

*Min Fisco Jorge Zepeda*  
*Nº 33.337-2003*  
*Instituto Zc. Instrucción*

Santiago, veintidós de marzo de dos mil trece.-

Vistos:

Por sentencia de seis de abril de dos mil once, se condenó a Gerardo Urrich González; Juan Ramón Gerardo Fernández Berardi; René José Guillermo Cardemil Figueroa, en su calidad de autores de los delitos reiterados de homicidio calificado en las personas de Ricardo Montecinos Slaughtter, Carlos Adler Zulueta, Beatriz Elena Díaz Agüero, Víctor Alejandro Garretón Romero, Jorge Salas Paradisi y Julio Saa Pizarro, cometidos en Santiago el 17 de octubre de 1973, a sufrir, cada uno de ellos, la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

En contra de dicho fallo se presentaron los siguientes recursos:

- a) A fojas 2.977 apeló la defensa de Gerardo Ernesto Urrich González.
- b) A fojas 2.983 dedujo recurso de casación en la forma y apelación el Fisco de Chile.
- c) A fojas 3.008 dedujo recurso de casación en la forma la defensa de Juan Ramón Fernández Berardi.
- d) A fojas 3.021 apeló el abogado Ilan Sandberg Wiener, por el Programa Continuación Ley Nº 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
- e) A fojas 3.033 dedujo recurso de casación en la forma, apelando en subsidio la defensa de René Cardemil Figueroa.

A fojas 3.088 doña María Loreto Gutiérrez, Fiscal Judicial informa: En cuanto al recurso de casación en la forma del sentenciado Juan Ramón Fernández Berardi, invocando la causal del numeral sexto del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la Ley Nº 19.665 que derogó parcialmente el artículo 50 Nº 2 del Código Orgánico de Tribunales, esto es haberse dictado la sentencia por un juez manifiestamente incompetente, o no integrado con los funcionarios designados por la ley, estimó que atendido lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley Nº 19.708 y en atención a que los hechos ocurrieron con anterioridad a la modificación referida por el recurrente, es de opinión de desestimar el recurso de casación en la forma. El recurrente además alega que la sentencia omitió pronunciamiento respecto de la incompetencia del tribunal, sin embargo a este respecto, señala que ello, debió ser motivo de invocación de otra causal de nulidad formal, distinta de la que fue deducida.

En cuanto al recurso de casación en la forma del sentenciado René Cardemil Figueroa, fundado en que la sentencia ha omitido las consideraciones en cuya virtud se da por probada su participación en calidad de autor, estimó que los argumentos vertidos en el fallo en análisis son suficientes para tener por acreditada la participación, por lo que dicho recurso debiera ser desestimado.

Finalmente en cuanto a las apelaciones, estuvo por confirmar la sentencia en alzada, en lo que a la acción penal se refiere.

A fojas 3.091 se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

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

1º.- Que el recurso de casación en la forma interpuesto por la defensa de Fernández Berardi se funda en la causal establecida en el numeral sexto del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal manifiestamente incompetente, o no integrado con los funcionarios designados por la ley, fundado en el hecho que el artículo 50 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, en su antigua redacción, está derogado por la Ley N° 19.665 de 9 de marzo del año 2.000, la que en su artículo 11 dispone: “Un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, según el turno que ella fije, conocerá en primera instancia de los siguientes asuntos: 2º De las causas civiles en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República, los ex Presidentes de la República, los Ministros de Estado, Senadores, Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, General Director de Carabineros de Chile, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, los Intendentes y Gobernadores, los Agentes Diplomáticos chilenos, los Embajadores y los Ministros Diplomáticos acreditados con el Gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios Capitulares”. De lo cual debe inferirse que la citada ley solo dispuso respecto de los juzgados ordinarios permanentes y nada señaló de los tribunales especiales, quedando éstos suprimidos desde la fecha de su publicación. En consecuencia esgrime, los Ministros de Corte Suprema o Corte de Apelaciones que actúan como tribunales unipersonales de primera instancia conociendo causas criminales, desaparecieron en nuestra legislación y no pueden seguir actuando desde la publicación de la citada ley.

2º.-Que, primeramente es menester establecer que los procesos regidos por el Código de Procedimiento Penal, cuerpo normativo, que en lo pertinente dispone; que siendo muchos los autores de un delito o de varios delitos conexos, hubiere entre ellos individuos aforados y otros que no lo sean, el tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero juzgará también a todos los demás. Así las cosas la norma del artículo 50 numeral 2º del Código Orgánico de Tribunales, resulta ser la regla de competencia aplicable al presente caso, en cuanto dispone que la facultad de conocer y juzgar corresponde a un Ministro de Corte de Apelaciones, norma de competencia aplicable hasta hoy de acuerdo a lo establecido en el artículo octavo transitorio de la Constitución Política de la

República, luego de que se iniciara en Chile la Reforma Procesal Penal; disposición que además debe complementarse con las instrucciones que para estos precisos efectos dio la Excma. Corte Suprema, al entregar esta causa, para su conocimiento y fallo al Ministro Instructor.

3°.- Que sin perjuicio de lo señalado, resulta relevante la fecha en que acaecieron los hechos que motivaron la presente causa- octubre del año 1973- es decir con anterioridad a la dictación de la Ley N° 19.665 de 9 de marzo del año 2.000, que esgrime el recurrente como fundamento de su arbitrio de nulidad; lo dispuesto en el artículo 168, inciso segundo, del código orgánico de tribunales, de lo que resulta entonces que la sentencia no ha sido dictada por un tribunal incompetente por lo que se desestimaré el recurso de casación en la forma.

4°.-Que el abogado Mauricio Unda Merino, por su representado René Cardemil Figueroa, deduce recurso de casación en la forma, en contra de la sentencia en estudio, en virtud de la causal contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el N° 4 del artículo 500 del mismo cuerpo normativo, es decir no haber sido la sentencia extendida en la forma dispuesta por la ley, en cuanto no contiene las consideraciones por las cuales se den por probados o por no probados los hechos atribuidos al acusado, o los que éste alega en sus descargos ya para negar su participación, ya para atenuar ésta. Ello pues, la referida sentencia en el considerando 2° da por acreditados los hechos de que se trata, en los motivos 3° a 8° bien argumenta acerca de la adecuación de los hechos desde secuestro calificado con resultado de grave daño homicidio calificado, luego razona que los delitos son de lesa humanidad, para después en el considerando 16° establecer la participación del condenado; sin embargo respecto a las consideraciones en cuanto hacerse cargo de las alegaciones de la defensa en orden a negar la participación en el hecho punible, el fallo no lo hace en forma directa, concreta ni menos fundada. Sostiene en síntesis que no ha sido acreditada la participación de su defendido, en tanto las demás alegaciones de los otros acusados, a su parte no le empecen. Agrega que la parte final del considerando 25° se refiere a la participación de Cardemil Figueroa, no obstante que él en sus declaraciones, no ha confesado su participación ya que derechamente rechazó transmitir la orden de muerte que le diera telefónicamente el Coronel Dowling. Sostiene que, no se pueden considerar las dos declaraciones de su representado, como confesiones. El fallo cuya nulidad impetra, nada argumenta respecto a lo que alegó la defensa del condenado, en orden a que él no entregó los detenidos a Urrich ni transmitió la orden de muerte.

Alude que si el fallo, se hubiere hecho cargo realmente de sus alegaciones, ello debió estar patente en la decisión y habría importado necesariamente la absolución de su representado, por lo cual se ha cometido en su dictación el vicio que denuncia, lo que amerita que éste sea declarado nulo,

procediéndose a la dictación de una nueva sentencia conforme a la ley y al mérito del proceso.

5º.-Que el artículo 541 N° 9 previene “No haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley”, en relación con lo que dispone y el artículo 500 N° 4 del mismo cuerpo normativo: “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta.”

Lo que se ha pretendido con el requisito de la sentencia, que se hace valer en el recurso, refiere a final de cuentas una exigencia de completitud del análisis fáctico y probatorio. Así entonces, la exigencia de la motivación particularmente la fundamentación fáctica, tiene una finalidad endoprocesal de evitar arbitrariedad y de permitir a las partes el ejercicio de sus derechos que, se traduce en la posibilidad de refutar y revertir las decisiones adversas, a través de la interposición de los correspondientes recursos. Persigue también dejar al tribunal superior en condiciones de llevar a cabo el correspondiente control de la decisión cuestionada. Desde esa perspectiva, la exigencia no debiera manifestarse en una cuestión de cantidad o de extensión, sino de suficiencia. De tal forma, al margen de su brevedad, concisión o largueza, una motivación puede estimarse suficiente en la medida que esté sustentada en razones que descarten el voluntarismo y que permitan conocer los criterios seguidos para llegar a la decisión.

6º.- Que, en ese mismo orden de ideas, la exigencia en cuestión, implica que esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia, entendiendo que desde una perspectiva funcional y práctica, ese contexto de justificación no puede versar sobre la descripción de un fenómeno que es indescriptible. La justificación que se precisa, se traduce en el deber que tiene el juzgador de buscar y entregar razones que otorguen soporte a sus conclusiones probatorias, de un modo racional y ordenado.

Al final del día, lo que está en juego es obligar al juez a exteriorizar las razones que determinan su decisión, saber cómo y por qué accede a la conclusión que adopta.

7º.- Que en lo relativo a la participación del encausado, la sentencia analiza detallada y completamente las declaraciones de Cardemil Figueroa, así como también las de Urrich González, las que sobre este punto resultan ser relevante cuando éste declara que: “...llegó a la Casa de la Cultura una patrulla militar al mando del capitán René Cardemil, oficial de seguridad, el que también era de la dotación de la Escuela de Suboficiales, a quién él conocía desde los tiempos de la Escuela Militar y que luego estuvieron en el mismo regimiento. Asevera, enseguida, que el oficial Cardemil le comunicó que traía a unos

detenidos a quienes había que fusilar; que aquel no le dio mayores explicaciones y tampoco podía pedírselas porque era su superior por antigüedad y que Cardemil sólo le dijo que la orden la había recibido de otro oficial de apellido Dowling, quien era uno de los oficiales que estaba en el Cuartel General que funcionaba en el Ministerio de Defensa...” Razona el sentenciador que los encausados han reconocido participación en los hechos investigados, estimando dichas declaraciones como suficientes en torno a la referida responsabilidad.

8º.- Sigue a ello consignar que la analizada es una exigencia de carácter formal y que, por lo mismo, está referida exclusivamente al modo de elaboración de una sentencia. Dicho de otra forma, se está en presencia de una condición de procedimiento, relacionada con la manera en que debe expedirse el acto procesal-sentencia-para considerárselo válido. Por lo tanto, aunque se refiera al juicio de hecho, la mirada crítica a realizar, tanto por el litigante como por el tribunal de casación, debe hacerse bajo un prisma preponderantemente estructural, de forma, antes que de contenido. Lo que se quiere significar es que el análisis sobre el cumplimiento de este requisito atañe a la corrección formal y no llega al extremo de poner en entredicho la validez material de la justificación. Esto resulta particularmente pertinente en procedimientos que, además de la casación contemplan la procedencia del recurso de apelación, uno de cuyos propósitos es-justamente-revisar las alegaciones en que hace consistir el recurso su capítulo de impugnación.

Que por lo demás, aún en el evento de ser efectivo el vicio que se esgrime, conforme dispone el inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, el tribunal se encuentra autorizado para desestimar el libelo, toda vez que el vicio no resulta sólo reparable por la vía de la nulidad impetrada desde que, conjuntamente con la casación se dedujo recurso de apelación.

9º.-Que por el Fisco de Chile, ha comparecido el Abogado Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado, interponiendo casación en la forma en contra de la sentencia condenatoria en su aspecto civil, en cuanto condena a su parte al pago de la suma de \$100.000.000. (cien millones de pesos) para cada uno de los demandantes civiles, como indemnización del daño moral sufrido por ellos, atendida la manifiesta incompetencia absoluta del tribunal a quo, según lo dispuesto en el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación con los artículos 535 del mismo cuerpo legal y según lo previsto en el artículo 766 del Código de Procedimiento Civil.

Del mismo modo, interpone el recurso en virtud de la causal contemplada en el N° 9 del artículo 541, en relación con el artículo 500 del mismo código, por cuanto la sentencia no ha sido extendida en forma legal.

10º.- En cuanto a la primera causal: La incompetencia absoluta del tribunal, fundada en lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, alude que, dedujo en sus contestaciones a las demandas, la excepción de incompetencia absoluta del tribunal para conocer, juzgar y fallar las acciones civiles intentadas en estos autos en contra de su representado Fisco de Chile, por corresponderle éstas, privativamente, a los tribunales con jurisdicción civil. Al no acoger-el fallo- la referida alegación ha cometido un serio vicio que causa agravio a su parte, pues ha conocido, juzgado y fallado acciones, sin ninguna competencia para ello. Para rechazar esta excepción, la sentencia ha invocado razones de justicia material, como asimismo la calidad de delito de lesa humanidad de aquel investigado en autos, en relación con las normas del derecho Internacional de Derechos Humanos, así el considerando 39º expresa: “la categoría de crimen de lesa humanidad de los delitos establecidos en este proceso, en cuanto a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también-en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2001, citada anteriormente)- los convenios o tratados internacionales “que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional y de buena fe (bonna fide), (pacta sunt servanda), regla de derecho internacional que se considera Ius Cogens, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1.980, la cual establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado.” Luego, la sentencia alude a las normas contenidas en los artículos N° 5 y 6 de la Constitución Política de la República, en cuanto ellas determinan la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, para en el motivo 43º rechazar la excepción de incompetencia opuesta por su parte. No obstante la citada norma procesal penal restringe la competencia de los jueces del crimen para conocer las acciones civiles, a sólo aquellas que- según su claro tenor literal- “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”, y todo ello, de manera muy distinta a lo pretendido en el fallo; no porque las acciones civiles deducidas no sean justiciables ni se pretenda desmarcarlas del ámbito

competencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; sino por el contrario, por cuanto dicha competencia ha sido entregada a la judicatura civil, especializada en el conocimiento de acciones indemnizatorias.

De esta forma la sentencia se ha apartado del mandato legal, que obligaba a rechazar las acciones civiles de esta causa en lo concerniente al Fisco de Chile.

11º.- En cuanto a la segunda causal que se invoca, esto es no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley: Señala que el fallo, en estudio, no se pronunció respecto de las excepciones de fondo alegadas por su parte, en relación con la excepción de pago, incurriendo de este modo en la causal contenida en el numeral 9º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, alude que, dicha excepción tiene su antecedente directo en la serie de beneficios que han sido concedidos por el Estado de Chile a las víctimas y familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos o de violencia política. Dichos beneficios fueron entregados de manera general, como asimismo en particular respecto de cada una de las víctimas, mediante los mecanismos de la Ley N° 19.980, las cuales establecieron a favor de familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos o violencia política, 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. La pensión mensual de reparación está constituida por una suma de dinero reajutable, que debe distribuirse entre los beneficiarios señalados en la ley, y que tiene el carácter de vitalicia con excepción de aquella concedida a los hijos, quienes gozarán de ella hasta los 25 años de edad. Adicionalmente la bonificación compensatoria, está constituida por un monto único equivalente a 12 meses de pensión. Finalmente, sostiene, en cuanto a los beneficios sociales, la ley concedió a los familiares de las víctimas el derecho a percibir gratuitamente prestaciones médicas. Asimismo concedió a los hijos, hasta los 35 años de edad, beneficios de pago de matrícula, arancel mensual y subsidio mensual de estudios. Continúa señalando que según consta de los antecedentes allegados al proceso, los actores Luis Antonio; María Eugenia y Cristián Gonzalo todos Garretón González, hijos de Víctor Garretón Romero, percibieron cada uno de ellos un bono de reparación conforme a la ley N° 19.880, por la suma de \$10.000.000, por su parte la demandante Lucía Felicia Paradisi Haase, madre de Jorge Miguel Salas Paradisi, ha percibido a noviembre de 2010, la suma de \$ 52.988.266.- Por todo lo cual, se encuentra acreditada la excepción de pago opuesta, siendo incompatible la indemnización demandada; no obstante la sentencia ninguna referencia ni mención realiza respecto de esta excepción de pago, siendo este vicio el que motiva el recurso de casación.

**12°.-** Que en lo que atañe a la primera causal, esto es la incompetencia absoluta del tribunal, según lo previsto en el numeral 6° 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 N° 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).

**13°.-** 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)

14°.- 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.

15°.-Que respecto de la segunda causal esgrimida en el recurso de casación en la forma deducido por el Fisco de Chile, esta es la prevista en el N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto la sentencia no se ha extendido conforme a la ley por no haberse hecho cargo de la excepción de pago opuesta por su parte.

Que, no obstante ser efectivo que la sentencia no se pronunció sobre la excepción opuesta por el demandado civil; no es menos cierto que, el presente arbitrio tiene como razón de ser el velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones legales que se refieren a la forma externa de los litigios y a su cumplido desarrollo procesal y, atendida su naturaleza ha de tenerse en consideración la primacía del principio de trascendencia, consistente en la máxima de “la nulidad sin perjuicio no opera” lo que implica que como remedio de nulidad el presente recurso, exige como en esta materia con todas las nulidades de carácter procesal, que solo deberá declararse la nulidad en aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio

reparable sólo con la declaración de nulidad. En el mismo sentido hay que entender lo que regula el penúltimo inciso del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el tribunal-encontrándose autorizado-desestimara el recurso, toda vez que el vicio no resulta sólo reparable por la vía de la nulidad impetrada desde que, conjuntamente con la casación se dedujo recurso de apelación.

**En cuanto a los recursos de apelación:**

Se reproduce la sentencia en alzada, de seis de abril de dos mil once, escrita a fojas 2.883 a 2.975 con las siguientes modificaciones:

- a) en el considerando 17º se elimina “y Cardemil Figueroa”.
- b) en el considerando 27º b) en la frase “además les favorece a los encausados” se agrega “Urrich González y Fernández Berardi”

**Considerando:**

1º.- Que conforme a los hechos establecidos en el fallo que se revisa los encausados contribuyeron de una manera funcional a la ejecución de los hechos investigados en autos y a la realización del tipo penal por el cual han sido sentenciado, a saber homicidio calificado reiterados, en las personas de Ricardo Cristian Montecinos Slaughter; Carlos Rodolfo Adler Zulueta; Beatriz Elena Díaz Agüero; Víctor Alejandro Garretón Romero; Jorge Miguel Salas Paradisi y Julio Andrés Saa Pizarro, ocurrido en horas de la madrugada del día 16 de octubre de 1.973 ; lo que corrobora su participación en calidad de autores de los ilícitos por los cuales han resultado responsables.

Que a este respecto, ha de tenerse en cuenta los siguientes antecedentes:

a) declaración de Pascual Biela Yáñez, a fojas 147 quien en lo pertinente expresa:

“Dentro de las actividades que Eva Cortes, tuvo después del 11 de septiembre de 1.973, recuerdo que por comentario de ella, visitaba constantemente el Edificio Diego Portales a sus amigos militares y recibía a uniformados, entre los cuales podría mencionar a un capitán de apellido Cardemil, quien fue jefe de Plaza en Parral....” Luego añade: “..que antes de que se encontraran los cuerpos de los detenidos, en la noche concurren a mi departamento el Capitán Cardemil y Gerardo Urrich, a petición de Eva Cortes ya que estaba siendo culpada de las detenciones, quienes señalaron principalmente Urrich, mofándose, que no se preocupara toda vez, que no había manera de probar su implicancia en las detenciones, ya que estaba todo solucionado, por cuanto después de sus aprehensiones fueron llevados al Regimiento Tacna y después conducidos camino a Colina y les aplicaron la Ley de Fuga, dándole muerte a todos...”. Finalmente señala: “Debo indicar que los retratos que me mostraron correspondían a Gerardo Urrich, el Capitán Cardemil. “...al año después nos

fuimos de las Torres San Borja a una casa en el paradero 19 de Vicuña Mackenna, lugar donde llegaban de visita los mismos funcionarios del ejercito antes mencionados excepto el tal “bototo” y aproximadamente en el año 1.979, me separé de Eva Cortes, siendo amenazado por este circulo, de no hablar respecto a estos hechos y los comentarios que ellos hacían cuando bebían alcohol en mi casa”.

b) declaración de Eva Cortes, quien a fojas 1.353 que expresa “...Solo reiterar que a la torre llegaban muchos militares, pues el sector estaba sometido a vigilancia, ya que habían muchas personas que se decían que eran extremistas, como una señora que estaba vinculada a los tupamaros. No puedo recordar nombres específicos, pero me suena haber escuchado el apellido Cardemil, que correspondía al jefe de los que estaban a cargo de custodiar el departamento de la señora de los tupamaros...”

c) declaración de Hugo Luis Espinoza Silva a fojas 307 quien expresa: “A la pregunta del tribunal debo señalar que a principios de octubre de 1.973, la Escuela de Suboficiales realizó un allanamiento masivo a las Torres de San Borja, lugar en que se me ordenó resguardar el sector del Puente Arzobispo, cercano a la Plaza Baquedano, donde debía impedir el ingreso de personas hacia este perímetro. A cargo de este operativo estuvo el Capitán Cardemil que era el Jefe de Seguridad en esa época...”

d) declaración de Juan José Bastías Yáñez, a fojas 318: “...Durante mi permanencia en la Escuela de Suboficiales, participé en diversos operativos entre los cuales recuerdo uno masivo a las Torres de San Borja, ocasión en la que se me ordenó resguardar un gaseoducto mientras se efectuaba el allanamiento a estos edificios, siendo necesario precisar que este operativo estuvo a cargo del Capitán René Cardemil, haciendo presente que era comentario entre los dragoneantes que como resultado de este allanamiento se detuvo a civiles, los cuales fueron trasladados al Estadio Nacional..”

e) declaración de Carlos Teobaldo Saa Pizarro, a fojas 1715 : “...Luego fue llevado a la presencia del Teniente Cardemil, cuya identidad conocí mas tarde, quien me interrogó y también de manera muy vaga me acusaba de actividades políticas. En un momento dado el suboficial Garrido conversó en privado con Cardemil y luego de esa conversación Cardemil no me siguió interrogando, me imagino que fue porque entendió que la persona a quien buscaban era mi hermano Julio. Me llevaron hasta una pieza donde permanecí toda la noche, siendo golpeado por las distintas personas que entraban al lugar. Al día siguiente a media mañana, apareció el suboficial Garrido, quien me informó que mi novia y mi hermano Julio me habían ido a ver llevado ropa, incluso me permitió verlos siendo dejado en libertad aproximadamente a las 13.30 horas de la tarde. Poco después de llegar al departamento apareció mi novia, quien me contó que

Cardemil había interrogado a mi hermano, lo que este me ratificó más tarde diciéndome que efectivamente había discutido con Cardemil, a quien le reconoció que él había votado por Allende, que no estaba de acuerdo con lo que había pasado con el gobierno de éste, pero que tampoco aceptaba las cosas que estaban haciendo los militares, lo que a Cardemil le molestó mucho. Todo esto ocurrió un día domingo. El día martes siguiente en la madrugada, llegó una patrulla militar al departamento, no me dejaron salir de mi dormitorio y después me enteré que se habían llevado detenido a mi hermano Julio, a quien volvimos a ver cuando mi hermana lo identificó en la morgue....”

f) declaración de Luis Garrido Ortega, a fojas 379: “...durante esta espera fui comisionado a colaborar con el Capitán René Cardemil Figueroa, Jefe de la Sección Segunda de la Escuela de Suboficiales, en la Operación Coipo, la cual consistía en allanar las torres de San Borja, recordando que mi misión específica fue revisar la documentación que se encontraba en la Torre 12 de la remodelación San Borja, específicamente en el departamento de Luciano Cruz, quien era integrante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria. Misión ordenada por el oficial antes descrito quién continuó con dicho allanamiento. En atención a este punto puedo señalar, que ignoro como se determinó que esta documentación se encontraba en este lugar, debiendo agregar que don René Cardemil supo antes que yo de este hallazgo, pudiendo recordar que al interior de este edificio dicho oficial tenía una amiga ocasional, de la cual ignoro identidad, quien probablemente le informaba quien simpatizaba con el régimen imperante, pudiendo recordar en este instante que esta mujer el día que allanamos la torre se encontraba en las afueras de esta, muy por el contrario del resto de los residentes, que permanecían al interior de sus departamentos.

Luego de este allanamiento, la información recopilada fue llevada a la Escuela de Suboficiales, donde se ordenó y se confeccionó un informe el cual fue entregado por el Capitán Cardemil al DINE, ocasión en que lo acompañé...”

g) declaración de Juana Oriele Saa Pizarro, a fojas 1019, quien manifiesta: “que el día 16 de octubre de 1.973, en la madrugada, llegaron al departamento de mi hermana, Silvia Saa Pizarro, que era el N° 55 del edificio de Marcoleta 77 militares en tenida de regimiento y con armas, quienes preguntaron por mi hermano Julio Saa Pizarro. Mi hermana les dijo que esperaran que ella se vistiera y ella los acompañó a buscar a mi hermano al departamento 115. Yo me quedé en el departamento de mi hermana y ella al regresar me contó que ayudó a vestirse a mi hermano y se preocupó que llevara sus documentos y algo de dinero; que mi hermano salió tranquilo delante de los militares y dijo que no nos preocupáramos porque el que nada hace nada teme, mi hermano era cirujano dentista, trabajaba para la Compañía de Teléfonos y tenía consulta particular; apolítico. Al regresar mi hermana comenzamos a vigilar el departamento de

enfrente N° 52, donde vivía la señora Eva Cortéz y su conviviente bastante menor, llamado Pascual Biela, desde el ojo mágico de la puerta de nuestro departamento. Al cabo de un rato vimos entrar a un militar y participó en el operativo, era el Capitán Carlos Cardemil. Este oficial se quedó todo el resto de la noche en ese departamento, lo que sabemos por los dichos de personas que fueron a pedirle ayuda a la señora Eva y lo vieron, entre otros, el doctor Salas, que vivía en el edificio y a quien le habían detenido un hijo, el que pudo ver detrás de la señora Eva asomándose una bota militar y parte del pantalón de una persona tendida en el sofá. Durante los días siguientes buscamos a mi hermano intensamente sin poderlo hallar hasta que mi hermana Silvia, acompañada del Dr. Baeza, jefe de la morgue y funcionario del Hospital San José, concurrió a la morgue y ahí lo encontraron, con las manos mutiladas y con un orificio de bala de grueso calibre en la cabeza, todos los cuerpos estaban iguales.

h) declaración de Eva Cortés Castro, a fojas 1739: “como yo era la primera directora de la directiva que se formó en la Torre 12, era muy común que llegaran uniformados a pedirme que les exhibiera la lista de los habitantes, ellos tomaban datos y luego se retiraban, nunca supe para que lo hacían, pero no podía negarme a exhibir estos documentos....“Es efectivo que presencié la llegada de un camión militar en la noche en que se produjo la detención de los seis vecinos. Lo hice porque creí que se trataba del camión que traía La Tercera y cuando miraba entre las persianas, fui alumbrada por un foco que llevaban los militares, por lo cual tuve que dejar de hacerlo....”

i) declaración de Gerardo Ernesto Urrich González, a fojas 1648, que en lo pertinente expresa: “...En una ocasión, fecha que no puedo preciar, cuando ya estaba vigente el toque de queda, recuerdo que llegó hasta la Casa de la Cultura una patrulla militar al mando del Capitán René Cardemil, que también era de la dotación de la Escuela de Suboficiales, se trataba de un oficial de seguridad, a quien yo conocía desde los tiempos de la Escuela Militar y luego estábamos en el mismo regimiento. Este oficial me comunicó que traía unos detenidos a quienes había que fusilar. No me dio mayores explicaciones y tampoco yo podía pedírselas porque él era mi superior por antigüedad, sólo me dijo que la orden la había recibido de otro oficial de apellido Dowling, que era uno de los oficiales que estaba en el Cuartel General que funcionaba en el Ministerio de Defensa. Los detenidos fueron conducidos a una pieza, mientras conversaba con Cardemil, por lo que no los vi, ignorando todo respecto de ellos. Cuando el Teniente Fernández me comunicó que se había ejecutado la orden me desentendí del problema y es probable que en los días posteriores haya dado cuenta de la misión a quién me la encomendó, es decir al Capitán Cardemil, con quien nos encontraríamos cuando regresamos a la Escuela.....”. “.....Esta es la verdad de lo sucedido y estoy dispuesto a prestar toda mi colaboración para aclarar como ocurrieron los hechos.

Si hasta el momento no había querido entregar mi versión de los hechos se debió a que para mi resultaba muy fuerte tener que entregar la identidad de otros oficiales que también intervinieron, ello en razón del concepto de lealtad que tenemos en el ejercito...”

j) declaración de fojas 760, de Juan Manuel Alborno Díaz: “ En atención a su consulta, puedo recordar como integrantes de la Sección Segunda de Inteligencia y Seguridad de la Escuela de Suboficiales al Capitán de apellido Cardemil y a un Suboficial de apellido Escanilla y otro de apellido Garrido, siendo necesario precisar que varios de los integrantes de la Escuela desaparecieron con la finalidad de cumplir funciones especiales coincidiendo este hecho con la creación de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), recordando entre otros al Capitán Gerardo Urrich, al Capitán de apellido Molina y al mismo Cardemil....”

2.- Que con los antecedentes precedentemente reseñados, es posible concluir, que el condenado Cardemil Figueroa tuvo en los hechos participación directa en calidad de autor. Por cuanto, todos los testimonios que se han detallado, desmienten en forma clara y precisa, la versión que éste proporciona de los mismos y, que muy por el contrario demuestran en forma fehaciente el conocimiento previo que tenía acerca del operativo que se llevó a cabo en la Torre 12 de San Borja, como igualmente su participación directa en la ejecución de los hechos investigados. En tal sentido, es posible adquirir convicción que René Cardemil Figueroa, integrante del Departamento 2º de Inteligencia y Seguridad de la Escuela de Suboficiales-en la época en cuestión- por intermedio de una mujer con la cual tenía algún grado de relación sentimental- hecho por lo demás expresamente reconocido por el mismo- y que vivía en la misma torre 12 de San Borja, lugar que por esta razón, él visitaba con cierta frecuencia, logró tener conocimiento de la identificación de los residentes que supuestamente eran contrarios al régimen militar, es así como tratándose de los hermanos de apellido Saa Pizarro los interrogó acerca de sus actividades y preferencias políticas; siendo precisamente Julio Saa Pizarro, una de las víctimas a quien los efectivos del ejercito, sacaron desde su domicilio en el operativo militar consistente en el allanamiento realizado en calle Marcoleta 77 de esta ciudad, operativo que reconoce haber presenciado, es decir estuvo presente en el lugar, resultando bastante improbable su versión, en el entendido que un oficial de inteligencia solo se encuentre observando un allanamiento masivo, en horas de la madrugada, con toque de queda y que solo se haya limitado a “mirar”, especialmente además si se tiene en consideración el conocimiento que él tenía del lugar, como de sus residentes. Luego el 16 de octubre de 1.973, en su calidad de oficial de Seguridad e Inteligencia de la Segunda Sección de la Escuela de Suboficiales, está a cargo del referido operativo, y posterior traslado de los detenidos, llegando así con una

patrulla militar al recinto del ejercito denominado Casa de la Cultura de Barrancas, ubicado en la comuna de Pudahuel, con las personas que fueron sacadas desde el domicilio ya señalado, todos vecinos que habitaban la referida Torre San Borja, haciendo entrega de los detenidos a Gerardo Urrich González, a quien señala que debían ser fusilados y, que la orden la había recibido de un oficial de apellido Dowling. Luego al día siguiente, es decir el 17 de octubre de 1.973, Ricardo Cristian Montecinos Laughter, Julio Andrés Saa Pizarro, Carlos Rodolfo Adler Zulueta, Beatriz Elena Díaz Agüero, Víctor Alejandro Garretón Moreno y Jorge Miguel Salas Paradisi, son sacados en la madrugada del recinto y conducidos hasta un sector cercano al Tunel Lo Prado, donde se les ordena que huyan; instante en el que se les dispara uno a uno por la espalda por medio de las ráfagas de las ametralladoras que portaban los militares. Posteriormente los cadáveres son abandonados en dicho lugar solitario, para luego ser recogidos por otros militares y trasladados al Servicio Médico Legal.

3.- Que, en el contexto en el cual se cometieron los delitos investigados en esta causa, se han cumplido los requisitos de masividad; sistematicidad y en el marco de un ataque generalizado de una parte de la población civil, lo que comprueba hasta ahora su pertenencia a las nociones esenciales y propias del Derecho Internacional Humanitario, siendo por tanto atinentes las normas y principios del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, en tanto se dan los elementos de lo que se ha definido como Crimen Contra la Humanidad; cuya normativa es reconocida por nuestro Derecho Interno Nacional, según lo dispuesto en el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política, en relación con el artículo 1º inciso cuarto de la misma y, por lo tanto, aplicables al caso los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos Ratificados por Chile; como asimismo, vía tales disposiciones bases de la institucionalidad y normas sobre la interpretación de los tratados sobre la materia, a los Principios del Derecho Internacional Penal sobre Crímenes de Lesa Humanidad, normas vinculantes y que no pueden ser desconocidas, conforme a las Declaraciones Universales hechas por los países signatarios de las Naciones Unidas, recogidas por los fallos de los tribunales internacionales, entre ellos, los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , y también por la Excma. Corte Suprema de Justicia de nuestro país, lo que determina que, en esta clase de crímenes, puedan ser perseguidos siempre y no procede aplicar a ellos ni la amnistía, ni la prescripción de la acción penal.

4.- Que según es posible advertir de la sola lectura de las declaraciones prestadas, en el proceso, por el encausado Cardemil Figueroa, sus dichos y el contexto de sus relatos no revelan que éste haya aportado información relevante, importante y trascendente que implique una colaboración seria y eficaz en el esclarecimiento de los hechos, muy por el contrario, esgrime una serie de



elementos distractores, pretendiendo siempre negar su participación, la que ha debido ser establecida mediante los testimonios reseñados precedentemente; por lo que no es merecedor de la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el N° 9 del artículo 11 del Código Penal.

5.- Que ha de tenerse en cuenta, como motivo de disminución de las penas privativas de libertad, la prescripción gradual, que constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción como eximente de responsabilidad, cuyos fundamentos y consecuencias difieren. Así, esta última descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta ilícita, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso; en cambio la morigerante, que también se explica gracias a la normativa, encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los caos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, como sostiene el fallo atacado, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo. (Corte Suprema, Sent. 22/11/2012, Rol N° 3573-2.012)

6.- Que en cuanto a la circunstancia contemplada en el Art. 211 del Código de Justicia Militar, teniendo para ello presente que la norma citada expresa: *“Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico...”*

Esta atenuante, denominada de *“obediencia indebida”*, siguiendo a Renato Astroza (*“Código de Justicia Militar Comentado”*. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, página 340) tiene lugar, *“fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214”*, cuando el inferior comete un delito militar o un delito común por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico y siempre que ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida de acuerdo con lo prescrito en el artículo 334. Acorde con este precepto las órdenes imponen la obligación de ser obedecidas por los inferiores cuando se reúnen los siguientes requisitos:

1. **Orden** de un superior; 2. Que la orden sea **relativa al servicio** y, según el artículo 421 del mismo Estatuto, se entiende por “*acto de servicio*” todo “*el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Instituciones Armadas*”; 3. Que sea dada en uso de **atribuciones legítimas** y 4. Si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito se **la ha representado** por el inferior e insistida por el superior.

En la especie, ninguno de los acusados ha acreditado que la orden fuere relativa a un “*acto de servicio*”, ni que se le hubiere representado a un superior.

En consecuencia, corresponde rechazar la minorante invocada, por no existir en el proceso los antecedentes básicos para considerarla.

7.- Que en lo que se refiere al quantum que ha de imponerse a los enjuiciados, favoreciéndoles la prescripción gradual del Art. 103 del Código Punitivo, y siendo la pena asignada al delito la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, reconociéndose a los encausados Urrich González y Fernández Berardi las atenuantes de los numerales 6° y 9° del artículo 11 del Código Penal, y a Cardemil Figueroa, la del N° 6 del artículo 11 del mismo cuerpo normativo, en virtud de tales atenuantes y de la citada prescripción gradual-conforme a lo cual el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante-, procede rebajar la pena en grados por dicho concepto.

Así las cosas, sea por aplicación de la prescripción gradual, sea por aplicación del inciso tercero de los artículos 68 y 68 bis ambos del Código Penal, se reducirá la pena en dos grados, esto es, a presidio menor en su grado máximo; y tratándose de reiteración de delitos de la misma especie, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, cabe imponerles la pena correspondiente a las diversas infracciones como un solo delito de homicidio calificado, aumentada en un grado; por lo que en definitiva corresponde la de presidio mayor en su grado mínimo, tal como fue impuesta por el sentenciador de primera instancia.

8.- Que en la forma expuesta esta Corte se ha hecho cargo de la opinión de la señora Fiscal Judicial, en su informe de fojas 3.088, disintiendo parcialmente de su contenido.

#### **En cuanto a la acción civil:**

9.- Que, en atención a la prescripción alegada por el Fisco de Chile, y conforme lo establece el fallo en alzada, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que no sólo trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción, por el transcurso del tiempo, de la posibilidad de

ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado. De lo que se deduce entonces, que no resulta coherente pretender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción del derecho civil interno, sino a la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que establece el derecho de las víctimas y otros titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

10.- 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. En el presente caso, consta de los respectivos oficios remitidos por el Instituto de Previsión Social, agregados a fojas 2701 Ord. N° 2408 de 26.01.2010; a fojas 2.709 Ord. N° AL-597 de 14.04.2010; y a fojas 2.710 Ord. N° LR-13 de 20.01.2010, que a los demandantes Luis Antonio, María Eugenia y Cristián Gonzalo todos Garretón González, hijos de Víctor Garretón Romero, recibieron cada uno de ellos un bono de reparación conforme a la Ley N° 19.880 por la suma de \$10.000.000. Por su parte la actora Lucia Felicia Paradisi Haase, madre de Jorge Miguel Salas Paradisi, ha percibido a noviembre de 2010, la suma de \$52.988.266.-

Por lo tanto, respecto de los demandantes ya señalados, en razón de haber recibido las sumas mencionadas, procede a su respecto la excepción de pago.

11.- 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 pudiere corresponder al respectivo beneficiario.”

En suma, la excepción de pago será 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.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto por los artículos 500, 509, 535, 541, 544 del Código de Procedimiento Penal, 11 N° 6 y, N° 9, 18, 28, 68, 391 del Código Penal, 211 del Código de Justicia Militar se decide:

I.- **Se rechazan** los recursos de casación en la forma interpuestos por las defensas de los sentenciados Juan Ramón Fernández Berardi y René Cardemil Figueroa. Como también se rechaza, el recurso de casación en la forma interpuesto por el Fisco de Chile.

II.-**Se confirma** la sentencia apelada de fecha seis de abril de dos mil once.

III.- Se aprueba el sobreseimiento definitivo y parcial de cuatro de abril de dos mil once, dictado a fojas 2.882.

Acordado el rechazo del recurso de casación en la forma presentado por el Fisco de Chile a fojas 2983, en lo relativo a la condena civil, fundado en la incompetencia absoluta del tribunal contra el voto de la Ministro Ravanales, quien estuvo por acoger tal recurso, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

**Primero:** Que resultando 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.

**Segundo:** En el caso de autos se demandó la indemnización de los daños y perjuicios al Fisco de Chile, como se resume en el motivo trigésimo del fallo que se revisa, fundado en que los actos y los hechos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones eran imputables directamente al órgano al cual pertenecían, asilándose en normativa constitucional, e internacional.

**Tercero:** Tal escenario conduce a recordar que-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.

**Cuarto:** En tal escenario los supuestos facticos 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 la disidente a acoger el motivo de nulidad formal invocado por el Fisco de Chile en ese sentido

**Quinto:** 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 tribunal, 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.

Se previene que el Ministro Sr. Llanos concurre a la confirmatoria de la sentencia respecto de los acusados, con la misma pena impuesta en la sentenciada de primera instancia, pero no comparte el fundamento 5° por las razones que también se expresarán:

1.- Que el previniente estima que por tratarse en la especie de delitos de lesa humanidad, su naturaleza impide la concurrencia de la prescripción de la acción penal, lo que impide igualmente considerar en beneficio de los sentenciados la prescripción gradual que contempla el artículo 103 del Código Penal, puesto que la no aplicabilidad de la citada institución debe ser íntegra y en todos sus alcances. De tal modo que si no es admisible para extinguir la persecución penal por el transcurso del tiempo, tampoco lo es para considerar las penas revestidas de circunstancias atenuantes muy calificada, oponiéndose la disposición antes citada a las normas de los Tratados Internacionales que rigen la materia, que prevalecen sobre aquella norma de derecho interno por ser de mayor jerarquía, atento lo que dispone el inciso segundo del Art. 5° de la Constitución Política de la República.

2.- Que respecto de los acusados Urrich y Fernandez, el Ministro que suscribe considera que favoreciéndoles dos atenuantes, sin perjudicarles agravante alguna, y de acuerdo al inciso tercero del artículo 68 del Código de Sancionatorio, se les rebaja la pena en dos grados al mínimo que señala la ley, y que luego se aumenta en un grado por la reiteración, conforme al artículo 509 del Código de

Procedimiento Penal, quedando en definitiva con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, en el mismo quantum impuesto por el sentenciador a-quo. En cuanto al sentenciado Cardemil Figueroa, le favorece sólo una atenuante, sin perjudicarle agravante alguna; y siendo la minorante que concurre en su favor la de su irreprochable conducta pretérita, se le considerará como muy calificada en los términos del artículo 68 bis del Código Punitivo, conforme a los antecedentes del proceso, por lo que se rebajará en un grado la pena asignada al delito, quedando la pena en definitiva en la misma extensión que fuera impuesta en la sentencia de primer grado.

En cuanto al recurso de apelación en materia penal, se previene que la Ministro Ravanales, estuvo por confirmar la sentencia en alzada, con declaración en orden a rebajar las penas impuestas, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:

**Primero:** Que beneficia a los tres encausados la circunstancia atenuante que prevé el artículo 211 del Código de Justicia Militar, toda vez que el mérito de los antecedentes da cuenta que el hecho se cometió en cumplimiento de una orden recibida de un superior jerárquico, lo que les resultaba vinculante atendido el carácter rígidamente jerarquizado y disciplinado de la organización de que formaban parte, amén de la época de ocurrencia de los luctuosos sucesos-16 de octubre de 1973, sin que sea óbice a tal reconocimiento el hecho cierto de no poder considerarla -en ningún caso- relativa al servicio, ya que tal morigerante no supone tal exigencia, sólo impuesta para permitir su calificación.

**Segundo:** Así las cosas al momento de regular las penas -quien previene- tiene presente que en favor de los sentenciados Urrich González y Fernández Berardi, concurren las atenuantes de los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, 211 del de Justicia Militar y la media prescripción o prescripción gradual que contempla el artículo 103 del Código Penal. Por su parte a Cardemil Figueroa se le han reconocido las modificatorias del artículo 11 N° 6 del Código Penal y 211 del de Justicia Militar, así como la media prescripción del 103 del Código Punitivo.

**Tercero:** En ese contexto, conforme al número y naturaleza de las atenuantes que concurren a favor de los encausados, según faculta el artículo 68 del Código Penal, la previniente está por rebajar en tres grados, desde su mínimo, la pena base asignada al delito, quedando entonces en presidio menor en su grado medio, sanción que se eleva en un grado en razón de la reiteración-con arreglo al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, definiéndose en presidio menor en su grado máximo, esto es de tres años y un día a 5 años ( 3,1 a 5), correspondiéndole a Urrich González y Fernández Berardi, 4 (cuatro) años y a Cardemil Figueroa 5 ( cinco), regulándose el quantum de la pena en forma diferenciada, en razón de las atenuantes reconocidas a unos y otros condenados,

toda vez que Cardemil Figueroa, no cuenta con la contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, .

**Cuarto:** Se impone también a los acusados las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 29 del Código Penal.

Acordada la condena civil contra el voto de la Ministro Ravanales, quien atendido lo expresado en su disidencia en relación al recurso de casación en la forma, estuvo por acoger la excepción de incompetencia planteada por el Fisco de Chile en su contestación.

Regístrese y devuélvase con sus tomos.

N° Criminal – 1.520-2011

Redacción de la ministra suplente Jenny Book y de las prevenciones y disidencias de sus autores.

Pronunciada por la **Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, Presidida por el Ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá e integrada por la Ministro señora Adelita Ravanales Arriagada y por la Ministro (S) señora Jenny Book Reyes.