

Santiago, veinticinco de junio de dos mil doce.

**VISTOS:**

Por sentencia de primera instancia pronunciada el 10 de diciembre de 2009, escrita de fojas 2.728 a 2.816 de estos antecedentes, se condenó a Clenardo Figueroa Cifuentes como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona del desaparecido Eduardo Enrique González Galeno, ocurrido el 14 de septiembre de 1973, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa. En seguida se condenó a Gamaliel Soto Segura, como cómplice del mismo delito, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena más el pago de las costas de la causa. En lo civil, se acogió la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Consejo de Defensa del Estado en lo principal de su contestación de fojas 2.533, respecto de la demanda de indemnización de perjuicios deducida por la querellante Nelly González Galeno.

Impugnada esta decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 19 de agosto de 2011, a fojas 3.054, desestimó el primero de tales arbitrios y confirmó el fallo, con declaración que Gamaliel Soto Segura queda condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de secuestro calificado y, en lo civil, revocó el indicado fallo, declarando que la excepción de incompetencia absoluta del tribunal queda rechazada, como asimismo las restantes excepciones de fondo propuestas por el Fisco de Chile; en consecuencia, acogió la demanda entablada en el primer otrosí de fojas 2.448 por la querellante, Nelly González Galeno, condenando al Fisco de Chile al pago de la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.-), como

resarcimiento del daño moral causado, con los intereses que indica el fallo, sin costas.

Contra el anterior pronunciamiento, a fojas 3.065, doña Irma Soto Rodríguez, Abogada Procuradora Fiscal de Santiago, por el Consejo de Defensa del Estado, y la defensa del sentenciado Soto Segura, a fojas 4.000, dedujeron sendos recursos de casación en la forma y en el fondo.

A fojas 4.084, se ordenó traer los autos en relación para el conocimiento del recurso de casación en la forma de fojas 3.065 y casación en la forma y en el fondo deducidos a fojas 4.000. Respecto del recurso de casación en el fondo intentado por la representante del Consejo de Defensa del Estado, su conocimiento y decisión quedó diferida hasta que se fallen los recursos admitidos a tramitación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en lo principal del libelo de fojas 3.064, por el Fisco de Chile, se entabló recurso de casación en la forma sustentado en la causal sexta del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con los artículos 541, inciso final, del mismo cuerpo normativo, y 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, es decir, en haber sido pronunciada la sentencia impugnada por un tribunal incompetente, en contravención con lo previsto en el artículo 10 del código aludido.

Plantea que el conocimiento de la acción civil intentada en el proceso contra el Fisco correspondía de manera exclusiva a los tribunales con jurisdicción civil, dado que la última gran reforma que afectó al Código de Procedimiento Penal, originada en la Ley N° 18.857, de diciembre de 1989 -que modificó el citado artículo 10-, limitó la acción civil en el juicio penal en cuanto a su amplitud y extensión, tema discutido desde hacía tiempo en orden a eliminar de ese proceso elementos distorsionadores de la función primordial del juez de establecer el hecho punible y la participación en él de quienes lo causaron o se aprovecharon de sus efectos.

Explica que el artículo 59 del nuevo Código Procesal Penal permite a la víctima intentar la acción para perseguir responsabilidades civiles derivadas del

hecho punible sólo respecto del imputado, en circunstancias que los restantes perjudicados y terceros civilmente responsables deben discutir sus pretensiones civiles ante el tribunal de idéntica naturaleza que correspondiere; mismo criterio que exige el actual Código de Justicia Militar a propósito del procedimiento de tiempo de paz.

Sostiene que de acuerdo al tenor del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia de la acción civil en el juicio criminal es menester que se funde en los perjuicios patrimoniales causados directa e inmediatamente por las propias conductas de los procesados o que sean consecuencias próximas o directas de ellas, y que el juzgamiento de la pretensión civil del actor no se extienda a extremos ajenos a las conductas que constituyen el hecho punible. Es decir, el juez en lo penal no tiene competencia para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad.

En la especie, destaca que la demandante imputa responsabilidad al Fisco sobre la base de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política de la República, y artículos 4° y 44 de la Ley N° 18.575, disposiciones que según la actora establecerían una supuesta responsabilidad imprescriptible y objetiva del Estado; es decir, se le atribuye responsabilidad de derecho constitucional y administrativo, pero no penal.

De lo dicho colige que se trata de circunstancias ajenas al comportamiento de los autores y cómplices de los ilícitos que se persiguen, excediendo por ende la limitación impuesta en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, incompetencia que no solo cuenta con sustento legal y doctrinario, sino que ha sido reconocida judicialmente.

Asegura que el Estado y sus órganos sólo pueden causar algún perjuicio mediante falta de servicio, que es de carácter autónomo en relación con la teoría civilista de la responsabilidad extra contractual, y cuyo sustento no se hace consistir sólo en los elementos del dolo y la culpa, sino que emerge en diferentes situaciones que la doctrina acepta como constitutivas de falta, por ejemplo cuando el servicio funciona mal, no ha funcionado o lo ha hecho tardíamente.

Aduce que en el caso en estudio se trata una acción constitucional destinada a reclamar contra la administración del Estado, se invoca una falta de servicio, los perjuicios de las víctimas serían imputables a la propia administración por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios públicos, y se trataría una responsabilidad objetiva del Estado. De ello aparece que para resolver la acción civil deducida, el tribunal se aparta del juzgamiento de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, ya que la supuesta responsabilidad del Estado deberá buscarse en hechos extraños al comportamiento de autores y cómplices, por lo que se extendería a extremos distintos a los que señala el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, asevera que el juez del crimen dictó fallo careciendo de competencia para pronunciarse sobre la acción civil, por lo que debía confirmarse el fallo de primer grado no dando lugar a la demanda contra el Fisco.

Con estos argumentos solicita se anule el pronunciamiento de alzada y se dicte otro de reemplazo que confirme el de primera instancia, con costas;

**SEGUNDO:** Que enseguida, la defensa del condenado Gamaliel Soto Segura interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.

El primero de ellos se asienta en la causal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido extendida la sentencia en la forma dispuesta por la ley, denunciando como infringido el artículo 500 N° 4 del mismo cuerpo normativo.

Indica que el fallo de primera instancia no se hizo cargo de sus alegaciones en que sostuvo que el elemento de prueba fundamental y directo provendría de una declaración -fojas 1018- acompañada a un parte policial que, amén de ser un mero antecedente, su contenido es inútil para formar convicción en contra de su representado, dado que el propio declarante sostiene que fue detenido un día 16 de septiembre de 1973, en circunstancias que los hechos indagados se inician con la detención de la víctima y su traslado en helicóptero desde la localidad de Cunco dos días antes, el 14 de septiembre de 1973, cuestión que el fallo no aborda.

Plantea que la sentencia tampoco se hace cargo de sus alegaciones acerca de que una eventual actuación de su representado al subir a la víctima a un

helicóptero en horas de la tarde, después de consumada la detención, no es un acto propio de la complicidad.

Aclara que no está alegando en cuanto a la forma de apreciar las probanzas, sino que cuestiona que los jueces no se pronuncien acerca de que el testigo signado con el numeral 11 del considerando 8° nada pudo ver, lo que es una cuestión netamente formal.

Destaca entre la prueba el testimonio de la cónyuge de la víctima, quien declara ampliamente acerca de las circunstancias de la detención, el traslado al cuartel, su permanencia en ese lugar y su posterior conducción a un recinto de la Fach. Sólo relata que su mandante se comportó como si no los conociera, pero no dice que los haya detenido, golpeado ni subido al helicóptero. Atestigua que dentro de los carabineros que en ese momento estaban en el retén, recordó a Gamaliel Soto, a quien reconoce en una fotografía.

De ahí extrae el recurrente que su representado no participó en el acto de la detención y consumación de la privación de libertad, pues la cónyuge del ofendido lo recuerda únicamente como uno de los que estaban en el cuartel policial pero no relata que haya concurrido a su domicilio.

Más adelante extracta otros testimonios contenidos en la causa, de los que desprende que ninguno vincula a su mandante con la detención de la víctima o bien no estaban en condiciones de conocer los hechos sobre los que se expresan, reprobando que el tribunal no haya extendido sus consideraciones a estas cuestiones.

Asegura que si los sentenciadores se hubiesen hecho cargo de sus alegaciones en forma debida, debió absolverse a su representado por falta de participación y no sancionarlo como autor del delito de secuestro materia de las averiguaciones.

En la conclusión solicita se invalide el fallo de alzada y se dicte otro conforme a la ley y al mérito del proceso;

**TERCERO:** Que como se dijo en el motivo anterior, el mismo recurrente formalizó recurso de casación en el fondo por la causal primera del artículo 546

del Código de Procedimiento Penal, estimando como vulnerados los artículos 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar, 103 y 68 inciso tercero del Código Penal.

Plantea que la decisión condenatoria es equivocada al sostener que en todos los casos del artículo 214 antes señalado la orden a que alude la disposición debe ser relativa al servicio, ya que el supuesto del inciso 2° precisamente trata de una orden diversa, pues resulta jurídicamente imposible sostener que la orden de cometer un delito sea una de aquellas materias comprendidas dentro del servicio de los militares.

Acorde a ello, si es que el subordinado comete un delito en cumplimiento de una orden notoriamente tendiente a la perpetración del ilícito y sin dar cumplimiento a la formalidad de representar la orden de acuerdo al artículo 335 del mismo Código, se debía imponer la pena inferior en grado a la asignada por la ley, pues se trata de una atenuante calificada que perentoriamente ordena la reducción de la pena.

Arguye que si Soto Segura condujo a la víctima al helicóptero, no lo hizo de propia iniciativa, sino que debió cumplir una orden, dado que el dominio del hecho lo tenían sus superiores jerárquicos.

Critica enseguida que el tribunal no haya considerado el hecho revestido de la atenuante calificada que consagra el artículo 103 del Código Penal, circunstancia que resulta ser independiente y diversa de la prescripción propiamente tal, pues se funda en lo insensato de una alta sanción por hechos ocurridos largo tiempo atrás y en la aplicación del principio humanitario del Derecho Penal.

Para efectos del castigo, considera que de haberse reconocido la atenuante del artículo 214 del Código de Justicia Militar, se habría rebajado la pena en un grado, y con la estimación, además, de la minorante del artículo 103 del Código Penal, se torna inaplicable cualquier agravante y concurrentes en cambio dos o más atenuantes muy calificadas, de modo que dando aplicación al artículo 68 del Código Penal, debe rebajarse la pena en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados en la ley, dado el número y la calidad de las circunstancias atenuantes. En la especie, por el tiempo transcurrido, la responsabilidad penal del encausado

se encontraría extinguida, pero en consideración a la calificación del delito como de lesa humanidad, que no discute, en aras del derecho, la moral y la justicia, es dable la aplicación del máximo de la rebaja, esto es, de tres grados, y así se cumple con la exigencia de la racionalidad de la pena, todo lo cual permitiría la concesión de los beneficios de la Ley N° 18.216.

En lo petitorio, insta por la anulación del fallo a fin que se dicte sentencia de reemplazo que, con las circunstancias alegadas, lo sancione a una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo, pudiendo acogerse así alguna de las medidas alternativas al castigo corporal;

**CUARTO:** Que en lo concerniente al recurso de casación en la forma basado en la incompetencia absoluta del tribunal, alegada por la defensa del Fisco, en la que niega la facultad del tribunal de conocer y juzgar una acción civil de la querellante, por constituir dicho litigante una parte que en lo jurídico de la pretensión invocada sería un tercero civilmente responsable, respecto del cual el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal no otorga legitimación pasiva para soportar en esta jurisdicción la pretensión indemnizatoria demandada, es del caso señalar que el objetivo principal del juicio penal es el de conocer y juzgar una conducta que la ley considere penalmente ilícita y por ende, en los casos de existir especialidad, como lo es en lo criminal, la competencia del tribunal debe estar destinada a establecer los extremos de la persecución penal, lo cual es relativamente cierto, en cuanto a que el juzgamiento civil relacionado con el hecho ilícito acumulado al proceso penal debe entenderse como algo excepcional. Pero esta situación de excepción, sin embargo, no es óbice para acumular competencias si se dan los supuestos legales establecidos para justificar la necesidad de que se discutan en un solo juicio los aspectos civiles del delito con la cuestión penal, para lo cual la ley orgánica y procedimental lo permiten de manera clara y precisa;

**QUINTO:** Que en este entendido, es una regla general de competencia, el principio de extensión que se contiene en el artículo 111 del Código Orgánico de Tribunales, la cual permite una ampliación de competencia a los jueces en la tarea de decidir los conflictos de relevancia jurídica y por ello es que admite que el

tribunal que es competente para conocer de un asunto, lo sea también para conocer de otras cuestiones que la norma plantea desde un punto de vista civil, como lo son los incidentes y las materias relacionadas con la reconvencción o con la compensación, extensión que también opera en el juicio penal, como ocurre precisamente con los asuntos civiles o prejudiciales civiles, relacionados con el tema criminal, a los cuales la ley le entrega competencia a los tribunales de la sede penal, como lo constituyen las materias previstas en los artículos 10, 39 y 40 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 171, 172, 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales, de acuerdo a la vigencia que dispuso la Ley N° 19.708, según se trate de asuntos criminales del antiguo o nuevo sistema procesal penal. De manera tal que la extensión de competencia de los jueces a cuestiones distintas de lo que constituye la causa principal es un principio plenamente vigente y además útil y necesario para la congruencia y seguridad jurídica en la contienda jurisdiccional y ayuda además como un elemento de economía procesal;

**SEXTO:** Que en este entendido deberá determinarse si en el presente juicio el tribunal que es naturalmente competente para conocer del juicio penal, puede o no extender sus facultades jurisdiccionales a la demanda civil deducida por la parte querellante en contra del Fisco de Chile en el carácter de tercero responsable civil por los perjuicios que aquélla ha sufrido como consecuencia del secuestro de una persona a manos de agentes del Estado, como es la cuestión que se ha discutido en el asunto principal. El demandado recurrente afirma que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del actual texto del Código de Procedimiento Penal ello no es posible y en dicho evento la pretensión indemnizatoria debió endilgarse ante un tribunal civil. Sin embargo, para convencer al demandado del aludido error en su alegación de incompetencia, es necesario puntualizar que ciertamente a virtud de la Ley N° 19.776 del año 1989, se modificó dicha norma, la cual, según su texto original decía: “De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado.” La ley aludida modificó tal precepto y además el

artículo 40 del mismo cuerpo de leyes. En lo primero, la reforma dispuso: “En el proceso penal podrán deducirse también con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados”. Agregó la norma: “En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”. Dichas modificaciones, según el recurrente, dispondrían de manera categórica ahora que, conforme a este precepto, el ejercicio de la acción civil sólo podría ejercerse entre la víctima o querellante y el procesado causante del hecho punible y además, que la acción indemnizatoria solo podría justificarse en cuanto el hecho ilícito que causa el daño a indemnizar tenga una relación directa con la conducta punible. Tal argumentación no se compadece con el principio de extensión ni tampoco fluye del sentido de la norma ni menos de la historia de su establecimiento. En efecto, el texto original, por su vaguedad, creaba dificultades en su interpretación, sobre todo en el sentido de entenderse que la acción civil era procedente cuanto tenía una vinculación directa con un delito y de alguna manera se entendía que no comprendía los perjuicios atinentes a los cuasidelitos, cuestión que solo por vía jurisprudencial se pudo superar y por ello es que la Comisión Conjunta encargada del estudio de esta modificación informó a la Junta de Gobierno, órgano legislativo en la época del gobierno militar, el sentido del proyecto, explicando que el artículo 10 aludido hay que entenderlo relacionado con los artículos 5, 19, 40 y 41 del Código, con las modificaciones que introduce el proyecto y por ello es que se ha pretendido mejorar la terminología y disipar las dudas que ella con frecuencia origina. Así sea que “la nueva redacción de los artículos 5 y 10 marca el carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal. Se deja a un lado el concepto restringido que muchos han querido ver en nuestra legislación y

que, aparte de la restitutoria, limita el contenido de estas acciones a la reparación pecuniaria en dinero, identificándola sólo con la pretensión de declaración o liquidación de daños y perjuicios causados por delitos que sean indemnizables en dinero, con las consecuencias correspondientes respecto de la competencia” y se agrega en el informe: “La pluralidad que ahora se enuncia en los artículos 5 y 10 admite que entre las acciones civiles se pueden encontrar no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido evidentemente más amplio que en la actual legislación, sino también las acciones prejudiciales y las precautorias y las reparaciones especiales que traen aparejados ciertos delitos, como ocurre en los artículos 379, 381 y 410 del Código Penal.” En cuanto a la extensión de lo que es posible demandar, la reforma también amplió ese criterio, como se desprende del informe justificativo del cambio, prescindiendo de que su ejercicio como acción civil en el proceso penal sólo se justificaba si esta provenía o nacía del delito, avanzando en la tesis que la fuente común de la responsabilidad es el hecho ilícito y antijurídico, el que sí está contemplado en la ley con una pena deriva en responsabilidad penal y si causa daño genera responsabilidad civil, origen común del que arrancan importantísimas consecuencias en materias sustantivas o por ello es que se ha preferido utilizar las expresiones “para perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible” o a “las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible” (Nota marginal de explicación del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código de Procedimiento Penal, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, páginas 43, 44 y 45). De este modo, queda claro que el sentido de la reforma no pretendió restringir el ejercicio de la acción civil que autoriza el artículo 10 del código citado, sino por lo contrario fue extender su contenido a mayores hipótesis de cobros indemnizatorios, de manera que da más posibilidades de demandar a personas distintas de los hechores del delito, ejercicio que en ningún caso queda debilitado con el actual texto del precepto señalado;

**SÉPTIMO:** Que no obstante lo anterior, tampoco resulta comprensible entender con la reforma de la Ley N° 18.857, la exclusión como parte pasiva de la

relación procesal de los que se estiman terceros civilmente responsables y conectar tal teoría con el actual sistema procesal penal que no contempla acciones entre partes que no sean imputados o víctimas. Puesto que se olvida que la misma ley aludida fortaleció categóricamente el ejercicio de la acción civil en contra de terceros que deben resultar responsables del pago de indemnizaciones conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual en un sentido amplio y con el interés de otorgarle una competencia plural a los jueces del crimen para comprender el ejercicio de la acción civil en su más extenso sentido, haciendo a la vez congruente la reforma del artículo 40 del mismo cuerpo de leyes, que con la Ley N° 18.857, la misma que modificó el artículo 10 antes referido, incluyó dentro de los sujetos pasivos de la acción civil precisamente a los terceros civilmente responsables, de tal modo, que son legitimados éstos, conjuntamente con los responsables del hecho punible y en contra de los herederos de unos y otros porque, como lo dice la historia de esta modificación, era necesario incluir claramente a dichos sujetos, puesto que aparecían como tales en otras normas del mismo código, como son los artículos 398, 431 (debió decir 430), 447, 450, 500 N° 7 y 536 referidos en esa terminología en dicho cuerpo legal. De esta manera aparece claro que el sistema procesal penal regido por el código de 1907, a la fecha de la demanda civil interpuesta por la querellante, hermana de la víctima, hace competente para conocer de la acción civil indemnizatoria al tribunal del crimen que está conociendo del hecho punible como cuestión principal dirigida aquélla en contra del Fisco de Chile como tercero civilmente responsable, porque así lo establecen claramente los artículos 10 y 40 del Código de Procedimiento Penal y porque además se halla dicha aseveración en armonía con las normas de los artículos 398, 430, 447, 500 N° 7 y 536 del aludido texto legal. De lo concluido pierde también peso el argumento del recurso, de considerar su tesis en concordancia con el actual texto del Código Procesal Penal que no acepta discutir en la sede criminal la acción civil en contra de terceros distintos al imputado de conformidad con lo señalado en el artículo 59 de dicho código, porque ello sólo es válido en relación al nuevo sistema procesal pero de lo mismo no se puede inferir, a título de analogía improcedente, que por dicha norma se habría derogado esa

posibilidad de ejercicio en el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal, puesto que para ello en los juicios del sistema inquisitivo debió expresamente excluirse la posibilidad de demandar a los terceros civilmente responsables, lo que no ha ocurrido y por el contrario, conforme a las leyes adecuatorias de la reforma procesal penal, la N° 19.665 se dispuso en el artículo 7° transitorio que las disposiciones de dicha ley que incorporan, modifican o suprimen normas del Código Orgánico de Tribunales u otros cuerpos legales relativas a la competencia en materia penal, entrarán en vigencia en la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 16.640, en relación con los hechos acaecidos a partir de dicho momento. Y la norma agregó: “En consecuencia, las normas del Código Orgánico de Tribunales u otros cuerpos legales relativas a la competencia en materia penal continuarán aplicándose, después de esa fecha, respecto de las causas cuyo conocimiento corresponda a los juzgados del crimen y los juzgados de letras con competencia en lo criminal, por referirse a hechos acaecidos con anterioridad.” Siguiendo este esquema, la Ley N° 19.708 de 2001, en su artículo 1° N° 21 derogó el artículo 172 del Código Orgánico de Tribunales, pero en el entendido que esa derogación se refería para la aplicación del nuevo código procesal penal, ya que esta misma ley hizo la reserva de que entraría en vigencia de conformidad a las reglas establecidas en el citado artículo 7° transitorio de la Ley N° 19.665, de tal modo, que para el presente juicio, se mantiene en aplicación el señalado artículo 172 que es una norma de competencia y que dispone: “El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencias de un delito; y podrá adoptar durante el juicio, las medidas necesarias para hacer efectiva esa responsabilidad”. De este modo, aparece de manera convincente que el legislador ha mantenido esta competencia acumulativa de acciones civiles en sentido amplio y la acción penal en el juez del crimen, si el querellante pretende hacer efectiva esas responsabilidades en sede criminal y por consecuencia, si la parte querellante optó por dicho camino eligió al tribunal competente para que pueda decidir sobre todas las materias invocadas;

**OCTAVO:** Que conforme a lo razonado aparece remanifiesto que la sentencia impugnada, en lo que se refiere a la condena civil, ha sido dictada por un tribunal competente puesto que en razón de la materia era depositario del conocimiento y juzgamiento de la pretensión indemnizatoria de la actora civil y, por ende, no se ha producido el vicio que contempla el N° 6 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal ni el previsto en el N° 1 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por lo que en estas circunstancias el arbitrio de nulidad promovido por el Fisco de Chile será desestimado;

**NOVENO:** Que, por su parte, la invalidación por defectos de forma solicitada por la defensa del condenado Gamaliel Soto Segura se fundamenta en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con el artículo 500, numerando 4º, de ese mismo cuerpo legal, es decir, porque se habrían omitido en el fallo “las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados, o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”;

**DÉCIMO:** Que como ha sido jurisprudencia reiterada de este tribunal, para el cabal cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, el fallo debe contener las razones que conducen a la decisión que se adopta. Para ello es suficiente que la sentencia contenga las consideraciones pertinentes relativas al establecimiento de los hechos y a la participación punible atribuida al enjuiciado, a las pretensiones de la acusación particular, si la hubiere, y a los descargos formulados por la defensa, dado que lo que se sanciona con la nulidad de la sentencia es la omisión de dichos raciocinios. 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 a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor del contenido de los razonamientos o su mérito intrínseco;

**UNDÉCIMO:** Que como se advierte del libelo de nulidad, el recurrente reprocha a los jueces haber limitado su decisión acerca de la participación

atribuida a Gamaliel Soto Segura en los hechos sin expresar los necesarios raciocinios para desechar las peticiones de la defensa. En este sentido es útil recordar que la finalidad de la casación formal no es, obviamente, la de ponderar la razonabilidad de otras posibles conclusiones, ni verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no equivocado, ni menos enmendar los errores, falsas apreciaciones o equivocaciones en que pueda incurrirse en la tarea señalada. La apreciación de los elementos de convicción está radicada en forma exclusiva en los jueces del fondo, sin que este tribunal pueda entrar a modificar lo obrado en el ejercicio de esa facultad;

**DUODÉCIMO:** Que en tal entendimiento, resulta evidente que la resolución de segunda instancia, al hacer suyos los fundamentos pertinentes de la de primera y al incorporar las nuevas reflexiones que condujeron a los jueces a su determinación, no adolece de la deficiencia denunciada, toda vez que de su solo tenor aparece una suficiente exposición de las consideraciones que han servido de soporte a la decisión de condena. Los jueces de la Corte no se han limitado a hacer meras afirmaciones desprovistas de análisis, lo que es posible descartar con un simple examen de los motivos séptimo y octavo de la sentencia reproducida, y quinto, sexto y séptimo de la de alzada, donde se vierten las razones de hecho y de derecho que tuvieron presente para resolver el asunto, particularmente lo que atañe a la intervención de Soto Segura en el hecho punible comprobado.

Efectivamente, como puede apreciarse en los fundamentos séptimo a undécimo y décimo cuarto a vigésimo quinto del dictamen de primer grado, y las motivaciones quinta a octava del de alzada, donde se explayan los sentenciadores acerca del establecimiento de los hechos, de la participación, y del rechazo de las exculpaciones de la defensa, se contienen adecuadamente las razones que llevaron a los jueces del grado a atribuir al encausado intervención en calidad de autor en el delito cuya ocurrencia se probó.

En efecto, las motivaciones del fallo manifiestan las reflexiones sobre el contenido de las pruebas aducidas y los correspondientes raciocinios que han permitido justificar la apreciación en cuya virtud se han aceptado o bien se han desechado las pretensiones del inculcado, de modo que de la lectura de los

argumentos de los sentenciadores se observa el análisis de las probanzas para la apreciación final y para cimentar debidamente su dictamen;

**DÉCIMO TERCERO:** Que en todo caso, interesa precisar que lo que estatuye la indicada norma es que el pronunciamiento contenga las reflexiones de hecho que le sirven de base y no otras que, según los antecedentes, debieran hacerse respecto de las defensas promovidas en apoyo de sus pretensiones y que han podido omitirse cuando, en opinión del tribunal de la instancia, resultan intrascendentes con la cuestión discutida y, por lo mismo, no alteran lo resuelto.

Si bien es cierto que una aplicación más extensiva del citado artículo 500, en particular su literal 4°, permite declarar que el dictamen es nulo no solamente cuando la omisión en que incurre es absoluta, sino, además, cuando las consideraciones olvidadas son de tal entidad que revelan un estudio deficiente del expediente, que entraña el riesgo más o menos veraz de una conclusión errada; no lo es menos que no resulta conducente ni plausible exigir un análisis exhaustivo de las probanzas acumuladas, más aún de las impertinentes o carentes de valor decisorio, ni por otra parte, que se agoten las reflexiones y especulaciones a que puedan dar lugar, sea por sí mismas o comparándolas con las demás, porque no es indispensable llegar a tal extremo para dar satisfacción al propósito de la ley, cual es el de revestir a las sentencias judiciales de la autoridad que les da la comprobación objetiva de haber sido adoptadas tras adecuada evaluación, amén de la que les otorga el ordenamiento jurídico.

En la especie, los planteamientos esgrimidos en sustento del motivo de invalidación sobre algunos aspectos de la defensa preteridos por el fallo resultan intrascendentes con lo medular de la cuestión debatida y, por lo mismo, no alteran lo resuelto;

**DÉCIMO CUARTO:** Que en realidad, lo que se pide a este tribunal de casación es una nueva estimación de los hechos, una revaloración de los indicios, con la finalidad de obtener una conclusión distinta a la de la instancia, lo que en modo alguno está comprendido en un motivo como el presente;

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en dicho contexto, los hechos en que descansa la motivación de nulidad intentada no la conforman, no resultando exactas las

transgresiones imputadas al fallo en estudio, desde que más que la ausencia de consideraciones se reprueba la fundamentación de los jueces de la instancia para decidir de la forma en que lo han hecho, por lo que no ha podido configurarse la causal de invalidación, en tanto se la vincula al incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 500 del Código de procedimiento Penal, por lo que este arbitrio procesal habrá de ser desestimado;

**DÉCIMO SEXTO:** Que en lo que respecta al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del mismo condenado, éste se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, y se desarrolla en torno a la omisión de circunstancias especiales de atenuación de la responsabilidad penal que el fallo no considera;

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que a propósito de la atenuante prevista en el artículo 211, en relación al artículo 214, del Código de Justicia Militar, para su admisión es requisito indispensable la existencia de un mandato impartido como orden del servicio. Sin embargo, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, la orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado, no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un “acto de servicio”, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas - artículo 421 del Código de Justicia Militar-. Por lo demás en el proceso no existen indicios de haberse representado al superior tal instrucción, por lo que no es posible su reconocimiento en los términos que ha sido invocada, máxime si, el enjuiciado ha negado toda intervención en los hechos, como se asienta en los motivos vigésimo tercero y vigésimo cuarto del fallo de primer grado, reproducidos en segunda instancia, de manera que no concurren los presupuestos exigidos por la aludida disposición, lo que conduce necesariamente a su rechazo;

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, finalmente, en lo que atañe al motivo de atenuación de la pena consagrado en el artículo 103 del Código Penal, denominado media prescripción, gradual, parcial o incompleta, argüida por el impugnante, es preciso tener en cuenta, dada la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, la imposibilidad de computar el plazo necesario

para la prescripción, que ha de contarse desde el momento en que cesa la prolongación del atentado a la libertad ambulatoria, lo cual no se ha acreditado en el juicio, ni tampoco la muerte del sujeto pasivo de la detención o encierro. De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término del estado antijurídico provocado por la acción delictiva, por lo que tal alegación desde ser desestimada;

**DÉCIMO NOVENO:** Que por las consideraciones precedentes, al no advertir este tribunal error de derecho al expedir los jueces del fondo pronunciamiento sobre las materias cuestionadas, indefectiblemente habrá de ser rechazado, también, el recurso de casación deducido por la defensa de Gamaliel Soto Segura, en sus dos capítulos;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500 N° 4°, 535, 541 N° 9, 546 N° 1° y 547 del de Procedimiento Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma promovidos por doña Irma Soto Rodríguez, abogada Procuradora Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, y por don Mauricio Unda Merino, en representación del condenado Gamaliel Soto Segura, en lo principal de sus presentaciones de fojas 3.065 y 4.000, respectivamente, como asimismo se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido a favor del mismo Soto Segura en el primer otrosí del escrito de fojas 4.000, contra lo pertinente de la sentencia de 19 de agosto de 2011, escrita a fojas 3.054, la que, en lo que aquí se ha resuelto, **no es nula**.

**Se previene que el Ministro señor Brito** si bien comparte la decisión de desestimar la concurrencia de la prescripción gradual, tiene en consideración que la rebaja del castigo que previene también es consecuencia del transcurso del tiempo y, precisamente, de la inactividad procesal, cual ocurre en el caso de la prescripción. En estas circunstancias, y considerando que no es posible aceptar la prescripción de la acción penal en esta clase de ilícitos porque su particular carácter impide sean alcanzados por la prescripción, no advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, esto es porque una y otra

institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Por lo anterior puede sostenerse la inaplicabilidad del precepto aún cuando se acepte que se trata de normas con contenido distinto, puesto que mientras una extingue la responsabilidad penal la otra sólo autoriza a rebajar el castigo.

**Acordado el rechazo del recurso de casación en el fondo del sentenciado Soto Segura con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch,** quien fue de opinión de acogerlo y, por ello, invalidar la sentencia de alzada, toda vez que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de aquélla, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, la primera descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que

aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a partir del mes de diciembre de mil novecientos setenta y tres, fecha cierta que permite precisar el inicio del plazo que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez ha debido aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia y la dictación de la de reemplazo, en la cual debería considerarse lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal para rebajar en dos o tres grados la pena que correspondería aplicar a ambos encausados.

Atendido lo resuelto por resolución de fojas 4083, tráigase en relación el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de fojas 3065 para su conocimiento por el Tribunal Pleno.

Pase al Sr. Presidente de esta Corte para los fines de la vista de dicho arbitrio.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y la prevención y disidencia, sus autores.

N° 10.665-11

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Guillermo Silva G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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