

Santiago, diecisiete de agosto de dos mil quince.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 2.182-1998 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de diecinueve de noviembre de dos mil trece, escrita a fojas 2.496, se condenó a **Ricardo Alejandro Riesco Cornejo, Juan de Dios Reyes Basaur y Valentín Evaristo Riquelme Villalobos** a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, oficios públicos y derechos políticos, junto a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y el pago de las costas de la causa, en calidad de autores del delito de secuestro calificado de José Alberto Salazar Aguilera, perpetrado a contar del 22 de noviembre de 1974. Se absolvió asimismo, por enajenación mental sobreviniente, al acusado Manuel Atilio Leiva Valdivieso de la acusación formulada de ser autor del referido ilícito. En cuanto a la decisión civil, se negó lugar a las excepciones de preterición legal, incompetencia, prescripción extintiva y pago opuestas por el Consejo de Defensa del Estado acogiendo, con costas, la demanda interpuesta en contra del Fisco de Chile por Julia Eliana Aguilera Jara y Gloria Alicia Salazar Aguilera, en sus calidades de madre y hermana de la víctima, condenando al Estado de Chile al pago de \$70.000.000 (setenta millones de pesos) en favor de la primera y \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para la actora Salazar Aguilera, como resarcimiento del daño moral padecido, más los reajustes e intereses en la forma y a contar del periodo que indica la sentencia.

Impugnada esa decisión por la vía de apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintiséis de noviembre de dos mil catorce, que se lee a fojas 2.716 la confirmó en su parte penal. En lo civil, se revocó el fallo de primer grado en cuanto acogía la acción de indemnización

perjuicios deducida por la madre del ofendido doña Julia Aguilera Jara y en su lugar se resolvió acoger la excepción de pago opuesta por el Fisco de Chile a fojas 2.211. Finalmente, se confirmó la decisión de la sentencia de grado en cuanto acoge la demanda civil en favor de la actora Salazar Aguilera, con declaración que se reduce el monto indemnizatorio en la suma de \$15.000.000 (quince millones de pesos).

Contra esa decisión la parte querellante y demandante, a fojas 2.727, dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo. Por su parte, la defensa de los sentenciados Riesco Cornejo, Reyes Basaur y Riquelme Villalobos, a fojas 2.747 y el Fisco de Chile, a fojas 2.755, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 2795.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de casación en la forma formalizado por la parte querellante y demandante civil se funda en la causal del numeral noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en no haber sido la sentencia extendida en la forma dispuesta por la ley, argumentando que de la lectura de la sentencia de segunda instancia, no es posible apreciar las razones justificativas que permitan sustentar la reducción del monto indemnizatorio que se decidió respecto de la acción intentada por la actora Salazar Aguilera, el que resultó considerablemente menor de aquellos que ha otorgado esta Corte a los familiares de las víctimas en causas análogas, siendo condenado el Fisco, en la mayoría de ellas, a cifras que exceden de lo resuelto.

Finaliza solicitando que se anule la decisión civil del fallo y se dicte otro en reemplazo que acoja la acción pecuniaria en todas sus partes

En segundo término, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, fundada en el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en

relación al artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, por el error de derecho cometido por los sentenciadores de alzada al acoger la excepción de pago hecha valer por el demandado respecto de la actora Aguilera Jara.

Se denuncia la infracción a los artículos 1, 4, 5, 6, 7, 38 inciso segundo y 76 de la Constitución Política de la República; 1591, 1592, 2314 del Código Civil; 2 y 24 de la Ley N° 19.123; 1.1, 2, 8, 25 y 61.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, principios de derecho internacional y normas de *ius cogens*.

Explica que los montos otorgados, de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 19.123, no resultan en ningún caso incompatibles con la acción indemnizatoria intentada, ya que los primeros sólo constituyen pensiones de sobrevivencia por los hechos cometidos por el Estado, que no reparan íntegramente el dolor experimentado por las víctimas. Agrega que, en todo caso, ningún tribunal ha establecido el monto de las indemnizaciones que deben recibir los familiares de los ofendidos, por lo que no cabría acoger la referida excepción.

Argumenta que el pago debe ser íntegro, por lo que la sentencia infringe los artículos 1591 y 1592 del Código Civil, conforme a los cuales el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba parte de lo que se le debe, y en el evento que exista controversia sobre la cantidad adeudada, como ocurre en la especie, el juez puede ordenar el pago sobre la cantidad no disputada. Asimismo, señala que el tribunal aún no ha fijado el monto reparatorio, por lo que no se estaría en presencia de un crédito líquido ni actualmente exigible, no procediendo la excepción de pago.

Expresa que la propia Ley N° 19.123, en su artículo 24, no considera incompatibles la pensión de reparación ni el bono de reparación con una

eventual indemnización de perjuicios. Pretender lo contrario conlleva que la reparación sea fijada de manera unilateral por el Estado. Por lo demás, estos pagos realizados por el demandado implican un reconocimiento implícito y explícito de la responsabilidad que le cabe.

Alega que la pretensión del demandado en orden a que con la Ley N° 19.123 el daño se ha reparado, infringe el inciso segundo del artículo 39 y artículo 76 de la Constitución Política, porque ese aserto supone que el Congreso Nacional se estaría abocando al conocimiento y fallo de una causa judicial pendiente

Refiere que al acogerse la excepción de pago y dejar sin reparación a esta demandante, se dejó de aplicar el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 27, junto a los principios y normativa del derecho internacional de los derechos humanos y normas de *ius cogens*.

Finaliza solicitando que se anule la decisión civil del fallo y se dicte otro en reemplazo que acoja en todas sus partes la demanda.

**Segundo:** Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de los sentenciados Riesco Cornejo, Reyes Basaur y Riquelme Villalobos, se funda únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la que se desarrolla en dos capítulos.

Por su primer segmento se reclama la no aplicación de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, postulando que estas normas no establecen como requisito o condición que el delito se haya cometido en virtud de una orden relativa al servicio, ya que el supuesto del inciso segundo de esta última disposición es precisamente lo contrario, por cuanto la perpetración del delito no puede estimarse función propia de un militar, cometiendo un error de

derecho el tribunal al desestimar esta minorante calificada fundada precisamente en la hipótesis que cubre la norma.

El siguiente vicio se configura en relación a la falta de reconocimiento de la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal, lo que es consecuencia de la errada estimación de que se trata de un delito imprescriptible, en circunstancias que la minorante reclamada es diversa e independiente de la prescripción, pues mientras una aminora el castigo, la otra constituye una causal de extinción de la responsabilidad.

A modo de colofón, expresa que ambos errores tienen incidencia en la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 del código punitivo, en cuanto a la reducción gradual de la pena ante las dos minorantes referidas.

Solicita en la conclusión que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo que imponga a los sentenciados una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo con las accesorias legales correspondientes, otorgándosele alguno de los beneficios alternativos de la Ley N° 18216 que procediere.

**Tercero:** Que, por su parte, el recurso de casación en el fondo deducido en representación del Fisco de Chile se funda en el artículo 546 inciso final del Código de Procedimiento Penal en relación a los artículos 764, 767 y 770 del Código de Procedimiento Civil.

Por su primer segmento se denuncia la contravención a los artículos 2 N° 2 y 17 a 23 de la Ley N° 19.123, pues sobre la base de un errado método de interpretación que vulneró los artículos 19 y 22 inciso primero del Código Civil, se concedió a la demandante Gloria Salazar Aguilera una indemnización en circunstancias que ya habían sido resarcidos, por el mismo hecho, el núcleo familiar más cercano de la víctima, beneficios que resultan incompatibles con cualquier otra indemnización, idea que reafirma el artículo 2 N° 1 de la ley en

cuestión, pues en virtud de ellos se reparó por el Estado el daño moral y patrimonial experimentado, lo que excluye la posibilidad de que posteriormente sea demandada y otorgada una nueva indemnización por los mismos conceptos.

Expresa que, en definitiva, a los efectos de la indemnización por daño moral, la ley N° 19.123 estableció claramente una preterición legal de, entre otros, los hermanos de los causantes que es precisamente el caso de la referida actora, quien accionó a pesar de que estos parientes fueron preteridos por la ley como beneficiarios de una asignación en dinero por el daño invocado.

El siguiente capítulo se extiende a la contravención de los artículos 41 del Código de Procedimiento Penal y 2332 del Código Civil, en relación con sus artículos 19, 22, 2492, 2497, 2503, 2514, 2518 y 103 bis del mismo cuerpo legal, al dejar de aplicar el fallo las normas del derecho interno sobre prescripción extintiva de las acciones ejercidas, término que es de cuatro años. Explica que la detención de la víctima se produjo el 22 de noviembre de 1974, en tanto que la demanda sólo fue notificada a su parte el 27 de julio de 2012, de manera que el plazo antes referido se cumplió íntegramente, incluso si se considera que estuvo suspendido durante todo el periodo que se inició con el régimen militar instaurado el 11 de septiembre de 1973 hasta que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación entregó oficialmente su informe sobre los casos de violaciones a los derechos humanos, el 4 de marzo de 1991.

Concluye solicitando que se anule la decisión civil del fallo y se dicte en reemplazo otro que revoque el pronunciamiento de primer grado y se niegue lugar a la demanda interpuesta por Gloria Salazar Aguilera en todas sus partes, con costas.

**Cuarto:** Que, tal como se dijo, en lo que atañe a la sección civil del fallo, la parte querellante y demandante ha entablado nulidad formal en contra de la

sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó, con declaración, la acción civil en favor de doña Gloria Salazar Aguilera y, por otro lado, dedujo casación en el fondo respecto del pronunciamiento de la sentencia referida en cuanto acogió la excepción de pago opuesta por el demandado en relación con la actora Julia Aguilera Jara.

**Quinto:** Que en cuanto al primero de los arbitrios referidos en el acápite precedente, tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte en una infinidad de fallos uniformes, la causal de casación contemplada en el artículo 541 N° 9°, del Código procedimental que se esgrime en consonancia con el numeral tercero del artículo 500 de ese mismo cuerpo legal, sólo concurre si el fallo carece por completo de elucubraciones o razonamientos relativos al punto de que se trate. En cambio, si tales reflexiones existen la falta de motivación no se presenta aunque se estime que son equivocadas, erróneas, exiguas o insuficientes. Por ello, el motivo de invalidación que se alega tiene un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse sobre su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen los requerimientos que compele a ley, sin que corresponda valorar el contenido de sus fundamentos, pues el motivo de casación formal no abarca el mérito de aquellos sino únicamente la verificación de la exigencia legal de fundamentación, quedando para la nulidad sustantiva las alegaciones vinculadas a la aplicación de las normas a consecuencia de lo que se hubiere razonado.

**Sexto:** Que del análisis del fallo impugnado fluye que dichas obligaciones se cumplen a cabalidad. Tal sentencia no sólo hace suyos los raciocinios del pronunciamiento apelado en su motivación cuadragésima novena que envuelven la enumeración y contenido de las pruebas producidas relativas a la acción civil, concluyendo que las actoras, en tanto madre y hermana de la víctima José Alberto Salazar Aguilera, sufrieron dolor y aflicción por el secuestro de aquél,

quedando suficientemente demostrado el daño moral, sino que además realizan un razonamiento específico en sus considerandos Noveno a Undécimo relativo al contexto en que se han desenvuelto las líneas de reparación promovidas por el Estado de Chile a los familiares de las víctimas, procediendo luego a ponderar, de conformidad con sus facultades legales, el *quantum* indemnizatorio en pleno ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Por tanto, si esos fundamentos del fallo son erróneos, superficiales o insuficientes, como se adelantó, ello debe discutirse por la vía del recurso de casación en el fondo sin acudir al de forma, de manera que esta alegación promovida por la parte querellante no puede prosperar.

**Séptimo:** Que en cuanto al recurso de casación en el fondo interpuesto por los demandantes relativo a la decisión del fallo de acoger la excepción de pago opuesta por el demandado en relación a la actora doña Julia Aguilera Jara, cabe señalar que la perpetración de este tipo de delitos siempre se verificó con la intervención de agentes del Estado, que afectaron sistemáticamente la vida e integridad física, sirviéndose de condiciones que aseguraban impunidad y el daño a personas seleccionadas por razones ligadas a sus convicciones políticas, circunstancias que llevan a calificar los hechos como de lesa humanidad, esto es, de responsabilidad también del mismo Estado.

**Octavo:** Que, en la especie, las acciones civiles deducidas en este proceso en contra del Fisco tendientes a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Por su parte los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

**Noveno:** Que estas normas de rango superior imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las disposiciones de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

**Décimo:** Que acorde a lo dicho, la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual conduce a acoger las acciones civiles deducidas en autos, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. 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, como se dijo, 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.

**Undécimo:** Que estas reflexiones impiden aceptar la conclusión de la sentencia de segunda instancia en cuanto a acoger la excepción de pago opuesta por el Fisco de Chile respecto de la indemnización que se ha demandado en razón de que la actora Julia Aguilera Jara obtuviera una pensión de reparación en conformidad a la Ley N° 19.123 y sus sucesivas modificaciones, pues esa pretensión contradice lo dispuesto en la normativa internacional antes señalada y porque el derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esa preceptiva, de modo que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos siempre queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas en función de otros preceptos de derecho patrio.

La normativa invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones a resultas de su diferente naturaleza, pues nada revela que la ley que la previno buscó reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, una de urgencia o asistencial asumida voluntariamente por el Estado por lo que no importa renuncia a la indemnización propiamente tal que ha de declararse en sede jurisdiccional o equivalente.

**Décimo Segundo:** Que, en tales condiciones, el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante, Julia Aguilera Jara, madre de la víctima Alberto Salazar Aguilera, debe ser acogido.

**Décimo Tercero:** Que en relación al recurso formalizado por los sentenciados Riesco Cornejo, Reyes Basaur y Riquelme Villalobos, que no

persiguen absolución, en cuanto a la alegación relativa a la errada aplicación de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, es necesario recordar que la sentencia de grado en su motivación Trigésimo Séptima, reproducida por la de segunda instancia, declara que los antecedentes de la causa no permiten tener por cierto que el delito haya sido el resultado del cumplimiento de una orden de carácter militar, presupuesto básico para acreditar el cumplimiento del deber militar.

En todo caso, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, una 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 último y a mayor abundamiento, tampoco hay prueba tendiente a demostrar el juicio de valoración que, como subalterno, habrían efectuado los enjuiciados respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación, condiciones en las que la reclamación de la defensa no puede ser atendida.

**Décimo Cuarto:** Que, al contrario, en lo que concierne a la alegación por errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal 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 la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla 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 irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

**Décimo Quinto:** Que 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.

**Décimo Sexto:** Que 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 a los encausados, 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 junio de 1975, fecha cierta que permite

precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Del estudio de los autos fluye que el lapso requerido para la procedencia de la institución reclamada por los impugnantes ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable a los procesados, por lo que en la especie se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

**Décimo Séptimo:** Que en lo que atañe al recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile, por su primer capítulo, se reclama la imposibilidad que la actora Gloria Salazar Aguilera, hermana de la víctima, ejerza la acción civil, por existir preterición legal.

A contrario de lo razonado y concluido por el demandado, la acción indemnizatoria planteada en estos autos tiene su origen en la perpetración de un delito de lesa humanidad, en que se persigue la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus agentes que han cometido violaciones a los derechos humanos.

Sobre la supuesta preterición legal, cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar, existen disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que en la especie no sucede, pues la única limitante que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar la existencia del daño y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso está plenamente satisfecho.

Es así como este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos, y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, sin limitaciones a un grupo determinados de parientes, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política, razones suficientes para desestimar el arbitrio en cuanto a este capítulo.

**Décimo Octavo:** Que en relación a la prescripción alegada respecto de la acción civil ejercida y la aplicación a estas materias de las normas de derecho internacional, no es indiferente la calificación que se ha dado a los hechos demostrados. En efecto, el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la época inmediata y posterior al once de septiembre de 1973, se les sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los

derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.

Tratándose de estos delitos, por ende, la acción civil deducida en contra del Fisco tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado, ya que así lo demandan los tratados internacionales ratificados por Chile y la interpretación de las normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República.

Por esta razón, no resultan aplicables a estos efectos las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios en que se funda el recurso, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional. El derecho común interno sólo es aplicable si no está en contradicción con esta preceptiva, de modo tal que la sentencia impugnada al resolver sobre la acción reparatoria ejercida, ha dado recta aplicación a las normas constitucionales que limitan y condicionan el actuar de los poderes públicos y también a las contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque de acuerdo a ellas, la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno. Atendida su naturaleza éstas no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación: produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias del ilícito.

Además debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6 inciso tercero de la Constitución Política de la República y 3º de la Ley N° 18.575, Orgánica

Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas.

**Décimo Noveno:** Que en razón de las consideraciones precedentes el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile será desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

**En lo penal:**

**I.- Se acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto a fs. 2.747 por la defensa de los sentenciados Ricardo Alejandro Riesco Cornejo, Juan de Dios Reyes Basaur y Valentín Evaristo Riquelme Villalobos, sólo en cuanto se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal por falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 26 de noviembre de 2014, escrita a fs. 2.716, la que, en consecuencia, se anula, y se la reemplaza, considerando lo prescrito en el artículo 548, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal, por la que se dicta a continuación, en forma separada, pero sin previa vista.

**En lo civil:**

**III.- Se rechaza el recurso de casación en la forma deducido a fs. 2.727 por la demandante Gloria Salazar Aguilera** contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de veintiséis de noviembre de dos mil catorce, escrita a fs. 2.716.

**II.- Se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto a fs. 2.727 por la demandante Julia Aguilera Jara** y, en consecuencia, se invalida la parte civil de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de

veintiséis de noviembre de dos mil catorce, escrita a fs. 2.716, que acoge la excepción de pago deducida en autos, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

**III.- Se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 2.755 por el Fisco de Chile** contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de veintiséis de noviembre de dos mil catorce, escrita a fs. 2.716.

**Se previene que el Ministro Sr. Fuentes**, con un nuevo análisis de las normas legales pertinentes ha decidido retomar su pretérita convicción vertida en las causas 76.667-A y 3947, en sentencias de fecha 6 de julio y 14 de noviembre, ambas del año 2005, como Ministro en Visita Extraordinaria, en cuanto a la procedencia de la prescripción gradual de la pena contenida en el artículo 103 del Código Penal, y a compartir, de este modo, la tesis del voto de mayoría en cuanto la hace aplicable. En apoyo a esta posición tiene además en consideración que, la función jurisdiccional, en materia penal, tiene como objetivo principal obtener la verdad material sobre los hechos denunciados y la participación que a cada uno de los partícipes corresponde en los mismos, averiguando en cada caso no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que eximen de ella, la extingan o atenúen, principio de objetividad e imparcialidad que se encuentra reconocido expresamente en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior, sin duda, conduce a que los ciudadanos tengan certeza jurídica sobre sus derechos y a la obtención de la paz social.

**Acordado, en la sección penal, con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Brito.** El primero de los disidentes tuvo en consideración que la institución de la media prescripción está relacionada con el transcurso incompleto del tiempo que siempre requiere de un inicio para efectos de concluir que ha transcurrido más de la mitad del tiempo de la

prescripción. Pero al haberse establecido que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, no es posible determinar el momento de inicio del plazo de prescripción de la acción penal.

En efecto, en el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseable para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo, hasta que se acredite o la liberación del secuestrado o su deceso, nada de lo cual se ha demostrado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte del ofendido, por lo que mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del estado antijurídico creado por el delito, sea por haber quedado en libertad el ofendido o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

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 de la situación lesiva para la libertad ambulatoria provocada por la acción delictiva.

Por último, y dado que la prescripción y la media prescripción se fundan en el transcurso del tiempo, y que el Derecho Internacional Humanitario proscribe la extinción de la responsabilidad penal con tal justificación, no puede sino concluirse que el impedimento alcanza necesariamente a la reducción de la pena, pues no se advierte razón para que en este último caso el tiempo pueda producir efectos sobre el castigo.

**Se previene que el Ministro Sr. Brito** estuvo por el rechazo del recurso sólo habida consideración del razonamiento recién expresado.

**Acordada asimismo, en la sección civil, con el voto en contra del Ministro Sr. Fuentes**, quien estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile y anular la sentencia civil, y en la de reemplazo, aplicar la prescripción alegada, teniendo en consideración:

1° Que la acción civil que se ha deducido en estos autos es de contenido patrimonial, que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece, como se ha dicho, al ámbito patrimonial.

2° Que, la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el ordenamiento jurídico, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones, lo que no ocurre en la especie, en que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual demandada y,

en ausencia de ella, corresponde estarse a las reglas del derecho común, que son las referidas en el considerando precedente.

3° Que si bien existen instrumentos internacionales ratificados por Chile que consagran la imprescriptibilidad de los crímenes e infracciones graves en contra de las personas -v.gr. el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad- en ellos se consagra únicamente la imprescriptibilidad de la acción penal, mas no de la acción civil que, como se viene razonando, se encuentra regulada en Chile por el Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

4° Que, sin desconocer el sufrimiento de los querellantes ante su lucha por encontrar la verdad, atendida la data del hecho punible, que es consecuencia directa e inmediata de la persecución y represión ejercida por agentes del Estado entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, el plazo de prescripción ha de contarse desde la fecha de comisión de tales circunstancias, y aun considerando la última fecha indicada hasta la notificación de la demanda el día 27 de julio de 2012, la acción derivada de los hechos que la fundan se encuentra prescrita en atención a lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil.

Regístrese.

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

Rol N° 1116-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Juan Fuentes B. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

Santiago, diecisiete de agosto de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

### **Vistos**

Se reproduce la sentencia de primera instancia de diecinueve de noviembre de dos mil trece, escrita a fojas 2.496, con las siguientes modificaciones:

1.- Se suprimen los considerandos Trigésimo Tercero a Trigésimo Quinto, así como el Cuadragésimo Primero; y

2.- Se suprimen los párrafos segundo a cuarto de la motivación Quincuagésima.

Se mantiene de la sentencia de segundo grado lo razonado en los considerandos Primero a Quinto.

Del fallo de casación que antecede se reproducen los fundamentos Décimo Sexto a Vigésimo.

### **Y se tiene además presente:**

#### **En cuanto a la acción penal:**

**Primero:** Que los hechos de la causa, tal como han quedado consignados en el razonamiento Tercero del fallo en alzada, constituyen el delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141 inciso 1° y 4° del Código Penal, vigente a la época de los hechos y sancionado, en consideración a lo previsto en el artículo 18 del Código Penal, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

**Segundo:** Que de la norma vigente a la fecha de los hechos, el delito indagado es susceptible de ser estimado como consumado desde el momento

en que la privación de libertad alcanzó el día noventa y uno, presupuesto que tiene lugar a partir del mes de junio de mil novecientos setenta y cinco, y habiéndose dado inicio a la presente causa mediante querrela de 25 de marzo de 2002, según consta a fojas 1, sometiéndose a proceso posteriormente a los inculpados Riesco Cornejo, Reyes Basaur y Riquelme Villalobos con fecha 24 de enero de 2011, según consta a fojas 1776, es claro que a la fecha de todas esas actuaciones había transcurrido la mitad del tiempo de la prescripción de la acción penal correspondiente al crimen de autos, de conformidad al artículo 95 en relación al artículo 141 ambos del Código Penal, por lo que, como mandata el artículo 103 del mismo cuerpo legal, respecto de cada uno de los encausados ya mencionados, el delito atribuido debe considerarse revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, a lo que debe adicionarse la circunstancia minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, tal como fue referido en la motivación 31° de la sentencia que se revisa. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 inciso tercero del código punitivo, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo del señalado por la ley, determinándose su cuantía en lo resolutive de este fallo.

**Tercero:** Que por lo previamente razonado se discrepa de lo informado por el Fiscal Judicial a fojas 2.658, en cuanto estimó que la sentencia en estudio podía ser confirmada en lo apelado.

**En cuanto a la acción civil:**

**Cuarto:** Que en lo que cabe a la sección civil del fallo apelado, el Fisco de Chile en calidad de demandado se alzó contra la decisión que rechazó las excepciones de preterición legal, reparación satisfactiva, pago y prescripción extintiva, impugnación que será desestimada atendidos los razonamientos ya expuesto en los motivos Noveno a Décimo Tercero y Décimo Noveno a Vigésimo del fallo de casación que precede.

**Quinto:** Que encontrándose acreditado y no controvertido que las actoras eran madre y hermana de la víctima Alberto Salazar Aguilera, y atendida la naturaleza de los daños cuyo resarcimiento se demanda, esto es, por concepto de daño moral, este tribunal fijará prudencialmente el monto de la indemnización en lo resolutivo del fallo, ponderando a estos efectos la prueba testifical de fs. 2.423 y 2.424 referida al daño emocional sufrido por la actora a consecuencia del hecho de autos, de extrema gravedad e incuestionable motivo de dolor.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 5, 6, 38, 19 N° 3, y 76 de la Constitución Política, 16, 68, 103 del Código Penal; artículo 2314 del Código Civil y 24 de la Ley N° 19.123, se decide que:

**En lo penal:**

I.- **Se confirma** en lo apelado la sentencia de diecinueve de noviembre del año dos mil trece, escrita a fojas 2.496, que condenó a **Ricardo Alejandro Riesco Cornejo, Juan de Dios Reyes Basaur y Valentín Evaristo Riquelme Villalobos**, por su responsabilidad en calidad de autores en el delito de secuestro calificado cometido en la persona de José Alberto Salazar Aguilera, acaecido a contar del 22 de noviembre de 1974, **con declaración** que se les condena a la pena de **cinco años** de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, junto al pago de las costas de la causa.

II.- Concurriendo en la especie los requisitos contemplados en la Ley N° 18.216, se concede a los sentenciados el beneficio alternativo de la **libertad vigilada**, debiendo someterse al control de Gendarmería por el término de

cinco años y cumplir las condiciones establecidas en el artículo 17 de la ya citada ley en la forma establecida en el respectivo Reglamento.

Si el beneficio alternativo antes indicado les fuese revocado, debiendo cumplir con la pena corporal impuesta real y efectivamente privados de libertad, les servirán a los acusados, como abono, los días que permanecieron privados de libertad con ocasión de esta causa, como se consigna en el fallo que se revisa.

III.- Se aprueba el sobreseimiento consultado, dictado en relación al acusado Manuel Atilio Leiva Valdivieso de fojas 2.653.

**En lo civil:**

IV.- **Se confirma** en lo apelado la sentencia de diecinueve de noviembre del año dos mil trece, escrita a fojas 2.496, **con declaración** que se condena al Fisco de Chile al pago de la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) a cada una de las actoras Julia Aguilera Jara y Gloria Salazar Aguilera, como indemnización por el daño moral producido por la comisión del delito investigado en estos antecedentes.

La cantidad ordenada a pagar se reajustará conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor y devengará intereses desde que la presente sentencia quede ejecutoriada.

V.- No se condena en costas al demandado por haber litigado con fundamento plausible.

Acordado, en lo penal, con el **voto en contra** de los Ministros Sres. Juica y Brito, quienes estimaron improcedente reconocer a los encausados la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal por las razones expresadas en su voto de disidencia en el fallo de casación que antecede, por lo que estuvieron por mantener la decisión de la sentencia de grado en relación a este capítulo.

Acordado, en la sección civil, con el **voto en contra** del Ministro Sr. **Fuentes**, quien estuvo por revocar la sentencia que se revisa y acoger la excepción de prescripción extintiva planteada por el Fisco de Chile, desestimando en todas sus partes la demanda civil interpuesta por las actoras, teniendo presente todas aquellas razones justificativas referidas en su disidencia de la sentencia de casación dictada en estos autos.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y la prevención y disidencia de sus autores.

Rol N° 1116-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Juan Fuentes B. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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