

Santiago, siete de septiembre de dos mil nueve.

### VISTOS:

En estos autos Rol N° 2182-98 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintitrés de julio de dos mil siete, dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz, en episodio “**José Domingo Cañas**” “**Lumi Videla Moya y Sergio Pérez Molina**”, que se lee a fs. 3.750, se condenó a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda** a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974 y a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, como autor del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974; a **Miguel Krassnoff Martchenko** a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974 y a diez años y un día de presidio mayor en su grado máximo (sic), como autor del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974; a **Ciro Torr  Sáez** a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974; a **Cristoph Georg Paul Willeke Fl el, Francisco Maximiliano Ferrer Lima, Marcelo Luis Moren Brito**, a sendas penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado máximo (sic), en calidad de autores de homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974. A su turno, fue sancionado en calidad de cómplice del delito antes señalado, **Basclay Humberto Zapata Reyes** a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado máximo (sic). La sentencia absolvió a **Ciro Torr  Sáez** de la acusación formulada en su contra en cuanto a considerarlo autor del homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya.

Todos los sentenciados fueron condenados, además, a las accesorias legales y al pago de las costas del juicio.

**En su sección civil**, se acogió la excepción de incompetencia opuesta por el Consejo de Defensa del Estado y se dio lugar a la demanda de indemnización de perjuicios deducida por los querellantes Lautaro Videla Moya y Eduardo Pérez Molina, en contra de Miguel Krassnoff Martchenko, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Cristoph Willeke Fl el, sólo en cuanto, se les condenó a pagar solidariamente a título de indemnización de perjuicios por el daño moral provocado a los familiares de las víctimas, la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos), para cada uno de los demandantes, más el pago de las costas de la causa.

Impugnado dicho fallo por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de trece de noviembre de dos mil ocho, escrita a fs. 4.345, rechazó el recurso de casación en la forma; **en el aspecto penal, revocó** la sentencia de primer grado, en cuanto se condenaba a **Ciro Torr  Sáez** como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Sergio Pérez Molina, declarando que se lo absuelve de la acusación y adhesiones por tal cargo; además confirmó la sentencia impugnada, con declaración que se rebaja a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, las penas impuestas a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda**, en calidad de autor de los delitos de secuestro calificado en la persona de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974 y homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla

Moya el 03 de noviembre de 1974, respectivamente; que la pena de diez años y un día impuesta a cada uno de los encausados **Miguel Krassnoff Martchenko Cristoph Willeke Flöel, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Marcelo Luis Moren Brito**, en su calidad de autores de homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974, lo es en cada caso “en su grado medio” y que la pena de cinco años y un día de presidio mayor impuesta a **Basclay Zapata Reyes**, en su calidad de cómplice del homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974, lo es en su grado medio (sic).

**En el aspecto civil**, el Tribunal de Alzada revocó la referida sentencia, en cuanto acogía la demanda civil deducida por los querellantes Lautaro Videla Moya y Eduardo Pérez Molina, en contra de Miguel Krassnoff Martchenko, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y Cristoph Willeke Flöel y los condenaba a pagar solidariamente a título de indemnización de perjuicios por el daño moral provocado a los familiares de las víctimas, la suma de \$50.000.000 ( cincuenta millones de pesos), para cada uno de los demandantes, declarando que dicha demanda queda rechazada.

En contra de la sentencia de segunda instancia, la defensa del condenado **Basclay Zapata Reyes**, representada por el abogado don Enrique Ibarra Chamorro, a fojas 4.368, dedujo recurso de casación en el fondo, basado en el número 5 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Por su parte, la defensa de **Francisco Ferrer Lima** representada por el abogado don Juan Carlos Manns Giglio, mediante libelo de fojas 4.380, interpuso recurso de casación en la forma sustentado en el numeral 9 del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Criminal y recurso de casación en el fondo basado en la causal 1ª del artículo 546 antes citado. A su turno, **Miguel Krassnoff Martchenko**, representado por el abogado don Carlos Portales Astorga, promovió según se lee a fojas 4.393, recurso de casación en el fondo sustentado en la causal del número 5 del artículo antes referido. La defensa de **Christoph Willeke Flöel**, representada por el abogado don Cristián Heerwagen Guzmán, dedujo a fojas 4.410, recursos de casación en la forma y en el fondo, fundado el primero, en los motivos de invalidación contenidos en los numerales 7, 6, 2, 11 y 12 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal y el segundo, en las causales de los números 5 y 7 del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal. **El apoderado de los querellantes Eduardo Pérez Molina y Lautaro Videla Moya**, don Carlos Urquieta Salazar, interpuso en su presentación que rola a fojas 4.441, recurso de casación en la forma respecto de la cuestión penal resuelta por la sentencia de segundo grado, alegando como motivo de invalidación del fallo, la causal del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N° 4 y 514 inciso final del mismo texto legal; respecto de la cuestión civil interpuso recurso de casación en el fondo basado en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, a fojas 4.468, el abogado don Fidel Reyes Castillo, en representación de **Manuel Contreras Sepúlveda**, interpuso recurso de casación en la forma, sustentado en las causales contenidas en los números 11 y 12 del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Penal y recurso de casación en el fondo invocando los numerales 2°, 5° y 7° del artículo 546 del referido código.

Declarados admisibles los recursos, se ordenó traer los autos en relación.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el apoderado de los querellantes Eduardo Pérez Molina y Lautaro Videla Moya, interpuso **en lo principal de su presentación de fojas 4.441**, recurso de casación en la forma respecto de la cuestión penal resuelta por la sentencia de segundo

grado, alegando como motivo de invalidación del fallo la causal del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N° 4 y 514 inciso final del mismo texto legal, por no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, ya que no contiene “ las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados, o los que alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirle de responsabilidad, ya para atenuar esta” ni tampoco “la Corte se hace cargo en su fallo de las observaciones y conclusiones observadas por el fiscal”. Funda su alegación, en que la sentencia recurrida tuvo por reproducidos los considerandos tercero, cuarto y quinto del laudo de primera instancia, en los cuales se establecieron los hechos y se realizó su calificación jurídica, sin embargo, se sostiene, que los elementos de juicio que se consideraron en primera instancia para condenar a Torr , pueden servir a la vez para negar esa participación, sin expresar de manera concreta como invierte las conclusiones del sentenciador de primera instancia, invocando los mismos argumentos, es decir, sin otorgar razones se interpreta exactamente al revés de cómo lo hizo el sentenciador a quo. La inconsistencia lógica que acarrea el vicio de nulidad se observa con claridad ya que el sentenciador de primera instancia refiere aseveraciones concretas de testigos sobrevivientes o agentes, que le asignan a Ciro Torr  un poder de dominio sobre los designios criminosos que se concretaron en el delito de marras, es decir, le asignan un rol activo como agente de la DINA con don de mando en el recinto donde una de las víctimas permaneció secuestrada y fue brutalmente torturada. Agrega, que la sentencia de segunda instancia contrapone estas aseveraciones claras con párrafos no tan concluyentes, que en ningún caso son retractaciones, para relativizar el valor de los testimonios. Por otra parte, la sentencia de segunda instancia atribuye significado al silencio de los querellantes, deduciendo que el hecho de no demandar civilmente al procesado Torr , significaría duda sobre su culpabilidad. En este punto, el recurrente considera que hay responsabilidad solidaria entre todos los agentes y el Fisco de Chile, por lo cual respecto de los primeros se podía demandar a cualquiera, pero el sentenciador de segunda instancia no explica en base a que consideraciones atribuye significado al actuar de esta parte. Por lo expuesto, se asevera que la sentencia impugnada no cumple con el requisito 4  que exige el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal a las sentencias que modifiquen o revoquen las de otro Tribunal, por cuanto no contiene las consideraciones en cuya virtud se dan por no probados los hechos atribuidos al procesado Ciro Torr  Sáez, puesto que contiene consideraciones vagas y subjetivas, lo que hace imposible que se cumpla este requisito legal.

Además, arguye, que el fallo tampoco da cumplimiento al requisito del inciso final del artículo 514 del Código de Enjuiciamiento Penal, puesto que la Corte estaba obligada a hacerse cargo en su fallo de las observaciones y conclusiones formuladas por el señor Fiscal. En el caso de autos, est  agregado el informe del Fiscal Judicial a fojas 4.016 a 4.025 (sic), y las únicas referencias que se hacen del informe es que no se dio traslado al encausado Torr , no obstante que su abogado compareció formulando observaciones. Nada se dice respecto de cuales fueron las consideraciones del señor Fiscal sobre la participación de Ciro Torr  y por qué fueron desestimadas, tampoco se dice nada en la sentencia de segunda instancia, de la apelación presentada por el programa continuación Ley N  19.123 del Ministerio del Interior, respecto de la víctima señora Videla Moya, la cual previo a su asesinato estuvo retenida en contra de su voluntad en el recinto de José Domingo Cañas, como lo estableció el considerando tercero del fallo de primera instancia, reproducido por la sentencia de segundo grado.

Finalmente, solicita que se invalide el fallo atacado y se dicte sentencia de reemplazo que confirme la de primera instancia en cuanto condena a **Ciro Torr  Sáez**, o se dicte otra que se estime más conforme a la ley y mérito del proceso, todo, con costas.

**SEGUNDO:** Que, desde luego, conviene dejar en claro que la causal de nulidad establecida en el numeral 9  del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N 4 del mismo código, se configura cuando la resolución no contiene los basamentos en cuya virtud se dan por comprobados o no los hechos atribuidos a los inculcados, o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, eximirse de responsabilidad o atenuar ésta; vale decir, cuando no se desarrollan los razonamientos por los cuales se emite pronunciamiento en relación al asunto sometido a la decisión del tribunal. Por ello, el motivo de invalidación que se alega, tiene un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo para comprobar si existen o no los requerimientos que compele la ley.

**TERCERO:** Que, de la sola lectura del veredicto impugnado, se advierte la veracidad de los reclamos formales en referencia, ya que el Tribunal de Alzada en la parte expositiva del fallo de 13 de noviembre de 2008, dispuso eliminar de la sentencia de primer grado el considerando vigésimo tercero, en el cual el sentenciador se al  detalladamente los elementos probatorios útiles para formar convicción en cuanto a la participación del acusado **Ciro Torr  Sáez** en el delito de secuestro calificado de **Sergio Pérez Molina**, pero, no obstante haber efectuado tal supresión, a continuación, en los basamentos 6 ), 7 ), 8 ) y 9 ), los sentenciadores invocaron el aludido considerando 23 , ahora para concluir que los elementos de juicio en él contenidos, son insuficientes para tener por establecida la participación de **Torr  Sáez** como autor del delito de secuestro calificado en referencia, sosteniendo que tales antecedentes no conducen necesariamente a la conclusión que haya participado en tal ilícito, agregando que “también pueden servir empero para negar esa participación”, limitándose a mencionar parte de los dichos de algunos de los testigos de cargo, la hoja de vida del acusado y el acta de inspección personal que el Tribunal efectuó a la causa denominada “Episodio **Antonio Llid **”.

**CUARTO:** Que, de lo anterior, se desprende que los sentenciadores, luego de mencionar fragmentos de la declaración de algunos testigos, un documento y un acta de inspección personal del Tribunal, estiman que, tales medios de prueba, no son suficientes para atribuir participación a **Torr  Sáez** en calidad de autor en el delito de secuestro calificado de **Sergio Pérez Molina**, sin atender a las exigencias que en la extensión de las sentencias les impone el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, en su ordinal cuarto, toda vez que no consignaron las consideraciones en cuya virtud dieron por establecida la falta de participación del acusado en el delito que se le imputa, conclusión a la que sólo podían arribar tras desestimar fundadamente los elementos considerados por el Juez de primer grado que le permitieron formar convicción para condenar, o incorporando otros medios probatorios, que allegados al proceso, hubieran sido omitidos en el fallo y que resultaran útiles para sustentar su dictamen absolutorio.

**QUINTO:** Que la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, pues permite conocer los motivos que justifican la decisión imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo tanto de las pruebas rendidas como de las alegaciones y defensas planteadas. Por lo dicho, para estimar cumplida la exigencia cuarta del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, incumbe a los jueces

del fondo razonar en términos que permitan comprender las motivaciones que los conducen a dar por probados o bien denegar los hechos invocados por los litigantes, lo que en la especie no cumplió el Tribunal de Alzada al no desarrollar las consideraciones lógicas y coherentes que lleven a la conclusión absolutoria que se contiene en lo dispositivo, respecto de la acusación formulada contra Ciro Torré Sáez como autor del delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina.

**SEXTO:** Que por lo razonado en los considerandos previos, la sentencia de segundo grado ha incurrido, efectivamente en la causal de casación en la forma que establece el N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en no haberse extendido en conformidad a la ley, la que debe ser admitida, y, consecuentemente, la sentencia debe ser anulada.

**SEPTIMO:** Que habiéndose acogido la causal de casación en la forma antes señalada, no se emitirá pronunciamiento sobre las causales de nulidad invocadas en los otros recursos de casación en la forma impetrados y se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa de los sentenciados Basclay Zapata Reyes, Francisco Ferrer Lima, Miguel Krassnoff Martchenko, Cristoph Willeke Flöel y Juan Manuel Contreras Sepúlveda a fojas 4.368, 4.380, 4.393, 4.410 y 4.468 respectivamente y el impetrado por el apoderado de los querellantes y demandantes civiles, en el primer otrosí de fojas 4.441.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, con lo dispuesto en los artículos 500, 541 N° 9 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se declara: que **se acoge** el recurso de casación en la forma deducido en lo principal del escrito de fojas 4.441, por el abogado querellante Carlos Urquieta Salazar contra la sentencia de segunda instancia de trece de noviembre de dos mil ocho, escrita de fs. 4.345 a 4.367, la que, por consiguiente, **es nula**, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Téngase por no interpuestos los recursos de casación en el fondo deducidos a fs. 4.368, 4.380, 4.393, 4.410, 4.468 y 4.441.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Rubén Ballesteros Cárcamo.

Rol N° 925-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

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

En Santiago, a siete de septiembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial Suplente de la Corte Suprema, quien no firmó.

## **SENTENCIA DE REEMPLAZO.**

Santiago, siete de septiembre de dos mil nueve.

### **VISTOS:**

En cumplimiento de lo ordenado en la decisión de casación que antecede y lo prevenido en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los motivos quincuagésimo noveno, septuagésimo segundo, septuagésimo tercero, septuagésimo cuarto, septuagésimo quinto, septuagésimo sexto, octogésimo segundo, octogésimo tercero y octogésimo cuarto, que se eliminan.

Se incorpora al texto que se revisa la expresión numérica “DECIMO SEXTO” antes del pronombre “Que”, escrito en la línea 16 de fs. 3.825, que da inicio al considerando de ese número.

En el acápite nonagésimo se sustituye la frase “hermano e hijo respectivamente, y” por “hermanos de” y las palabras “del padre” escritas entre las conjunciones “del” e “y”, por “de su hermano”.

Del fallo invalidado se reproduce su parte expositiva.

### **I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por la defensa del sentenciado Ciro Torr   S  ez.**

**PRIMERO:** Que el abogado Fernando Rossi Mej  as en lo principal de fojas 3976, por su mandante Ciro Torr   S  ez, ha deducido recurso de casaci  n en la forma en contra de la sentencia de veintitr  s de julio de dos mil siete, escrita a fojas 3.750 y siguientes, sustentado en el art  culo 541 numerales 2, 9 y 11 del C  digo de Procedimiento Penal.

Funda la causal del N   2 en que oportunamente y durante el per  odo de prueba solicit   diligencias no realizadas, espec  ficamente, la citaci  n a declarar a los testigos Manuel Contreras Sep  lveda, Oscar Gonz  lez Escobar, Osvaldo Romo Mena y Luz Arce Sandoval, indicando expresamente los puntos sobre los que deber  an recaer sus declaraciones. Agrega, que estas diligencias eran esenciales puesto que estaban dirigidas a probar la falta de participaci  n de Ciro Torr   en el delito investigado, reafirmando la posici  n de que su trabajo en la DINA era meramente log  stico, no obstante ello, el se  or Ministro Instructor neg   su realizaci  n dejando de manifiesto la falta de inter  s para determinar la verdadera responsabilidad del encausado, infringiendo el art  culo 109 del C  digo de Procedimiento Penal, disposici  n que debe considerarse como una garant  a procesal de un juicio justo.

En lo concerniente a la causal contemplada en el numeral 9   del art  culo 541 del C  digo de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, expresa que el art  culo 500 del citado c  digo, establece en su N  2 que la sentencia llevar   el nombre y apellidos paternos y maternos de las partes, el car  cter con que obran, el apodo de los reos, su edad, lugar de nacimiento y de su residencia, estado, profesi  n u oficio y dem  s circunstancias que los individualicen y si son reincidentes. Afirma que se ha infringido abiertamente el N   2 del art  culo 500, puesto que, omiti   los datos que son obligatorios para este efecto y que en gran medida determinan la reincidencia y por tanto la conducta.

En cuanto a la tercera causal de anulaci  n formal invocada, a saber, la contenida en el n  mero 11 del art  culo 541 del C  digo de Enjuiciamiento Criminal, de haber sido dictada la sentencia en oposici  n a otra sentencia criminal basada (sic) en autoridad de cosa juzgada, se funda en que la mencionada causa fue tramitada por el Tercer Juzgado del Crimen, Rol N  

130.923 del año 1979, habiendo sido sobreseída definitivamente (sic) el 23 de septiembre de 1982 y confirmada por la Corte de Apelaciones el 7 de abril de 1983, en virtud a causas legales, de manera tal que al pronunciarse esta sentencia en contraposición a la expresada se incurre en la causal de casación invocada.

**SEGUNDO:** Que el inciso primero del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia criminal por remisión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, establece la exigencia de “preparación del recurso”. En este caso, sin perjuicio de no haberse dado lugar a las diligencias probatorias solicitadas, lo cierto es que el recurrente no reclamó de la resolución denegatoria, ni tampoco hizo uso del derecho que le otorgaba el artículo 490, para requerir que se las llevara a efecto dentro del plazo establecido en el artículo 499, ambas disposiciones del citado texto legal, de manera que no habiéndose dado cumplimiento a la exigencia de preparación dispuesto en el referido artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad formal fundada en el motivo N° 2 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, resulta inadmisibile.

**TERCERO:** Que la causal contemplada en el N° 9 del artículo 541, en relación con el artículo 500 N° 2, ambos del Código de Procedimiento Penal, no puede prosperar, ya que la falta de elementos secundarios en la individualización del sentenciado, no irroga al recurrente un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, ni ha influido en lo dispositivo del mismo.

**CUARTO:** Que en lo concerniente a la causal del número 11 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, debe tenerse presente que la cosa juzgada, reconocida como institución en el juicio criminal no se encuentra en este procedimiento, claramente reglamentada como ocurre en el Código de Procedimiento Civil, pero no cabe duda -y así lo afirman los autores- que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables.

**QUINTO:** Que las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal razonan siempre sobre la base del hecho punible y la persona responsable de éste.

Así, el artículo 76 prescribe que todo juicio criminal comenzará con la investigación de los hechos que constituyan la infracción y determinen la persona o personas responsables de ella; el artículo 108 dispone que la existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal, y que se comprueba por los medios que consigna el artículo 110, para agregar a continuación en el artículo 111, que el delincuente puede ser determinado por todos los medios de prueba indicados en el artículo precedente, además de la confesión de él mismo; el artículo 274 establece que para someter a proceso a una persona debe encontrarse acreditado el delito que se investiga y que existen presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en el hecho punible.

**SEXTO:** Que la cosa juzgada, "por el alto rango de su finalidad (que es) mantener ...la certidumbre del derecho" (R. Fontecilla, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III, pag.178) lleva a este mismo autor a sostener "que es de la esencia de la cosa juzgada no decidir dos veces lo mismo" (op. cit., tomo III pag. 229), por lo que siguiendo al tratadista Marcade, dejó claramente establecido que "la misión de los tribunales del crimen es decidir si el hecho que se reprocha al inculpado existe y si el reo es el autor, y si el hecho le es imputable desde el punto de vista de la ley penal" (op.cit, LIII 1, pag.222).

**SEPTIMO:** De lo expuesto, deduce el distinguido tratadista que la excepción de cosa juzgada -la acción corresponde al Estado, como único titular del *ius puniendi*- "puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya:

a) Identidad de hechos punibles; b) Identidad entre los sujetos activos del delito" (op. cit. Tomo III, pag.232).

**OCTAVO:** Los principios antes expuestos se encuentran insertos en la disposición del artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal que establece que el sobreseimiento definitivo se decretará: ..."7°.- Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado".

**NOVENO:** Que de este modo, para que pueda aplicarse la cosa juzgada en un proceso penal tiene que producirse una doble identidad: del hecho punible y del actual procesado. Dicho en otros términos, si entre ambos procesos el hecho investigado es el mismo, pero el actual procesado no es el de aquella causa, no cabe sostener que aquella sentencia produzca la excepción de cosa juzgada en el nuevo juicio.

**DECIMO:** Que consta del acta de inspección personal del Tribunal que rola de fojas 748 a 758 del Tomo II; de los cuadernos de documentos signados I,II y III; y, del expediente reconstituido Rol N° 130.923-B del Tercer Juzgado de del Crimen de Santiago, tenido a la vista, si bien en el mencionado proceso se investigó la detención de Sergio Pérez Molina ocurrida el 22 de septiembre de 1974, mientras se tramitó el proceso ante la justicia ordinaria se paralizó por sobreseimiento temporal el 23 de septiembre de 1982, resolución aprobada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de abril de 1983, decretándose la reapertura del sumario el 30 de octubre de 1992. Posteriormente el proceso fue remitido por incompetencia al Segundo Juzgado Militar de Santiago, sede en la que se tramitó bajo el Rol N° 781-94, allí el 23 de agosto de 1996 y tras calificarse la detención de Sergio Pérez Molina, como constitutiva del delito previsto y sancionado en el artículo 148 del Código Penal, se dictó el sobreseimiento definitivo que rola a fojas 922 del Tomo III del cuaderno de documentos, por encontrarse extinguida la responsabilidad penal por amnistía, de los inculcados como autores del mencionado ilícito, Osvaldo Romo Mena y Basclay Zapata Reyes. Por lo que en consecuencia, conforme a los hechos antes referidos, entre ambos procesos no existe la doble identidad que el proceso penal exige para que haya una sentencia con autoridad de cosa juzgada, procediendo en consecuencia, el rechazo del recurso de casación formal fundado en la causal del numeral 11 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal.

## **II.- En cuanto a los recursos de apelación.**

**DECIMO PRIMERO:** Que esta Corte comparte, los contenidos de los motivos séptimo a vigésimo séptimo, del fallo en alzada, los que se dan por reproducidos para así evitar repeticiones inoficiosas, y que permiten establecer que a **Manuel Contreras Sepúlveda y Miguel Krassnoff Martchenko**, les asiste participación en calidad de autores en los delitos de homicidio calificado y secuestro calificado, materia de la acusación; que **Ciro Torr  Sáez** participó como autor en el delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina; que **Cristoph Willeke Fl el, Francisco Maximiliano Ferrer Lima, Marcelo Luis Moren Brito** tuvieron participación en calidad de autores en el delito de homicidio calificado de Lumi Videla Moya y que **Basclay Zapata Reyes** actu  en calidad de cómplice en este último ilícito.

**DECIMO SEGUNDO:** Que en lo concerniente al encartado **Torr  Sáez**, el sentenciador de primer grado tras ponderar los elementos reseñados en el considerando vigésimo tercero del fallo que se revisa, decidió castigarlo como autor del delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina y absolverlo de la acusación formulada en su contra como autor del homicidio calificado. cometido en la persona de Lumi Videla Moya.



**DECIMO TERCERO:** Que atendido el mérito de los antecedentes probatorios allegados al proceso, este Tribunal comparte la decisión adoptada respecto de Torr  Sáez, en cuanto se lo absuelve por el crimen de Lumi Videla Moya y se lo sanciona como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Sergio Pérez Molina.

Si bien el sentenciador de primer grado, en el considerando vigésimo cuarto del fallo, le atribuye participación en calidad de autor en el secuestro calificado de Sergio Pérez Molina, no precisa cual de las formas de autoría descritas en el artículo 15 del código punitivo, corresponde al acusado. Al respecto esta Corte estima que su accionar se encuadra en el numeral tercero, toda vez que, proporcionó el escenario y facilitó los medios y recursos para que la acción de los ejecutores materiales se verificará en evidente concierto, como consta de los antecedentes probatorios relacionados en el raciocinio vigésimo tercero de la sentencia que se revisa, los que unidos a las declaraciones del acusado, detalladas en el basamento vigésimo segundo, permiten establecer que en el mes de septiembre del año mil novecientos setenta y cuatro, Torr  Sa ez a la sazón Capitán de Carabineros, actuando como jefe de cuartel, era el encargado de mantener en funcionamiento el inmueble de calle José Domingo Cañas N  1367, en que Sergio Pérez Molina – junto a otras personas – permanecieron privados de su libertad, además, interactu  con algunos de ellos, recabando información tanto verbal como escrita, relativa a la forma de organización e integración del partido socialista, opositor al régimen militar.

En lo concerniente al crimen cometido en la persona de Lumi Videla Moya, si bien Torr  Sáez estuvo a cargo del lugar de reclusión al cual fue llevada el 21 de septiembre de 1974, día de su detención, con la prueba allegada al proceso, en especial copia de oficio reservado 1139 de fecha 25 de abril de 2003, suscrito por la señora Ministro de Defensa, agregado a fojas 2.041, en el cual se consigna que según la información proporcionada por la Policía de Investigaciones, Maximiliano Ferrer Lima, Capitán de Ejército, haciendo prevalecer la antigüedad de su institución, sucedió a Ciro Torr  Sáez y pas  a comandar el recinto denominado “Cuartel Ollag e”, de la Dirección de Inteligencia Nacional, ubicado en calle José Domingo Cañas N  1.367, comuna de Ñuñoa, probablemente a principios del mes de octubre de de año 1974; se concluye, que el 3 de noviembre de 1974, data de muerte de la víctima, Torr  Sáez, ya no estaba a cargo del cuartel José Domingo Cañas, sino que, quien se desempeñaba como tal era Francisco Maximiliano Ferrer Lima, condenado en esta causa como autor del referido homicidio, precisamente por investir tal calidad, como se establece en el considerando décimo quinto del fallo en alzada.

**DECIMO CUARTO:** Que en cuanto al recurso deducido a fojas 3.970 por la abogada señora Loreto Meza Van Den Deale por el Programa Continuación Ley N  19.123, mediante el cual pretende que el Tribunal de alzada modifique el fallo impugnado condenando tanto a Ciro Torr  Sáez, como a Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Cristoph Willeke Flo l, Marcelo Moren Brito, Francisco Ferrer Lima; Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes, como autores del delito de secuestro de Lumi Videla Moya, cometido el 21 de septiembre de 1974, sin perjuicio de la condena por homicidio calificado en perjuicio de la misma víctima, debe tenerse presente que a fojas 2.506 el Ministro Instructor, dedujo acusación contra Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torr  Sáez, como autores del delito de secuestro en la persona de Sergio Pérez Molina; acusó además a Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Georg Paul Willeke Fl el, Francisco Ferrer Lima, Marcelo Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Ciro Torr  Sáez y Basclay Humberto Zapata Reyes, en calidad de autores del delito de homicidio calificado cometido en

la persona de Lumi Videla Moya, conferido traslado del auto acusatorio, a fojas 2.530 comparece doña María Raquel Mejías Silva, Secretaria Ejecutiva del Programa Continuación Ley N°19.123, quien se adhirió a la acusación del Ministro Instructor, en los mismos términos que fue formulada, los que dio por íntegramente reproducidos e hizo propios.

En consecuencia, debe dejarse asentado que la solicitud de condenar a **Ciro Torr  Sáez**, **Juan Manuel Contreras Sepúlveda**, **Cristoph Willeke Flo l**, **Marcelo Moren Brito**, **Francisco Ferrer Lima**; **Miguel Krassnoff Martchenko** y **Basclay Zapata Reyes**, como autores del delito de secuestro de Lumi Videla Moya, cometido el 21 de septiembre de 1974, se desestima, tanto por no existir agravio para la recurrente, tanto porque los mencionados reos no fueron acusados por tal delito.

**DECIMO QUINTO:** Que determinada la existencia de los hechos punibles y la participación que en cada uno de ellos corresponde a los acusados, debe el Tribunal determinar la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad, para resolver en definitiva la pena con que se les sancionará.

**DECIMO SEXTO:** Que la defensa del sentenciado Torr  Sáez en el quinto otros  de su presentación de fojas 2.652, solicitó el reconocimiento de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, requiriendo considerar en su favor la contemplada en el artículo 10 N  10 del Código Penal, como atenuante, ya que se vio obligado al cumplimiento del deber dispuesto por la jefatura de su institución, y su irreprochable conducta anterior, conforme al artículo 11 N 6 del citado código.

**DECIMO SEPTIMO:** Que no existen en el fallo de primer grado razonamientos en cuanto a la procedencia de las circunstancias alegadas, corresponde ahora el análisis de las mismas.

Así, la irreprochable conducta anterior del encartado se encuentra justificada con su extracto de filiación y antecedentes de fojas 3.728, libre de anotaciones penales, razón por la que acoge en su favor la circunstancia alegada.

Por otra parte, se desestima la pretensión de considerar la eximente de responsabilidad penal regulada en el artículo 10 N  10 del Código Penal, como circunstancia atenuante, por que no se han acreditado los presupuestos fácticos exigidos para su concurrencia y por considerar además, que la expresión deber, tiene aquí un significado estrictamente jurídico, lo que supone criterios de adecuación y proporcionalidad, así, sólo será aplicable en la hipótesis de una orden superior lícita, ya que ante una ilícita, esa justificación es inaplicable, por cuanto el acto delictual cometido por orden de un superior, conserva su carácter ilícito respecto del subordinado, por lo que constituyendo el elemento esencial de la justificante, impide su reconocimiento como tal, y también como atenuante del 11 N  1 del Código Penal al requerir al menos la concurrencia de su sustrato básico en ejercicio de un derecho lícito.

**DECIMO OCTAVO:** Que el fallo de primera instancia omitió pronunciamiento respecto de la alegación formulada por la defensa de Basclay Zapata Reyes en el primer otros  de fojas 2.697, en cuanto pidió beneficiar al encartado con la circunstancia atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N 9 del Código Penal, omisión que ahora se subsana, decidiéndose el rechazo de la misma, ya que de los dichos del convicto, no es posible colegir que sus declaraciones hayan contribuido sustancialmente al esclarecimiento del hecho punible propiamente tal, ni a la intervención que en el ilícito le correspondió a él u otras personas, máxime cuando interrogado el 5 de mayo de 2004, según se lee a fojas 1.736, al mencionarle el Tribunal el nombre de Lumi Videla Moya, expresa "no la conozco, solo escuch  hablar de ella en una oportunidad que me realizaron un careo con el hermano de

ella”, y luego el 5 de abril de 2005 a fojas 883, si bien refiere saber que Lumi Videla Moya murió mientras la torturaban en el centro de detención conocido como José Domingo Cañas, mencionando algunos de los encargados del recinto, concluye expresando: “Debo decir que me encuentro dispuesto a cooperar con la justicia en todo lo que sé, pero respecto a estas dos víctimas, nada tengo que aportar”.

**DECIMO NOVENO:** Que tal como lo establece el argumento sexagésimo segundo del fallo que se revisa, beneficia a los sentenciados **Cristoph Willeke Floël, Marcelo Moren Brito, Francisco Ferrer Lima; Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes**, la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal, esto es, su irreproachable conducta anterior.

**VIGESIMO:** Que en lo concerniente a la aplicación de la prescripción gradual, contemplada en el artículo 103 del Código Penal reclamada por la defensa de los acusados Krassnoff y Zapata por intermedio de sus presentaciones de fojas 2.928 y 2.697, la sentencia de primer grado destinó el considerando quincuagésimo noveno para referirse a la petición expresada anteriormente, sin emitir un pronunciamiento directo al respecto, toda vez que se limitó a rechazarla, teniendo para ello presente lo manifestado en otro fundamento – cuadragésimo tercero -, en donde se pronunció latamente respecto de una solicitud diferente de los acusados, consistente en reclamar la existencia de una circunstancia extintiva de la responsabilidad penal, como fue la prescripción de la acción de igual carácter, en consecuencia, corresponde fundamentar la procedencia de la circunstancia atenuante alegada en los delitos investigados y su incidencia en el quantum de las penas a imponer a los condenados, lo que se efectuara pormenorizadamente en los acápites siguientes.

**VIGESIMO PRIMERO:** Que como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual, parcial o incompleta, como también se le denomina, que es motivo de atenuación de la pena.

En efecto, el señalado instituto procesal constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, desde que al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársele jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la

responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

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

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de jure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí –y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afincan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una “idea afortunada de la CR” la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dálbora).

**VIGESIMO SEGUNDO:** Que, por su parte, ocupándose de este tema, el profesor don Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una “cuestión obligada” dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

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

**VIGESIMO TERCERO:** Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en Justicia pertinente. Por lo demás, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la institución consistente en la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad en diversos fallos, así v.gr., en los autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 2.422-08)

**VIGESIMO CUARTO:** Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 103 del Código

Penal en abstracto, procede ahora analizar si en los casos en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

**VIGESIMO QUINTO:** Que, en lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103. Dice, “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”.

Ahora bien, en el caso en estudio, la calificación de los delitos que fueron materia de la investigación, conforme se estableció en el motivo cuarto del fallo en alzada, corresponde en el caso de la víctima Sergio Pérez Molina a la figura descrita en el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, que establece el ilícito de secuestro calificado cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados y en el caso de la ofendida Lumi Videla Moya al de homicidio calificado, sancionado en el artículo 391 N°1 del Código Penal, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

**VIGESIMO SEXTO:** Que conforme con lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes, ámbito atingente al punto debatido por tratarse en la especie de los delitos de secuestro calificado y homicidio calificado, en el plazo de diez y quince años respectivamente, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en los casos de autos, el mínimo para su aplicación es de cinco años y siete años y medio, respectivamente.

**VIGESIMO SEPTIMO:** Que tratándose del secuestro de Sergio Pérez Molina, el cómputo del tiempo transcurrido desde el 21 de diciembre de 1974 - fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria - hasta el 13 de octubre de 2000, en que Dago Pérez Videla, presentó la querella criminal por crímenes internacionales de guerra, torturas y secuestro agravado que rola a fojas 519 y siguientes del Tomo I, o al 27 de febrero de 2006, en que se sometió a proceso a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torré Sáez como autores del ilícito, según consta de fojas 1.780, arroja un decurso superior a los veinte años, más que suficiente para aquilatar la procedencia o no de la prescripción gradual de la pena - llamada “media prescripción”-, que requiere, como se ha dicho, en el presente caso, de cinco años. No altera la conclusión establecida previamente, lo actuado en causa Rol N° 130.923 del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, toda vez si bien se investigó la detención de Pérez Molina, mientras dicho procedimiento judicial se tramitó ante la justicia ordinaria, se paralizó por sobreseimiento temporal el 23 de septiembre de 1982, según se lee a fojas 384 del Tomo II, expediente reconstituido, tenido a la vista, resolución aprobada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de abril de 1983, a fojas 389 del mismo Tomo, decretándose la reapertura del sumario el 30 de octubre de 1992 a fojas 426 del reseñado proceso.

Posteriormente el proceso fue remitido por incompetencia al Segundo Juzgado Militar de Santiago, sede en la que se tramitó bajo el Rol N° 781-94. Con fecha 23 de agosto de 1996 y tras calificarse la detención de Sergio Pérez Molina, como constitutiva del delito previsto y sancionado en el artículo 148 del Código Penal, se dictó sobreseimiento definitivo el 23 de

agosto de 1996, resolución que rola a fojas 922 del Tomo III del cuaderno de documentos, por encontrarse extinguida la responsabilidad penal, por amnistía, de los inculcados como autores del mencionado ilícito, Osvaldo Romo Mena y Basclay Zapata Reyes.

**VIGESIMO OCTAVO:** Que en relación al homicidio de Lumi Videla Moya, los hechos delictuosos acontecieron el 3 de noviembre de 1974, fecha en la que se realizó la denuncia de fojas 1 que dio origen a la causa Rol N° 11.416 del Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, resultando la causa sobreseída temporalmente el 30 de julio de 1975, según consta a fojas 179, resolución aprobada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 25 de noviembre de 1975, cuyo cúmplase a fojas 181, data del 27 de noviembre del mismo año, quedando la causa paralizada hasta el 23 de septiembre de 2002, fecha en que según se lee a fojas 184 bis, la señora Juez con dedicación exclusiva, en cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Apelaciones de Santiago, dejó sin efecto el sobreseimiento temporal, reponiendo la causa al estado de sumario.

**VIGESIMO NOVENO:** Que, conforme a los períodos antes referidos y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 96, en relación con el artículo 103, ambos del Código Penal, habiéndose paralizado la prosecución de la causa por más de tres años, los plazos de prescripción continuaron corriendo como si la suspensión no se hubiera producido y, consecuentemente, para el recuento del término requerido para configurar la morigerante de responsabilidad penal en estudio, en el caso del homicidio de Lumi Videla Moya, transcurrieron más de veinte años, entre la fecha de su comisión, el 3 de noviembre de 1974 y la reanudación del procedimiento que culminó con la condena de los encartados, cumpliéndose, de este modo, la hipótesis temporal a la que alude el citado artículo 103 del código punitivo.

El cómputo de los plazos en los términos expuestos, no se ve alterado con la querella de fecha 13 de octubre de 2000, de fojas 519, interpuesta por Dago Pérez Videla, hijo de la víctima, toda vez que de estimarse aquélla como la fecha de reanudación del procedimiento, igualmente se cumple con el tiempo de paralización exigido por el artículo 96 del Código Penal.

**TRIGESIMO:** Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer, respecto de todos los acusados, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la antes citada disposición legal la que fue alegada por la defensa de Krassnoff Martchenko y Zapata Reyes, en sus escritos de 2.628, 2.697 y, aún cuando la defensa de los demás sentenciados, no alegaron en su contestación de cargos, atendido el carácter de norma de orden público que reviste y lo dispuesto en los artículos 527 y 528 bis del Código de Procedimiento Penal, se le reconocerá, igualmente, con la mitigante referida.

**TRIGESIMO PRIMERO:** Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que **Miguel Krassnoff Martchenko, Cristoph Willeke Flöel, Francisco Maximiliano Ferrer Lima, Marcelo Luis Moren Brito, Ciro Torré Sáez y Basclay Humberto Zapata Reyes**, resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6° del Código Penal y por aquella contemplada en el artículo 103 del texto señalado, que se les reconoce formalmente en este fallo, sin que les afecte agravante alguna. Por su parte, respecto de **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda** concurre sólo la circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal consultada en el artículo 103 del cuerpo legal citado, sin que concurren circunstancias agravantes en su contra.

**TRIGESIMO SEGUNDO:** Que efectuado el análisis respecto de los requisitos formales de procedencia de la atenuante especial contemplada en el artículo 103 del Código

Penal, debe a continuación determinarse su influencia en las penas que en concreto se impondrán a los sentenciados. Al efecto conviene aclarar el alcance de la mencionada norma, en relación con los preceptos que regulan la aplicación de las sanciones.

**TRIGESIMO TERCERO:** Que si bien el artículo 103 del Código Penal, dispone que cumpliéndose los presupuestos fácticos de transcurso del tiempo, el Tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, para la imposición de la pena en concreto se remite a las reglas contenidas en los artículos 65, 66, 67 y 68. Es así, que cumplido el imperativo legal de reconocer formalmente respecto de ambos ilícitos la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y considerarlos exentos de agravantes, cobra aplicación lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, esto es que, a los jueces les asiste el poder discrecional que no los obliga necesariamente a disminuir la sanción penal y, por ende, dentro de sus atribuciones privativas pueden o no usar dicho mecanismo, aplicando la pena sin rebaja alguna o reduciéndola en alguno de los tramos que la ley autoriza, con la limitación que le está vedado aplicar el grado máximo.

**TRIGESIMO CUARTO:** Que, en concordancia con lo anterior, en el caso del homicidio calificado de la víctima Lumi Videla Moya, atendida la gravedad de los sucesos indagados en estos antecedentes y su modalidad de ejecución, resulta más condigno con ello, proporcional a las conductas sancionadas y al ámbito y magnitud del crimen, mantener el quantum de las sanciones que se determinan en el fallo de primer grado. En consecuencia, no se modificarán las penas impuestas en el fallo de primer grado que se revisa a los sentenciados Contreras Sepúlveda, Krassnoff Marchenko, Willeke Floel, Ferrer Lima y Moren Brito.

**TRIGESIMO QUINTO:** Que en lo concerniente al delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina, este Tribunal, al determinar la sanción aplicable a quienes se acusó como autores, hará uso de la facultad discrecional otorgada por el artículo 68 del código punitivo, rebajando la pena en un grado desde el mínimo legal. Para decidir en la forma descrita, se tiene presente que sin soslayar la gravedad del hecho, para evaluar el reproche que en definitiva emane de la aplicación del derecho, corresponde apreciar y aquilatar el escenario, el momento y las circunstancias en que ocurrió.

**TRIGESIMO SEXTO:** Que para los efectos de la determinación de la pena respecto de los sentenciados Contreras Sepúlveda y Krassnoff Martchenko, y no darse los supuestos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. por no tratarse de delitos de la misma especie, que no aparecen reprimidos en el mismo título, procede regular la penalidad conforme al sistema aritmético contemplado en el artículo 74 del Código Penal, vale decir, se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

**TRIGESIMO SEPTIMO:** Que, en tanto norma de carácter excepcional, el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado en sentido restrictivo, sin que por esa vía sea posible ampliar los efectos de una situación que desde luego para el legislador resulta extraordinaria.

**TRIGESIMO OCTAVO:** Que, en correspondencia con lo expuesto, el artículo 40 del código de instrucción penal -también modificado por la Ley N° 18.857- ha de entenderse en el carácter de complementario del artículo 10 del mismo texto, toda vez que, permitiendo aquél la inclusión de la acción civil en sede penal, éste precisa en contra de quienes pueden dirigirse dichas acciones, pero se conserva inalterable el fundamento que posibilita el derecho de opción concedido al actor civil. Ello resulta plenamente coherente con la tendencia que se

advierte en el legislador de la reforma procesal penal -contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal- en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida interponerla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, que resulta complementado por el artículo 171 de su homónimo Orgánico de Tribunales, en cuanto establece como regla general -y con la salvedad que señala- que los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciados por el juez civil competente. Su tenor literal es el siguiente:

“La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

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

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

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

**TRIGESIMO NOVENO:** Que tales preceptos, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las normas que regulan la competencia civil del juez del crimen en el Código de Procedimiento Penal.

**CUADRAGESIMO:** Que las razones consignadas en la reflexiones septuagésima novena, octogésima y octogésima primera de la decisión en alzada y las consignadas en los acápites trigésimo séptimo a trigésimo noveno precedentes, son las adecuadas para la solución de la excepción planteada por el Fisco de Chile, por lo que el sentenciador de primer grado resuelve con acierto al acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta en lo principal de la presentación de fojas 2.630, sin emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas de dicho actor formuladas en su aludida contestación.

**CUADRAGESIMO PRIMERO:** Que tal como se consigna en el basamento octogésimo séptimo del fallo en alzada, respecto de los restantes demandados civiles, esto es, los acusados Miguel Krassnoff Martchenko, Francisco Ferrer Lima y Cristoph Willeke Flöel, se estimó extemporánea la contestación de la demanda del primero de los nombrados y se tuvo por evacuada en rebeldía la contestación de la misma demanda, respecto de los dos últimos, por tanto no efectuaron en tiempo y forma, alegaciones o defensas acerca de las cuales deba emitir pronunciamiento este Tribunal.

**CUADRAGESIMO SEGUNDO:** Que conforme a lo expresado, se comparten parcialmente las opiniones del Ministerio Público Judicial, vertidas en su informe de fojas 4.016 a 4.027, disintiendo en cuanto fue de parecer de condenar a Ciro Torr   S  ez como autor del delito de homicidio calificado de Lumi Videla Moya y mantener el quantum de las penas impuestas en primera instancia a los responsables del secuestro materia de autos.

**CUADRAGESIMO TERCERO:** Que en nada altera lo concluido, en lo concerniente a la existencia del delito de homicidio calificado de Lumi Videla Moya y la



participación que en calidad autor le correspondió en él a Cristoph Willeke Flöel, el mérito de los documentos acompañados por su defensa a fojas 4.135, el expediente reconstituido Rol N° 130.923- B del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago traído a la vista, ni el mérito de los certificados estampados a fojas 4.095 y 4.326 por la señoras secretaria titular y secretaria subrogante de la Corte de Apelaciones de Santiago, confeccionados a solicitud de su abogado don Fidel Reyes Castillo.

**CUADRAGESIMO CUARTO:** Que la defensa de Cristoph Willeke Flöel, en lo principal de su presentación de fojas 4.075, solicitó se recibiera la causa prueba en segunda instancia, resolviendo la Corte de Apelaciones a fojas 4.094, conforme a lo dispuesto en el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, tener presente la solicitud en la vista de la causa.

Que los motivos alegados por el solicitante, no se ajustan a las situaciones contempladas en el artículo 517 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la pretensión del recurrente, debe ser desestimada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 510, 514, 517, 518, 527 y 544 del Código de Instrucción Criminal y artículos 24, 26, 29, 47, 61 N°2, 68, 69 y 103 del Código Penal, Ley N° 18.216 y 186 y 227 del de Procedimiento Civil, **SE DECLARA:**

**EN LO PENAL:**

I.- **Se rechaza** el recurso de casación en la forma interpuesto por el abogado Fernando Rossi Mejías en representación del acusado **Ciro Torrè Sáez**, en lo principal del escrito de fojas 3.976, en contra de la sentencia de veintitrés de julio de dos mil siete, escrita de fojas 3.750 a 3.927.

II- **Se confirma**, la sentencia apelada de veintitrés de julio de dos mil siete, escrita de fojas 3.750 a 3.927, **con las siguientes declaraciones:**

A.- Que **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda**, queda condenado en su calidad de **autor** del delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974, a la pena de **cinco años de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a la satisfacción de las costas de la causa.

B.- Que **Miguel Krassnoff Martchenko**, queda condenado en su calidad de **autor** del delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974, a la pena de **cinco años de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a la satisfacción de las costas de la causa.

C.- Que atendida la extensión del total de las penas impuestas y las circunstancias y modalidades de ejecución de los hechos, que se atribuyen a los sentenciados **Contreras Sepúlveda y Krassnoff Martchenko**, no se les concederá ninguna de las medidas alternativas que contempla la Ley N° 18.216.

D.- Que **Ciro Torr  Sáez**, queda condenado en su calidad de **autor** del delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina, perpetrado a contar del 22 de septiembre de 1974, a la pena de **cinco años de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y a la satisfacción de las costas de la causa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 15  de la Ley 18.216 y cumpliéndose los requisitos que la disposición exige, se concede al sentenciado **Torr  Sáez**, el beneficio de libertad vigilada como modalidad alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad que por este fallo se le impone, debiendo quedar sujeto a un plazo de tratamiento y observación de la autoridad administrativa igual al de su condena, cumpliendo con las demás exigencias contempladas en la Ley 18.216.

Para el caso que Torr  Sáez deba cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, le servirá de abono el período que permaneció privado de libertad con motivo de esta causa, reconocido por la sentencia en alzada.

E.- Que la pena de diez años y un día de presidio mayor, impuesta a cada uno de los encausados **Miguel Krassnoff Martchenko, Cristoph Willeke Fl el, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y, Marcelo Luis Moren Brito** en su calidad de **autores** del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974, lo es en cada caso, de presidio mayor en su grado medio.

F.- Que la pena de cinco años y un día de presidio mayor, impuesta a **Basclay Zapata Reyes**, en su calidad de **cómplice** del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Lumi Videla Moya el 03 de noviembre de 1974, lo es, de presidio mayor en su grado mínimo.

### **EN LO CIVIL:**

**III.- Se confirma, en lo apelado**, la sentencia de veintitrés de julio de dos mil siete, escrita de fojas 3.750 a 3.927.

**Se previene que los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller** en lo atinente únicamente al delito de secuestro calificado de Sergio Pérez Molina, y en concordancia con las opiniones manifestadas en otras sentencias, desestiman el reconocimiento de la denominada media prescripción y la rebaja de la pena que se hace como consecuencia de su aceptación, teniendo presente para ello que en la situación de autos es imposible acoger la pretensión de que concurra la circunstancia atenuante del artículo 103 del Código Penal, porque dada la naturaleza de uno de los delitos que en el proceso ha quedado establecido -de carácter permanente- se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la circunstancia señalada. La disposición citada gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena “, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico

tutelado perdura o se mantiene hasta que no se produce determinado evento, tal precisión temporal es imposible.

En consecuencia, para la determinación de la pena que corresponde imponer a los enjuiciados **Krassnoff Martchenko y Torré Sáez**, por el antedicho ilícito, sólo se debe tener en cuenta la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6°, del cuerpo legal citado, sin que concurren otras modificatorias de responsabilidad penal; y respecto de **Contreras Sepúlveda** cabe considerar que no le asisten modificatorias de responsabilidad penal, razón por la que estuvieron por mantener las penas impuestas en el laudo de primera instancia.

**Acordada la condena penal con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros**, quienes estuvieron por revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de prescripción opuesta por la defensa de Basclay Zapata Reyes, Marcelo Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchenko y en cambio, acogiénola, fueron de opinión de declarar la prescripción de la acción penal a su favor; y de conformidad además, a lo dispuesto en los artículos 433 inciso final del Código de Procedimiento Penal y 102 del Código Penal, estuvieron por revocar el fallo de primer grado en cuanto por él se castigó a **Ciro Torré Sáez**, **Manuel Contreras Sepúlveda**, **Cristoph Willeke Flöel** y **Francisco Ferrer Lima**, y consiguientemente absolver a la totalidad de los procesados de los capítulos de la acusación, teniendo presente para así decidirlo una vez más, las siguientes consideraciones:

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

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

**2°.-** Que tratándose del secuestro de **Sergio Pérez Molina**, el cómputo del tiempo transcurrido desde el 21 de diciembre de 1974 - fecha que permite considerarse como la de inicio de la prescripción acorde a nuestra normativa ordinaria - hasta el 13 de octubre de 2000, en que **Dago Pérez Videla** presentó la querrela criminal por crímenes internacionales de guerra, torturas y secuestro agravado que rola a fojas 519 y siguientes, o al 27 de febrero de 2006, en que se sometió a proceso a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda Miguel**

Krassnoff Martchenko y Ciro Torré Sáez como autores del ilícito, según consta de fojas 1780, arroja un decurso superior a los veinte años.

No altera la conclusión establecida previamente, lo actuado en causa Rol N° 130.923 del Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, toda vez si bien se investigó la detención de Pérez Molina, mientras dicho procedimiento judicial se tramitó ante la justicia ordinaria, se paralizó por sobreseimiento temporal el 23 de septiembre de 1982, según se lee a fojas 384 del Tomo II, expediente reconstituido, tenido a la vista, resolución aprobada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de abril de 1983, a fojas 389 del mismo Tomo, decretándose la reapertura del sumario el 30 de octubre de 1992 a fojas 426 del reseñado proceso.

En relación con el homicidio de Lumi Videla Moya, los hechos delictuosos acontecieron el 3 de noviembre de 1974, fecha en la que se realizó la denuncia de fojas 1 que dio origen a la causa Rol N° 11.416 del Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, resultando la causa sobreseída temporalmente el 30 de julio de 1975, según consta a fojas 179, resolución aprobada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 25 de noviembre de 1975, cuyo cúmplase a fojas 181, data del 27 de noviembre del mismo año, quedando la causa paralizada hasta el 23 de septiembre de 2002, fecha en que según se lee a fojas 184 bis, la señora Juez con dedicación exclusiva, en cumplimiento a lo ordenado por la Corte de Apelaciones de Santiago, dejó sin efecto el cierre del sumario y sobreseimiento temporal, reponiendo la causa al estado de sumario.

El cómputo de los plazos en los términos expuestos, no se ve alterado con la querella de fecha 13 de octubre de 2000, de fojas 519, interpuesta por Dago Pérez Videla, hijo de la víctima, toda vez que de estimarse aquélla como la fecha de reanudación del procedimiento, igualmente se cumple con el tiempo de paralización exigido por el artículo 96 del Código Penal.

**3°.-** Que conforme lo reseñado, ha transcurrido en exceso el plazo de diez y quince años, respectivamente, que la ley contempla en el artículo 94 del Código Punitivo para la prescripción de la acción penal respecto a los crímenes a que la ley impone pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados y presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, como ocurre con el secuestro calificado y homicidio calificado, respectivamente;

**4°.-** Que, en tales condiciones, en concepto de los disidentes se verifica, a favor de los encausados, la causal de extinción de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, esto es, la prescripción de la acción penal;

**5°.-** Que la materia de que se trata - hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973 - hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados. Para ello resulta menester atender previamente a los principios y normas constitucionales superiores consagrados en los artículos 5°, 6° 7° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que sientan clara y suficientemente los principios de legalidad que la sustentan, conforme a los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, las que obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como asimismo a toda persona, institución o grupo. Después de la reforma constitucional de agosto de 1989, en cuanto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, esos mismos órganos del Estado

están en el deber de respetar y promover tales derechos, “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. En el orden del derecho penal, obliga a castigar todo delito conforme a la sanción que se hubiese determinado en ley promulgada con anterioridad a la comisión de la conducta expresamente ya descrita previamente y proclama la irretroactividad de la ley penal, a menos que una nueva ley resulte favorable al afectado;

6°.- Que, en cuanto a los Convenios de Ginebra, como normativa que impida la aplicación de la prescripción, los disidentes ya han rechazado tal posición en anteriores fallos, consignando:

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

El Sr. Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en la orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de *facto* sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento

de la CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya *hostilidades*, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un *carácter colectivo*; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean *fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable*...”.

El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1 N° 1, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1 del Protocolo se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

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

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era

conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949.

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

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos.

El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile en Septiembre de 1973 existía un “conflicto armado no internacional”, razón por la que debe concluirse que no corresponde aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

Los artículos 147 y 148 del Convenio IV, no contienen prohibición alguna al respecto. “En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.” (Causas rol N° 457-05, 2165-05, 559-04, 2079-06).

Se estimó atinente -en los autos rol 2079-06- a efectos de entender más claramente los alcances de la Convención de Ginebra, citar un comentario que en el marco histórico de la transición a la democracia en Chile hace el periodista y escritor Ascanio Cavallo en su libro “La Historia Oculta de la Transición (Memoria de una época, 1990 – 1998” (Grigalbo, 1999): refiriéndose a la negociación de reformas a la Constitución de 1989 dice que los señores Cumplido y Viera Gallo “han insistido en dar rango constitucional a los tratados internacionales a través del artículo 5°. Así se podrían aplicar, por ejemplo, las normas sobre la guerra de la Convención de Ginebra. Pero los familiares de las víctimas no aceptan que se diga que en el país hubo una guerra; el hallazgo de Pisagua confirma esa resistencia. Al otro lado, los militares insisten en hablar de la “guerra interna” de 1973; pero tampoco aceptan

que se intente aplicar las normas internacionales sobre la guerra. La Corte Suprema rechaza la interpretación amplia del artículo 5° de la Constitución, se resiste a aceptar el imperio de los tratados internacionales por sobre la ley interna y respalda la tesis militar...” (pág. 44)”

**7°.-** Que finalmente los principios generales de derecho Internacional, reconocidos por la Comunidad Internacional de la que Chile forma parte, las declaraciones, resoluciones y acuerdos en que se funda el fallo, no pueden afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad, antes recordados.

Acordada la **confirmatoria en lo civil, respecto del Fisco de Chile, con el voto en contra de los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller**, quienes fueron de opinión de revocar en esa parte el fallo apelado y en su reemplazo acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por Eduardo Pérez Molina y Lautaro Videla Moya en contra del Fisco de Chile, atendidas las siguientes razones:

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

**Segundo:** Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que es la conducta ilícita investigada en autos -cometida por agentes del Estado- la que subyace en la pretensión civil y origina la de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

**Tercero:** Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.

**Cuarto:** Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

**Quinto:** Que, a mayor abundamiento, los disidentes no pueden dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en concepto del disidente, trae no sólo 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.

**Sexto:** Que, de esta manera, a juicio de éstos sentenciadores, procede acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Así, dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

**Séptimo:** Que los mismos fundamentos enunciados precedentemente permiten desestimar la alegación del demandado, relativa a la inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el ya citado artículo 5° de la Constitución, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico nacional de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

**Octavo:** Que, respecto del monto de la indemnización reclamada, estiman que corresponde fijarlo en la suma de \$ 50.000.000.- (cincuenta millones de pesos), para cada una de los demandantes, la que deberá pagarse debidamente reajustada y con intereses desde que el deudor se constituya en mora, la que, en todo caso, constituirá una obligación solidaria con los encausados condenados civilmente por la sentencia de primer grado, confirmada por esta de reemplazo.

**Se deja constancia que para resolver como se hizo en cuanto a la sanción a aplicar a Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko y Ciro Torré Sáez,** como autores del delito de secuestro calificado materia de autos, el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes sobre los acuerdos en los siguientes términos:

Existiendo mayoría legal en el sentido de condenar a los mencionados encartados – por tres votos contra dos -, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Orgánico de Tribunales, se discutió sobre el quantum de la pena que deberá imponerse a éstos, no produciéndose acuerdo entre los jueces de mayoría en atención a que dos de ellos no aceptan reconocer la existencia de la prescripción gradual o media prescripción, mientras que el tercero sí la hace efectiva, todo en los términos y por los motivos señalados en los respectivos razonamientos.

Ante ello, se llamó a votación sobre este punto y allí el Ministro señor Ballesteros reconoció a los procesados el beneficio de la media prescripción, para lo cual se funda en la circunstancia de que si él estuvo por absolverlos, aplicando la prescripción total de la acción penal, no le inhibe y resulta del todo consecuente, desechada que fue esa excepción y resuelta la condena, sumarse al voto tendiente a reconocer el derecho del acusado a que se le rebaje la pena por la disposición favorable antes citada.

En consecuencia, y en una nueva votación, tampoco se logró mayoría por el quantum o entidad de la pena, pues los Ministros señores Rodríguez y Künsemüller estuvieron por sancionar sin reconocer la aludida media prescripción; en tanto que los Ministros señores Ballesteros y Dolmestch fueron de opinión de sí reconocer tal circunstancia; y, por su parte, el Ministro señor Segura, mantiene su decisión de absolverlos por prescripción de la acción penal.

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

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Ballesteros y de las prevenciones y disidencias sus autores.

Rol N° 925-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

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

En Santiago, a siete de septiembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial Suplente de la Corte Suprema, quien no firmó.