar.

SEXTO: Que, corolario, no puede prosperar el recurso de nulidad deducido por la defensa del encausado Arancibia Solar, disintiendo de la opinión sobre este aspecto de la señora Fiscal Judicial, Sra. Latham, vertida en su informe de fojas 2.141, en orden a que debía acogerse aquél por haberse producido, según explica, el vicio de ultra petita que alega el recurrente.

EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con las siguientes enmiendas:

En la parte expositiva, fojas 2039, al comienzo del segundo párrafo se reemplaza la expresión oficial de marina por suboficial mayor (R de la Armada).

Se suprime el párrafo y) del Considerando Primero.

En el Considerando Segundo, se reemplaza el periodo que comienza con .Durante su permanencia en dicho recinto naval, nunca fue llevado a la presencia de autoridad judicial alguna que hubiese dispuesto su detención siendo objeto, en dicha unidad militar y en otros lugares

donde fue conducido, -totalmente privado de libertad-, de apremios ilegítimos, torturas y malos tratos que dejaron al Sr. Farías en pésimas condiciones físicas que, posiblemente, obligaron a sus captores a causarle la muerte simulando por la siguiente frase por lo que simularon.

Se eliminan los Razonamientos Tercero, Noveno, Décimo, Decimotercero, Decimosexto y Decimonoveno.

En el Considerando Sexto, párrafo 6 m- se suprime con escriturado entre la forma verbal compartiendo y la voz detención.

En el Motivo Séptimo, se cambia la frase final secuestro reseñado en el considerando tercero de esta sentencia por homicidio calificado.

En el Considerando Octavo, foja 2.076, se muda Concurrido por Ocurrido.

En el Párrafo Undécimo, se trueca la oración secuestro al que se arribó finalmente por homicidio calificado por el que se le acusó.

En el Considerando Decimocuarto, se suprime el acápite segundo.

En el Apartado Decimoquinto, en la segunda línea, se pluraliza la expresión del acusado y después del apellido Arancibia se agrega y Mendoza. Se elimina el periodo final que comienza con Todos los argumentos y finaliza con la excepción de prescripción.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE

EN CUANTO AL HECHO PUNIBLE

PRIMERO: Que, los elementos de convicción indicados en el motivo Primero de la sentencia de primera instancia, permiten tener por acreditado los hechos descritos en la acusación judicial de fojas 1.072: Don Oscar Armando Farías Urzúa, se desempeñaba al día 11 de septiembre de 1973 como interventor de la Conservera Parma, ubicada en la localidad de Limache, y teniendo conocimiento de existir una orden de detención en su contra emanada de la Base Aeronaval de El Belloto, se presentó el día 12 de ese mes y año, voluntariamente ante el Jefe de la Policía de Investigaciones, quien lo trasladó a dicho recinto de la Armada. Fue interrogado sobre la existencia de armas en la empresa que dirigía, sometido a apremios y torturado por personal de dicha institución, siendo trasladado desde aquél a la Conservera, en varias oportunidades, en presencia de trabajadores de la misma industria, que refirieron la grave y agónica condición del señor Farías, aspecto que constataron personas que estuvieron detenidas con él. Por último, cuando era trasladado a Valparaíso, por orden de alguna autoridad naval de la Base El Belloto, es muerto a balazos el día 20 de septiembre de 1973, por sus regentes, arguyendo haberle disparado al intentar escapar, aprovechándose que se defendían de un ataque extremista, lo que era imposible atendida su condición física, todo lo cual fue puesto en conocimiento de la Jefatura Naval, sin que dicha autoridad tomara las medidas y recaudos de rigor, informando lo ocurrido a la autoridad competente.

SEGUNDO: Que, los hechos antes descrito, configuran el delito de homicidio calificado previsto y sancionado en el artículo 391 numeral 1° del Código Penal, pues concurren sus circunstancias 1ª y 4ª. En efecto, el occiso fue flagelado y torturado, los días posteriores a su presentación voluntaria a la autoridad naval, 12 de septiembre de 1973, antes de ser ultimado con disparos de arma de fuego, el día 20 de ese mes y año, por personal de la Armada, como se infiere de los testimonios de trabajadores de la Conservera Parma, de testigos que permanecieron detenidos junto al señor Farías y de miembros activos de la Armada en aquella época, que se detallan en el Considerando Sexto de la sentencia en revisión, específicamente don Héctor Inostroza Aeloiza, detenido con el señor Farías, (6 a-); don Luis Antonio Yansen Escobar, funcionario de la Armada, (6 b-); don Pedro Hugo Arellano Carvajal, detenido, (6 d-); don Guillermo Retamales Ruz, funcionario de la Armada, (6 f-); don Juan Ramón Moya Vergara, detenido, (6 g-); testigo con reserva de identidad, funcionario de la Armada, (6 l-); don Alvaro González Ortíz, detenido, (6 m-); don Juan Valenzuela Bahamondez, funcionario de la Armada, (6 ñ-), que han de complementarse con la causa de muerte señalada en el certificado de defunción de fojas 33, tres heridas a bala con orificio de salida perforación cardiaca y pulmonar y protocolo de autopsia de fojas 202, que agrega a las heridas de bala con orificio de salida, perforación cardiaca y pulmonar, fractura de maxilares, compatibles con los hallazgos de que dan cuenta los informes de los peritos del Servicio Médico Legal de fojas 862, 886, 905 y 952. Cabe agregar, que en la pericia de fojas 1.174, evacuada por don Iván Cáceres Roque, arqueólogo y Kenneth Jensen Nalegach, antropólogo, dan cuenta de lesiones traumáticas no descritas en la autopsia de 1973, -y que no requieren que otro profesional determine el origen de las fracturas,- En el hueso occipital (nuca y base de cráneo) se observan dos líneas de fractura perpendiculares entre sí hacia la derecha de la nuca y otra de mayor extensión y separación en el lado izquierdo de la porción basilar y en la mano derecha se observa la presencia de fracturas en los cuatro primeros metacarpianos y en la primera falange del pulgar.

TERCERO: Que, la **alevosía** tiene dos facetas, obrar a traición o sobre seguro, y en esta última, se advierte un doble aspecto, de seguridad para los hechores y de eficacia en los resultados, es decir, seguridad en la eficacia de los golpes, lo que resulta suficientemente acreditado, pues el o los hechores se prevalieron de la autoridad y certidumbre que les daba sus cargos militares y administrativos, pues eran oficiales de mando de la Armada y al mismo Jefes de Plaza de la localidad o comuna de Limache y comprobado está que en sus intervenciones delictivas que se les atribuyen, participaban armados, a lo menos uno portando una subametralladora, corvo y granadas. La cuarta circunstancia para calificar el ilícito de homicidio, el **ensañamiento**, esto es, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido se encuentra acreditada de manera suficiente e inconcusa con los antecedentes antes referidos, puesto que testigos -civiles y marinos-, vieron como funcionarios de la Armada, bajo la dirección de un tercero, oficial de la institución, golpeaban y sometían a tormentos a la víctima durante varios días hasta finalmente matarlo por medio de disparos con arma de fuego, es decir, fue muerto por medio del dolor (frase oída en la vista de la causa a uno de los abogados que comparecieron a estrados y que representa a un acusado).

CUARTO: Que, estos sentenciadores comparten el criterio de la Fiscal Judicial sobre el particular, -subsunción de los hechos establecidos con el jurídicamente adecuado tipo penal-, manifestado en su informe de fojas 2.141, en orden a que no se configura, en la especie, el delito de secuestro con grave daño para el ofendido, puesto que si bien estuvo privado de libertad en un

recinto naval fue trasladado en varias ocasiones a la fábrica en la cual era interventor, siendo visto en dichos lugares por varias personas que declaran en el proceso, donde fue golpeado y torturado para finalmente matarlo (con disparos en la vía pública); en definitiva, nunca fue intención de los funcionarios navales mantenerlo secuestrado, sino que provocarle la muerte.

QUINTO: Que, la participación del acusado Pedro Pablo Arancibia Solar, en calidad de autor en el delito de homicidio calificado en la persona de don Oscar Farías Urzúa, se encuentra suficientemente acreditada con las deposiciones de los testigos individualizados en el Considerando Sexto de la reproducida sentencia de primer grado, por coincidir con otros tantos antecedentes probatorios como son el certificado de defunción, protocolo de autopsia y pericias de profesionales del Servicio Médico Legal, pormenorizados en el Razonamiento Segundo, parte final de este fallo.

SEXTO: Que, la participación del acusado Sergio Mendoza Rojas es la de encubridor, - como se le acusó-, toda vez que con posterioridad a la comisión del delito su actividad se enderezó a ocultar el hecho delictivo (favorecimiento real) y no la persona de quienes concurren a ejecutarlo, interpretando la voz efectos que indica la hipótesis segunda del artículo 17 del Código Penal, como las consecuencias del delito que puedan conducir a su descubrimiento. Subjetivamente se requiere una conducta -u omisión- enderezada a impedir el descubrimiento del hecho, (Paper de don Diego Moreno T. en la cátedra de Derecho Penal) desde que Mendoza Rojas, Jefe Militar de Limache y Olmué, como lo reconoció a fojas 1.710 y lo confirma don Luis Enrique Galleguillos Irigoyen, a fojas 779, en cuanto que en septiembre de 1973 era el Jefe de Carabineros de la Zona de Limache y se puso a disposición del Comandante Mendoza una vez que éste llegó a hacerse cargo de esa zona, donde operaba Arancibia Solar y superior de éste, no informó lo ocurrido a la autoridad competente respecto de la muerte de un detenido, don Oscar Farías Urzúa y sus circunstancias, ni ordenó instruir investigación administrativa alguna para su esclarecimiento, debiendo hacerlo, como lo reconoció en su declaración que se transcribe en el Considerando Octavo, parte final de la sentencia de primera instancia. Que, aún cuando el reconocimiento precedente no fuese suficiente para convencerlo de su participación, obran en autos, otros tantos antecedentes, que son unívocos para arribar a idéntica conclusión. En efecto, los funcionarios de la Armada Yansen Escobar, Jordán Marchesini, Valenzuela Tobar y Valenzuela Bahamondez, cuyos testimonios se transcriben en el Razonamiento Sexto del fallo cuestionado, párrafos 6b, 6j, 6n y 6ñ, respectivamente, están contestes en señalar que el Jefe Militar era Mendoza Rojas y que la mano ejecutiva era Arancibia. Asimismo, este acusado, refiere que se constituyó como segundo jefe de plaza en la zona y que la función principal era ser ayudante del Comandante Mendoza a quien dio cuenta del enfrentamiento en Paso Hondo.

SÉPTIMO: Que los anteriores argumentos son suficientes para desestimar la acusación particular de la abogada del Programa Continuación de la Ley 19.123 del Ministerio del Interior, que pretendía se le condenara en calidad de autor; teniendo, además, presente que la autoría mediata requiere concierto previo con el autor ejecutor del ilícito de que se trata, como lo exige el artículo 15 N° 3 del Código Penal, circunstancia que no se acreditó con la prueba referida en el reproducido fallo ni se desprende de la misma.

OCTAVO: Que, los argumentos vertidos en el motivo Sexto, conducen a desestimar la alegación principal de la defensa de Mendoza Rojas, en orden a absolverlo de la acusación por no tener participación alguna en los hechos establecidos en autos.

EN CUANTO A LA AMNISTÍA

NOVENO: Que la defensa del acusado Sergio Mendoza Rojas, a fojas 1.573, solicitó se aplicara la Ley de Amnistía por las razones que expresa al contestar la acusación judicial y la adhesión a ésta.

DÉCIMO: Que, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional, traducido en la suscripción de los Tratados relacionados con el respeto y prevalencia de la Dignidad Humana, conlleva a aceptar que disposiciones normativas originadas en estadios históricos determinados y caracterizados por la anormalidad institucional, no democráticos, como lo fue el Decreto Ley N° 2.191 que estableció la amnistía para determinados delitos perpetrados con anterioridad al año 1978, no tienen validez o legitimidad ante el *Ius Cogens*- para extinguir la responsabilidad penal de conformidad al derecho nacional, -artículo 93 N° 3 del Código Penal-, en tanto se trate de delitos contra la Humanidad o *lesa humanidad*, como se reconoce por el Derecho Internacional, Dogmática y Jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema, suficientemente explicitado en sendos fallos del Máximo Tribunal de la República (Rol N° 3.125-04 y Rol N° 1.528-06), por lo que no cabe aplicar a los responsables criminalmente, funcionarios de la Armada, del homicidio calificado establecido en autos, la denominada Ley de Amnistía.

EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

UNDÉCIMO: Que, las razones vertidas por el sentenciador de primer grado, en el motivo Decimoquinto, modificado por la sentencia que se dicta, son suficientes para desestimar la pretensión de la defensa de Mendoza Rojas en orden a favorecerle con la prescripción de la acción penal y declarar extinguida la responsabilidad penal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, numeral 6° del Código Penal. También, se ha tenido en consideración los razonamientos que sobre el tema, ha desarrollado la Excma. Corte Suprema, como los leídos en los fallos dictados en los recursos roles 3.125-04 y 1.528-06.

EN CUANTO A LA MEDIA PRESCRIPCIÓN O PRESCRIPCIÓN GRADUAL

DUODÉCIMO: Que, las razones que obstan a favorecer a los encartados con la prescripción de la acción penal, aludidas en el motivo precedente no impiden, en concepto de esta Corte, que obre a su favor la denominada media prescripción, prescripción incompleta o prescripción gradual, establecida en el artículo 103 del Código Penal, desde que el Estado frente a la perpetración de un delito de *lesa humanidad*, establecido que como está, debe sancionar a sus responsables, más no imposibilita que, al determinar el quantum de la pena, se consideren las minorantes conforme a derecho, toda vez que, como lo ha expresado la Excma. Corte Suprema, resulta insensato aplicar una pena muy alta para hechos ocurridos hace mucho tiempo, pues el lapso cumplido debe atemperar la severidad del castigo. Así, resulta notorio que desde la comisión del delito establecido en autos, 20 de septiembre de 1973 y persecución penal en contra de los acusados Arancibia Solar y Mendoza Rojas, traducida en sendos autos de procesamiento

de 4 de abril de 2007 y 4 de abril de 2008, según consta a fojas 349 y 1.032, respectivamente, ha transcurrido en exceso el término para configurar la prescripción gradual, como lo sugiere la señora Fiscal Judicial, a fojas 2.141, quien señala que han transcurrido más de treinta años desde la fecha de comisión del delito, septiembre de 1973 al inicio de la investigación con fecha 20 de julio de 2006. Resulta útil al efecto, citar el fallo del Máximo Tribunal, dictado en la sentencia de casación rol N° 4.662-07, de 25 de septiembre de 2008, cuya redacción estuvo a cargo del Abogado Integrante don Juan Carlos Cárcamo Olmos, que se hace cargo de los diferentes aspectos de esta institución, (leer fojas 1.406 a 1.419), indicando la escasez en el derecho comparado y cuya fuente de inspiración ha sido el Código Español de 1848 y en el eclecticismo de don Joaquín Francisco Pacheco, reconociendo 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, como el hecho incontrarrestable que ambas instituciones se acunan en el decurso, esto es, en la sucesión o continuación del tiempo. (Sigue la definición que entrega el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española); pero, advierte, seguidamente, que ambos institutos de jure, avanzan cada una en su individualidad, inequívocamente sobre o hacia objetivos jurídicos disímiles, incluso contrapuestos extinción y no extinción de la responsabilidad penal- siendo de la esencia de la prescripción completa la extinción de la responsabilidad penal, esto es, su cese o término de todo; situación incompatible con lo que persigue la media prescripción, en que su teología excluye la extinción de la dicha responsabilidad punitiva, afincándose estrictamente en la atenuación de la pena; analiza la ubicación de la prescripción gradual en el Código Penal Título V del Libro I-, -de aparente promiscuidad en el sentido de mezcla de las instituciones de jure- no es por demás ni única ni extraña en nuestro texto punitivo, y refiere ejemplos sobre el delito de aborto y contra las personas, siendo necesario disipar estas dudas, como salvar los severos escollos tan propios de la geografía de jure, a fin de arribar a la seguridad jurídica y a la paz social en tanto atributos esenciales propios de un estado de derecho de raigambre liberal y por esencia republicano y democrático, encontrándose, precisamente en ello, su razón en tanto nacida de la experiencia, o thelos.

DÉCIMOTERCERO: Que, la defensa de Mendoza Rojas, solicitó para atenuar su responsabilidad criminal que se configuraran a su favor, las circunstancias contempladas en el artículo 11 N° 6 y 9 del Código Penal y la del artículo 214 del Código de Justicia Militar. Respecto, de la primera, ha de acogerse, con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes que se agregó a fojas 1.058, el que si bien indica otra anotación como autor de secuestro calificado en la causa rol N° 38.445/2003 del Juzgado del Crimen de Limache, no existe constancia de encontrarse ejecutoriada sentencia condenatoria a su respecto, como consta del certificado de fojas 1051, y consta que en torno a la sentencia de segunda instancia, se interpuso recurso de casación, el que se encuentra pendiente en la Excma. Corte Suprema. En cambio, respecto de la minorante contenida en el artículo 11 numeral 9 del Código Punitivo, se desestimaré desde que no hubo colaboración substancial de Mendoza Rojas al esclarecimiento de los hechos, por el contrario sus declaraciones fueron ambiguas e imprecisas, según expresara nunca hubo ni supo de personas detenidas al interior del Sanatorio, si recuerda que pudo haber personas re tenidas en tránsito para ser llevadas luego a Carabineros o a la Base El Belloto., no recuerda que superior lo atendió cuando habría dado conocimiento al Departamento de Operaciones de la Primera Zona Naval, del incidente dado a conocer por el Teniente Arancibia (ver Considerando Octavo del fallo de primera instancia). Igual destino tendrá la atenuante

contemplada en el artículo 214 del Código de Justicia Militar , desde que no existe coincidencia entre la hipótesis que señala el supuesto normativo con los hechos de la causa, puesto que Mendoza ha negado toda participación el delito y sus consecuencias. En cuanto a la petición subsidiaria de concederle algún beneficio señalado en la Ley N° 18.216, se hará el pronunciamiento en lo resolutivo de este fallo.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

DÉCIMOCUARTO: Que, el representante del Fisco de Chile, interpuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, reseñada en la primera parte del reproducido Considerando Décimooctavo del fallo del Ministro en Visita Extraordinaria, que esta Corte acogerá, por los siguientes motivos: El texto actual del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, luego de la modificación introducida por la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, establece en sus incisos 2° y 3°: 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 persiguen 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 respecto del proceso penal.

DÉCIMOQUINTO: Que, de lo anterior puede colegirse que la amplitud de la acción civil dentro del proceso penal, aparece acotada a aquella que se sustenta en los perjuicios patrimoniales causados, directa e inmediatamente por las conductas de los procesados, o bien que sean consecuencia directa o próxima de dichas conductas, criterio, resulta útil decirlo, sustentado por la Excm. Corte Suprema, V. Gr.: Fallo en recurso de casación N° 1.528-06, además de los indicados por la defensa del Fisco de Chile, al contestar la demanda civil a fojas 1.325. En consecuencia, la pretensión del actor civil de obtener que el Estado repare o indemnice, fundado en la responsabilidad extracontractual, objetiva y directa, en que no interesa la presencia del dolo o culpa en el accionar dañoso del Estado, (ocasionado por acción u omisión de sus funcionarios), propio del estatuto Civilista, excede de la competencia del Juez del Crimen, desde que no proviene de los hechos que provocaron la tipicidad.

DÉCIMOSEXTO: Que, por lo anteriormente razonado, no resulta necesario pronunciarse respecto de las excepciones opuestas subsidiarias, como son la prescripción de las acciones civiles deducidas por ambas demandantes, sea la contenida en el artículo 2332 del Código Civil, prescripción especial de cuatro años o en los artículos 2514 y 2515, prescripción extintiva de cinco años (ver fojas 1.331); la alegación consistente en la inexistencia de la pretendida responsabilidad objetiva del Estado (ver fojas 1.337); improcedencia de la indemnización en el caso de haber sido ya indemnizadas las demandantes en conformidad a la Ley 19.123 (ver fojas 1.339) e improcedencia de reajustes, intereses y costas (ver fojas 1.343).

EN CUANTO A LA PENALIDAD APLICABLE

DÉCIMOSÉPTIMO: Que para determinar el quantum de las sanciones que corresponde aplicar a los condenados, cabe señalar que el delito de homicidio calificado se penaliza con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y, establecida la responsabilidad de Arancibia como autor y de Mendoza como encubridor, a quienes les favorecen la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y la especial contenida en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, denominada prescripción gradual o media prescripción, en virtud del cual, deberá considerarse el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante. Así, en virtud de lo prevenido en el artículo 68 del citado código, esta Corte rebajará las sendas penas en un grado al mínimo señalado por la ley, atendidas las circunstancias en que se develó judicialmente el silencio sobre lo acontecido al interventor de la Conservera Parma de Limache, don Oscar Farías Urzúa, en el mes de septiembre de 1973 y desentrañar la comisión y partícipes del grave ilícito establecido en este proceso- para el autor del delito consumado; y al encubridor, -que en virtud del artículo 52 del Código Penal, debe rebajársele la pena en dos grados a la que señala la ley para el crimen, es decir, presidio menor en su grado máximo-, y por favorecerle la media prescripción, se aplicará en definitiva, la de presidio menor en su grado medio, disintiendo, en este rubro del parecer de la señora Fiscal Judicial, quien sugirió rebajar la pena en dos grados, atendido el tiempo transcurrido entre la comisión del delito -20 de septiembre de 1973- y la fecha de inicio de la investigación del ilícito -20 de julio de 2006-.

Por las anteriores consideraciones y lo prevenido en los artículos 10, 30, 510, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I.- Que **SE RECHAZAN** los recursos de **casación** en la **forma** deducidos en representación del sentenciado Pedro Pablo Arancibia Solar y del Fisco de Chile, deducidos en lo principal de fojas 2.122 y 2.105, respectivamente.

II.- **SE REVOCA** la sentencia apelada de quince de diciembre de dos mil nueve, escrita de fojas 2.037 a 2.089, en cuanto desestimó la **media prescripción** a favor de los acusados; y, en su lugar, se hace lugar a considerarla al determinar la pena para cada uno de ellos.

III.- Que, **SE REVOCA**, asimismo, el impugnado fallo, en la parte que absuelve al encartado **Sergio Iván Mendoza Rojas** de la acusación judicial que lo sindicó como **encubridor** del delito de homicidio calificado, perpetrado en la persona de Oscar Armando Farías Urzúa, el 20 de septiembre de 1973; y, en su lugar, **SE LE CONDENA en la calidad señalada, a la pena de TRES AÑOS** de presidio menor en su grado medio, mas la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas de la causa.

IV.- Que, **SE REVOCA**, también, en la parte que hace lugar a la demanda civil de las querellantes señora Emilia Marcone Foi y señorita Karina Farías Marcone en contra del Fisco de Chile, más reajustes e intereses; y, en su lugar, se declara la **INCOMPETENCIA ABSOLUTA** del tribunal para pronunciarse sobre la acción civil impetrada por las querellantes.

V.- Que, **SE CONFIRMA**, en lo demás, el apelado fallo de primer grado, con declaración que el acusado **Pedro Pablo Arancibia Solar** queda condenado a la pena de **OCHO AÑOS** de

presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Oscar Farías Urzúa, perpetrado en septiembre de 1973, en esta jurisdicción.

VI.- Que, atendida la extensión de la pena impuesta al sentenciado **Sergio Iván Mendoza Rojas** y por reunir los requisitos contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 18.216, se le concede el beneficio de **remisión condicional de la pena**, debiendo cumplir las exigencias que contiene el artículo 5° del mismo cuerpo legal. Si tuviere que cumplir efectivamente la sanción corporal, le servirá de abono el tiempo que estuvo privado de libertad, desde el 8 al 10 de abril de 2008, según consta del parte policial de fojas 1039 y certificación de fojas 1055.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Gómez, quien fue de opinión de confirmar el fallo en alzada en cuanto hace lugar a la **demanda civil**, deducida por las querellantes, en el primer otrosí de su presentación de fojas 1.137, en virtud de los siguientes argumentos:

1°.- Que, el Ministro en Visita Extraordinaria (como Magistrado de primera instancia) es competente, en virtud de la norma del actual artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, para conocer y resolver su procedencia y fertilidad, así lo dispone la norma precitada de lo que se infiere que es responsabilidad del Estado de Chile, reparar los perjuicios ocasionados a ciudadanos, derivada de los hechos cometidos por sus agentes, de manera objetiva, en las circunstancias fácticas y jurídicas sentadas en el fallo, por lo que aquélla es consecuencia directa de éstos.

2° Que, esta tesis no es aislada, si se tiene presente que la Excma. Corte Suprema en fallo dictado en la causa Rol N° 4.004-03 Caro con Fisco de diecinueve de octubre de dos mil cinco, decidió en su Considerando 6° si bien el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, no indica cuál es la naturaleza de la responsabilidad del Estado, de suerte que para determinarla, debe necesariamente remitirse a la ley y; en este sentido, el artículo 4° de la Ley N° 18.575 previene en general, que el Estado es responsable por los daños que causare los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiere ocasionado . Y luego agrega en el Considerando 10° del citado fallo: que en el caso de autos, la forma como ocurrieron los hechos ya reseñados es indubitable que el Estado debe responder por el daño irrogado. Porque se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad. En el mismo tenor añade dicha sentencia en su fundamento 8°: Que no es valedero sostener que en la especie el Fisco estaría libre de responsabilidad porque el funcionario autor de un delito dañino no puede ser calificado como un órgano estatal que haya actuado en el campo de su competencia legal.

3° Que, también, resulta ecuánime optar por una justa reparación de las víctimas, conforme a las normas del Derecho Internacional, al colisionar con preceptos que regulan los efectos

jurídicos del devenir y la inactividad del interesado o afectado, sea ésta por motivos de ocultamiento de los hechos punibles o de sus autores o dilación para establecer aquellas y sus circunstancias y grado de participación de éstos.

Se previene que el Ministro señor García no comparte lo manifestado por la mayoría en los motivos segundo, tercero y cuarto del fallo recurrido, en orden a que el hecho establecido por el Juez a quo, en el considerando segundo de su sentencia, constituye el delito de homicidio calificado, previsto en el número 1° del artículo 391 del Código Penal, atendido a que, a su juicio, tal como lo concluyó el sentenciador de primer grado, dicha circunstancia acreditada configura el delito de secuestro con grave daño, la muerte, en la persona de don Oscar Armando Farías Urzúa, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, incisos primero y tercero, vigente a la época de los hechos. Y esto porque, a su juicio, desde el día de su detención, esto es, el 12 de septiembre del año 1973, hasta el de su muerte, simulando un intento de fuga, transcurrieron varios días, ocho, en que dicha persona fue privada de su libertad, sin haber sido llevado donde autoridad judicial alguna que hubiese dispuesto su detención, habiendo sido, durante ese lapso, maltratado y apremiado brutalmente por sus captores, lo que constituye el delito de secuestro señalado precedentemente.

Que en consecuencia, siendo la pena establecida en el artículo 141 Código Penal, para el delito de secuestro con grave daño, como ocurrió en la especie, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, al haber ocurrido la muerte de la víctima, y favoreciendo a los condenados la atenuante de su irreprochable conducta anterior, contenida en el número 6 del artículo 11 y la del artículo 103, llamada media prescripción, ambas del código citado, no perjudicándoles agravante alguna, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 68 del cuerpo legal citado, no se aplicará la pena en su máximo, correspondiendo rebajarla en un grado en virtud de las minorantes señaladas, quedando en definitiva para el acusado Arancibia en cinco años de presidio menor en su grado máximo y para el encartado Mendoza en quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias legales, otorgándosele al primero el beneficio de la libertad vigilada y al segundo el de la remisión condicional de la pena.

Regístrese y devuélvanse con los agregados, en su oportunidad.

Redacción del Ministro don Mario Gómez Montoya y la prevención de su autor.

N° 96-2010.-