

## SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil nueve.

Conforme lo ordena el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia penal de acuerdo con lo que dispone el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, dictase a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

### VISTOS:

Se reproduce la resolución en alzada con las siguientes modificaciones:

- a) Se eliminan los considerandos noveno, trigésimo tercero, trigésimo quinto, cuadragésimo sexto, cuadragésimo séptimo, cuadragésimo octavo, cuadragésimo noveno y quincuagésimo segundo.
- b) En el motivo décimo, se sustituye la expresión "un lugar desconocido" por "la unidad policial de la localidad, donde fue visto cansado y en malas condiciones físicas por otro detenido".
- c) En el párrafo final del considerando décimo séptimo, se suprime todo lo expuesto desde la locución "un lugar determinado. En cambio...", lo que se reemplaza por la expresión "la Comisaría de Pitrufquén".
- d) En el motivo vigésimo octavo, se sustituye el numeral "decimosexto" por "decimoséptimo".
- e) En el fundamento trigésimo segundo, se sustituye la voz "la circunstancia del artículo" por el término "las circunstancias modificatorias de los artículos 11 N° 6 -que se requiere como muy calificada- y".

- f) En el motivo cuadragésimo cuarto, se suprime la frase "En subsidio, alegó la atenuante del artículo 11 N° 6 del mencionado Código".
- g) En el razonamiento trigésimo octavo, a continuación de la expresión "Código Punitivo", se agrega la frase "valorando esta como muy calificada".
- h) En los motivos trigésimo noveno y cuadragésimo tercero, se elimina la frase "ni la situación del artículo 103 del Código Penal".
- i) En el capítulo cuadragésimo segundo, después de la voz "del mencionado código" se añade la frase "estimando esta como muy calificada, atendida la edad del acusado, así como el tenor de los certificados acompañados en el proceso".
- j) En el apartado quincuagésimo primero, se sustituye la referencia temporal "octubre de 1973", por "septiembre de 1973".
- k) En las citas legales, se suprimen los artículos 28 del Código Penal y 253, 262 y 290 del Código de Procedimiento Penal, y se agregan los artículos 30, 5274 y 103 del Código Penal, 2314, 2315 y 2329 del Código Civil y 4, 5, 15 y 17 de la Ley N° 18.216.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMÁS, PRESENTE:

I.- EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:

PRIMERO: Que aún cuando los acusados Moreno Mena y Lukowiak Luppy han negado haber participado en la desaparición del profesor Einar Enrique Tenorio Fuentes, obran en su contra los siguientes elementos de convicción que permiten a esta Corte estimar lo contrario:

1.- Las declaraciones de Octavio Castillo, de fojas 60, 75, 483 y 493, que a la fecha de estos sucesos prestaba servicios como vice sargento 1° en la Comisaría de Pitrufluén, quien aseveró haber conocido al ofendido, al que vio ingresar detenido a la guardia de la unidad policial, vigilado, entre otros funcionarios, por Reinaldo Lukowiak, pero jamás lo vio salir de tal recinto, agregando que los aprehendidos eran mantenidos en el segundo piso de las caballerizas, con las manos amarradas y la vista vendada, y sólo tenían acceso a ellos el grupo de confianza del capitán Callís quienes además los interrogaban. Igualmente supo que el señor Tenorio, junto a otro grupo reducido de

detenidos fue sacado en horas de la noche en un furgón verde cerrado, siendo llevado a la ciudad de Temuco por personal de la Comisaría.

2.- Testimonio de Eleodoro Merino Salas, quien a fojas 61 vuelta, 78 vuelta, 489, 595 y 597, señaló que las órdenes de detención que provenían de la Fiscalía Militar eran manejadas por el capitán Callís y por el segundo oficial a mando, que era el teniente Moreno, para lo cual contaban con personal de confianza entre los que recuerda al suboficial Reinaldo Lukowiak y a los carabineros Domingo Silva y Hugo Catalán. Para ello se habilitó el segundo piso de las caballerizas de l

a Comisaría, donde eran mantenidos los detenidos políticos, restringiéndose el acceso sólo a personal de confianza del capitán Callís. Finaliza indicando que para efectuar las detenciones este grupo contaba con dos camionetas marca Chevrolet, modelo C-10, una de color blanco y la otra, de color verde, los que eran ingresados por la puerta falsa del patio de la unidad.

3.- Atestado de Ulises Enrique Tenorio Aguilera, de fojas 492, quien pese a estar en el momento de perpetración de los hechos en la ciudad se Santiago, sindicó a Carlos Moreno Mena como el oficial a cargo de la patrulla de Carabineros que detuvo a su padre Einar Tenorio Fuentes la noche del día 15 de septiembre de 1973, quién irrumpió en el inmueble que ocupaba su familia, junto a otros uniformados, entre los cuales se encontraban los carabineros Reinaldo Lukowiak, Hugo Catalán y Domingo Silva. Afirma que sacaron a su progenitor de la casa y se lo llevaron a la Comisaría de la localidad, siendo esa la última vez que se le vio con vida.

4.- Dichos de Verónica Luz Tenorio Aguilera, de fojas 520 y 800, quien en su calidad de testigo presencial, ratifica lo expresado por su hermano Ulises, precisando que la patrulla policial que aprehendió a su padre estaba comandada por el teniente Carlos Moreno Mena, el que era acompañado por Reinaldo Lukowiak y otros sujetos a quienes no pudo reconocer, pero se lo llevaron a la unidad policial de la localidad, siendo la última ocasión que lo vio con vida.

5.- Testimonio de Manuel Reuque Huiriqueo, de fojas 849 y 853 vuelta, funcionario de Gendarmería, quien estuvo detenido en la Comisaría de Pitrufquén luego del golpe militar, pudiendo apreciar el día 3 de octubre de 1973, en la guardia del recinto, tanto a Einar Tenorio Fuentes, quien fue su profesor, como a Luis Calfuquir, trabajador del hospital del pueblo, quienes se advertían muy cansados y en malas condiciones físicas.

6.- Declaración de Hernán Mella Lagos, de fojas 24, 75 vuelta y 491, carabinero de la Quinta Comisaría de Pitrufquén a la época de los sucesos, quien si bien no vio a quienes se encontraban detenidos, le consta que éstos eran mantenidos en los altos de las caballerizas de la Comisaría, lugar al que sólo tenían acceso el capitán Callís, el teniente Moreno, el sargento Lukowiak, Hugo Catalán y Raúl Amulef, afirmación que es corroborada por Adrián Meriño Ferreira a fojas 26 y 76, quien se desempeñaba como cabo 1° de la unidad y le correspondió estar como punto fijo durante unos dos meses en el período posterior al 11 de septiembre de 1973, por lo que sabe que los detenidos eran ingresados en camiones cerrados hacia el patio por el portón trasero del recinto.

SEGUNDO: Que, en efecto, los antecedentes reseñados tanto en la sentencia en alzada como por ésta en el fundamento que precede, por fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, ser múltiples y graves, precisas, directas y concordantes, a lo que deben sumarse las propias declaraciones de los imputados Moreno Mena y Lukowiak Luppy, en que el primero reconoce, y el segundo, no descarta haber arrestado a Einar Tenorio Fuentes -aún cuando en la diligencia de careo de fojas 547, acepta su colaboración en tal retención-, para posteriormente trasladarlo a la Comisaría de Pitrufquén, constituyen evidencia suficiente para dar por establecido que ambos agentes se desempeñaban en la unidad policial y que formaban parte del grupo de confianza del capitán Ramón Callís, de quien recibían órdenes para atemorizar y reducir a los adversarios políticos del régimen gubernamental de la época, correspondiéndoles detener al ofendido, a quien sacaron de su morada, para después

trasladarlo hasta la unidad policial, donde fue visto en malas condiciones físicas, perdiéndose todo rastro de su persona hasta el día de hoy.

Si bien Moreno Mena se exculpa de su responsabilidad en los hechos expresando que habría participado en la aprehensión de Tenorio Fuentes por órdenes emanadas de la Fiscalía Militar de Temuco, comunicadas verbalmente por el Comisario Callís, mientras que Lukowiak Luppy manifiesta que el detenido habría sido trasladado a la ciudad de Temuco por instrucciones de la justicia castrense, no existe prueba suficiente que demuestre tales descargos, de forma tal que las últimas noticias ciertas del detenido lo sitúan en la Comisaría de Pitrufquén, en calidad de víctima de la estructura represiva liderada por el citado Capitán, de la cual tanto Moreno Mena como Lukowiak Luppy formaban parte, al grado de tener acceso a los altos de las caballerizas del recinto policial, donde los prisioneros eran interrogados y maltratados, por lo que se ha adquirido por los medios legales la convicción necesaria de que ambos inculpados intervinieron en la privación de libertad de Tenorio Fuentes, por medio de acciones que cumplieron consciente y activamente, dando por resultado que hasta la fecha no se tienen informes concretos de su paradero.

De este modo, se tiene por establecida la participación inmediata y directa de los enjuiciados en el delito de secuestro calificado de que han sido acusados, en calidad de autores, conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal.

TERCERO: Que, en relación a las alegaciones formuladas por la defensa de Moreno Mena, se rechazará la petición de absolverlo de los delitos por los que se le ha acusado, ya que con los antecedentes y razonamientos desarrollados en los fundamentos primero y segundo de este fallo, así como de los considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto del laudo que se revisa, se determinó fehacientemente que le correspondió participación como autor en los injustos de secuestro de Einar Enrique Tenorio Fuentes, y de homicidio de Osvaldo Burgos Lavoz.

Por otra parte, en mérito de lo argumentado en el motivo trigésimo

primero, se desestima dar aplicación a las causales de extinción de responsabilidad penal, contempladas en los numerales tercero y sexto del artículo 93 del Código Punitivo. En cambio, se acogerá a su favor la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal, esto es, su irreprochable conducta anterior, acreditada con su extracto de filiación y antecedentes agregado a fojas 810, desechándose la solicitud de su defensa de calificar dicha minorante, por no existir prueba suficiente que acredite un comportamiento social o familiar prominente por parte del encausado que amerite tasarla en los términos que establece el artículo 68 bis del Código Penal.

Finalmente, sobre la concesión de alguno de los beneficios previstos en la Ley N° 18.216, se estará a lo que se determine en lo resolutivo de esta sentencia.

CUARTO: Que, en lo atinente a los descargos de la defensa de Lukowiak Luppy, en virtud de lo discernido en los motivos primero y segundo de este dictamen, unido a lo establecido en los considerandos décimo sexto y décimo séptimo -acápites primero y segundo- del veredicto del a quo, se rechazará la tesis de absolución en su favor por los delitos imputados, por cuanto se ha establecido legalmente su responsabilidad penal en los ilícitos de secuestro calificado de las personas de Einar Enrique Tenorio Fuentes y Luis Calfuquir Villalón.

Tampoco se acogerá la eximente del artículo 10 N° 10 del Código del ramo, ni aún en carácter de incompleta, ya que de acuerdo con lo prescrito en los artículos 334 y 335 del Código de Justicia Militar, aplicable en la especie -por mandato de su artículo 6°-, la obligación de obedecer toda orden impuesta por el superior, debe ser de aquellas relativas al servicio y dada en uso de sus atribuciones legales, presupuesto distinto al de encerrar o privar de libertad clandestinamente a otros. Por lo demás, tampoco se ha probado en el proceso que la orden de detener y recluir a los ofendidos haya provenido del comisario Callís o de la Fiscalía Militar de Temuco. Sin embargo, se reconocerá al inculpado la atenuante de irreprochable conducta anterior, probada con su extracto de filiación y antecedentes

corriente a fojas 808, exento de anotaciones penales pretéritas.

En lo relativo al requerimiento de beneficiarlo con alguna de las medidas alternativas al cumplimiento de la pena previstas en la Ley N° 18.216, se estará a lo que se resuelva en lo decisorio de esta sentencia.

QUINTO: Que las defensas de los encartados Hugo Catalán Lagos y Germán Fernández Torres, según se lee a fojas 1675 y 1684, reivindicaron como alegación subsidiaria en favor de los convictos ya individualizados, la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Punitivo, la cual atendida la naturaleza de los antecedentes que la comprueban, en concepto de sus abogados, debía ser considerada como muy calificada para los fines de regular la pena aplicable al caso conforme al artículo 68 bis del Código del ramo, solicitud esta última, sobre la cual la sentencia recurrida omitió decisión, y que esta Corte desechará por no existir prueba suficiente que acredite un comportamiento social o familiar sobresaliente por parte de los encausados que merezca avaluarla en los términos que establece la norma aludida.

SEXTO: Que, en relación a la petición subsidiaria de los encartados Moreno Mena, Catalán Lagos, Fernández Torres y Silva Soto, de ser beneficiados con la prescripción gradual contemplada en el artículo 103 del Código Penal, tal como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción

extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la seguridad jurídica. (Polittoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

Sin embargo, y como ya se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad de jure que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí ?y como también ocurre con otros- considera



expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una ¿idea afortunada de la CR? la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora). SEPTIMO: Que, por su parte, ocupándose de este tema, el profesor don Jaime Náquira Rivero s, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que beneficien al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una ¿cuestión obligada? dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos cabe agregar que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

OCTAVO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la ¿media prescripción? -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media

prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en justicia pertinente. Por lo demás, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido en diversos fallos la institución de la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, así v.gr., en los autos roles núms. 6188-06, 1.489-07, 1.528-06, 3.587-05, 559-04, 879-08; 2.422-08 y 6105-08.

NOVENO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

DÉCIMO: Que, en lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103. Dice, "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.". Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de las contravenciones que fueron materia de la investigación en estos autos, corresponde por una parte a la figura descrita en el artículo 141 del Código

Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, y por otra, al de homicidio calificado, previsto y sancionado en el ordinal primero del artículo 391 N° 1 del citado estatuto criminal, que reprime este injusto con el correctivo de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

UNDÉCIMO: Que conforme a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes a los que la ley impone pena de presidio perpetuo -ámbito

atingente al homicidio calificado- en el plazo de quince años, y en el evento de los demás crímenes -como en el secuestro- en el término de diez años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de siete años y seis meses, y cinco años, respectivamente.

DUODÉCIMO: Que en esta línea de razonamientos, cabe consignar que en el procedimiento tendiente a la investigación de los ilícitos en estudio, con fechas veinticinco de octubre de dos mil cinco, tres de noviembre del mismo año y veintinueve de septiembre de dos mil seis, según consta a fojas 548, 606 y 1544, se dictaron sucesivos autos de procesamiento en contra de los encartados, habiendo comenzado a perpetrarse los delitos de secuestro el día 15 y 19 de septiembre de 1973, respectivamente, consumándose al momento en que llegó el día noventa y uno de encierro de la víctima, fecha de la que ha de contarse la prescripción gradual en comento, y ejecutado el ilícito de homicidio calificado en el tercer caso, el día 15 de septiembre de 1973, data desde la cual corresponde computarse la referida atenuante.

Que conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal, habiéndose dirigido la acción penal en contra de los sentenciados el 25 de octubre y 3 de noviembre de 2005 -en el caso de los secuestros-, y 29 de septiembre de 2006 -el homicidio calificado-, para el recuento del término requerido y configurar así la morigerante de responsabilidad penal en estudio, ha de considerarse que transcurrieron más de treinta años entre la fecha de su consumación y el respectivo sometimiento a proceso que culminó con la condena de los acusados, cumpliéndose, de este modo, la hipótesis temporal a la que alude el citado artículo 103 del Código Punitivo.

DÉCIMO TERCERO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer, respecto de todos los acusados, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada

disposición legal y, aún cuando las defensas de los sentenciados Lukowiack Luppy, Babileck Druding y Guzmán Pincheira no alegaron la expresada circunstancia en su contestación de cargos, atendido el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en los artículos 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, se les beneficiará, igualmente, con la mitigante referida.

DÉCIMO CUARTO: Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que los encartados resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6° del Código Penal, reconocidas en el veredicto en alzada y razonamientos tercero y cuarto de este laudo de reemplazo -, y por aquella contemplada en el artículo 103 del Código Penal, que se les acuerda en este fallo, sin que les afecte agravante alguna. En consecuencia, conforme lo dispone el artículo 103 en referencia, el tribunal debe considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar, en este caso, la regla del artículo 68, inciso

3°, del mismo cuerpo legal que faculta imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Como se trata de la apreciación de dos o más morigerantes muy calificadas, se ha optado por bajar la pena en abstracto en dos grados desde el mínimo legal.

DÉCIMO QUINTO: Que los acusados Carlos Hernán Moreno Mena, Hugo Catalán Lagos y Domingo Antonio Silva, son responsables en calidad de coautores, de un delito de secuestro calificado -el primero, de Einar Tenorio Fuentes y los dos últimos, de Luis Calfuquir Villalón-, y de un delito de homicidio calificado, consumado, en la persona de Osvaldo Burgos Lavozy, y para los efectos de la determinación de la pena se tendrán presente, además, los siguientes factores:

a) Que para la aplicación de las sanciones en relación con el ilícito contemplado en el artículo 141, inciso 3°, del Código Penal, se aplicará la pena vigente a la época de su comisión, esto es, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, que resulta más beneficiosa para

los acusados y que corresponde imponer en virtud de lo prescrito en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política de la República, recogido a nivel legal en el artículo 18 del Código Penal.

b) No encontrándonos dentro de los supuestos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por no tratarse de delitos de la misma especie, que no aparecen reprimidos en el mismo título, procede regular la penalidad conforme al sistema aritmético contemplado en el artículo 74 del Código Penal, vale decir, se le impondrán las penas correspondientes a las diversas infracciones.

Por lo expresado precedentemente y en el razonamiento décimo cuarto, se impondrá en el primero de los injustos -secuestro- una sanción de presidio menor en su grado medio, mientras que en el ilícito de homicidio calificado se asignará el correctivo de presidio menor en su grado máximo.

DÉCIMO SEXTO: Que el inculpado Reinaldo Alberto Luk owiak Luppy es autor de dos delitos de secuestro calificado, en las personas de Einar Tenorio Fuentes y Luis Calfuquir Villalón, sancionados a la fecha del comienzo de su perpetración con presidio mayor en cualquiera de sus grados, concurriendo en su favor la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior y la prescripción gradual de la acción penal, sin que le perjudique agravante alguna, de forma que al tenor de lo resuelto en el motivo décimo cuarto, queda ella radicada en el presidio menor en su grado medio.

A continuación y como estamos en presencia de un concurso material o reiteración de delitos, se ha decidido aplicar una sola pena, en los términos previstos en el artículo 509 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, vale decir, la sanción resultante, incluidas las circunstancias modificatorias, será ahora aumentada en un grado, quedando ella radicada en el presidio menor en su grado máximo, en su tramo inferior de acuerdo a los parámetros de proporcionalidad contenidos en el artículo 69 del Código Penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en la especie, el acusado Germán Fernández Torres es autor del delito de secuestro calificado, sancionado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, pero

acorde a lo preceptuado en el considerando décimo cuarto, se rebajará en dos grados dicha penalidad, quedando ésta en presidio menor en su grado medio.

DÉCIMO OCTAVO: Que los enjuiciados Heriberto Babileck Druding y Nadir Guzmán Pincheira, son encubridores del delito de homicidio calificado, consumado, en la persona de Osvaldo Burgos Lavoz, sancionado con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, castigo corporal que, por el grado de participación y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, se rebaja en dos grados quedando en presidio menor en su grado máximo, pena que, debido a que le benefician las circunstancias atenuantes de su irreprochable conducta anterior y media prescripción sin que le perjudique agravante alguna,

se reducirá nuevamente en dos grados y se les aplicará la de presidio menor en su grado mínimo y en el *minimum*.

Atendido lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, se les debe imponer la pena inferior en dos grados a la que la ley señala para el ilícito, sin perjuicio de aplicar lo acodado en el fundamento décimo cuarto.

En tales condiciones, y habida consideración que le favorece, además, una atenuante de responsabilidad criminal, cual es la de su irreprochable conducta anterior, resulta de justicia aplicarle dentro del grado el mínimo del *quantum*.

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

ABSOLUTA IMPETRADA POR EL FISCO DE CHILE:

DÉCIMO NOVENO: Que el Consejo de Defensa del Estado, a fojas 1597, como cuestión previa a la contestación de la demanda opuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la acción indemnizatoria deducida en contra del Fisco de Chile, argumentando que la acción civil es de exclusiva competencia del juez de letras en lo civil, en la especie, específicamente el de asiento de Corte de Apelaciones.

VIGÉSIMO: Que sucintamente, la defensa fiscal arguye que los presupuestos legales que permiten el conocimiento de la acción civil

por parte de un juez del crimen, son los señalados en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en el caso de marras no concurren, careciendo éste de competencia para conocer de las acciones civiles de carácter indemnizatorias o reparatorias procedentes de hechos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que por su parte el actor civil fundamenta la acción indemnizatoria del Fisco, en la falta de servicio, cuyo origen es la ley y es autónoma de la responsabilidad civil regulada en el Derecho Privado. Para ello, asevera que el juzgador no debe decidir en base a hechos extraños a la conducta desplegada por los autores del ilícito penal, sino que en base a lo dispuesto en el inciso final del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que sostiene: ??juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal??.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Enjuiciamiento Penal -de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación ?que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal?, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil educada, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal

VIGÉSIMO TERCERO: Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos -cometidas por agentes del estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

VIGÉSIMO CUARTO: Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e

indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo. VIGÉSIMO QUINTO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés púb

lico, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

VIGÉSIMO SEXTO: Que a mayor abundamiento, esta Corte no puede dejar de tener presente al momento de interpretar el alcance del artículo 10 del Código Adjetivo Criminal toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial, argumentos que resultan suficientes para desestimar la excepción de incompetencia formulada por la tutela fiscal y pronunciarse sobre las demás defensas invocadas a fojas 1597 y siguientes.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en subsidio de la incompetencia absoluta del tribunal para conocer de estas materias, el Fisco de Chile desarrolló en su contestación a la demanda civil otras alegaciones, las que fueron claramente detalladas en el considerando quincu agésimo primero del fallo en alzada - reproducido por éste-, por lo que, manteniendo aquella descripción, se resumen en que ellas consisten, la primera, en la prescripción de la acción indemnizatoria civil, fundada en que el plazo de cuatro años contemplado en el artículo 2332 del Código Civil transcurrió en exceso, dado que el hecho delictual investigado se cometió el 15 de septiembre de 1973 y la demanda se notificó a su parte el 27 de octubre de 2006, situación que también se



da con la prescripción extintiva que regulan los artículos 2514 y 2515 del citado Código, que alega en subsidio; y la tercera excepción anexa dice relación con la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado, de carácter objetivo e imprescriptible. La alegación fiscal concluye señalando que la actora civil carece de legitimación activa respecto de aquellos conceptos correspondientes a gastos efectuados por terceros y que no han ejercido la acción resarcitoria en este proceso. Afirmar, en relación con los daños demandados su improcedencia, por los motivos allí desarrollados, aseverando, además que la exagerada cantidad que se solicita en la demanda constituye un verdadero enriquecimiento sin causa y no se relaciona con una idea de compensar alguna pérdida; para concluir que, por lo mismo, tampoco serían procedentes los reajustes e intereses solicitados.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en relación a la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria por el transcurso del tiempo ?cuatro años contados desde la fecha de comisión del delito- conforme lo dispone el artículo 2332 del Código Civil, cabe advertir que si bien es efectivo que en términos absolutos dicho plazo había transcurrido en exceso al momento de notificar la demanda respectiva, el cómputo del plazo correspondiente para determinar la supuesta prescripción de las acciones indemnizatorias, en los términos planteados por el Fisco de Chile, no es aplicable en este caso, en primer lugar, porque la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por las acciones típicas, antijurídicas y culpables cometidas por los agentes de éste, obligación que emana de su responsabilidad penal, la cual requiere de la decisión jurisdiccional pertinente al efecto, certeza que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, al menos, a partir desde que se deduce acusación formal en contra del inculcado, fechas desde las que no ha transcurrido el plazo correspondiente y que no se ha alegado por la defensa fiscal.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, por otro lado, y tratándose de delitos cometidos por funcionarios de carabineros en el ejercicio de su función

pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional, representaban al gobierno de la época, y en que -al menos en el caso de autos- claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como los que aquí se estudian, el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure, no siendo suficiente ni completa su esmerada actuación durante la persecución penal. A lo anterior lo obliga, además de lo ya dicho, el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, la cual establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado? (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas?; página 231).

TRIGÉSIMO: Que, de esta forma, el derecho de las víctimas y de sus familiares a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de la República que señala que ?el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana?.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que el artículo 6º de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las ?Bases de la Institucionalidad? - por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la Jurisdicción- y ordena que ?Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas

conforme a ella?, indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. Que, además, el mismo artículo 6º enseña que ?los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo?. Y concluye señalando que ?la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley?.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, de este modo, resultan inaplicables las normas del derecho interno previstas en el Código Civil ? artículos 2332, 2514 y 2515, entre otros preceptos- sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que la otra alegación fiscal se refiere a que no existiría un régimen especial de responsabilidad del Estado de carácter objetiva e imprescriptible, ya que, según dice, la demandante efectuó una interpretación incorrecta de la ley al negar aplicación a las disposiciones contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, ya que, tanto la Constitución de 1980 como la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado son de vigencia muy posterior a la fecha de los hechos, por lo que no corresponde invocar ni aplicar retroactivamente dichos textos, correspondiendo regirse por la Constitución Política de 1925, que no contenía disposición alguna que permitiera accionar por responsabilidad extracontractual del Estado, siendo por ello aplicable las normas de los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil. Cabe advertir, en relación a ello y como se ha dicho antes, que la responsabilidad extracontractual del Estado, que se demanda, emana fundamentalmente tanto del Derecho Público como del Derecho Internacional Humanitario. Al efecto, es útil reiterar que lo razonado,

además de permitir el rechazo de la alegación enunciada, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los Derechos Humanos, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas del Estado, en tanto los derechos de la persona tienen como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, y por tanto vinculantes para toda la institucionalidad nacional;

TRIGÉSIMO CUARTO: Que en cuanto a las alegaciones del Fisco de Chile en relación a lo demandado a título de indemnización por daño moral, que se estima excesivo, éste concepto es absolutamente pertinente a fin de reparar el perjuicio moral inferido a las víctimas de los derechos humanos, aún cuando éste se reducirá prudencialmente conforme a los antecedentes de la causa, monto por el cual ha de responder el demandado y cuyo pago debe ser completo, por lo que procede declarar que es procedente su reajustabilidad de acuerdo al IPC, habido entre esta fecha y la de su pago efectivo, como asimismo al pago de intereses que se devenguen, desde que el deudor se constituya en mora de cumplir la obligación.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que atendido el mérito de los antecedentes del proceso y contenido de los razonamientos que preceden, se acogerá la acción civil de autos, sólo en lo que dice relación con el daño moral demandado, rechazándose tanto las excepciones opuestas por el Fisco de Chile, como lo impetrado por concepto de daño emergente y lucro cesante por la demandante, por falta de prueba. En lo que dice relación al menoscabo moral, se tendrá presente que ha accionado civilmente la hija del ofendido -cuya vinculación y parentesco no se ha objetado ni discutido de contrario, aún se encuentra verificado por el certificado de fojas 5-, por lo que tenía con la víctima una relación de cercanía y afecto que hace presumir fundadamente al sentenciador que su muerte, así como las circunstancias en que ella ocurrió, le ha provocado un dolor, un sufrimiento y una angustia que por sí solos c

onstituyen un daño moral que debe indemnizarse.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que con las razones que se contienen en los motivos primero a décimo octavo, ambos inclusive, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fojas 1929 a 1930, del que se disiente en parte, desde que solicitó confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

I.- Se revoca la sentencia apelada de veintinueve de septiembre de dos mil siete, escrita de fojas 1.802 a 1.849, en cuanto por su decisión I.- en lo penal, absolvió a los procesados Carlos Hernán Moreno Mena y Reinaldo Alberto Lukowiak Luppy de los cargos formulados en su contra en la acusación judicial de fojas 1.544 y adhesión a dicha imputación de fojas 1.552, que los sindicaba como autores del delito de secuestro calificado de don Einar Enrique Tenorio Fuentes, ocurrido en la comuna de Pitrufquén el 15 de septiembre de 1973, y en su lugar, se decide que los mismos quedan condenados como autores del referido injusto.

II.- Se revoca, asimismo, el aludido veredicto, en cuanto rechazó la demanda civil deducida en el primer otrosí de fojas 1.552 y releva del pago de las costas a la parte demandante, declarándose en su lugar que se rechazan las excepciones de incompetencia del tribunal y de prescripción alegadas por la demandada, acogándose parcialmente la acción civil impetrada, por lo que el Fisco de Chile, deberá pagar la suma de \$ 75.000.000.- (setenta y cinco millones de pesos) a la demandante doña Verónica Luz Tenorio Aguilera, quien actúa en su calidad de hija de Einar Enrique Tenorio Fuentes. La suma de dinero señalada lo es a título de indemnización por concepto del daño moral sufrido con ocasión de la muerte de su padre, la que deberá pagarse debidamente reajustada de acuerdo a la variación que experimente el IPC entre la fecha

de esta sentencia y la de su pago efectivo, más los intereses correspondientes, desde que la deudora se constituya en mora. No se

condena en costas al Fisco de Chile por no haber sido totalmente vencido y estimarse, además, que tuvo motivo plausible para oponerse a la acción deducida en su contra.

III.- Se confirma, en todo lo demás apelado, el mencionado dictamen, por lo que se ratifican las condenas decididas contra los acusados en las decisiones II.- a VII.- del laudo que se revisa, con declaración que por aplicación de lo resuelto en el motivo décimo tercero y décimo cuarto de esta resolución se reducirán las penas privativas de libertad a que fueron sentenciados.

IV.- En consecuencia, por aplicación de lo decidido en los numerales que preceden, los inculcados son condenados a las siguientes penas privativas de libertad:

1.- Carlos Hernán Moreno Mena, a la sanción de setecientos veintinueve días de presidio menor en su grado medio y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de secuestro de Einar Enrique Tenorio Fuentes, perpetrado el 15 de septiembre de 1973 en la ciudad de Pitrufquén, y a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoz, ejecutado el 15 de septiembre de 1973, en la misma localidad.

2.- Reinaldo Alberto Lukowiak Luppy, a la pena única de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de los dos delitos de secuestro de Einar Tenorio Fuentes y Luis Calfuquir Villalón, acaecidos a contar del 15 y 19 de septiembre de 1973, respectivamente, en la citada comuna.

3.- Hugo Nibaldo Catalán Lagos y Domingo Antonio Silva Soto, a soportar cada uno de ellos las sanciones de setecientos veintinueve días de presidio menor en su grado medio y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autores del delito de secuestro de Luis Calfuquir Villalón, perpetrado el

19 de septiembre de 1973 en la ciudad de Pitrufrquén, y a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autores del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoz, ejecutado el 15 de septiembre de 1973, en la misma localidad.

4.- Germán Fernández Torres, a la pena de setecientos veintinueve días de presidio menor en su grado medio y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de secuestro de Luis Calfuquir Villalón, acaecido a contar del 19 de septiembre de 1973 en la comuna de Pitrufrquén

5.- Nadir Guzmán Pincheira y Heriberto Babileck Druding, a sufrir cada uno la pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como encubridores del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoz, ejecutado el 15 de septiembre de 1973, en la referida ciudad.

IV.- Por reunirse los requisitos exigidos por el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede a los encartados Moreno Mena, Lukowiak Luppy, Catalán Lagos y Silva Soto, el beneficio de la libertad vigilada, fijándoles a cada uno, un período de observación ante la autoridad administrativa idéntico al de sus condenas, debiendo cumplir, además, los otros requisitos a que se refiere el artículo 17° de la citada ley, más el pago proporcional de las costas de la causa.

Para el caso que alguno de estos convictos deba cumplir efectivamente las penas que se les han impuesto, les servirán de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad en esta causa, de acuerdo a lo que se les reconoce en el fallo recurrido, sin perjuicio que respecto de los sentenciados Catalán Lagos y Silva Soto, el abono será considerado hasta la fecha de cumplimiento efectivo de lo que se ordena a continuación.

V.- En mérito de lo resuelto, déjense sin efecto las medidas cautelares personales de arresto domiciliario nocturno decretadas contra los

condenados Hugo Catalán Lagos y Domingo Antonio Silva Soto, según consta a fojas 881 y 908.

VI.- Por cumplirse los requisitos contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 18.216, se concede al acusado Germán Fernández Torres, la medida alternativa de cumplimiento de la pena de remisión condicional, quedando sujeto a la observación y asistencia por la correspondiente Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, por igual período al de su sanción.

Por los mismos fundamentos, se sustituye el beneficio de libertad vigilada reconocido por el laudo de primer grado a los enjuiciados Heriberto Babileck Druding y Nadir Guzmán Pincheira, por el de remisión condicional de la pena, quedando sujetos a la observación y asistencia por la correspondiente Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, por el lapso de un año.

Si por cualquier motivo les fuere a los condenados revocado el beneficio anterior, en el cumplimiento efectivo de la pena les será abonado el tiempo que la sentencia de primer grado les ha considerado.

VII.- El señor juez a quo cuidará se hagan las notificaciones y comunicaciones que legalmente correspondan.

Acordada la condena de los acusados contra el voto de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por revocar la sentencia y, en su reemplazo, acoger la excepción de prescripción de la acción penal opuesta por las respectivas defensas, declarando su procedencia, teniendo presente para así decidirlo, las siguientes consideraciones:

1.- La prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal, dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la



acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

2.- Que, como ha quedado acreditado en autos, los hechos punibles ocurrieron o comenzaron a perpetrarse, entre los días 15 y 19 de septiembre de 1973, deduciéndose la querrela de fojas 6 contra los inculpados Moreno Mena y Lukow

iak Luppy, con data 22 de septiembre de 1999, iniciándose la investigación de los hechos hasta llegar a la dictación de los procesamientos para perseguir la responsabilidad penal de todos los acusados con fecha 25 de octubre y 3 de noviembre de 2005 -en el caso de los secuestros-, y 29 de septiembre de 2006 -respecto del homicidio calificado-.

3.- Que tal como se reconoce en el considerando que antecede, ha transcurrido en exceso el plazo de quince y diez años que la ley contempla en el artículo 94 del Código Penal, para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, como ocurre con el

homicidio calificado, y para los restantes crímenes, como es el caso del secuestro.

4.- Que por incluirse entre los delitos cometidos el de secuestro calificado, y atendida la circunstancia de la especial y particular opinión de los disidentes sobre la oportunidad de la consumación de estos, se incluyen en el voto las reflexiones pertinentes, que hacen aplicable la causal de extinción de la responsabilidad penal, también respecto de ellos.

5.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal de la siguiente forma:

“El que sin derecho encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con las penas de reclusión o presidio menores en cualquiera de sus grados, atendidas las circunstancias.

En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

Si el encierro o detención se prolongasen por más de noventa días o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados, según las circunstancias?”.

Esta norma reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146ª, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

6.- Que este delito, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto antes reproducido, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia como también por esta sentencia, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de “encerrar” o “detener” a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o

restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: ¿Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido? (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

De ser de este modo, surge para el disidente la siguiente interrogante particular: ¿es posible y legítimo, entonces, sentenciar por el delito a persona alguna antes de la liberación esperada, más aún en carácter de consumado?"

7.- Que, para la calificación jurídica de los hechos de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos

efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes de los concursos de delitos.

8.- Que este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advertiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza: ?Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4.- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), comenta que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que

en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo. Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que ?Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea?, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

9.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal. El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una

condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

10.- Que en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica a favor de los encausados la causal de extinción de la responsabilidad penal, contemplada en el artículo 93, N° 6 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal.

11.- Que la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en septiembre de mil novecientos setenta y tres, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19, N° 3, de la Constitución Política de la República que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo; después de la reforma constitucional de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana esos mismos órganos del Estado están en el deber de respetar y promover tales derechos, ¿garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes?. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente descrita

previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva resulte favorable al afectado.

12.- Que en

cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos consignando:

¿Que los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (Artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de `conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de `conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular

para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro `La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos?, Edici 'f3n Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que `para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable..?.

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos



Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional es ley de la República sólo a contar de su publicación en el Diario Oficial efectuada con fecha uno de agosto pasado, por lo que no existía a la época de los delitos investigados, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de su comisión, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

Tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que ¿conflicto armado sin carácter internacional? es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o

grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

El D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la

Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile entre el 15 y 19 de septiembre de 1973 existía un `conflicto armado no internacional?, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio. Se agregó, además, que los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. `En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ?ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente?, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban? (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar uno

comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro ¿La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 ? 1998? (Grijalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989 dice que los señores Cumplido y Viera Gallo ¿han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagüa confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la ¿guerra interna? de 1973; pero tampoco aceptan que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar?? (pág. 44)?

13.- Que, en relación al Derecho Convencional Internacional, que se estima aplicable en el fallo, corresponde recordar, tal como antes se ha sostenido, que el Pacto Internacional de Derec

hos Civiles y Políticos fue suscrito por nuestro país el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, fue publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, esto es, se hizo obligatorio en nuestro país desde esta última fecha, la que resulta ser posterior al hecho que ahora preocupa. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor internacional desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y cierto es que establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan

cometido. Sin embargo, esta Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

14.- Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad antes recordados.

Se previene que, en lo penal, el ministro señor Künsemüller, respecto de los delitos de secuestro perpetrados en las personas de Einar Tenorio Fuentes y Luis Caupolicán Calfuquir Villalón, no acepta el reconocimiento de la denominada media prescripción, ni la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su admisión, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia minorante del artículo 103 del Código Penal, porque - como lo ha expresado en numerosos fallos anteriores - no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de permanente de los injustos que en el proceso han quedado establecidos, no es posible precisar el comienzo de los mismos, que ha de contarse desde el momento de cesación de la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco el deceso del sujeto pasivo de la detención o encierro ilegales. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en tanto circunstancia modificatoria de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta de término del estado antijurídico, de lo que se desprende que tal alegación de las defensas debe ser desestimada, por lo que para regular la sanción que deberá imponerse a los encausados Carlos Moreno Mena, Reinaldo Lukowiack Luppy, Hugo Catalán Lagos, Domingo Silva Soto y Germán Fernández Torres, por los delitos de secuestro a que han sido condenados, sólo se debe tener en cuenta la morigerante del artículo

11, N° 6°, y, por ende, estuvo por imponer respecto de esos injustos, las siguientes penas: a) A Moreno Mena, la sanción de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del secuestro calificado de Einar Tenorio Fuentes; b) A Lukowiak Luppy la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor de los delitos de secuestro de Einar Tenorio Fuentes y Luis Calfuquir Villalón, y, c) A Catalán Lagos, Silva Soto y Fernández Torres, a sufrir cada uno la sanción de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autores del secuestro de Luis Calfuquir Villalón, en cada caso, con sus accesorias pertinentes y a las costas del juicio.

Por otra parte, el pr

eviniente estuvo por condenar a Moreno Mena, Catalán Lagos y Silva Soto, a sufrir cada uno la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, accesoria legal y las costas del juicio, como autores del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoz.

Se previene, asimismo, que, en lo penal, el abogado integrante señor Pozo, fue del parecer de rebajar sólo en un grado desde el mínimo legal, las penas impuestas a los enjuiciados, de forma tal que las sanciones a asignarles serían: a) A Carlos Moreno Mena, la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de secuestro de Einar Enrique Tenorio Fuentes, y a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoz; b) Reinaldo Lukowiak Luppy, la sanción única de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor de los dos delitos de secuestro de Einar Tenorio Fuentes y Luis Calfuquir Villalón; c) A Hugo Catalán Lagos y Domingo Silva Soto, a soportar cada uno de ellos las penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autores del delito de secuestro de Luis Calfuquir Villalón, y a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autores del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoz; d) A Germán Fernández Torres, la sanción de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de secuestro de Luis Calfuquir Villalón,

y e) A Nadir Guzmán Pincheira y Heriberto Babileck Druding, a sufrir cada uno la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como encubridores del homicidio calificado de Osvaldo Burgos Lavoiz. En cada situación, con sus accesorias legales pertinentes y costas del juicio.

Acordada la decisión civil con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por rechazar la demanda porque, a su juicio, ha sido procedente acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer de ella, por las siguientes razones:

1º) Que la admisión en sede penal de la acción civil compensatoria aparece sujeta al cumplimiento de las exigencias que el propio legislador ha previsto, consistentes en que el soporte de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

2º) Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, regulando esta materia expresa: "Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

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 persigan 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 objeto del proceso penal?.

Que la norma trascrita, en tanto disposición de carácter excepcional, debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el

legislador resulta extraordinaria.

3º) Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del Código de Instrucción Penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto, toda vez que, permitiendo aquél la inclusión de la acción civil en sede penal, éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, pero se conserva inalterable el

fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida interponerla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente: "La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las



reglas generales.

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior.

4º) Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las normas que regulan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Instrucción criminal.

5º) Que, en tal escenario, la pretensión indemnizatoria presentada en sede penal mediante el libelo de fojas 1.552, por el abogado don Gabriel Hernández Paulsen, en representación de doña Verónica Luz Tenorio, hija del ofendido señor Einar Enrique Tenorio Fuentes, dirigida en contra del Fisco de Chile, representada, en su calidad de Presidente del Consejo de Defensa del Estado, por don Carlos Mackenney Urzúa, lo fue fundada en que, el día 15 de septiembre de 1973, la víctima fue detenida y privada de libertad, sin que se tenga noticias de su paradero ni del lugar donde sus restos eventualmente podrían encontrarse inhumados. Lo anterior, se sostiene, fue perpetrado por una patrulla de carabineros, perteneciente a la Quinta Comisaría de Pítrufquén, como agentes del Estado y dentro de una política sistemática del gobierno de la época de violación a los derechos humanos de sus adversarios políticos, por lo que se demanda la responsabilidad extracontractual del Estado.

En el entorno reseñado, los supuestos fácticos de la acción promovida escapan de aquellos que pueden ser conocidos en sede penal con arreglo al artículo 10 del Código de Enjuiciamiento Criminal, desde que el fundamento de la acción civil ejercida impone comprobar que la causa del detrimento experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo entonces en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal, motivo suficiente para rechazar la pretensión civil, omitiéndose pronunciamiento sobre las demás cuestiones alegadas por los intervinientes, por improcedente. Como consecuencia de lo anterior, no comparten los considerandos

vigésimo séptimo a trigésimo quinto de esta sentencia, por ser ello innecesario,

desde que tales argumentaciones se refieren a las otras excepciones opuestas por el Fisco a la correspondiente acción civil. Se deja constancia que para resolver como se hizo, en cuanto a la fracción penal, específicamente sobre el cuántum o entidad de la pena, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los encausados - por tres votos contra dos-, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el cuántum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que uno de ellos - el Sr. Künsemüller - no acepta reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción respecto de los delitos de secuestro, mientras que los dos restantes - Sres. Dolmestch y Pozo - sí la hacen efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y, en esta etapa del acuerdo, el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados Carlos Moreno Mena, Reinaldo Lukowiack Luppy, Hugo Catalán Lagos, Domingo Silva Soto y Germán Fernández Torres, la atenuante de la media prescripción, manifestando que si él estuvo por absolver a los acusados al adoptarse la resolución de condena o absolución, por aplicación de la causal de extinción de la responsabilidad penal de la prescripción, dicha decisión no es óbice para que en esta etapa de regulación del quantum de la condena, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, se sume al voto tendiente a reconocer el derecho de los citados acusados a que se les rebaje la pena por la aplicación del artículo 103 del Código Penal.

En cuanto al efecto de atenuación de la modificatoria en análisis, no existe mayoría, atendido que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron del parecer de rebajar en dos grados desde el mínimo legal, las penas impuestas a los enjuiciados, mientras que el

abogado integrante señor Pozo acepta la rebaja sólo en un grado. El ministro señor Künsemüller acepta la rebaja en dos grados únicamente respecto del delito de homicidio calificado, y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantiene su decisión de absolverlos por prescripción de la acción penal.

En la situación descrita y conforme lo prescribe el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, se resolvió someter separadamente a votación cada opinión particular, sin que ninguna de ellas obtuviera mayoría absoluta. En consecuencia, y por aplicación del inciso primero de esa norma, se dispuso excluir la opinión del ministro señor Segura, por reunir menor número de sufragios y, repetida la votación entre los restantes, el ministro señor Segura, quien reconoce en la prescripción su vigencia y efectos plenos en tanto constituye motivo legal para absolver de la acusación dada su índole de eximente de la responsabilidad penal- como en el caso de autos- y también la vigencia y efectos plenos de la circunstancia de disminución de pena contemplada en el artículo 103 del estatuto penal, pero reconociendo a esta norma su vinculación directa e inescindible con la prescripción completa, que le da su razón de existencia, por lo que no puede considerarse en forma separada de la eximente, como si constituyera una verdadera y autónoma causal especial de atenuación de la sanción penal, equiparable a aquellas incluidas en el artículo 11 del Código Penal, optó por la opinión más favorable a los procesados, de manera que hace aplicable el artículo 103 del Código Penal, sancionándolos como se ha expresado en lo dispositivo de este fallo, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el ministro señor Ballesteros y las disidencias y prevenciones, sus autores.

Rol N° 5233-

08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S.

ri-135 Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

En Santiago, a veintiuno de diciembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

