

San Miguel, ocho de abril de dos mil veintidós.

Vistos:

Por sentencia de trece de octubre dos mil veinte, se condenó a Alfonso Faúndez Norambuena, Osvaldo Andrés Alonso Magaña Bau, Juan Carlos Nielsen Stambuk, Jorge Eduardo Romero Campos, Sergio Heriberto Ávila Quiroga y a Roberto Arcángel Rozas Aguilera, en calidad de autores de los delitos de sustracción de menor agravada, en grado consumado, cometido en contra de Héctor Enrique Hernández Garcés, a partir del día 27 de septiembre de 1973, en la comuna de San Bernardo y de secuestro calificado, en grado consumado, cometido en contra de Francisco Eugenio Viera Ovalle, a partir de los últimos días del mes de septiembre de 1973, en la comuna de Pirque, todos, a la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas.

En cuanto a la acción civil, se rechazan las excepciones de pago y prescripción extintiva de la acción civil opuestas por el Fisco de Chile y se acogen las demandas civiles interpuestas en representación de María Teolinda Garcés Yáñez, Ernesto Fernando Faúndez Garcés, Juan Carlos Faúndez Garcés y Luis Gabriel Faúndez Garcés, la primera, madre y los restantes, hermanos de Héctor Enrique Hernández Garcés, en contra del Fisco de Chile, debiendo pagar el demandado, por concepto de daño moral, la suma total de \$250.000.000; \$100.000.000 a la madre y \$50.000.000 a cada uno de los hermanos de la víctima.

Asimismo, se acoge la demanda civil interpuesta en representación de Cecilia Hernández Valenzuela, Verónica de las Mercedes Hernández Valenzuela y Gabriela del Carmen Hernández Valenzuela, hermanas de Héctor Enrique Hernández Garcés, en contra del Fisco de Chile, debiendo pagar el demandado, por concepto de daño moral, la suma total de \$30.000.000; \$10.000.000 a cada una de las hermanas de la víctima.

Por último, se acoge también, la demanda civil de indemnización de perjuicios interpuesta en representación de Julia de las Mercedes Viera Ovalle, hermana de Francisco Eugenio Viera Ovalle, en contra del Fisco de Chile, debiendo pagar el demandado, por concepto de daño moral, la suma de \$50.000.000,

Los montos antes referidos deberán ser pagados con más reajustes desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada hasta su pago efectivo e intereses desde que se constituya en mora, más las costas de la causa.

En contra de dicho fallo se presentaron las siguientes impugnaciones:

- a) A fojas 4651 apela verbalmente el sentenciado Sergio Heriberto Ávila Quiroga;
- b) a fojas 4653, apela verbalmente el sentenciado Juan Carlos Nielsen Stambuk;
- c) a fojas 4655, apela verbalmente el sentenciado Jorge Eduardo Romero Campos, sin perjuicio de lo anterior, su apoderado a fojas 4665, interpone



recurso de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia, recurso este último que no fue concedido, atendido lo resuelto respecto de la apelación verbal del sentenciado;

- d) a fojas 4662, apela el apoderado del sentenciado Roberto Arcángel Rozas Aguilera
- e) A fojas 4683 apela verbalmente el sentenciado Alfonso Faúndez Norambuena; sin perjuicio de lo anterior, a fojas 4718, su apoderado interpone recurso de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia, recurso este último que no fue concedido, atendido lo resuelto respecto de la apelación verbal del sentenciado;
- f) A fojas 4685 apela verbalmente el sentenciado Alfonso Magaña Bau;
- g) A fojas 4694 apela el Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, respecto de la decisión civil de la sentencia;

A fojas 4.753 informa la señora Fiscal Tita Aránguiz Zúñiga, quien fue de parecer de aprobar lo consultado, rechazar los recursos de casación interpuestos y de confirmar la sentencia.

A fojas 5001 informa la Sra. Fiscal en relación con el sobreseimiento definitivo de Alfonso Magaña Bau, manifestando su parecer de aprobarlo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido por Jorge Eduardo Romero Campos:

1º) Que la defensa de Jorge Romero Campos deduce recurso de casación en la forma fundado en la causal del N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por haber infringido los requisitos de los numerales 3° y 4° del artículo 500 del mismo Código, esto es, por no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, desde que no contiene una exposición breve y sintetizada de las defensas y sus fundamentos ni 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 esta.

Afirma que la sentencia recurrida no expone un resumen suficiente respecto de todos los fundamentos de defensa, lo que se desprende de los considerandos 32º, 33º, 34º y 43º del fallo.

Sostiene en relación con la segunda infracción, que la sentencia adolece de omisiones relevantes e insalvables respecto de elementos de descargo o exculpatorios que de haberse considerado servirían para acreditar la inocencia de su representado.

Alega que la sentencia omite que en las declaraciones de los imputados no se señala expresamente que la orden de llevar a los detenidos o de su destino final la recibieran del capitán Romero. Que también se omite el mando que tenía Pérez Pinto respecto de los detenidos, de la Sección Segunda y respecto a



quienes trabajaban directo con él, presumiendo que solo el capitán Romero, debía tener ese mando, sin siquiera descartar la tesis y la prueba sobre el mando de Pinto Pérez.

Señala que además se omite en la sentencia el mando que tendría el teniente Osvaldo Magaña y sus propias declaraciones respecto de los detenidos y ejecutados, pues tanto, los soldados, suboficiales y Magaña reconocen que dichos ilícitos correspondían a Osvaldo Magaña y no Romero.

Finalmente alega que la sentencia omite el mando que el Director y Subdirector de la escuela le habría dado directamente a Osvaldo Magaña, no haciéndose cargo ni valorando dichas declaraciones que prueban que no habría contado el mando de la Escuela con el capitán Romero para ninguno de los hechos investigados

Concluye solicitando se invalide el fallo y se dicte una nueva sentencia en la que se resuelva que se absuelva a su representado por falta de participación en los delitos de secuestro calificado y sustracción de menores.

II.- En cuanto al Recurso de Casación en la forma interpuesto en representación de Alfonso Faúndez Norambuena:

2º) Que la defensa de Faúndez Norambuena funda el recurso en la causal del N°9 del artículo 541, en relación con el N°3 y 4 del artículo 500, ambos del Código de Procedimiento Penal en razón de no cumplir con el mínimo resumen de los extensos fundamentos que presentó la defensa, tanto en la contestación de la acusación cómo a lo largo de las diligencias realizadas y allegadas al proceso, según consta del escueto contenido del considerando 43º.

Indica que la sentencia omite, además, consideraciones en virtud de las cuales se dan por probados o no probados los hechos, o los que éste alega en su descargo, ya sea para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar esta.

Sostiene que la sentencia no tiene los suficientes elementos probatorios para que un juez adquiera la convicción necesaria para condenar a su representado, sino que intenta construir la culpabilidad de manera inconexa en parte precisamente por la falta de información relevante y por existir una serie de elementos vitales para demostrar la falta de participación directa del señor Faúndez Norambuena en los hechos investigados.

Expresa que la sentencia no desarrolla ningún fundamento para probar la existencia del concierto, todo lo basa en que su representado junto a otros habría hecho alguna conducta que dice relación con el encierro o mantención de la privación de libertad de las víctimas y que éstos serían actos coetáneos a la privación de libertad, acorde al plan de acción para concretar el designio ilícito, pero sostiene que no hay ninguna prueba de que su representado haya efectivamente realizado esos hechos y en relación a esas víctimas, e incluso la prueba que hay, da cuenta de una posible actuación de otros de ellos.



Agrega que la defensa sostuvo y presentó abundante prueba sobre las funciones que ejercía su representado y sobre quienes tenían el dominio del hecho en el campo de prisioneros y quienes ejercían ese mando, sin embargo, la sentencia impugnada no expresa en sus considerandos dichos elementos exculpatorios ni se hace cargo de ellos, en especial los antecedentes que daban cuenta de que el jefe del campo de prisioneros era Víctor Pinto Pérez, aludiendo a un sinnúmero de declaraciones que existirían en tal sentido

Concluye solicitando se acoja la causal invocada, se anule el fallo, y en su caso se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, que declare que se absuelve a su representado por falta de participación en los hechos investigados.

3°) Que para que el recurso de casación en la forma pueda prosperar, de conformidad con lo dispuesto en inciso 3° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, es indispensable que de los antecedentes aparezca de manifiesto que el recurrente ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo.

4°) Que en la especie, en ambas impugnaciones, el perjuicio que pudieren haber sufrido los recurrentes, tienden a impugnar la valoración de la prueba efectuada por la sentenciadora, lo que no es propio de este recurso y, por lo demás, podría ser corregido por la vía de la apelación -también deducida por los condenados- por lo que los recursos de casación en la forma interpuestos, no podrán prosperar.

Respecto de las Apelaciones:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes excepciones:

- a) En fundamento 19° se elimina el numeral 5° y en el 6° se suprime la alusión a Roberto Arcángel Rozas Aguilera;
- b) Se suprime el párrafo segundo del considerando 29°
- c) Se eliminan los fundamentos 30°, 31°, 40°, 60°, 61°, 62°, 67°, 70°, 71°, 76°, 77°;
- d) En los considerandos 44°, 86°, 87°, se eliminan las alusiones a Juan Carlos Nielsen Stambuk y Roberto Arcángel Rozas Aguilera;
- e) En el motivo 103, se sustituyen los guarismos de \$ 250.000.000, \$100.000.000.- y \$50.000.000.- por \$ 180.000.000.-, \$60.000.000.- y \$40.000.000.-,
- f) En el motivo 114, se sustituye el guarismo de \$ 50.000.000, por \$40.000.000.-

II.- En cuanto al recurso de apelación de Juan Carlos Nielsen Stambuk:

5°) Que para los efectos de determinar la responsabilidad que le cabe a Nielsen en los hechos investigados es necesario tener presente que según consta en la sentencia, se dejó establecido como un hecho de la causa, que las víctimas Héctor Hernández Garcés y Francisco Viera Ovalle fallecieron entre el 6 y el 11 de octubre de 1973 de modo que la sustracción y secuestro investigados, necesariamente se produjeron antes de dicha fecha.



6°) Que por su parte conforme aparece de la hoja de vida de fojas 4387, Juan Carlos Nielsen en agosto de 1973 era comandante de la compañía de soldados dragoneantes y a partir del 30 de noviembre de 1973 le correspondió movilizar una compañía de reservistas y ocupar militarmente el Politécnico de menores de San Bernardo por ser un centro de extremistas, misiones que cumplió en forma sobresaliente.

7°) Que en consecuencia, conforme aparece de la hoja de vida, y de los antecedentes del proceso, Nielsen, a la época de las detenciones de las víctimas de autos y de su fallecimiento, no se encontraba efectuando labores en las dependencias del cerro Chena, por lo que mal pudo participar en el secuestro y sustracción investigadas en autos.

8°) Que si bien existen declaraciones de testigos que los sitúan en el centro de detención ubicado en el cerro Chena, las fechas indicadas por estos no coinciden con aquella aludida en la hoja de vida del acusado, de acuerdo a la cual recién en noviembre de 1973 se hizo cargo del Politécnico de Menores ubicado en el cuartel 3 dentro de las dependencias del cerro Chena.

9°) Que lo referido en los considerandos anteriores permiten sostener que existen dudas razonables respecto de la participación que se le imputa a Nielsen, que impiden formar la convicción de culpabilidad, lo que llevará a revocar la sentencia en este aspecto.

IV.- En relación con la apelación de Jorge Romero Campos:

10°) Que la defensa de Romero funda su falta de participación esencialmente en la circunstancia que Romero Campos no era quién estaba a cargo de las dependencias del cerro Chena, sino que tal mando le correspondía a Pinto Pérez y a quienes estaban a su cargo y que no está acreditada la participación de éste.

11°) Que la circunstancia alegada tanto por Romero como por otros inculpados como Faúndez en el sentido de que quien tenía el mando del centro de detención de cerro Chena era el capitán Pinto Pérez, no resulta suficiente para eximir de responsabilidad a Romero por cuanto de acuerdo a sus propias declaraciones él se encontraba a cargo de la segunda compañía de fusileros de la escuela de infantería de San Bernardo y a cargo, además, de los tenientes Faúndez Norambuena y Magaña Bau, expresando, además, que la casa del techo rojo, aludida tanto por los militares que han declarado en este proceso como por quienes estuvieron detenidos en dicho centro, como el lugar dónde se encontraban dichos detenidos, contigua a la cual se instalaron dependencias en las que se interrogaba y torturaba a estos, le correspondió hacerse cargo de la guarda exterior del referido al lugar, reconoció asimismo que después del 11 de septiembre de 1973 comenzaron a llegar detenidos a la casa del techo rojo y se le asignó la custodia y seguridad externa del recinto el que estaba a cargo del departamento de inteligencia.



Que habiendo reconocido que se encontraba a cargo de los tenientes Faúndez y Magaña, existen declaraciones de testigos, que a la sazón realizaban el servicio militar en el cerro Chena como Hugo Aguilar, Iván de la Fuente, Raúl Patricio Pino, José Salinas y otros, que efectivamente lo identifican como quien se encontraba a cargo de la segunda compañía de fusileros de la escuela de infantería de San Bernardo la que estaba al mando del capitán Jorge Romero y el teniente Osvaldo Magaña Bau y que la Guardia encargada de dicho lugar eran funcionarios de la compañía de fusileros comandada por Jorge Romero Campos, por lo que atendiendo a las funciones que cumplía y los dichos de los testigos aparece claro que era Romero quien disponía órdenes a los militares encargados de la custodia del recinto de detención, lo que impide formar convicción de que desconocía la situación y la suerte de las personas que allí se encontraban detenidas, más aún cuando de varias declaraciones aparece que era factible escuchar los gritos de los detenidos mientras eran interrogados.

12°) Que en estas condiciones carece de importancia las circunstancias de que el capitán Pinto Pérez estuviese a cargo del recinto de detención, por cuanto ello no exime a Romero de su calidad de encargado del mando de la compañía de fusileros de la Escuela Infantería De San Bernardo, los que bajo su dependencia se encargaban de la custodia del recinto de detención donde permanecieron las víctimas de autos hasta su ejecución. A lo anterior se debe sumar la circunstancia reconocida por el acusado en orden a ser él quien estaba al mando de Faúndez y Magaña, sindicados por la mayoría de los testigos que han declarado en autos, ya sea en su carácter de exmilitares asignados a dichas dependencias o detenidos en las mismas, como los interrogadores- de los detenidos.

V.- En cuanto a la apelación de Faúndez.

13°) Que en relación con los acusados Faúndez y Magaña, es necesario precisar que existe concordancia entre los múltiples testigos que han depuesto en autos, ya sea en calidad de militares que a la fecha cumplían funciones en las dependencias del cerro Chena, como de quienes estuvieron en el lugar en calidad de detenidos, en orden a que estos dos acusados lideraban la función de interrogar y torturar, a modo de ejemplo uno de ellos expresa que el Teniente Faúndez estaba a cargo de los interrogatorios en ese recinto. Que en las noches escuchaba los gritos de los detenidos. Que le correspondió hacer guardia en ese lugar. Que un “clase” de la compañía estaba a cargo de la puerta de entrada de la “casa de techo rojo”. Que le correspondió llevar a los detenidos al baño y darles comida. Que en ese sitio había mucha gente detenida, todos con los ojos vendados y visiblemente golpeados. Que escuchó los gritos de los detenidos, sus lamentos y disparos de fusil.

Que dichos detenidos estaban a cargo de los tenientes Faúndez y Magaña. Que incluso vio al teniente Faúndez someter a tres detenidos a un simulacro de fusilamiento.



En definitiva, todos los testigos coinciden en las funciones que cumplían estos dos acusados, declaraciones de las que queda claro que ambos conocían a quienes se encontraban detenidos y la suerte que éstos podían correr, De hecho eran sometidos a simulacros de fusilamiento.

Todas estas declaraciones unidas a aquellas que ubican a ambas víctimas de autos como detenidos en la casa del techo rojo y que fueron llamados para ser interrogados, permiten formar convicción a la que llega el Tribunal de la instancia en orden a la participación culpable que les habría cabido en los hechos investigados en cuanto a conocer que las dos víctimas se encontraban detenidas sin orden alguna en el lugar y además la edad de estos, lo anterior atendido lo declarado por los testigos en orden a que era evidente que eran los más jóvenes del recinto.

VI.- En cuanto a la apelación de Sergio Ávila Quiroga.

14°) Que si bien Sergio Ávila Quiroga reconoce haber sido destacado a las dependencias del cerro Chena, niega su participación en los hechos investigados, alegando que, en conjunto con el detective Roberto Rozas, solo les correspondió cooperar aportando antecedentes de las personas que estaban detenidas, verificar sus antecedentes penales y policiales llenando fichas con preguntas previamente establecidas, sostiene que no le correspondió interrogar a los detenidos pero que desde cierta distancia vio al personal militar interrogándolos.

15°) Que sin perjuicio de lo anterior respecto de su actuación declaró Fernando Ávila Alarcón quien fue detenido en septiembre 1973 por la policía de investigaciones y quién los sindicó expresamente como uno de los torturadores que existían en la casa del techo rojo además de Pinto Pérez y el teniente Magaña, agregando expresamente que vio a Francisco Viera muy golpeado, luego de los interrogatorios. A más de lo anterior, el militante de las Juventudes socialista Wolrad Klapp, lo identifica como el teniente de carabineros que lo detuvo y trasladó a la escuela de infantería San Bernardo señalando que Ávila concurría al lugar esporádicamente y participaba en los interrogatorios y torturas.

Por último, desvirtúa también la versión dada por Ávila en cuanto a su participación, la declaración del detective Roberto Rozas Aguilera quien señaló que los detenidos también eran interrogados por personal militar y de carabineros y entre ellos por el teniente Sergio Ávila Quiroga.

16°) Que los antecedentes antes referidos y de los que da cuenta la sentencia impugnada, resultan suficientes para formar convicción respecto de la participación que le cupo a Ávila Quiroga, en cuánto a formar parte de quienes interrogaban a los detenidos. entre los cuales se encontraban Hernández y Viera víctima en estos autos, los que como ya se señaló se encontraban entre aquellos detenidos en la casa del techo rojo y reconocidos por los testigos como quienes fueron llamados para ser interrogados.

VII.- En cuanto a la apelación de Roberto Rozas Aguilera.



17°) Que respecto del acusado Rozas éste al igual que Sergio Ávila reconoce haber sido destacado a las dependencias del cerro Chena, pero que solo les correspondió cooperar aportando antecedentes de las personas que estaban detenidas, verificar sus antecedentes penales y policiales llenando fichas con preguntas previamente establecidas, sostiene que no le correspondió interrogar a los detenidos, en base a una pauta se le consultaba su nombre y domicilio, si tenían instrucción militar, su militancia política si tenían cargos sindicales o políticos etcétera y que los detenidos estaban con los ojos vendados.

18°) Si bien es efectivo que el acusado Rozas Aguilera es mencionado en sus declaraciones por Hernán Vergara Cruces y por Sergio Ávila Quiroga que cumplieron similares funciones en el cerro Chena, las declaraciones de estos últimos coinciden con la versión dada por Rozas en cuanto a cuál era su obligación sin que en momento alguno se lo indique como uno de los interrogadores de los detenidos, solo aluden a que sus funciones eran completar las fichas técnicas de los detenidos, la que si bien posteriormente eran entregadas a Magaña, no aparece de declaración alguna que éste haya participado en algún otro tipo de interrogatorio que pudiere haber colaborado o culminado con sustracción o secuestro de autos.

19°) Que en consecuencia no existen antecedentes en autos que permitan formar convicción de que el acusado Rozas hubiese tenido contacto y conocimiento de la detención de los detenidos, ni siquiera para los efectos de llenar las fichas técnicas a que alude en su indagatoria, de lo que se sigue quien no es posible llegar a la convicción de culpabilidad necesaria para condenarlo por los hechos investigados en autos, de modo que procederá acoger la petición de absolución formulada por la defensa.

20°) Que en estrado, las defensas de los acusados solicitaron se modifique la sentencia en cuanto negó lugar a la reducción de la pena por aplicación del artículo 103 del Código Penal, pues los acusados estuvieron siempre presentes en el juicio y porque no resulta aplicable atendido el carácter de imprescriptible de los delitos de lesa humanidad.

21°) Que en cuanto a la concurrencia del segundo de los requisitos, esto es, el transcurso del tiempo, es menester señalar que debido al carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad, como los que nos ocupan, el cómputo de tiempo requerido por el artículo 103 del Código Penal no puede iniciarse, por no resultar aplicable el referido instituto, ya que si bien resulta lógico que se morigere la pena correspondiente cuando el responsable de un delito se presenta o es detenido poco antes de que la acción penal o la pena prescriban, ello no es aplicable en el caso de responsables de delitos imprescriptibles, como los delitos de lesa humanidad.

En efecto, la prescripción y la prescripción gradual benefician al responsable de un delito en consideración a los efectos que provoca el transcurso



del tiempo en la necesidad de la pena, la estabilidad social y la seguridad jurídica, efectos que no se presentan respecto de los delitos declarados imprescriptibles.

VIII.- En cuanto a la apelación del Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile;

22°) Que el Consejo de Defensa del Estado en representación del Fisco de Chile apela en relación con el aspecto civil de la sentencia, en aquella parte que acogió la demanda en favor de los querellantes, rechazando las excepciones opuestas a su respecto.

23°) Alega como primer agravio la circunstancia de haber desestimado la excepción de pago por cuanto la ley 19.123 reconoció el derecho a reparación de las víctimas de estos delitos, siendo indemnizados a través de distintos beneficios sociales, ya sea de salud, educacionales, prestaciones que fueron claramente indemnizatorias, por lo que habiendo sido reparado el daño no existe el derecho a otra indemnización. Agrega que según se desprende del artículo 24° de la ley antes referida, la indemnización reclamada es incompatible con aquellas reguladas por dicha norma.

Alega que desde el momento en que los demandantes optaron por percibir los beneficios de la ley 19.123 se extinguió su eventual acción contra el Fisco de Chile. Hace presente que la satisfacción es reparar el daño en una línea distinta a la meramente económica entre ellas la ejecución de distintas obras de reparación simbólica como las que indica, las que han producido satisfacción de los mismos daños, por lo que no pueden ser exigidos nuevamente.

Expresa que aún cuando algunos de los demandantes no hayan percibido una reparación expresada mediante pagos en dinero, las políticas de reparación asumidas por el Estado, por violación de Derechos Humanos, los programas de beneficios educacionales y el denominado Programa de Reparación y Atención integral de salud significan también reparación a los familiares de víctimas de Derechos Humanos

Pretende, además, a través de su recurso que se acoja la excepción de prescripción que le fue rechazada. Sostiene que la sentencia indica que instrumentos internacionales hacen imprescriptible la acción civil, sin expresar cuáles serían tales instrumentos; que hace caso omiso a la unificación de jurisprudencia que en tal sentido efectuó el Pleno de la Excm. Corte Suprema mediante sentencia de 21 de enero de 2013 en la que sentó como criterio la prescripción de la acción civil en casos como el de autos al igual que en otros fallos que cita.

Sostiene que la sentencia le produce agravio, además, al rechazar la excepción de preterición legal opuesta respecto de los hermanos de las víctimas fundada en que la ley determinó a qué víctimas se les reconocía un derecho particular a reparación y cuál sería la proporcionalidad o parte de los recursos económicos públicos que se destinarían a esa reparación, agrega que no existe argumentación en el fallo que desvirtúe el hecho de que la citada ley y sus



posteriores modificaciones han focalizado el esfuerzo estatal a la familia más próxima mencionando el grado de parentesco y excluyendo a otros parientes más lejanos como el caso de los hermanos a quienes no les ha reconocido derecho ni beneficio alguno.

Precisa que la ley 19.123 y sus modificaciones constituyeron un ingente esfuerzo estatal que compatibilizó responsablemente la obligación de reparar a la familia más directa de las víctimas por ser esta, con mayor probabilidad, la afectada por el hecho, pagando indemnizaciones en dinero y asumiendo el costo de prestaciones sociales o accidentales con las demás obligaciones de la caja fiscal destinada a satisfacer necesidades públicas regulando equilibradamente el interés privado o particular de las víctimas y el interés público propio del Fisco siendo parte importante de ese equilibrio la exclusión de otros beneficios como son los hermanos y demás parientes

En subsidio alega que el monto de la indemnización resulta excesivo por lo que solicita su rebaja.

24°) Que en lo que dice relación con la excepción de pago, se debe tener, además, presente que la argumentación del recurrente en torno a que el artículo 24 de la ley 19.123, excluye otra indemnización atendido el informe parlamentario que cita, no resulta acertada desde que la Ley N° 19.123, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios sociales a los afectados, pero no establece de modo alguno la incompatibilidad en que sustenta la alegación opuesta por el demandado civil.

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

En suma, la excepción de pago será desestimada, además, desde que la Ley N° 19.123 en ningún caso establece una prohibición, para que el sistema jurisdiccional, declare por los medios que autoriza la ley, la procedencia de la acción indemnizatoria por el daño moral causado a los demandantes, no obstante haber recibido estos, una pensión de reparación en virtud de dicha ley, lo que no obsta para que tal circunstancia sea considerada al momento de regular la indemnización que corresponda.

25°) Que en lo que se refiere a la prescripción, conviene tener presente que en esta materia el Estado de Chile ha reconocido expresamente su



responsabilidad internacional entre otros, en su escrito de contestación en el Caso N° CDH-2-2017/003 “Órdenes Guerra y Otros vs. Chile”, por los reseñados derechos a las garantías judiciales y la protección judicial en relación con las mencionadas obligaciones. Es más, aceptó entre los hechos, que la prescripción de la acción civil constituyó una restricción a la posibilidad de obtener una reparación justa por los daños ocasionados; y que en los últimos años el Poder Judicial ha logrado suprimir esa tendencia jurisprudencial, por otra más acorde con los principios del derecho internacional de los derechos humanos y disposiciones constitucionales, reconociendo el derecho a la reparación integral, atendida la gravedad de los daños ocasionados; y que, por lo mismo, no resultaba aplicable la figura de la prescripción prevista en el Código Civil. En suma, reconoce el Estado de Chile que debe primar la obligación de reparar por sobre la aplicación de figuras procesales formales, como es la prescripción, por constituir estas un incumplimiento de dichas obligaciones.

26°) Que en cuanto a la excepción de preterición fundada en que las leyes de reparación excluyen a los hermanos, señalando como titulares de las indemnizaciones sólo a padres, hijos o cónyuges, se debe tener presente que en la especie la querellante ejerce una acción indemnizatoria de acuerdo al derecho común, proveniente de daños propios que le han ocasionado agentes del Estado, al respecto, según se ha sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema “...*conviene tener presente, en primer lugar, que la pretensión indemnizatoria sostenida no ha sido construida en base a los estatutos especiales de reparación contenidos en las Leyes 19.123 y 19.980, los cuales dispusieron compensaciones económica y beneficios sociales en favor de las personas que dicha legislación precisa, sino que lo pretendido es la reparación, a título de daño moral, del padecimiento personal sufrido como consecuencia del secuestro calificado y posterior muerte de (...) a manos de agentes del Estado, haciendo responsable al Fisco por la vía de la responsabilidad extracontractual que le asiste, derivada de la falta de servicio y, engarzada la normativa interna con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la materia.*

Vigésimoséptimo: Que, el especialísimo ámbito de aplicación de las referidas leyes de reparación, de modo alguno puede pretender convertirse en una regla de aplicación general para limitar el derecho al resarcimiento integral del daño, puesto que tales normas solo benefician a un grupo determinado de personas y, asimismo, se constituyen únicamente como beneficios asistenciales los cuales, en determinados casos, no logran una satisfacción completa y total de los perjuicios causados por los agentes del Estado a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, y sus familiares.

Vigésimoctavo: Que, entonces, la supuesta preterición legal de la actora, sobre la base de una supuesta decisión del legislador, que habría privilegiado el resarcimiento de los familiares más próximos a la víctima, no se condice con la legislación positiva, ya que 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 su concurrencia y la relación con la víctima para plantear la pretensión, de forma tal que el primer vicio invocado no resulta efectivo. (C.S.223-19)

27°) Que de lo expresado y la circunstancia que no existe norma alguna que impida el ejercicio de esta acción a un hermano de la víctima, por el daño moral que ello le ha provocado, esta alegación no podrá prosperar.

28°) Que en cuanto a la cantidad determinada por concepto de indemnización por daño moral teniendo en consideración los montos ya recibidos por doña María Teolinda García Yáñez, madre de la víctima Héctor Hernández Garces por concepto de indemnización de parte del Estado de Chile, según consta de fojas 4351, esta Corte regulará prudencialmente la indemnización en la cantidad de \$60.000.000.- (sesenta millones de pesos)

En lo que dice relación con la indemnización por daño moral ocasionado a los hermanos, Ernesto Fernando Faúndez Garcés, Juan Carlos Faúndez Garcés y Luis Gabriel Faúndez Garcés, esta se rebaja prudencialmente a la cantidad de \$40.000.000.- (cuarenta millones de pesos) para cada uno, lo mismo respecto de doña Julia de las Mercedes Viera Ovalle, hermana de Francisco Eugenio Viera Ovalle.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto por los artículos 500, 509, 535, 541, 544 del Código de Procedimiento Penal, 11 N° 6, 18, 29, 68, 103, 141 y 391 N°1 del Código Penal, se decide:

I.- Se rechazan los recursos de casación en la forma interpuestos por las defensas de los sentenciados Alfonso Faúndez Norambuena y Jorge Romero Campos

II.- Se revoca la sentencia de trece de octubre de dos mil veinte, escrita a fojas 4.506 y siguientes, en cuanto condena a los acusados Juan Carlos Nielsen Stambuk y Roberto Rozas Aguilera, como autores del delito de sustracción de menor agravada, en grado consumado, cometido en contra de Héctor Enrique Hernández Garcés, a partir del día 27 de septiembre de 1973, en la comuna de San Bernardo y de secuestro calificado, en grado consumado, cometido en contra de Francisco Eugenio Viera Ovalle, a partir de los últimos días del mes de septiembre de 1973 y **se declara** que los referidos Nielsen Stambuk y Rozas Aguilera, **quedan absueltos** de los referidos cargos;

IV.- Se confirma la sentencia en lo que dice relación con la acción civil intentada en autos, **con declaración** de que se reduce la indemnización por concepto de daño moral regulada en favor de doña María Teolinda Garcés Yáñez a la cantidad de 60.000.000.- (sesenta millones de pesos), y la de los hermanos



Ernesto Fernando Faúndez Garcés, Juan Carlos Faúndez Garcés y Luis Gabriel Faúndez Garcés, a la cantidad de \$40.000.000.- (cuarenta millones de pesos).

Asimismo, se regula la indemnización en favor de Julia de las Mercedes Viera Ovalle, hermana de Francisco Eugenio Viera Ovalle en la cantidad de \$40.000.000.- (cuarenta millones de pesos).

V.- Que se confirma la referida sentencia, en lo demás apelado en su aspecto civil.

Se previene que la ministro Sra. Mondaca estuvo por acoger la alegación de media prescripción contenida en el artículo 103 del Código Penal, teniendo para ello en consideración que para determinar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 ya referido, es imprescindible tener presente la naturaleza jurídica y objeto de la prescripción y de la prescripción gradual o media prescripción. La primera tiene por objeto extinguir la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo, en tanto que la segunda su procedencia importa una rebaja en la cuantía de la pena.

Que según se ha sostenido por reiterada jurisprudencia respecto de la media prescripción en relación con los delitos calificados como de lesa humanidad *“...el señalado instituto penal constituye -de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 103- un motivo calificado de atenuación de la responsabilidad criminal, con efectos particulares, concebidos, en cuanto a su estimación en términos imperativos (“deberá el tribunal”), que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y se halla, por tanto, al margen de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal.”* *“Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos (a los de la prescripción), porque 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 asimilársela jurídicamente...”* a lo que agrega que, como consecuencia del razonamiento precedente, a la media prescripción no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de los delitos de lesa humanidad, *“con lo que se evita su tal impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda absolutamente excluida, desde que se trata de una circunstancia que, aunque especial, acarrea en el ámbito de la determinación de la pena, las mismas consecuencias asignadas a las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal, reguladas minuciosamente en los artículos 65 y siguientes del mismo cuerpo legal.”* (C.S. Rol N° 2596-09, en la actualidad C.S. Rol 8065-2018).

Que en la especie los hechos investigados ocurrieron con fecha octubre de 1973 y la causa fue iniciada por requerimiento de la Fiscal Judicial Beatriz Pedral el 25 de enero de 2011, esto es habiendo transcurrido en exceso el tiempo para



que resulte aplicable la rebaja de pena contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

Acordada la absolución de Roberto Rozas Aguilera, con el voto en contra de la ministra Vasquez, quien estuvo por mantener la condena impuesta en el fallo de primera instancia, conforme a su propia fundamentación y teniendo además presente, que estima inverosímil la versión aportada por el referido inculcado, de cara a las condiciones en que él realizaba sus tareas en el centro de detención y a las circunstancias descritas por muchos testigos respecto al evidente mal estado de las víctimas y sus evidentes gritos de dolor.

Se previene que la ministra Vásquez concurre a la confirmación de la sección civil del fallo, pero estuvo por rebajar a \$20.000.000 (veinte millones de pesos) la indemnización establecida para los hermanos Ernesto Fernando Faúndez Garcés, Juan Carlos Faúndez Garcés y Luis Gabriel Faúndez Garcés, por estimarla más apropiada a la proximidad que ellos tuvieron con la víctima.

Regístrese y comuníquese en su oportunidad.

Redacción de la ministro Dora Mondaca Rosales y el voto disidente su autora.

N° 3723-2020-Penal.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de San Miguel integrada con las ministros Sra. Carolina Vásquez Acevedo, Sra. Dora Mondaca Rosales y Nelly Villegas Becerra.

Se deja constancia que no firma la ministro señora Villegas no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo, por haber cesado en sus funciones como ministro suplente.



Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los Ministros (as) Carolina Vasquez A., Dora Mondaca R. San Miguel, ocho de abril de dos mil veintidós.

En San Miguel, a ocho de abril de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 02 de abril de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>