

CORTE DE APELACIONES
SANTIAGO

Santiago, catorce de julio de dos mil seis.-

Dando cumplimiento a lo ordenado por la Iltrma. Corte de apelaciones en la resolución de fojas 864 y siguientes, este sentenciador procede a analizar las excepciones opuestas por la defensa de FERNANDO GUILLERMO POLANCO GALLARDO a fojas 562 y siguientes, ARIOSTO LAPOSTOL ORREGO, de fojas 634 y siguientes; y de HECTOR OMAR VALLEJOS VIRTIOLA y LUIS HUMBERTO FERNÁNDEZ MONJES de fojas 675 y siguientes.

Vistos y considerando:

En cuanto a la excepción de Amnistía

PRIMERO: Que en su escrito de contestación de fs. 562 y siguientes el abogado Miguel Ángel Cerda Vetter, invoca la excepción de Amnistía, a favor de su representado Fernando Guillermo Polanco Gallardo, fundamentando su solicitud en que en el caso sub-lite, los hechos están amparados por Ley de amnistía contenida en el Decreto ley N° 2.191 de fecha 18 de abril de 1978, ley actualmente vigente y que en su artículo 1° concede amnistía "*a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas*", que se acoge a dicho beneficio en virtud de que su aplicación es procedente e irrenunciable en base al imperativo de la norma cuyo objeto es lograr la tranquilidad y la paz social y en cuyo tenor fue dictada. Este beneficio, agrega, deja a los partícipes de los presuntos delitos es la misma situación que si no hubieran delinquido jamás. Se trata de un perdón que concede la ley no para beneficiar a determinadas personas sino que alcanza las consecuencias jurídico penales de los hechos delictuosos mismos. Al haber ocurrido los hechos en el espacio de tiempo mencionado, fecha en que se encuentra comprendido el ilícito investigado, se pide acoger esta excepción y dictar el correspondiente sobreseimiento definitivo. Se agrega la improcedencia de aplicar la normativa internacional contenida en la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, debido a que en la legislación nacional no se ha establecido pena para castigar alguna conducta típica vinculada a la figura penal de genocidio, la que debió igualmente describirse previamente en la ley, fundamentando su razonamiento en lo dispuesto en el artículo 19 numeral 3 incisos 7° y 8° de la Constitución Política de la República; en los Convenios de Ginebra, atendido que dicha legislación se aplica específicamente a los casos de guerra de carácter internacional declarada y a los conflictos de guerra interna efectivos, situación que no ocurrió en Chile con posterioridad al 11 de septiembre de 1973; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, argumentando que debido a que éste se incorporó a la legislación nacional sólo una vez que fue promulgada y publicada con fecha 29 de abril de 1989; alega, además, la improcedencia de aplicar las disposiciones contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica, debido a que éste se incorporó a la legislación nacional el año 1990; como asimismo las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado, debido a que éste fue ratificado por Chile con la reserva contenida en su artículo tercero, esto es, que en caso de conflicto entre la legislación chilena y alguna extranjera, prevalecerá la nacional, sea ésta, actual o futura.

SEGUNDO: Que en lo principal de su escrito de contestación a fojas 634 y siguientes, el abogado Marcelo Cibié Paolinelli, por el encausado Ariosto Lapostol, invoca la excepción de Amnistía, argumentando que el hecho que se le imputa a su representado ocurrió dentro del lapso que abarcó la ley de amnistía.

TERCERO: Que en lo principal de su escrito de contestación de fs. 675 y siguientes, el abogado de los encartados Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monje, dedujo la excepción de Amnistía, sosteniendo como argumentación que el Decreto ley N° 2.191 de fecha 18 de abril de 1978, ley actualmente vigente y que en su artículo 1° concede amnistía "*a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas*" y procede aplicarla a favor de sus representados debido a que el hecho punible por el cual se encuentran acusados acaecieron el 8 de diciembre de 1973, fecha subsumida en el lapso de aplicación del citado Decreto Ley, dictando sobreseimiento total y definitivo.

CUARTO: Que a fojas 690 el abogado querellante don Héctor Salazar Ardiles evacua traslado de las excepciones opuestas únicamente por la defensa del encartado Fernando Guillermo Polanco Rojas, solicitando que esta sea rechazada fundamentando su solicitud en que resulta plenamente aplicable al caso los Convenios de Ginebra de 1949, debido a que éstos se encontraban vigentes y ratificados por el Congreso Nacional desde abril de 1951, incorporándose, por lo tanto, a nuestra legislación nacional y haciéndose exigibles las normas en ellos contenidas, dada la situación política interna que vivía el país. Argumenta su tesis en que de conformidad a lo dispuesto por el Decreto Ley N° 5 de 12 de septiembre de 1973, que interpretó el artículo 418 del Código de Justicia Militar, señalando que se debe entender "como estado o tiempo de guerra" el estado de sitio decretado por conmoción interna, para todos los efectos de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes especiales, y en general para todo los demás efectos de dicha legislación. Prosigue con su argumentación señalando que el estado o tiempo de guerra sostenido por el Decreto Ley N°5, comprendía toda la legislación de tiempo de guerra, entre la que se encontraba, entre otras, los Convenios de Ginebra de 1949, vigentes en Chile a la época de dictarse el referido Decreto Ley. Finalmente expone que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra es de plena aplicabilidad al caso sub lite y en cuyo tenor se consagró un principio esencial para el derecho internacional humanitario, esto es, la imperdonabilidad de los crímenes de guerra.

QUINTO: Que tal como lo ha sostenido nuestro Tribunal superior luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno de Salvador Allende y asumieron el poder, la Junta de Gobierno dictó el Decreto Ley N° 5 el 12 de septiembre de ese año, el que en su artículo primero declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna, debía entenderse como "*estado o tiempo de guerra*" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para "*todos los efectos de dicha legislación*". Este estado se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 1974, en que se dictó el Decreto Ley N° 641, que declaró a nuestra nación en Estado de Sitio, en Grado de Defensa Interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "*caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad*", "*de acuerdo a lo dispuesto*

en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título I 11 del Libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra.", situación que se mantuvo por seis meses luego de la dictación del referido Decreto Ley 641, es decir, hasta el 11 de marzo de 1975 y fue dentro de este período en que se perpetró en la localidad de Vicuña el homicidio de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda, fecha en que indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el 12 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1975, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculcados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto que el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que si bien la Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, lo que impide sean desconocidos, por lo que este sentenciador **resolverá rechazar la excepción** de amnistía, contemplada en el artículo 433 n° 6 del Código de Procedimiento penal, deducida por la defensa de los encausados.

En cuanto a la excepción de falta de personería:

SEXTO: Que en lo principal de su escrito de contestación de fs. 675 y siguientes, el abogado de los encartados Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monje, dedujo la excepción de Falta de personería del Programa de Continuación Ley 19.123, del ministerio del interior, atendido que a su juicio carece de facultades para actuar

en la causa, debido a que por la citada ley, la Comisión de Reparación y Reconciliación, entidad antecesora de éste, se extinguió por el sólo ministerio de la ley el 31 de diciembre de 1996, sin perjuicio que el Decreto Supremo n°1005, le haya atribuido el carácter de continuador para el solo efecto de los bienes, por lo que éste Programa no tiene base legal alguna para intervenir como organismo en este proceso judicial. El fundamento legal que esgrime el abogado de los encartados se funda en el artículo 7° de la Constitución Política de la República y que un Decreto Supremo no puede ir en contra de una ley expresa ni menos en oposición de la Carta fundamental.

SÉPTIMO: Que a fojas 689 se confiere el traslado de dicha excepción, sin que conste en autos que se haya evacuado dicho trámite.

OCTAVO: Que este tribunal, haciéndose cargo de la excepción opuesta, **ha resuelto rechazarla** en atención a que el decreto supremo N° 1.005, publicado en el Diario Oficial de 9 de junio de 1997, confirió a la Subsecretaría del Ministerio del Interior la atribución de hacer efectivo el derecho que el artículo 6° de la Ley 19.123 reconoció a los familiares de víctimas de violación de los derechos humanos que fueron motivo de investigación especial por parte de esa ley, por lo no existe ninguna razón legítima para sostener, como lo ha señalado el abogado de los querellantes, que el “Programa Continuación ley 19.123” carece de facultades para actuar en esta causa, como tercero coadyuvante que, en su carácter de continuador de la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación, por contrariar el artículo 7° de la Constitución Política de la República. Por otro lado, el Decreto Supremo en comento, señala, entre otros aspectos, que será función central del Programa continuación Ley N° 19.123 prestar la asistencia jurídica y social para hacer efectivos los derechos establecidos en la ley citada.

En cuanto a la excepción de prescripción de la acción penal:

NOVENO: Que en su escrito de contestación de fs. 562 y siguientes el abogado Miguel Ángel Cerda Vetter, opone la excepción de Prescripción de la acción penal, en favor de su representado Fernando Guillermo Polanco Gallardo, fundamentando su solicitud en que el presunto delito de Homicidio que es materia de investigación de esta causa fue cometido el 8 de diciembre de 1973 y que el plazo de 15 años que dispone el artículo 94 del Código Penal para que opere esta exención de responsabilidad, ha transcurrido con creces, sin que en su representado concurrieren los presupuestos del artículo 96 del mismo cuerpo legal, para que opere la interrupción o suspensión de la prescripción de la acción penal, solicitando, en consecuencia que se dicte el correspondiente Sobreseimiento definitivo de la causa respecto de su representado.

DÉCIMO: Que en lo principal de su escrito de contestación a fojas 634 y siguientes, el abogado Marcelo Cibié Paolinelli, por el encausado Ariosto Lapostol Orrego, invoca la excepción de Prescripción, esgrimiendo como fundamentos que el hecho materia de autos ocurrió el 8 de diciembre de 1973, y la primera querrela con que se inició la investigación se presentó el 8 de agosto de 1990, y se paralizó el 2 de agosto de 1993; reiniciándose la investigación con la querrela de 12 de enero de 1998, argumentando que han pasado más de 25 años desde que se perpetraron los supuesto hechos delictuosos.

UNDECIMO: Que en lo principal de su escrito de contestación de fs. 675 y siguientes, el abogado de los encartados Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monje, dedujo la excepción de prescripción de la Acción Penal, fundamentando su solicitud en que la prescripción es una institución jurídica de carácter público, de común aplicación en nuestro país y que opera por el simple transcurso del tiempo. Que los hechos investigados en autos ocurrieron el 8 de diciembre de 1973 y que sus defendidos fueron

sometidos a proceso el 26 de mayo de 2004, esto es, más de 31 años después del hecho punible, causal de suspensión de la prescripción, ya que a consecuencia de dicha resolución éstos se hacen parte en el proceso, entendiéndose con ello que se dirige causa en su contra, exigencia del artículo 96 del código penal. Prosigue con su argumentación señalando que la primera denuncia por inhumación ilegal formulada por la Comisión de Derechos Humanos de la Serena data del 31 de julio de 1990 y la querrela del mismo por los delitos de homicidio, inhumación y exhumación de los cuerpos del matrimonio Lejderman Ávalos es de fecha 8 de agosto de 1990, estos es, 17 años después de acaecidos los hechos.

DUODECIMO: Que a fojas 690 el abogado querellante don Héctor Salazar Ardiles evacua traslado de las excepciones opuestas únicamente por la defensa del encartado Fernando Guillermo Polanco Rojas, sin ahondar en fundamentos respecto a la excepción en comentario.

DECIMOTERCER: Que para una acertada decisión es menester considerar los siguientes elementos de convicción que obran en el proceso, los cuales sirvieron de fundamento para dictar la acusación fiscal rolante en autos a fojas 529, en contra de Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, Fernando Guillermo Santiago Polanco Rojas, Héctor Omar Vallejos Birtiola y de Luis Humberto Fernández Monjes, por su participación en calidad de autores del delito de Homicidio Calificado:

En cuanto a la existencia del hecho punible.

1).- Querrela criminal de fojas 25, deducida por Ernesto Yoliztli Lejderman Ávalos, en contra de Augusto Pinochet Ugarte, Ariosto Lapostol Orrego Fernando Polanco Gallardo, entre otros; y además en contra de quienes resulten responsables en calidad de autores, cómplices o encubridores del delito de Homicidio Calificado, Asociación ilícita genocida e inhumación ilegal en perjuicio de sus padres Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda, quienes habrían sido ejecutados el 8 de diciembre de 1973 por una patrulla militar mientras se encontraban ocultos en unas cuevas ubicadas en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región.

2).- Certificados de defunción de fojas 2, en el que la oficial Civil Cecilia Díaz Morales hace constar que la muerte de Bernardo Mario Lejderman Konujowska fue inscrita bajo el número 11 de 1991 en la circunscripción de la Ciudad de Vicuña, y que ésta se produjo con fecha 8 de diciembre de 1973; y de fojas 141 en el que la oficial Civil Olga Ángel Grebe hace constar que la muerte de María del Rosario Ávalos Castañeda fue inscrita bajo el número 60 del año 1974 en la circunscripción de la Ciudad de la Serena, y que ésta se produjo con fecha 7 de diciembre de 1973, en la zona cordillerana de Gualliguaica a causa de estadillo de dinamita.

3).- Informe de la Fundación Archivos de la Vicaría de la Solidaridad a fojas 37 en el que se da cuenta de que las víctimas de autos fueron ejecutadas por personal del Ejército de Chile en circunstancias que se encontraban refugiados en una cueva al interior de la comuna de Vicuña, en una zona cordillerana.

4).- Informe de la Secretaría Ejecutiva del Programa Continuación Ley 19.123 de fojas 51, el que señala que el 8 de diciembre de 1973, Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda, fueron muertos por una patrulla militar de la dotación del Regimiento Arica de la Serena.

5).- Oficio N° 2502 del Ministerio de Relaciones exteriores en que se acompañan fotocopias de documentos que dan cuenta que posterior al 11 de septiembre de 1973 hubo comunicación vía telegráfica entre el embajador de Chile en Argentina y el Ministerio de

relaciones exteriores en relación con la situación de dos ciudadanos Argentinos, entre los cuales estaba Bernardo Mario Lejderman Konujowska y cuya versión oficial fue que éste suicidó junto a su cónyuge el día 07 de diciembre de 1973.

6).- Orden de Investigar de fojas 80, de la Policía de Investigaciones que da cuenta de las pesquisas realizadas sin aportar nuevos antecedentes respecto de los hechos.

7).- Informe policial fotográfico y planimétrico de fojas 145 en el que se acompaña un set de fotografías y plano del sector de Gulliguaica, al interior de la Comuna de Vicuña, lugar en donde ocurrieron los hechos.

8).- Oficio N°202 del cementerio general de Santiago, de fojas 181, el que señala que los restos mortales de María del Rosario Ávalos Castañeda fueron sepultados en ese camposanto y luego de vencimiento de plazo fueron incinerados. Cuyos antecedentes de sepultación datan del 11 de abril de 1974 y la fecha de defunción corresponde al 7 de diciembre de 1973 inscrita bajo el n° 60 de la circunscripción del Registro Civil de La Serena.

9).- Informe Pericial fotográfico agregado a fojas 280, que acompaña un set fotográfico de la exhumación practicada e los restos de Bernardo Lejderman en el cementerio de Vicuña.

10).- Informe pericial de las osamentas de una de las víctimas de autos, evacuado por el Servicio Médico Legal y agregado a fojas 345 y siguientes, en cuyas conclusiones se señala que estas pertenecen a un individuo de sexo masculino de edad cronológica de 35 a 40 años, cuya muerte se debió a Traumatismos torácicos producidos por elementos contusos aplicados a la zona torácica, produciendo múltiples fracturas costales, fracturas de la escápulas y de la quinta vértebra lumbar. Que una de las lesiones en la vértebra 11° podría corresponder a una trayectoria de proyectil. Asimismo se concluye que se descarta que la causa de muerte se haya producido por un estadillo de un artefacto explosivo debido a que las osamentas examinadas no presentan alteraciones óseas de haber recibido un impacto de un artefacto explosivo como dinamita o granada.

11).- declaraciones policiales de:

a) Fidelina del Tránsito Pasten Gallardo fs.92 y de Elsa del Tránsito Pastén Pastén a fojas 95; quienes están contestes en señalar que el 8 de diciembre de 1973, mientras se dirigían a buscar agua a una vertiente vieron una patrulla de militares en las cercanías de del sector Los Perales y a eso de las 9:30 horas escucharon varios disparos que provenían del sector en donde habían visto a los militares y que un familiar de ellas, quien habría sido testigo de los hechos les narró que la patrulla de militares ubicó primero a la mujer quien al percatarse de su presencia huyó siendo abatida por estos efectivos, siendo sepultada por su familiar a solicitud de los militares. Que luego de esos disparos, 15 minutos más tarde, escucharon otros, que por la versión de otro familiar, corresponderían al del hombre, quien fue encontrado muerto producto de múltiples heridas de balas tiempo después y sepultado por éste.

b) Uberlinda del Carmen Rodríguez a fojas 98; quien señala que su cónyuge le comentó que los militares habían matado al matrimonio que dormía en el horno de barro y que al niño se lo habían llevado con ellos y que él fue obligado a sepultar a la mujer, mientras que el cuerpo del hombre lo habían dejado en el mismo lugar en donde lo mataron.

c) Guido Mario Félix Díaz Pací, quien depone a fojas 100, señalando que en el año 1974 presenció la exhumación de los cuerpos de dos personas en el sector Gualliguaica, los que corresponderían a las víctimas de autos.

d) Carlos Jaime Ramos Juica a fojas 102, quien atesta que por un lugareño del sector de Gualliguaica, supo de un matrimonio con un niño se encontraban viviendo cerca de su predio, que necesitaban víveres y ropa para llevarles. Que posteriormente fue detenido e interrogado respecto del lugar en donde se encontraban ocultas estas personas y que luego se enteró por el lugareño que este matrimonio había sido fusilado por una patrulla de militares del regimiento Arica de la Serena.

e) Orlando Augusto Rivera Olivares a fojas 144, quien señala que por un amigo oriundo de la localidad de Gualliguaica se enteró que un hombre y una mujer fueron ejecutados por personal Militar en un sector cercano a unos hornos en los que éstos se encontraban ocultos.

f) Carlos Ulises Oros Rojas de fojas 408, quien en su calidad de presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Serena, relata los hechos que un testigo de la ejecución del matrimonio Lejderman Ávalos, presencié en el mes de diciembre de 1973.

g) Floridena Carmen López Collado a fojas 410, quien presencié la exhumación del cuerpo de Bernardo Lejderman y que manifiesta que las osamentas no mostraban signos de haber sido dinamitadas.

12) declaraciones judiciales de

a) Elsa del Tránsito Pastén Pastén a fojas 201, quien sostiene que en el mes de diciembre de 1973, un matrimonio junto a su hijo llegó a la casa de su tío en la localidad de Gualliguaica, al interior de la comuna de Vicuña, quien los albergó. Posteriormente, junto a su madre divisó a una patrulla de militares quienes detuvieron a su tío y que escuchó varios disparos, señalando además, que se percató que cerca de un horno de carbón, se encontraba el cuerpo sin vida de la mujer, con signos de múltiples heridas de balas.

b) Orlando Augusto Rivera Olivares a fojas 214 quien ratifica sus dichos prestados ante la policía de Investigaciones agregando que su amigo, de quien supo de los hechos, le comentó que al darle sepultura a los cuerpos se percató que éstos tenían innumerables heridas de balas, por lo que concluía que habían sido asesinados, y que éstos cuando se encontraron con la patrulla militar en los cerros de Gualliguaica.

c) Fidelina del Tránsito Pastén Gallardo a fojas 219; Uberlinda del Carmen Rodríguez a fojas 222, Jorge Olegario Polanco Galarce a fojas 232 y Carlos Jaime Ramos Juica a fojas 233, quienes se limitan a ratificar sus declaraciones policiales, no aportando nuevos antecedentes a la investigación.

d) Guido Mario Félix Díaz Pacci a fojas 234 vuelta; quien ratifica su declaración policial, agregando que sólo se limitó a prestar apoyo logístico a la comitiva consular o diplomática que concurrió al lugar en que se efectuó la exhumación de los cuerpos de las víctimas.

e) Augusto Hernán Rodríguez Catalán quien señala a fojas 247, señala que el año 1974, en calidad de chofer de las pompas fúnebres “San Pancracio”, fue testigo de la exhumación del cuerpo de una mujer de nacionalidad mexicana, cuerpo que estaba completo y en buen estado de conservación.

f) Ernesto Yoliztli Lejderman Ávalos a fojas 251, quien ratifica la querrela de autos, agregando que es el hijo legítimo de Bernardo Lejderman y de María del Rosario Ávalos, quien señala que respecto de lo que le sucedió a sus padres, lo sabe por diferentes testigos de la época.

g) Juan Emilio Cheyre Espinoza a fojas 298, quien declara que de los hechos, recuerda que el año 1973, era el ayudante del comandante del regimiento “Arica” de La Serena y que en una oportunidad llegó el Capitán Polanco con un menor de edad debido a que sus padres habían fallecido a causa de una explosión. Que el comandante del regimiento le encomendó buscar asilo en un convento de monjas para el menor, no recordando quienes eran los otros componentes de la patrulla que participó en los hechos.

h) Pedro Andrés Rodríguez Bustos quien en su atestado de fojas 320, señala que para el 11 de septiembre de 1973, ostentaba el grado de subteniente de Ejército y cumplía sus funciones en el Regimiento de Artillería Motorizada n°2 “Arica” de la ciudad de La Serena y que según los dichos del Suboficial Vallejos al regimiento se presentó un informante personal, quien le manifestó que al interior de Vicuña, en un cerro que posee una especie de caverna se encontraba oculta una pareja de extremistas, los que poseían armamentos y gran cantidad de explosivos, ante lo cual se movilizó a personal de la sección segunda del regimiento a practicar un reconocimiento cercano con el propio informante. Que al regresar al regimiento informaron al mando y que este planificó para el día siguiente una operación conjunta entre la Unidad especial y la sección segunda del Regimiento. Que el 8 de diciembre de 1973 el matrimonio Lejderman Ávalos fue emboscado y que sacados de su escondite, una vez que protegieron al niño, fueron ejecutados e inhumados en el mismo sector, ayudados por el informante. Posteriormente se habría dado la versión oficial de que esta pareja de extranjeros se habían suicidados al verse acorralados por la patrulla militar, finalmente deja en claro que todo estos antecedentes los sabe por los dichos del suboficial Vallejos.

i) René Patricio Orchard Díaz de fojas 377, quien señala que como funcionario del Ejército, participó en la patrulla que acompañó al personal diplomático de México a efectuar la exhumación del cuerpo de una ciudadana mexicana y que pudo ver el cuerpo que estaba completo, no tenía signos de haber fallecido producto de una explosión.

j) Milton Leonardo Torres Rojas de fojas 379, quien depone que participó en el operativo en el que resultó muerto el matrimonio Lejderman Ávalos y mantiene la versión oficial de que éstos fueron muertos producto de una explosión, agregando que ignora como se originaron éstas.

k) Luis Segundo Esteban Araos Flores a fojas 385, quien señala que los únicos antecedentes que maneja respecto de los hechos, es que el matrimonio Lejderman Ávalos se habría auto eliminado mediante la utilización de explosivos.

l) Floridena Carmen López Collado a fojas 480 y de Carlos Ulises Oros Rojas a fojas 485, quienes ratifican sus dichos declarados ante la Policía de Investigaciones sin aportar mayores antecedentes a la investigación de los hechos.

DECIMOCUARTO: Que a los antecedentes antes señalados hay que agregar aquellos que se allegaron a los autos Rol 461-91 del Segundo Juzgado Militar de Santiago y que fueron acumulados a estos autos:

1).- Presentación de fojas 1 y querrela criminal de fojas 37, mediante la cual Carlos Ulises Oros Correa, en su calidad de presidente de la Comisión de Derechos humanos, filial La Serena, quien denuncia el hecho de que en diciembre de 1973, un piquete militar se trasladó hasta la localidad de Gualliguaica y procedió a ejecutar al matrimonio Lejderman Ávalos, obligando a un lugareño inhumar el cadáver de la mujer, y posteriormente el

lugareño dio sepultura al cadáver de Lejderman, constatando que ambos cuerpos se encontraban con múltiples heridas de balas.

2).-Acta de inspección personal del Tribunal al sitio del suceso de fojas 4, en la que estuvo presente el testigo Luis Horacio Ramírez Ramírez, quien depone que en diciembre de 1973, fue testigo ocular de la ejecución del matrimonio compuesto por el ciudadano argentino Bernardo Lejderman y la ciudadana mexicana María del Rosario Ávalos, la que se llevó a cabo por una patrulla militar. Que fue obligado a sepultar el cuerpo de la mujer en el mismo lugar y que posteriormente junto a otro lugareño sepultaron el cuerpo del hombre.

3).- Set de fotografías de fojas 07 a 23 las que grafican el lugar de los hechos y la diligencia de exhumación del cuerpo de Bernardo Lejderman.

4).- Oficio n° 404 de la quinta Comisaría de Vicuña de fojas 25, mediante el cual se remite a morgue del hospital Local de Vicuña, las osamentas humanas de un NN masculino, exhumadas en una quebrada ubicada a 12 kilómetros al norte de la localidad de Gualliguaica.

5).- Informes médicos periciales evacuados por el Servicio Médico Legal de fojas 44; de fojas 146; de fojas 281 a 306 y 315; que dan cuenta de las diferentes diligencias que se efectuaron para determinar la identificación de las osamentas halladas en el sector de Gualliguaica, así como también la causa probable de muerte, no llegándose a conclusión alguna que sea de interés para el esclarecimiento de los hechos.

6).- Órdenes de investigar de fojas 48, que no aporta mayores antecedentes, a los ya conocidos respecto de los hechos.

7).- Certificado e inscripción de defunción de María del Rosario Avalos Castañeda de fojas 61 y 62 respectivamente; en las que consta la muerte de ésta el día 07 de diciembre de 1973, la que fue inscrita el 10 de abril de 1974, por orden de la Fiscalía Militar de la jefatura de Plaza de La Serena; y Certificado de defunción de Bernardo Mario Lejderman Konujowska de fojas 311, inscrita bajo el número 11 del año 1991, cuya causa de muerte habría sido múltiples heridas, ocurridas el 8 de diciembre de 1973.

8).- Oficio n° 4672, del Servicio de salud Coquimbo de fojas 65, que informa acerca de la exhumación y traslado de los restos de María del Rosario Ávalos Castañeda, hacia el Cementerio General de Santiago el 10 de abril de 1974.

9).- Oficio del Cementerio General de Santiago de fojas 71 y 217; en el que da cuenta que los restos mortales de María del Rosario Ávalos Castañeda se encuentran sepultados en ese camposanto.

10).- Informe del Ministerio de Relaciones Exteriores a fojas 189; en el que se da cuenta que posterior al 11 de septiembre de 1973 hubo comunicación vía telegráfica entre los el Ministerio de relaciones exteriores y las sedes diplomáticas de Argentina y México en relación con la situación de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y su cónyuge doña María del Rosario Ávalos Castañeda de nacionalidad argentina y mexicana respectivamente.

11).- Declaración de Héctor Mendoza Caamaño Ministro de Servicio exterior mexicano de fojas 227 a 232, que manifiesta que el 31 de diciembre de 1973, por orden del Director del Servicio diplomático de la Secretaría de Relaciones exteriores de México, se trasladó hasta la ciudad de la Serena a prestar auxilio a una nacional de México, quien se encontraría herida de gravedad y que en ese lugar se entrevistó con el cónsul de Argentina, quien le proporcionó información acerca de la muerte de doña María del Rosario Ávalos Castañeda y un ciudadano argentino.

12).- **declaraciones judiciales de**

a) Luis Horacio Ramírez Ramírez de fojas 4 vta., 209 y 261, quien testimonia que en diciembre de 1973, él tenía unas siembras en el sector de Gualliguaica, época en que llegó un sujeto a su casa a pedir un par de zapatos para su hijo. Le comentó que era dirigente sindical y que estaba siendo perseguido y que sus intenciones eran de irse a Argentina a buscar trabajo. Que al día siguiente llegó con su señora y su hijo y se enteró que todos se encontraban ocultos en unos hornos carboneros que existían en el sector. Que él encargó los zapatos para el hijo de este matrimonio a consecuencia de lo cual fue detenido e interrogado respecto de ese matrimonio y llevado por una patrulla militar compuesta por 10 hombres aproximadamente, le ordenaron señalar en donde se encontraban los ciudadanos extranjeros y luego de un rato sintió disparos que retumbaban en la quebrada. Posteriormente fue obligado a sepultar el cuerpo sin vida de la mujer y que una vez recuperada la libertad, junto a un lugareño, sepultó el cuerpo del hombre que se encontraba en un sector cercano.

b) Álvaro Homero Miranda Milla de fojas 28 quien señala que a fines de 1972 y principios de 1973 vio al matrimonio compuesto por un hombre argentino y una mujer mexicana por el centro de Vicuña.

c) Fidelina del Tránsito Cortes Galleguillos a fojas 33 vta., quien señala que el 7 de diciembre de 1973, unos militares llevaron a un menor de edad a la casa de la Providencia, de La Serena, lugar en donde trabajaba como portera y que según la versión que ella supo, los padres de este menor eran hombre argentino y una mujer mexicana que habían muerto en un enfrentamiento con militares al interior de Vicuña.

DECIMOQUINTO: Que con el mérito de los antecedentes reseñados, se tiene por justificado que el día 8 de diciembre de 1973, mientras que un ciudadano argentino, su cónyuge de nacionalidad mexicana y el hijo de ambos, de dos años de edad, se encontraban ocultos en unos hornos carboníferos ubicados en la Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región, fueron ejecutados los dos primeros por una patrulla militar integrada por seis efectivos del Regimiento “Arica” de la ciudad de La Serena, al mando de un Capitán, quien había recibido una orden del Comandante del Regimiento de realizar pesquisas tendientes a la ubicación de un matrimonio de extranjeros que se encontraban ocultos al interior de la Comuna de Vicuña, salvando con vida el menor hijo del matrimonio.

DECIMOSEXTO: Que los hechos descritos en el acápite anterior, son constitutivos del delito de **Homicidio Calificado**, descrito y sancionado en el artículo 391 del Código Penal, perpetrados en las personas de **Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda**, el día 08 de diciembre de 1973, en el sector Quebrada de Gualliguaica, Valle del Elqui, IV Región.

En cuanto a la participación de los encartados.

DECIMOSÉPTIMO: Que de los antecedentes pormenorizados; más las propias declaraciones prestadas por:

a) **Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego** a fojas 236, quien señala que, en su calidad de comandante del Regimiento Arica de la Ciudad de la Serena, efectivamente fue informado de la suerte ocurrida a un hombre y una mujer quienes habrían sido sorprendidos por una patrulla militar y se habrían quitado la vida utilizando explosivos, resultando ileso un menor de edad y que por su disposición éste fue entregado a un hogar de religiosas de la ciudad de La Serena; diligencia de careo de fojas 278, en la que el mismo se retracta de sus

dichos, expresando que efectivamente dio la orden al oficial jefe de la sección segunda de inteligencia, para que éstos procedieran a verificar la información acerca de unos ciudadanos extranjeros que se encontraban ocultos en el sector de Gualliguaica, y en lo posible detenerlos para ser interrogados. Agrega categóricamente que en ningún caso dio orden de dar muerte a ninguna persona;

b) Fernando Guillermo Polanco Gallardo a fojas 238, quien señala que por un taxista se enteró que al interior de Valle del Elqui estaba oculta una pareja de extranjeros, por lo que dio cuenta a su superior, agregando que una patrulla militar integrada por él, un suboficial de nombre Héctor Vallejos, el Cabo Luis Fernández y tres reservistas, se dirigió hacia el lugar indicado y luego de caminar dos horas aproximadamente al interior de la quebrada Gualliguaica, dos personas salieron corriendo portando armas cortas y una de ellas disparó en contra de la patrulla militar, por lo que repelieron el ataque cayendo al suelo uno de ellos y que al acercarse al cuerpo se había percatado que se trataba de una mujer, la que murió luego de un instante. Posteriormente, agregó que el sujeto que logró escaparse se autoeliminó usando explosivos, ordenando a sus subalternos sepultar los cuerpos en el mismo lugar a espera de lo que ordenaran sus superiores para luego volver al regimiento llevando consigo al menor, hijo de los extranjeros; diligencias de careo de fojas 278 en la que agrega que la orden recibida por su superior fue la de detener a los extranjeros para proceder a su interrogatorio;

c) de Héctor Omar Vallejos Birtiola a fojas 229 y 254, quien expone que efectivamente su jefe, el Capitán Fernando Polanco, le ordenó conformar una patrulla con el fin de ubicar a dos terroristas que trataban de escapar para el lado de Argentina. Que al día siguientes se dirigieron a la localidad de Gualliguaica, en donde contactaron a un lugareño quien les indicó el lugar en donde se encontraban los extranjeros y una vez llegados al lugar divisaron el humo de una fogata y a un sujeto que premunido de un arma de fuego comenzó a dispararles, mientras que el otro huía hacia los cerros, por lo que el personal militar habría repelido el fuego a consecuencia de lo cual fue abatido y al acercarse al cuerpo, se habían percatado que era una mujer, la que murió en ese instante a causa a de las heridas de balas; momento en que escucharon una detonación de explosivos que venía del lugar hacia donde había huido la otra persona; diligencias de careo de fojas 323 en el que agrega que él disparó respondiendo el fuego en contra de la persona, usando un fusil marca SIG; y de fojas 325 en donde señala que el cabo Luis Fernández habría concurrido al lugar en donde se habría escuchado la explosión;

f) de Luis Humberto Fernández Monjes de fojas 316, en la que declara que efectivamente integró la patrulla Militar que en diciembre de 1973, al mando del entonces Mayor Polanco, se dirigió hacia el sector de la Quebrada de Talcuma, distante a unos 35 minutos de la Ciudad de la Serena, debido a que el oficial Polanco tenía información de que en ese sector se habían vistos personas ajenas al lugar, al parecer extranjeros. Agrega que al llegar a ese lugar, caminaron junto a un lugareño aproximadamente una hora y media, escuchó los disparos que hacía el Suboficial Vallejos y vio caer el cuerpo de una persona que al acercarse se dio cuenta que era una mujer, asimismo señala que vio correr a otra persona hacia los cerros recibiendo la orden del mayor Polanco para seguirlo, luego de lo

cual escucho una detonación por lo que pudo ver el cuerpo diseminado de esta persona por entre los arbustos del lugar, regresando donde estaba el Oficial, quien les ordenó sepultar los cuerpos;

DÉCIMO OCTAVO: Que este sentenciador, analizando los dichos de los encartados, ha llegado a la convicción que el oficial Fernando Guillermo Polanco Gallardo, recibió información de un tercero que al interior de la comuna de Vicuña, sector Gualliguaica, se encontraban ocultos en unos hornos en desuso, una pareja de extranjeros junto a su hijo menor de edad. Que esta situación fue informada a su superior el Comandante del Regimiento Arica de La Serena Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, quien le habría ordenado investigar el hecho, detener a las personas para proceder a su interrogatorio, procediendo el primero a formar una patrulla compuesta, entre otros, por el suboficial Héctor Omar Vallejos Birtiola y el cabo de ejército Luis Humberto Fernández Monjes, para dar cumplimiento a lo dispuesto; sin embargo, la disposición no fue cumplida según lo ordenado, resultando muertos en el operativo militar Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda.

DECIMO NOVENO: Que los dichos de los encartados **Fernando Guillermo Polanco Gallardo; Héctor Omar Vallejos Birtiola** y de **Luis Humberto Fernández Monjes**, por reunir los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, a juicio de este Sentenciador, permiten tener por acreditada su participación, en calidad de autores del delito de Homicidio Calificado descrito en los considerandos Décimo quinto y Décimo sexto de esta sentencia.

Que respecto a **Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego**, en su calidad de Comandante del regimiento Arica de La Serena, no se ha logrado establecer su participación en el hecho en atención a que su orden fue la de detener e interrogar a las víctimas de autos, disposición que no fue cumplida por sus subalternos.

VIGÉSIMO: Que, conforme a lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, el plazo de prescripción de la acción penal empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; en el caso sub lite se ha establecido con certeza que el homicidio se perpetró el día 08 de diciembre de 1973, de lo cual se colige que, a la fecha de presentación de la primera denuncia que dio origen a este proceso, esto es el 31 de julio de 1990, fecha en que se ha interrumpido la prescripción, han transcurrido latamente el plazo máximo de 15 años que la ley establece para los delitos que llevan asignadas penas de crímenes y según consta en su extracto de filiación de los encausados, rolante a fojas 509, 512 y 515 de estos autos, y encontrándose legalmente acreditada la participación de tres de ellos en calidad de autores del ilícito materia de la presente investigación, no existen antecedentes que permitan suponer que los acusados hayan cometido nuevamente crimen o simple delito, hecho por el cual se hubiere interrumpido el plazo de prescripción o se hubieren ausentado del territorio nacional, para el caso del cómputo de los años exigidos.

VIGÉSIMO PRIMER: Que, conforme lo razonado y teniendo presente que la prescripción de la acción penal corre a favor y en contra de toda clase de personas, habrá de concluirse necesariamente que en este caso ha operado a favor de los acusados la causal de extinción de responsabilidad penal prevista en el número 6° del artículo 93 del Código Penal, norma que según lo ha declarado la Excma. Corte Suprema, no ha sido modificada ni derogada por ningún Tratado Internacional que Chile haya aprobado con anterioridad a la comisión del ilícito investigado en esta causa ni durante el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal intentada y, en consecuencia, resulta procedente **acoger la**

excepción de prescripción de la acción penal opuesta y absolver a los encausados Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, Fernando Guillermo Polanco Gallardo, Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monjes, de la acusación deducida en su contra, sin perjuicio de que respecto del encartado Lapostol Orrego, este sentenciador no se ha formado convicción de su participación real en los hechos, por lo razonado precedentemente.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, por lo expuesto en el motivo que antecede resulta innecesario e inconducente analizar las alegaciones de fondo opuestas por las defensas de los encartados.

En cuanto a la acción civil:

VIGÉSIMO TERCER: Que en el primer otrosí del libelo de fojas 536, el abogado Héctor Salazar Ardiles, en representación del querellante, deduce demanda civil de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, en su calidad de tercero civilmente responsable, fundamentando su solicitud en que ha quedado establecido en autos que el día 8 de diciembre de 1973, mientras que Bernardo Mario Lejderman Konujowska, María del Rosario Ávalos Castañeda y el hijo de ambos de dos años de edad, se hallaban ocultos en unos hornos carboníferos de la localidad de Gulliguaica, los dos primeros fueron ejecutados por una patrulla militar conformada por seis efectivos del Regimiento "Arica" de la Serena. Agrega que las víctimas fueron objeto de homicidio calificado en el marco de una aguda represión política llevada a cabo por agentes del estado, que en actos de servicios o con ocasión del mismo, desarrollaron acciones en términos gravosos para las víctimas y su representado, existiendo en consecuencia una clara relación de causalidad entre los actos dañosos provocados por funcionarios públicos y la responsabilidad extracontractual del Estado; añade que el fundamento jurídico para incoar la demanda se contiene en los artículos 38 inciso 2°, 5°, 6°, 7° Y 19 N°1, de la Constitución Política de la República, en concordancia con los artículos 2° y 4° de la Ley Orgánica Constitucional N°18.575 que establece las Bases Generales de Administración del Estado; concluye que a consecuencia directa de las muertes de sus padres el demandante sufrió un profundo daño moral debido al dolor, el sufrimiento y la angustia por haber perdido a sus seres queridos, quedando con un tremendo vacío para el resto de su vida, solicitando que este daño sufrido por el demandante sea avaluado en una cantidad a 1.500.000.000 de pesos (mil quinientos millones de pesos) , más los reajustes e intereses contados desde la presentación de la demanda hasta el pago efectivo de la suma demandada, con costas.

VIGÉSIMO CUARTO: Que a fojas 611, el apoderado del Consejo de Defensa del Estado, al contestar la demanda, alega en primer término la incompetencia absoluta del tribunal, fundado en que en virtud de la modificación introducida al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal por la ley N°18.857, las condiciones en que debe desenvolverse la acción civil deducida en un proceso penal han de ser las siguientes: a) Debe fundarse en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las propias conductas de los procesados; b) El juzgamiento no puede extenderse a extremos ajenos "a las conductas que constituyen el hecho punible"; c) El hecho punible es la visión procesal de la tipicidad penal; d) La tipicidad penal es la causada por los agentes delictuales. En síntesis, el juez del Crimen está inhabilitado para conocer de acciones indemnizatorias o reparatorias que proceden de hechos distintos de los que causaron la tipicidad.

En seguida, se argumenta que nuestra ley procesal exige que el demandante acredite los hechos y que la sola exposición de éstos no es suficiente para tenerlos por acreditados. Agrega que respecto de las violaciones de los derechos humanos de Bernardo Mario

Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda, el Estado sólo posee la información que consta en el Informe de la Comisión de Verdad y reconciliación, el que no constituye plena prueba de esos hechos, los que deberán ser legalmente acreditados por la actora, en la oportunidad procesal correspondiente y por los medios establecidos en la Ley.

En subsidio de lo anterior, se opone la excepción de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios para que se rechace la demanda, con costas; se añade que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado de Chile, por hechos ocurridos en 1973 y tal acción de indemnización tiene un plazo de prescripción especial contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, que es de 4 años contados desde la perpetración del acto que causa el daño y, en el caso de autos, el hecho ocurrió el 8 de diciembre de 1973 y la demanda fue notificada el 28 de septiembre de 2004, por lo cual se alega la prescripción de dicha acción.

Que en forma subsidiaria, argumenta la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado en los términos expuestos en la demanda, refiriéndose a un conjunto de normas constitucionales y legales, otorgándoles un sentido y alcance que nunca tuvo presente el legislador, ya que tanto la Constitución Política de 1980 como la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, son de vigencia posterior a la fecha de los hechos de la demanda. Se agrega que se invoca, equivocadamente, el artículo 38 inciso 2° de la Constitución dándole un sentido que no tiene. La norma antes de la reforma señalaba "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley..." Debido a que nunca se dictó ley alguna destinada a crear esos tribunales, en 1989 se suprimió la existencia de los mismos pero se mantuvo el postulado de la especialidad de los asuntos contenciosos administrativos; en consecuencia, el referido artículo no es una norma sustantiva destinada a regular la responsabilidad del Estado sino que entrega la competencia para conocer de tales asuntos a los tribunales que señale la ley. Se continúa que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra establecido de manera general en el artículo 42 de la ley 18.575 que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta personal; la primera no es una responsabilidad objetiva ya que se requiere "culpa del servicio", lo que descarta la idea de responsabilidad objetiva, en la que sólo se exige que se acredite la relación de causalidad entre el hecho y el daño. En el caso de autos, por expresa disposición del artículo 21 de la ley 18.575, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad quedan excluidas de la aplicación del artículo 42, lo que hace necesario determinar la normativa aplicable y como las respectivas leyes orgánicas no regulan esa materia, corresponde recurrir al derecho común, el que se encuentra contenido en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil y por tratarse de una acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado, también le es aplicable la norma del artículo 2332 relativo a la prescripción, de modo que, se concluye, no existe un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado de carácter objetivo e imprescriptible.

En subsidio, se señala que la acción debe ser rechazada por cuanto el demandante ya fue favorecida con los beneficios de la ley N°19.123, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y que estableció en favor de familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos una bonificación compensatoria y otros beneficios sociales.

Que, en subsidio opone como alegación o defensa el exagerado monto de la indemnización demandada, de \$1.500.000.000, siendo abultada en relación con indemnizaciones fijados por los tribunales para compensar daños similares, en caso de muerte y lesiones, como asimismo la improcedencia del pago de reajustes e intereses.

Finalmente alega que el daño moral debe ser legalmente probado por la actora y la improcedencia del pago de reajustes en atención a que a la fecha de la interposición de la demanda, no existe obligación por parte del Fisco en orden a indemnizar, por lo que no hay suma alguna que deba reajustarse.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, respecto de la alegación de incompetencia absoluta formulada por el Fisco en el párrafo I de su presentación, **cabe desecharla** puesto que los términos del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal permiten que se pueda intentar ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal. En el caso de autos se demanda una indemnización por el daño moral sufrido por las querellante a consecuencias del delito investigado en autos cometido por agentes del Estado.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, con respecto a la alegación de que no es suficiente para demandar la sola exposición de los hechos para tenerlos por acreditados, **se desecha** debido a que con los antecedentes enumerados en el considerando relativos a la prescripción de la acción penal de esta sentencia, se encuentra legalmente acreditado tanto el hecho punible como la participación que le cupo en este a los encartados, como agentes del Estado de Chile.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en el párrafo III de lo principal de fojas 611, en subsidio de las alegaciones anteriores, el Fisco opone la excepción de prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios, y atendido lo razonado en los considerandos Décimo quinto y Décimo sexto de esta sentencia, se tuvo por establecido que en autos se encuentra acreditado el delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 n°1 del Código Penal, hecho perpetrado el 08 de diciembre de 1973, y atendido a lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, este sentenciador **acoge dicha excepción** en consideración a que desde la fecha de ocurrido el hecho punible y la fecha en que la litis fue trabada, esto es, el 28 de septiembre de 2004, ha trascurrido en exceso el plazo que la ley exige para que opere este modo de extinguir las acciones, siendo innecesario pronunciarse respecto de las otras alegaciones opuestas subsidiariamente por el Fisco de Chile y, en consecuencia, se rechazará la demanda civil interpuesta en el primer otrosí de fojas 536, sin costas, por haber existido motivos plausibles para litigar.

Por estas consideraciones y visto además por lo dispuesto en los artículos 1, 93 N° 6, 94, 95, 96, 98, 101, 391 N° 1° del Código Penal y artículos 1, 10, 108, 109, 110, 111, 433, 434, 456 bis, 459, 473, 477, 478, 481,488, 488 bis, 500, 501, 504, 505 y 533 del código de Procedimiento Penal, artículo 1° del Decreto Ley N°2191; artículos 2332 del Código Civil; **SE DECLARA:**

I.- Que **se rechaza la excepción de amnistía**, deducida por la defensa de los encartados Fernando Guillermo Polanco Gallardo, Ariosto Laspostol Orrego, Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monjes en lo principal de sus escritos de contestación de la acusación de fojas 562, 634 y 675 respectivamente.

II.- Que se **rechaza la excepción de falta de personería**, deducida en lo principal de su escrito de contestación de la acusación de la defensa de los acusados Héctor Omar Vallejos Birtiola y Luis Humberto Fernández Monjes de fojas 675.

III.- Que se **acoge la excepción de prescripción de la acción penal**, opuesta por la defensa de los encausados a fojas 562, 634 y 675; y como consecuencia se **ABSUELVE** a **ARIOSTO ALBERTO FRANCISCO LAPOSTOL ORREGO**, a **FERNANDO GUILLERMO POLANCO GALLARDO** a **HECTOR OMAR VALLEJOS BIRTIOLA** y a **LUIS HUMBERTO FERNÁNDEZ MONJES**, ya individualizado, de los cargos que se le formularon en la acusación fiscal de fojas 529, en su calidad de autores del delito de homicidio calificado cometido en las personas de Bernardo Mario Lejderman Konujowska y María del Rosario Ávalos Castañeda, el día 8 de diciembre de 1973, en la localidad de Quebrada de Gualliguaica, al interior del valle del Elqui IV Región.

IV.- Que se **rechaza en todas sus partes, la demanda civil de indemnización de perjuicios**, en contra del Fisco de Chile deducida por el Abogado Hugo Gutiérrez Gálvez, en representación del querellante Ernesto Yoliztli Lejderman Ávalos y no se condena en costas por haber existido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y **CONSÚLTESE**, si no se apelare.

En su oportunidad, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Rol N° 2.182-98 Episodio “Bernardo Lejderman”.

**Dictado por don Joaquín Billard Acuña, Ministro de Fiero.
Autoriza Doña Sylvia Cancino Pino, Secretaria.**