

**C.A. de Santiago**

**Santiago, treinta de diciembre de dos mil trece.**

**Vistos:**

En estos autos rol ingreso Corte N° 1254-2012, rol de primera instancia N° 2.182-1998, llevada por el Ministro de Fuero don Jorge Zepeda Arancibia, se dictó sentencia definitiva el veintitrés de enero del año dos mil doce, que en lo penal resolvió:

1.- Absolver al acusado Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo de la acusación dictada en su contra, y también de las adhesiones a esa acusación, de ser autor de los delitos reiterados de secuestro calificado en las personas de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urria; y de Antonio Elizondo Ormaechea, cometidos a contar del día 26 de mayo de 1976;

2.- Condenar al acusado Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, a sufrir la pena única de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, y accesorias, como **autor** de los delitos reiterados de secuestro calificado en las personas de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urria; y de Antonio Elizondo Ormaechea, cometidos a contar del día 26 de mayo de 1976;

3.- Condenar al acusado Carlos José Leonardo López Tapia, a sufrir la pena única de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, accesorias legales, como **autor** de los delitos reiterados de secuestro calificado en las personas de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urria; y de Antonio Elizondo Ormaechea, cometidos a contar del día 26 de mayo de 1976;

4.- Condenar al acusado Eugenio Jesús Fieldhouse Chávez, ya individualizado, a sufrir la pena única de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, y accesorias legales, como **cómplice** de los delitos reiterados de (**secuestro**) homicidio calificado en las personas de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urria; y de Antonio Elizondo Ormaechea, cometidos a contar del día 26 de mayo de 1976;

5.- Condenar al acusado Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, ya individualizado, a sufrir la pena única de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, a la pena accesoria legales, como **cómplice** de los delitos reiterados de (**secuestro**) homicidio calificado en las personas de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urria; y de Antonio Elizondo Ormaechea, cometidos a contar del día 26 de mayo de 1976;

6.- Condenar al acusado Johann Van Den Berg Schuurmann, ya individualizado, a sufrir la pena única de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, accesorias legales como **cómplice** de los delitos reiterados de (**secuestro**) homicidio calificado en las personas de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urria; y de Antonio Elizondo Ormaechea, cometidos a contar del día 26 de mayo de 1976;

Atendida la extensión de la pena impuesta no se le concede a ninguno de los sentenciados, alguno de los beneficios que contempla la Ley N° 18.216.

**En lo civil**, hizo lugar con costas, a las **demandas civiles** interpuestas, a fojas 3.255, por Filma Canales Sore, madre de la víctima Juan Bosco Maino Canales; a fojas 3.265, por Andrés Constantino Rekas Urria, hermano de la víctima Elizabeth Rekas Urria; y a fojas 3.285, por María de los Dolores Elizondo Ormaechea, hermana de la víctima Antonio Elizondo Ormaechea. Las demandas civiles acogidas por esta sentencia fueron deducidas por todos los actores civiles antes singularizados en contra del Fisco de Chile. Los actores civiles señora Filma

Canales Sore y señora María de los Dolores Elizondo Ormaechea, deducen las demandas civiles y ellas se acogen además del Fisco de Chile, en contra de los demandados civiles Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Carlos José López Tapia, Eugenio Jesús Fieldhouse Chávez, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, y Karl Johann Van Den Berg Schuurmann. El actor civil Andrés Constantino Rekas Urra, deduce la demanda civil que se hace lugar en contra del Fisco de Chile, y, además, y se acoge la deducida en cuanto se dirige en contra de los demandados civiles Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke y Karl Johann Van Den Berg Schuurmann.

En consecuencia, condenó al demandado civil Fisco de Chile, y a los demandados civiles Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Carlos José López Tapia, Eugenio Jesús Fieldhouse Chávez, Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, Karl Johann Van Den Berg Schuurmann, a pagar solidariamente, a título de indemnización por el daño moral sufrido, a:

- a) Filma Canales Sore, la suma de \$ 90.000.000.
- b) María de los Dolores Elizondo Ormaechea, la suma de \$90.000.000.

3.- Asimismo condenó al demandado civil Fisco de Chile y a los demandados civiles Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke y Karl Johann Van Den Berg Schuurmann, a pagar solidariamente, a título de indemnización por el daño moral, a Andrés Constantino Rekas Urra la suma de \$90.000.000.

Dispuso que los demandados civiles deberían pagar el monto de la indemnización a que han sido condenados solidariamente debidamente reajustadas y generará intereses desde la fecha de la presente sentencia y hasta el pago efectivo y total de la misma y además las costas de la causa.

Se rechazaron las demandas civiles interpuestas en contra de los demandados civiles Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo, por haber sido absuelto de la acusación dictada en su contra; en contra del demandado civil Paul Schäfer Schneider, por haber sido sobreseído definitivamente por su muerte; y en contra de Hartmutt Wilhelm Hopp Miottel, por haber sido sobreseído en rebeldía en esta causa.

Se elevó, además, en consulta de la resolución de que:

a.- Declaró el sobreseimiento parcial y definitivo de Osvaldo Pincetti por estar exento de responsabilidad penal por haber caído en enajenación mental irrecuperable.

b.- Declaró el sobreseimiento parcial y definitivo de Paul Schafer por haber fallecido, art 93 N°1 y 94 del CP y art 408 N° 5 y 414 del CPP.-

**En contra de dicho fallo:**

a.- Apelaron Manuel Contreras Sepúlveda, Eugenio Fieldhouse Chávez y Carlos López Tapia.

b.- El Fisco de Chile apeló en contra de la decisión penal y, en lo que respecta a la acción civil, interpuso recurso de casación en la forma. Además, interpusó recurso de apelación en contra de la parte civil de la sentencia.

c.- Presentaron recursos de casación en la forma, conjuntamente con recursos de apelación, la defensa de Karl Johann Van Den Berg Schuurmann y de Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke.

d.- Se adhirió a la apelación interpuesta por los querellados y el Fisco de Chile el abogado querellante de doña Dolores Elizondo Ormaechea y el abogado querellante de doña de Filma Canales Sore.

Se elevó, además, en consulta de la resolución de que:

a.- Declaró el sobreseimiento parcial y definitivo de Osvaldo Pincetti por estar exento de responsabilidad penal por haber caído en enajenación mental irrecuperable.

b.- Declaró el sobreseimiento parcial y definitivo de Paul Schafer por haber fallecido, artículo 93 N°1 y 94 del Código Penal y artículo 408 N° 5 y 414 del Código de Procedimiento Penal.

A fojas 4231 el Fiscal Judicial, don Juan Manuel Escandon Jara, sugirió aprobar los sobreseimientos parciales y definitivos de los procesado Osvaldo Andrés Pincetto Gacy Paul Shafer Schneider. Estuvo por confirmar la sentencia, por encontrarse dictada conforme con los antecedentes que obran en el proceso y ajustada a derecho y desestimar los recursos de casación en la forma presentados por la parte de Karl Johann Van Den Berg Schuurmann y Gerhard Wolfgang Mucke Koschitzke, atendido el hecho que la sentencia también fue apelada y los vicios que se le atribuyen no aparecen como reparables sólo con la invalidación del fallo, ya que pueden ser corregidos por la Corte.

A fojas 4235 se trajeron los autos en relación.

A fojas 4255 se dispuso al Ministro de Fiero, recabar informe de facultades mentales, respecto de los condenados Contreras y López.

A fojas 4258 rola informe del Servicio Médico Legal de Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y a fojas 4271, el de Carlos José López Tapia.

A fojas 4.280 volvió a regir el decretó que ordenó traer los autos en relación.

#### **Considerando:**

##### **En cuanto a los recursos de casación en la forma en lo penal:**

**Primero:** La defensa del condenado Karl Johan Van Den Berg Schuurmann, dedujo recurso de casación en la forma fundado en la causal del numeral nueve del artículo 541 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo dispuesto por el artículo 500 N° 4 y 5 del mismo texto legal, toda vez que durante la tramitación del juicio y en especial al contestar, su parte planteó que la intervención de su representado a lo sumo podía estimarse constitutiva de encubrimiento, debiendo entenderse subsumida en el artículo 17 N° 2 del Código Penal, alegación de la que el tribunal no se hace cargo, estableciendo que se trata de un cómplice.

Resulta evidente -sostiene- que la conducta que se imputan a su representado, no puede sino que entenderse como constitutivas de encubrimiento, atendido que su único objeto fue ocultar los rastros o huellas del delito de otros, según detalla.

De acuerdo a los antecedentes que cita, afirma que el sentenciador a lo más pudo llegar a presumir la intervención de su representado en la ocultación del delito de terceros, pues se le imputa, en definitiva, haber tenido conocimiento de que “llegaron al fundo varios vehículos ajenos (H Hopp), haber escuchado de Paul Shafer que “el gobierno militar les había dado una tarea consistente en reparar y pintar para luego vender unos vehículos que habían aparecido en Colonia Dignidad, sin imputarle intervención alguna en las gestiones relativas a los vehículos (U. Schmidtke), en términos que a lo sumo la conducta de Van Der Berg Schuurmann a lo sumo puede subsumirse en el artículo 17 N°2 del Código Penal.

En cuanto a la declaración indagatoria de su representado, sostiene que no existe antecedente alguno que permita concluir que el detenido que reconoce haber cuidado-por orden de Paul Schaeffer- sea una de las víctimas de autos, ya que tal hecho aconteció con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, lo que no puede vincularlo con las víctimas pues su detención se produjo casi tres años desde la fecha citada por el deponente, agregando al declarar que la persona que le correspondió cuidar sabe que era extranjero, y que no creía que hablara español.

Afirma que el sentenciador no se hizo cargo de las alegaciones efectuadas por la defensa al contestar, donde se pidió calificar la intervención de don Karl Johan Van Den Berg

Schuurmann como encubrimiento, pero enseguida alega que en el considerando 27 rechazó implícitamente y sin fundamento la alegación de la defensa del imputado.

En definitiva, pide invalidar el fallo y acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente dicte el fallo de remplazo que corresponda a derecho y al mérito del proceso con costas.

**Segundo:** Fundada en la misma causal, la defensora de Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke- (misma del anterior condenado) presenta casación formal en similares términos, acusando que el fallo no se hace cargo de su solicitud, en orden a calificar la participación Mücke Koschitzke como constitutiva de encubrimiento, única manera de entender su conducta, cuyo único objeto fue ocultar los rastros o huellas del delito de otros, lo que se desprende de los antecedentes que detalla, únicos en base a los cuales se imputó responsabilidad a su representado, atribuyéndole haber pintado los vehículos de las víctimas a fin de no ser reconocidos y luego haber dirigido las maniobras de ocultación de los mismos en fosas cavadas al interior de “Colonia Dignidad”.

Afirma que el sentenciador no se hizo cargo de las alegaciones efectuadas por la defensa al contestar, donde se pidió calificar la intervención de don Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke como encubrimiento, pero enseguida alega que en el considerando 22 rechazó implícitamente y sin fundamento la alegación de la defensa del imputado.

En definitiva, igual que en el caso anterior, pide en definitiva, pide invalidar el fallo y acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente dicte el fallo de remplazo que corresponda a derecho y al mérito del proceso con costas.

**Tercero:** Que bastaría para rechazar los recursos en examen que lo propia defensa de los recurrentes reconoce el rechazo implícito del encubrimiento alegado por su defensa – según expresa- en los considerandos 22 y 27 respectivamente, de modo que lo da por sobre entendido.

**Cuarto:** Que, sin perjuicio de lo anterior, con arreglo a lo dispuesto por el inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 del de Procedimiento Penal, el tribunal puede desestimar el recurso si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, como acontece en la especie, toda vez que sobre la misma materia se presentó recurso de apelación por la defensa de ambos condenados recurrentes de casación formal, de modo que puede esta Corte arreglar por dicha vía la falencia apuntada.

#### **En cuanto al recurso de casación en la forma en lo civil**

**Quinto:** Es el Fisco de Chile quien solicita la invalidación formal del fallo, en lo que respecta a la decisión de acoger las demandas civiles presentadas en su contra, condenándolo a pagar la suma de \$ 270.000.000 por concepto de daño moral.

**Sexto:** Como primer vicio, afirma que la sentencia fue dictada por un tribunal manifiestamente incompetente, conforme al artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que carecía de competencia para conocer acciones distintas de aquellas estrictamente mencionadas por la citada norma legal, dado que el Fisco de Chile, que es una persona jurídica, no ha sido ni ha podido ser jamás- el autor material de los hechos dañosos de esta causa y por lo tanto no ha podido tener jamás la calidad de procesado, y la responsabilidad del Estado, aun directa se rige por otra normativa de derecho Público, que obliga a analizar conductas propias muy diferentes a las de los partícipes del delito.

Agrega, que al juzgarse la responsabilidad que corresponde a un tercero, como es el Fisco de Chile, no se ha juzgado el directo obrar delictivo de los acusados, sino que, a otro

tercero distinto, que obedece a un fundamento jurídico de responsabilidad totalmente ajeno a las conductas criminales en sí mismas.

**Séptimo:** Enseguida, alega que la sentencia no fue extendida en la forma dispuesta por la ley, al no pronunciarse sobre todas las excepciones planteadas, ya que su parte opuso como excepción a las tres demandas civiles, además de la excepción de incompetencia absoluta, excepción de pago, respecto de la cual el sentenciador de primera instancia no emitió pronunciamiento., haciendo sólo una mención tangencial en la parte expositiva de los argumentos que la fundaron, no dando cumplimiento , entonces, a lo dispuesto por el artículo 500 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, incurriendo en la causal del numeral 9 del artículo 541 del mismo texto legal.

**Octavo:** Que tal como aparece de la presentación de fojas 4148 el Fisco apeló del fallo en los aspectos son materia de su casación, de modo que cabe aplicar la regla antes citada, inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que pudiendo subsanarse los defectos por la vía del recuso de apelación, el recurrente no ha sufrido un perjuicio que sea sólo reparable con la invalidación del fallo, lo que conduce a su rechazo

**En cuanto a los recursos de apelación en lo penal:**

Se reproduce la sentencia en alzada de veintitrés de enero del año dos mil doce, escrita de fojas 4001 a 4130, con las siguientes modificaciones:

a.- Del considerando segundo se suprimen los literales c), d), e) , f), g), y todo lo que va desde las expresiones “en la que forman parte de una acción..” de la letra i)

b.- Se eliminan los motivos 20, 21,22, 23, 25, 26, 27 y 28.

c.- De los considerandos 51, 57 y 59 61 se excluyen los nombres “Gerhard Mucke Koschitzke y Karl Van Den Berg

a.- Se elimina la reflexión 52, 55

b.- Asimismo se prescinde de los motivos 66, 67, 68, 68, 70 a 83.

**Y se tiene en su lugar, además, presente:**

**Noveno:** Que los antecedentes reunidos en estos autos no resultan bastantes -en concepto de esta Corte- para construir presunciones judiciales, en los términos que exige el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, de participación de los acusados Gerhard Mucke Koschitzke y Karl Van Den Berg en alguna de las calidades previstas por el legislador , en la detención y posterior desaparición de Juan Bosco Maino Canales; de Elizabeth de las Mercedes Rekas Urrea; y de Antonio Elizondo Ormaechea, víctimas que los testigos ubican el Villa Grimaldi, mencionándose sólo como otro lugar de su encierro- en el cuaderno separado a fojas 55 y en el informe del Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, a fojas 89, el de Cuatro Álamos .

**Décimo:** En efecto, de los dichos de Carlos Montes Cisternas aparece que en el dialogo que éste sostuvo con sus torturadores en 1980, éstos le dijeron que Maino Canales se “les había ido” durante el interrogatorio, reconociendo a la persona que lo interrogaba con el nombre de “Doc” apelativo de Osvaldo Andrés Pinchetti Gasc, sin que aparezca de los antecedentes de esta causa que tales interrogatorios se hubieren desarrollado en Colonia Dignidad.

**Undécimo:** Por su parte, las copias fichas de Juan Maino Canales, Elizabeth Rekas Urrea y Antonio Elizondo Ormaechea incautadas en Villa Baviera, que rolan agregadas a fojas 2778 y siguientes (tomo VI) tampoco son indiciarias de la participación de, ya que se trata de copias de publicaciones periodísticas en relación a la desaparición de las víctimas y a un informe en Ingles, traducido al español, que correspondería a un informe de la ONU del año 1977.

**Décimo Segundo** Por último no existe prueba que permita concluir de manera unívoca que las citronetas aludidas en autos existentes en la colonia Dignidad correspondiesen a las utilizadas por las víctimas de este proceso. En esta línea los antecedentes se reducen a la declaración del Comisario Alberto Torres (fojas 302), que señala que le correspondió investigar el secuestro y desaparición del sacerdote español Antonio Llidó ocurrida en el año 74, investigando el Centro mantenido por la Dina en Colonia Dignidad, quien no precisa fechas, y cita una declaración prestada fuera del país por un ex colono Jorg Packmor, y en orden a que los organismos de seguridad de la época-DINA- le habrían regalado a Paul Shafer varios vehículos de diversos modelos y marcas como Citroën, Renault, etc, pertenecientes a detenidos desaparecidos, lo que le permitió concluir cual era la red que determinaba el destino último de los vehículos de los detenidos, mencionado también los testimonios de Efraín Vedder Veuhof y de Ulrich Schmidtke Miottel.

En cuanto a la declaración de éste último, de fojas 1021 ( tomo II, refiere la aparición en la Colonia Dignidad hacia unos 25 a 30 años atrás(declara en mayo de 2005, entonces 1975-1980 aprox) de alrededor de 8 vehículos, recordando dos o tres citronetas, cuyos colores no entrega, ( una de las que usaba una víctima era de color verde) una Renault color rojo, una camioneta marca Chevrolet, probablemente amarilla un Austin mini que no recuerda color y un auto americano posiblemente Dodge color oscuro, indicando que si bien ignora la forma en que llegaron esos vehículos, recuerda bien que Shafer reunió a Willi Malesa, Artur Werlach ( fallecido, y al parecer Karl Van Den Berg y a él y les manifestó que el gobierno militar les había dado una tarea señalando que esos vehículos debían ser reparados y pintados para luego poder venderlos y obtener dineros para equipos de filmación, siendo los encargados de pintar los vehículos Gerhard Mucke y Kart Stricker añadiendo, que años después se le indicó por Willi Malessa que había que hacer desaparecer los vehículos y debía ayudar al desarme de los mismos y luego enterrarlos bajo tierra. Sin embargo el informe pericial mecánico agregado a fojas 680 y siguientes si bien da cuenta del hallazgo de dos motores enterrados al interior de Villa Baviera, ambos corresponden a vehículos marca Renault del tipo Renoletas.

**Décimo Tercero:** Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido la convicción de que realmente se ha cometido el hecho punible y que en él le ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley, aspecto éste último que no se cumple en relación a los encausados Karl Johan Van Den Berg Schuurmann y Gerhard Wolfgang Mücke Koschitzke, razón por la que serán absueltos de los cargos de que fueron objeto en estos autos, sin que deba, entonces, esta Corte pronunciarse sobre el resto de sus defensas.

**Décimo Cuarto:** De la manera antes descrita esta Corte se hace cargo del informe del señor Fiscal Judicial de fojas 4231, disintiendo de aquel, en aquella parte que estuvo por confirmar la sentencia sin modificaciones.

#### **En cuanto a los recursos de apelación en lo civil.**

**Décimo quinto:** Que tal como se ha resuelto en otras causas por estas sentenciadoras, en tanto excepcional la competencia del juez penal para conocer de la acción civil, cabe examinar si, en la especie, las interpuestas se ajustan a los extremos fijados por el legislador en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, esto es si su fundamento obliga a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

**Décimo Sexto:** En el caso de autos se demandó la indemnización de los daños y perjuicios al Fisco de Chile, como se resume en el motivo sexagésimo segundo por tratarse de delitos imputables al Estado de Chile a través de la acción u omisión de sus agentes de lo que

deriva la responsabilidad internacional del Estado, que obligatoriamente debe dar curso a la verdad, a la sanción penal y a la reparación, como un proceso complejo realizador de la justicia.

**Décimo Séptimo:** Exponen los demandantes civiles que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, concede acción penal para sancionar a los culpables de un delito y al mismo tiempo concede acción civil para obtener la reparación de los daños consecuencia de ese ilícito, y que en este caso se persiguen las responsabilidades penales y también las civiles que de los hechos derivan, y que los actos y hechos de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, son imputables directamente al órgano público al que pertenecen, asilándose en jurisprudencia y normativa Constitucional e Internacional.

**Décimo Octavo:** Tal escenario conduce a recordar -según se ha resuelto por la jurisprudencia- que la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho.

**Décimo Noveno:** Así las cosas los supuestos fácticos de las acciones intentadas contra el Fisco, al involucrar aspectos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal exceden los márgenes de la competencia que el legislador reconoce al Juez penal, lo que conduce a acoger el motivo de nulidad formal de incompetencia invocado por el Fisco de Chile.

**Vigésimo:** Que por lo demás, lo dispuesto en el artículo 10 y 40 del Código de Procedimiento Penal, ha de interpretarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Penal y 171 del Código Orgánico de Tribunales, en tanto estos últimos entregan una tendencia del legislador- 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 dirigirla 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.

**Vigésimo Primero:** Que acogida la excepción de incompetencia presentada por el Fisco en contra de la decisión civil que le afecta, no cabe emitir pronunciamiento sobre las demás excepciones opuestas por el Fisco.

**Vigésimo Segundo :** Que no acontece lo mismo con la acción civil presentada contra los condenados, toda vez que acreditada su responsabilidad penal han de resarcir civilmente los perjuicios causados, en este caso el daño moral que la desaparición de las víctimas les provoco.

Estima esta Corte que si bien los padecimientos que fluyen de hechos como los asentados para los familiares de las víctimas, al momento de regular el daño tendrá presente el parentesco que unía a los demandantes con las víctimas pues de allí es posible inferir que el dolor experimentado por una madre ante la pérdida de un hijo resulta de mayor entidad que el de una hermana, sin que exista prueba que descarte tal presunción. Así las cosas se determinará en \$ **90.000.000** (noventa millones de pesos) la indemnización por daño moral para doña Filma Canales y de \$ **60.000.000** para doña Dolores Elizondo Ormaechea, suma por la que deben responder solidariamente los condenados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto por los artículos 10, 456 bis 488, 510, 527, 533, 535, 541, 544, todos del Código de Procedimiento Penal, 14 y siguientes del Código Penal, 768 del de Procedimiento Civil, se decide que:

I.- **Se rechazan** los recursos de casación en la forma presentados por la defensa de los condenados Gerhard Wolfgang Mucke Koschitzke, Karl Johann Van Den Berg Schurmann y el Fisco de Chile respectivamente.

II.- **Se revoca** la sentencia apelada, antes individualizada, en cuanto condenó a Gerhard Wolfgang Mucke Koschitzke, Karl Johann Van Den Berg Schurmann, los que quedan absueltos de los cargos imputados en autos, así como de la demanda civil presentada en su contra.

III.- **Se revoca**, asimismo la sentencia en alzada, en cuanto acogió las demandas civiles interpuestas, y rechazó la excepción de incompetencia opuesta por el Fisco, decidiendo, en cambio que el tribunal es incompetente para conocer de las demandas presentadas contra el Fisco de Chile.

IV.- **Se confirma**, en lo demás la aludida sentencia, con declaración que Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Carlos José López Tapia, y Eugenio Fildhouse Chávez deben indemnizar civilmente, en forma solidaria, por concepto de daño moral a doña Filma Canales Sore por la suma de \$ **90.000.000.-** (noventa millones de pesos) y a doña María Dolores Elizondo Ormachea la suma de \$ **60.000.000.-** (sesenta millones de pesos)

V.- **Se aprueba** el sobreseimiento parcial y definitivo de fojas 3182 por haber caído en enajenación mental irrecuperable el procesado Osvaldo Andrés Pincetti Gac.

VI.- **Se aprueba** la resolución de fojas 3672 que sobresee parcial y definitivamente al inculpado Paul Schafer Schneider por haberse extinguido su responsabilidad penal.

Acordado la revocación del fallo en lo que a la acción civil dirigida contra el Fisco se refiere, contra el voto de la Ministro doña Jenny Book, quien estuvo por confirmar el fallo en dicha parte, conforme a sus propios fundamentos y en relación al pago alegado.

1º) Que, en lo que atañe a la incompetencia absoluta del tribunal, según lo previsto en el numeral 6º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, entiende el Fisco de Chile que el tribunal carece de la facultad de conocer y juzgar una acción civil de la parte querellante, es del caso señalar que si bien el objetivo principal del juicio penal es conocer y juzgar una conducta que la ley considere penalmente ilícita y por ende, la competencia del tribunal debe estar destinada a establecer los extremos de la persecución penal, el juzgamiento civil relacionado con el hecho acumulado al proceso penal debe entenderse como algo excepcional. Pero esta situación de excepción, no es óbice para acumular competencia si se dan los supuestos legales establecidos para justificar la necesidad de que se discutan en un solo juicio los aspectos civiles del delito con la cuestión penal, lo cual la ley orgánica y procedimental permite de manera clara y precisa.

Que en este entendido, es una regla general de competencia el principio de extensión, que se contiene en el artículo 111 del Código Orgánico de Tribunales, la cual permite una ampliación de competencia a los jueces en la labor jurisdiccional en los casos de relevancia jurídica, y así es que admite que el tribunal que es competente para conocer de un asunto, lo sea también para conocer de otras cuestiones que la norma plantea desde un punto de vista civil, como lo son los incidentes y las materias relacionadas con la reconvención o con la compensación, extensión que también opera en el juicio penal, como ocurre precisamente con los asuntos civiles o prejudiciales civiles relacionados con el tema criminal, a los cuales la ley le entrega competencia a los tribunales de la sede penal, como lo constituyen las materias previstas en los artículos 10, 39 y 40 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 171, 172, 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo a la vigencia que dispuso la Ley Nº 19.708, según se trate de asuntos criminales del antiguo o nuevo sistema procesal penal. De manera tal que la extensión de la competencia de los jueces a cuestiones distintas de lo que



constituye la causa principal es un principio plenamente vigente y además útil y necesario para la congruencia y seguridad jurídica en la contienda jurisdiccional y ayuda además como un elemento de economía procesal. (Corte Suprema. Sent. 22/11/ 21012 N° 3573-12).

2°) Que, ha de tenerse en cuenta que en virtud de la Ley N° 19.776 se modificó la norma contenida en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, la cual según su texto primitivo decía: “De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado”. La citada ley, modificó la norma en cuestión y también el artículo 40 del mismo cuerpo normativo. En lo primero la reforma dispuso: “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”. Agrego la norma: “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 consecuencia 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 argumentación del Fisco de Chile supone que el ejercicio de la acción civil sólo puede ejercerse entre la víctima o querellante y el procesado causante del hecho punible y además, que la acción indemnizatoria sólo podría justificarse en cuanto el hecho ilícito que causa el daño a indemnizar tenga una elación directa con la conducta punible. Tal argumentación no se compadece con el principio de extensión ni tampoco fluye del sentido de la norma ni menos de la historia de su establecimiento. En efecto, el texto original por su vaguedad creaba más dificultades en su interpretación sobre todo en el sentido de entenderse que la acción civil era procedente cuando tenía una vinculación directa con un delito y de alguna manera se entendía que no comprendía los perjuicios atinentes a los cuasidelitos, cuestión que solo por vía jurisprudencia se pudo superar y por ello es que la Comisión Conjunta encargada del estudio de esta modificación informó a la Junta de Gobierno, órgano legislativo en la época del gobierno militar, el sentido del proyecto, explicando que el artículo 10 aludido hay que entenderlo relacionado con los artículos 5, 19,40 y 41 del Código, con las modificaciones que introduce el proyecto y por ello es que se ha pretendido mejorar la terminología y disipar las dudas que ella con frecuencia origina. Así se señala que “la nueva redacción de los artículos 5 y 10 marca el carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal. Se deja a un lado el concepto restringido que muchos han querido ver en nuestra legislación y que, aparte de la restitutoria, limita el contenido de estas acciones a la reparación pecuniaria en dinero, identificándola sólo con la pretensión de declaración o liquidación de daños y perjuicios causados por delitos que sean indemnizables en dinero, con las consecuencias correspondientes respecto de la competencia” y se agrega en el informe: “La pluralidad que ahora se enuncia en los artículos 5 y 10 admite que entre las acciones civiles se pueden encontrar no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido evidentemente más amplio que en la actual legislación, sino también las acciones prejudiciales y las precautorias y las reparaciones especiales que traen aparejados ciertos delitos, como ocurre en los artículos 379, 381 y 410 del Código Penal”. En cuanto a la extensión de lo que es posible demandar la reforma también amplió ese criterio, como se desprende del informe justificativo del cambio, prescindiendo que su ejercicio como acción civil en el proceso penal sólo se justificaba si esta provenía o nacía del delito, avanzando en la tesis que la fuente común de la responsabilidad es el hecho ilícito y

antijurídico, el que sí está contemplado en la ley con una pena que deriva en responsabilidad penal y si causa daño genera responsabilidad civil, origen común del que arrancan importantísimas consecuencias en materias sustantivas o por ello es que se ha preferido utilizar expresiones “para perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible” o a “las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible”. (Nota marginal de explicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código de Procedimiento Penal, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, páginas 43,44 y 45).

De este modo, queda claro que el sentido de la reforma no lo fue con el ánimo de restringir el ejercicio de la acción civil que autoriza el artículo 10 del código citado, sino por el contrario fue extender su contenido a mayores hipótesis de cobros indemnizatorios, de manera que da más posibilidades de demandar a personas distintas de los hechores del delito, ejercicio que en ningún caso queda debilitado con el actual texto del precepto señalado. (Corte Suprema. Sent. N° 3573-12, 22/11/ 2012)

3°) Que, así las cosas aparece de manifiesto que el sentenciador penal es plenamente competente para conocer y decidir la acción civil indemnizatoria intentada en contra del Fisco de Chile, no incurriendo por tanto la sentencia cuya nulidad se pide por este motivo, en la causal que se ha deducido como fundamento del arbitrio de casación, el que no podrá prosperar.

4°) Que también se ha alegado por el Fisco de Chile, la excepción de pago, fundado en que el Estado de Chile, ha concedido a las víctimas y familiares de violaciones a los derechos humanos o de violencia política, beneficios que fueron entregados de manera general, como asimismo en particular respecto de cada una de las víctimas, mediante mecanismos de la Ley N° 19.123 que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, modificada por la Ley N° 19.980, las cuales establecieron una bonificación compensatoria y una pensión mensual de reparación, así como otros beneficios sociales, los cuales ya han satisfecho las pretensiones indemnizatorias de los demandantes.

5°) Que, la Ley N° 19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios sociales a los afectados, pero no establece de modo alguno la incompatibilidad en que sustenta la alegación opuesta por el demandado civil.

En este sentido el artículo 4° de la ley en comento, refiriéndose, en parte a la naturaleza y objetivos de la misma, establece: “En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiese caber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia.”. De igual forma, el artículo 24 de la citada ley prescribe: “La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiese corresponder al respectivo beneficiario.”

En suma, la excepción de pago debe ser desestimada, desde que la Ley N° 19.123 en ningún caso establece una prohibición, para que el sistema jurisdiccional, declare por los medios que autoriza la ley, la procedencia de la acción indemnizatoria por el daño moral causado a los demandantes, no obstante haber recibido estos, una pensión de reparación en virtud de esta ley.

**Redacción de la Ministro Ravanal y del voto disidente de su autora.**

**Regístrese y devuélvase.  
N° Criminal -1254-2012.**

Pronunciada por la **Séptima Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora Dobra Lusic Nadal e integrada por la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada y por la Ministra (S) señora Jenny Book Reyes

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.  
En Santiago, a treinta de diciembre de dos mil trece, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.