

C.A. de Santiago

Santiago, ocho de febrero de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

1.- En las fojas que se indica, se realizan las correcciones que se formulan: a fojas 3851, su sustituye en el considerando primero, línea dos, “el abogado” por la abogada”; en la página 3.898, se aclara que la dirección escrita en el apartado II es “Avenida Américo Vespucio”; en la página 3.905, se elimina la palabra “sido” que se lee entre las palabras “fueron” y “fusilados”, línea 7ª; en la foja 3.909, se elimina, al inicio del segundo párrafo la palabra “fueron ” escrita entre “Valderrama” y “no”; y, finalmente en la página 3.914 se reemplaza en la 4ª línea del segundo párrafo, el vocablo “descargos” por “cargos”. Finalmente, a partir de fojas 3928 se sustituye la expresión “Triguesimo” por Trigésimo” que se repite en los últimos cinco considerandos; y

2.- Se eliminan los considerandos duodécimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, y vigésimo séptimo.

Y teniendo en su lugar, y además, presente:

Primero: Que la presente causa se sustanció a fin de investigar los delitos de secuestro calificado de los ciudadanos uruguayos Alberto Fontela Alonso y Juan Angel Cendam Ahumada y del ciudadano brasileño Tulio Quintiliano Cardoso, ocurridos el 12 de septiembre de 1973, en la ciudad de Santiago.

Por sentencia de 14 de diciembre de 2018, el Ministro instructor, señor Mario Carroza, dictó sentencia, resolviendo como sigue:

“EN CUANTO A LAS TACHAS Y OBJECCIÓN:

I.- Inadmisibles las deducidas por las partes en este juicio, en escritos de fojas 6630 y 6849, y en audiencias que corren a fojas 7748, 7750, 7752, 7757, 7822 y 7823;

II.- No ha lugar a la objeción deducida en audiencia de fojas 3730.

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:

III.- Que se condena a los acusados JORGE LUIS TAPIA CASTILLO y RAFAEL FRANCISCO AHUMADA VALDERRAMA, como cómplices de los Secuestros Calificados de Alberto Fontela Alonso, Juan Ángel Cendan Ahumada y Tulio Quintiliano Cardoso, ocurridos el 12 de septiembre de 1973, en la ciudad de Santiago, a cumplir cada uno de ellos, la pena única de cinco

LRSMXLMHSS



años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos titulares mientras dure la condena y el pago de las costas de la causa.

Atendida la naturaleza de la pena impuesta a los sentenciados Tapia y Ahumada, no se le otorgaran ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL:

IV.- *Que se acoge la excepción de litis pendencia y se rechaza la acción civil de fojas 3385.*

V.- *Que, ha lugar, a la acción civil deducida a fojas 3426, con costas, quedando el Fisco de Chile condenado a pagar a cada uno de los demandantes civiles, Alba Elizabeth Cendán Varó, hija de Juan Ángel Cendán Almada; Alma Francis Kolp Riani y Lena Gwen Fontela Kolp, cónyuge e hija de Alberto Mariano Fontela Alonso; Anne Wlnlfred Bicheno Armour y Diego Alfredo Mariano Fontela Bicheno, pareja e hijo de Alberto Mariano Fontela Alonso; Narcisa Beatriz Verri Whitaker y Flavia Quintiliano Verri, cónyuge e hija de Tulio Roberto Quintiliano Cardoso, la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), que han de reajustarse conforme al Índice de Precios al Consumidor con intereses desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada.”.*

Segundo: Que en contra de la sentencia se alza el Programa de Derechos Humanos, por estimar que le causa agravio irreparable la decisión adoptada.

Refiere que, en congruencia con lo solicitado por su parte en su escrito de acusación particular, los condenados deben serlo en calidad de autores de secuestro calificado, correspondiendo ser sancionados a la pena máxima establecida en la legislación de la época.

Pide se enmiende conforme a derecho la sentencia apelada, en los términos expuestos precedentemente.

Tercero: Que, por su parte, los querellantes y demandantes civiles, Alma Kolp Riani y Lena Fontela Kolp (cónyuge e hija de Alberto Fontela); Anne Bicheno Armour y Diego Fontela Bicheno (pareja e hijo de Alberto Fontela); Alba Cendán Varó (hija de Juan Cedán); y Narcisa Verri Whitaker y Flavia Quintiliano Verri (cónyuge e hija de Tulio Quintiliano), deducen recurso de apelación en contra de la sentencia, pidiendo se la modifique de la manera que se expresa.



En cuanto a la parte penal, refieren que los encartados fueron procesados y acusados como autores de los secuestros calificados de las víctimas de autos, pero que finalmente fueron condenados en calidad de cómplices de esos crímenes.

Tal decisión les causa agravio desde que los ex oficiales de inteligencia del Regimiento Tacna tuvieron un rol fundamental en la represión al interior de ese fortín contra los presos políticos, máxime con aquellos que desde un punto de vista de la inteligencia militar eran considerados como de mayor peligrosidad. Aseguran que resulta inequívoco que a ellos les ha correspondido participación en calidad de autores de los tres secuestros calificados. Lo anterior, agregan, aparece de los antecedentes del proceso, lo que ha sido recogido en el considerando décimo sexto de la resolución atacada, al señalar que el Departamento II (Inteligencia) de ese cuartel militar, era responsable de interrogatorios y torturas de prisioneros y, en su párrafo segundo, se asevera que los acusados Tapia Castillo y Ahumada Valderrama, no solo fueron parte de dicha unidad de inteligencia sino que eran Oficiales que la dirigieron.

De otro lado, denuncia que no se consideraron respecto de los condenados las agravantes alegadas por su parte, esto es, las referidas en los numerales 6, 10 y 11 del artículo 12 del Código Penal. Indican que tales circunstancias se encuentran acreditadas en el proceso y es el propio tribunal quien en el considerando duodécimo indica que gran parte de ellas se encuentran insertas en la calificación de los delitos, con lo que entienden que el fallo recurrido establece que los elementos fácticos de esas agravantes existen, por lo que solicitan sean consideradas respecto de los condenados.

En la parte civil, comparten los fundamentos del fallo en cuanto acoge la demanda civil de indemnización de perjuicios por el daño moral sufrido por los actores, sin perjuicio que no comparten el monto regulado, pidiendo en concreto se eleve dicha suma. Hacen presente jurisprudencia nacional e internacional que avalan su solicitud.

Piden, se confirme la sentencia, con declaración que los sentenciados quedan condenados a la pena de 15 años y 1 día de presidio mayor en su grado máximo más accesorias legales, considerando las agravantes de los numerales 6, 10 y 11 del artículo 12 del Código Penal; y en lo civil se incremente el monto de indemnización por daño moral a la suma de \$300.000.000 para cada uno de los actores, o la suma mayor que este tribunal ordene.



Cuarto: Que el Fisco de Chile deduce recurso de apelación en contra de la sentencia de que se trata, aunque sólo en la parte que acoge la acción civil entablada.

Señala que su parte ha sufrido agravio al ser rechazadas las excepciones de improcedencia de la indemnización dineraria demandada por preterición legal de la demandante Anne Winifred Bicheño Armour y la excepción subsidiaria de reparación satisfactiva. Como segundo agravio, impugna el rechazo de la excepción de reparación satisfactiva opuesta respecto de los demandantes cónyuge e hijos de las víctimas, por haber sido ya indemnizados.

Un tercer agravio, lo hace consistir en que la sentencia definitiva rechaza la excepción extintiva opuesta por el Fisco, y finalmente, alega que el monto de la indemnización otorgada por daño moral resulta excesivo y carente de fundamento.

Pide se revoque la sentencia en la parte impugnada y en su lugar se rechacen las demandas civiles de autos en todas sus partes o en subsidio, se rebaje prudencialmente los montos de indemnización a los que fue condenado el Fisco de Chile.

Quinto: Que la defensa del sentenciado Rafael Ahumada Valderrama, se alza en contra de la sentencia, sosteniendo que ella no se encuentra ajustada a derecho, por lo que solicita sea revocada y en definitiva se absuelva al encartado.

Sustenta su pretensión en el yerro en que se incurre al no acogerse la prescripción de la acción penal opuesta por su parte, en atención al tiempo transcurrido, ya que los hechos investigados datan del 12 de septiembre de 1973. Agrega que no deben ser considerados los hechos establecidos como delitos de lesa humanidad, ya que no se dan al respecto los elementos del tipo penal a que se refiere el artículo 1 de la Ley 20.357 y, por otra parte, dicha ley empezó a regir el 18 de julio de 2009, estableciéndose que los hechos cometidos con anterioridad a su promulgación, continuaran rigiéndose por la normativa vigente a ese momento.

Refiere que la sentencia le causa agravio, al desestimar la absolución por falta de participación del encausado, toda vez que no existe en el proceso elemento alguno que lo incrimine.

En todo caso, de estimarse que le ha correspondido algún grado de participación en los hechos, ello correspondería en calidad de encubridor y no de cómplice como se ha establecido.

Cuestiona la circunstancia de haberse rechazado la media prescripción pedida; no se le califica la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal; rechaza la atenuante del artículo 11 N°9 del citado cuerpo legal; y acoge la agravante del artículo 12 N°8 del código punitivo, la que en la especie no se configura.

Sexto: Que, finalmente la defensa del encartado Jorge Luis Tapia Castillo, apela de la sentencia, solicitando, por las razones que expone, que la causa vuelva al estado de sumario a objeto que se subsanen los vicios que denuncia; en subsidio, que se revoque el fallo apelado en su favor, por no encontrarse acreditada su participación en los ilícitos que se le imputan; de manera subsidiaria, también, pide recalificar los delitos, se declare prescrita su responsabilidad, como asimismo, se modifique su grado de participación de cómplice a encubridor; pide, en subsidio y sin perjuicio de la recalificación del grado de participación, se acoja la atenuante del artículo 11 N°6, en carácter de muy calificada; finalmente, solicita que se rechace la agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal.

Séptimo: Que, informando la Fiscal Judicial, señora Clara Carrasco Andonie, en cuanto le corresponde opinar, es de parecer de confirmar la sentencia en alzada, por estimarla de acuerdo con el mérito de los antecedentes y arreglada a derecho.

Sin perjuicio de ello, discrepa con el parecer del sentenciador en cuanto a la aplicación de la agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal, lo que en definitiva, en todo caso, no hace variar las penas.

En cuanto a la parte penal la sentencia apelada:

Octavo: Que, este tribunal comparte el establecimiento de los hechos y la calificación jurídica de los antecedentes fácticos descritos en los motivos octavo y noveno de la sentencia en alzada, en los términos que se consignan en el fallo de primer grado, en orden a que encuentran una adecuada tipificación en el delito de secuestro calificado descrito y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, conforme a la redacción vigente a la época de los acontecimientos, al referirse a víctimas que fueron ilícitamente privadas de su libertad, sin orden judicial que la justificara, siendo llevados luego de su detención al Regimiento Tacna no existiendo noticias sobre su paradero a partir de esa acontecimiento.

Noveno: Que, por otro lado, como acertadamente lo señala el juzgador, se trata de un un crimen de lesa humanidad, toda vez que los secuestros calificados -denominadas por el Derecho Internacional de los



Derechos Humanos como “desapariciones forzadas”- forman parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de un grupo determinado de la población civil, conformado, en este caso, por ciudadanos extranjeros simpatizantes del movimiento Tupac Amaru y Partido Comunista Revolucionario Brasileño, condición que tenían a esa época las víctimas; por otro lado, es requisito común para concebir el delito como de lesa humanidad que los autores o cómplices sean agentes del Estado, calidad que a esa época ostentaban los acusados.

Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Décimo: Que, establecidos los hechos y su adecuada tipificación, cabe reiterar lo expresado por el tribunal del grado, para desechar las alegaciones de defensa de los enjuiciados de autos en relación a esos dos aspectos.

Undécimo: Que, es del caso señalar que en términos generales, para determinar el grado de intervención de los acusados en el ilícito de que se trata es dable considerar que los antecedentes del sumario sitúan a los acusados, como acertadamente ha sido señalado en el considerando décimo sexto, como integrantes del Departamento II (Inteligencia) del Regimiento Tacna, el que era responsable de interrogatorios y torturas de prisioneros, reconociéndose que los acusados Tapia Castillo y Ahumada Valderrama, no solo formaron parte de esa unidad de inteligencia sino que fungían como Oficiales que la dirigieron.

Por otra parte, como se detalla en los considerandos décimo séptimo y décimo octavo, existen elementos de cargo suficientes para dar por establecida la responsabilidad de ellos en los hechos investigados.

Aparece claramente acreditado que las víctimas fueron detenidas y llevadas al Regimiento Tacna en la época que ambos acusados desempeñaban labores de dirección en la repartición militar, Dirección de Inteligencia del Regimiento Tacna, ostentando cargos de mando y dirección en ella, por lo que su responsabilidad no se agota con la colaboración que hayan prestado en la ocurrencia de los hechos o el ocultamiento de ello.



Duodécimo: Que, conforme a los hechos establecidos y antecedentes recabados en la investigación, se puede sostener que los acusados tenían contacto con las personas detenidas en dicho centro y la conducta que cada uno de ellos desplegaba -mando, vigilancia, interrogación, y otros- permitía que ese encierro o privación de libertad, sin derecho alguno, se materializara, mantuviera y perpetuara, tomando con ello parte en la ejecución de la acción descrita por el tipo penal del secuestro en alguna de las formas descritas en el artículo 15 del Código Penal.

En cuanto a la eventual imposibilidad de estos encausados en orden a poner término a la ejecución del hecho interrumpiendo la mantención del estado antijurídico que supone el secuestro, no importa afirmar *a priori* que hubieran carecido del dominio del hecho y que, por lo mismo, no pueda considerárseles autores, pues lo relevante es que cada una de estas personas haya dirigido conscientemente sus actos a la consecución de un fin, cuál fue el mantenimiento del encierro o detención y desaparición de los afectados. Con ello, se logra configurar tanto objetiva como subjetivamente la descripción típica del artículo 141 del referido Código y ese acto puede atribuírseles como obra suya.

Conforme lo dicho, estos sentenciadores disienten de lo expresado por el Ministro Instructor en cuanto a calificar la participación de los encartados en calidad de cómplices, toda vez que los antecedentes, acciones ejecutadas, cargos que ostentaban y responsabilidad de mando acreditada, permiten estimar que su participación corresponde a la de autores del artículo 15 N°1 del Código Penal y en esa calidad será establecida la pena a cumplir.

Décimo tercero: Que, a mayor abundamiento, es del caso señalar que la complicidad prevista en el artículo 16 del Código Penal, dada la amplitud del artículo 15 sobre la autoría, queda muy reducida en nuestra legislación sustantiva penal y con todos los elementos que se analizan en el fallo de primera instancia, y los que se han referido más arriba, es claro que la participación criminal de los acusados es la de autor prevista en el N°1 del artículo 15 del Código Penal, por cuanto si bien no existen antecedentes para atribuirles participación directa en la detención de las víctimas, tienen la calidad de autores por cuanto esta forma de autoría en relación con los grupos organizados jerárquicamente, implica el ejercicio de dirección en la transmisión de la orden a los eslabones propiamente de ejecución.

En efecto, los acusados reconocen haber pertenecido al Regimiento Tacna en el mismo año de la detención y posterior desaparición de las



víctimas, acontecida a partir del día 12 de septiembre de 1973, lugar donde se llevaban los detenidos por diversos operativos militares o en flagrancia por no respetar toque de queda.

Así las cosas en el contexto de las declaraciones indagatorias, testimonios y demás antecedentes referidos precedentemente, fluyen suficientes indicios que permiten establecer la responsabilidad penal que en calidad de autores se les asigna a estos acusados, conforme al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, esto es, mediante presunciones que pueden llegar a configurar una prueba completa de un determinado hecho, que se basan en hechos reales y probados que exige la disposición, los que se satisfacen al haber sido acreditados por otros medios legales diferentes de la presunción, esto es, que hayan sido legalmente demostrados en el proceso, ante la imputación, que de manera múltiple, precisa, concordante y grave refieren la dinámica de los hechos y la intervención de personal del sistema represivo de la época en la detención y secuestro ilegal de las víctimas, como de su posterior desaparición.

Décimo cuarto: Que, en cuanto a las agravantes pedidas por los querellantes se aplique en este caso, esto es, N°s 6, 8, 10, 11 del artículo 12 del Código Penal, ello no será acogido por este tribunal, considerando para ello la circunstancia que los supuestos de las mismas ya han sido tomados en cuenta en la calificación de los ilícitos, como aquellas que aluden al haberse cometido estando el país en Estado de Sitio o con auxilio de gente armada.

En cuanto a la agravante del N°8, también será desestimada, -prevalerse del carácter público que tenga el culpable- alegada por los querellantes, por cuanto si bien se encuentra acreditada la calidad de funcionarios públicos de los acusados, lo cierto es que dicho carácter forma parte del delito de secuestro calificado -delito de lesa humanidad- desde que en su comisión han actuado agentes del Estado, que en definitiva pertenecen al aparato público, conforme lo previene el artículo 260 del referido cuerpo punitivo.

De esta forma, tal calidad no puede ser parte, al mismo tiempo del hecho punible y de una circunstancia agravante, ya que atenta directamente contra la norma prohibitiva del artículo 63 del Código Penal, en cuanto no agravan la pena aquellas circunstancias inherentes al delito, que sin su presencia no puede cometerse, pues si en los presupuestos fácticos se suprime el carácter público de los partícipes, no podría calificarse el ilícito como de lesa humanidad.



Décimo quinto: Que, respecto de las atenuantes, se comparte el criterio adoptado por el tribunal a quo, en cuanto al reconocimiento de la irreprochable conducta anterior alegada en favor de los encartados, atendida su falta de reproche penal con anterioridad a los hechos investigados, circunstancia que no amerita ser calificada, toda vez que no se evidencian elementos que contribuyan a ello.

Por otra parte, no se configuran en la especie la eximente de responsabilidad alegada por la defensa del encartado Tapia Castillo, esto es la del artículo 10 N°12 del Código Penal, “El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable”, toda vez que no existe elemento idóneo para sustentar su existencia.

Décimo sexto: En cuanto a la determinación de la pena, el secuestro calificado consignado en el artículo 141 inciso 3° del Código Penal, vigente a la época, tenía asignada la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, esto es de diez años y un día a veinte años.

En relación a los acusados, favoreciéndoles una atenuante y no perjudicándoles agravante alguna, corresponde aplicar para su determinación lo consignado en el artículo 68 del Código Penal, luego la sanción que corresponde es la de presidio mayor en su grado medio, (diez años y un día a 15 años) considerando la extensión del mal causado.

Décimo séptimo: Que, en cuanto a las peticiones de prescripción, media prescripción, obediencia debida, cumplimiento del deber, estos Jueces, comparten todos y cada uno de los motivos manifestados por el *a quo* para desestimarlos.

En cuanto a la parte civil de la sentencia impugnada:

Décimo octavo: Que, corresponde ahora hacerse cargo de las apelaciones interpuestas respecto de la sentencia en cuanto acoge la acción civil impetrada.

En primer lugar, en cuanto a la reparación satisfactiva alegada por el Consejo de Defensa del Estado, la misma no excluye de por sí la pretendida en estos autos, desde que la compensación del daño moral de que se trata, si bien idealmente procura ser integral, en caso alguno conseguirá tal objetivo de manera fehaciente, en la medida que la aflicción, sufrimiento, angustia, dolor y agobio provocados por una situación como la que se examina, sin duda, no son dables de cuantificar, motivo por el que la regulación del cuántum se entrega a la prudencia del fallador y la circunstancia de conjugarse las reparaciones monetaria y compensatoria o satisfactiva, no las



hace excluyentes ni incompatibles, motivos por los que el Fisco de Chile no será oído en este capítulo de su apelación.

Décimo noveno: Que, en lo que se relaciona con la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el Fisco de Chile, lo cierto es que ella resulta imprescriptible, como acertadamente lo decide el señor Ministro del Fuero. Al efecto, cabe recordar que se trata, en la especie, de un delito de lesa humanidad, esto es: “aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes”. (Corte Suprema, causa N° 21.177-2014). Asimismo y para resolver la extinción pretendida por el Fisco de Chile, cabe tener presente que la acción civil deducida en su contra tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de un agente del Estado. En consecuencia, el derecho de los familiares de las víctimas de este tipo de ilícitos encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la normativa de los tratados internacionales ratificados por nuestro país, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger el 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 de la República.

Vigésimo: Que, efectivamente, tratándose en la especie de un delito de lesa humanidad, cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional

sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, la que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito.

Vigésimo primero: Que, es así como 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, de modo que éstas 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 de esta índole, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación.

A su vez, la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas).

Vigésimo segundo: Que, además, habiéndose calificado los hechos como constitutivos de delito de lesa humanidad y, por ende, imprescriptible, la extinción de la responsabilidad civil del Estado sigue la misma consecuencia jurídica, esto es, se trata de una acción indemnizatoria que no se extingue por el transcurso del tiempo, por ser accesoria y dependiente de la responsabilidad penal de un agente del Estado, que en este fallo se sanciona; sea porque la acción civil a la indemnización surge con la sanción penal, sea porque el Estado aparece obligado a la reparación íntegra y total de los perjuicios que provoquen sus agentes en este tipo de delitos.

Vigésimo tercero: Que, de este modo no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto



normativo que ha sido reconocido por Chile, debiendo mantenerse lo decidido en este aspecto.

Vigésimo cuarto: Que, se comparte lo decidido por el tribunal a quo, en cuanto a conceder indemnización por daño moral a doña Anne Winifred Bicheno Armour, pareja a la época de la detención y desaparición de don Diego Alberto Fontela Alosnso, toda vez que ella tuvo un hijo con la víctima y compartió con él, padeciendo el dolor de la pérdida de un ser amado, padre de su hijo, evidenciando una afectación psicológica importante, lo que ha quedado acreditado en el proceso con la prueba testimonial y documental aportada para este efecto, que se enuncia en el considerando trigésimo cuarto de la sentencia que se revisa.

Vigésimo quinto: Que, en relación al quantum de las indemnizaciones fijadas por el sentenciador de primer grado, que aparece cuestionado tanto por la demandante civil como por el Fisco de Chile, cabe consignar que el daño ha sido conceptualizado como todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes; como la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial. Dicho daño, eso sí, debe ser cierto, no bastando un perjuicio actual o hipotético.

Por otra parte, el daño puede ser material o moral. El primero consiste en una lesión de carácter patrimonial, en este caso la víctima sufre un menoscabo o disminución en su patrimonio. El daño moral, por su parte, consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que se le causa a la víctima por el hecho ilícito.

Vigésimo sexto: Que siguiendo esta línea argumental, en lo tocante a la suma pretendida por concepto de daño moral, trescientos millones de pesos para cada uno de los demandantes (cónyuge, pareja e hijos), lo cierto es que de los antecedentes de autos aparece que efectivamente ha sido acreditado el daño moral sufrido por los demandantes, como quedó claramente establecido en el fundamento trigésimo cuarto citado, siendo la suma pedida, en concepto de esta Corte excesiva, conforme a los parámetros aplicados sobre la materia por estos sentenciadores.

Vigésimo séptimo: Que, para determinar el quantum, a más de los aspectos comúnmente aplicados, esto es, grado de parentesco, cercanía y relación con la víctima, estos sentenciadores diferencian, por su puesto analizando caso a caso, lo que se otorga a los cónyuges o convivientes o parejas respecto de aquello que se da los hijos.



Lo anterior, considerando la circunstancia que la regla general es que el mayor dolor sufrido, se configura en el momento de la detención y presencia en la época de ocurrencia de los hechos, que generalmente lo sufre la cónyuge o pareja de la víctima, quien debe continuar con su vida cuidando y protegiendo a sus hijos, llevando en sus hombros el dolor y la angustia de no saber el paradero de su ser amado.

En el caso de los hijos, por supuesto que existe un daño que debe ser reparado, pero su cuantificación monetaria, se estima debe ser menor que la que corresponde a su madre, cónyuge o pareja de las víctimas.

En este sentido, tratándose de los hijos de las víctimas, demandantes de autos, se estima correcta la suma establecida de \$50.000.000 para cada uno de ellos, por lo que se mantendrá dicha cuantificación.

Vigésimo Octavo: Que, en el caso particular de la víctima Alberto Mariano Fontela Alonso, estuvo casado con doña Alma Francis Kolp Riani, ciudadana uruguaya, permaneciendo juntos hasta el mes de abril de 1973, época en que doña Alma Kolp, regresó a Montevideo, matrimonio del que nació una hija, Lena Gwen Fontela Kolp, nacimiento que se produjo en Uruguay, tres meses después de haber regresado su madre a ese país.

Por otra parte, don Alberto Fontela entabló una relación de pareja en Chile con la ciudadana chilena Anne Bicheno, producto de la que en el año 1974 nació su hijo Diego. Ella, fue detenida en la misma oportunidad que el señor Fontela, siendo dejada en libertad el 14 de septiembre de 1973 y con posterioridad a ello abandonó el país, naciendo su hijo en Inglaterra.

Enfrentados a la situación fáctica de existir dos personas que estuvieron vinculadas sentimentalmente con la víctima, una su cónyuge y la otra, pareja, que lo acompañaba al momento de ser detenido, que con ambas tuvo hijos, naciendo estos fuera de Chile, sin conocerlos su padre, lo cierto es que no se puede excluir a una de ellas de ser reparada por el daño moral sufrido, dado que se encuentra acreditado en el proceso los padecimientos de ambas.

En efecto, se debe resaltar en este punto, que la cónyuge señora Kolp, estuvo junto a don Alberto Fontela hasta el mes de abril de 1973, época en que presentaba un embarazo de seis meses y que acordó con el señor Fontela regresar a Uruguay por su seguridad y la de la hija próximo a nacer, dado que ya existía un ambiente convulsionado en el país. Con Posterioridad, el señor Fontela, poco tiempo después de regresar su cónyuge a Uruguay, conoció a doña Anne Bichenno, con quien entabló una relación de pareja,



que se prolongó hasta el momento de la detención de ambos, época a la que la mencionada señora Bichenno presentaba un embarazo y quien fue dejada en libertad, no así el padre de su hijo, que nació posteriormente en Inglaterra, país al que emigro por la seguridad de ambos.

Por lo anterior, se mantendrá la decisión de indemnizarlas, pero será aumentado el quantum regulado, atendidas las circunstancias expresadas en el considerando precedente y la relación personal habida entre la víctima y su cónyuge y pareja, por lo que se elevaran a la suma de \$80.000.000 para cada una, mismo monto que se otorgará a la actora doña Narcisa Beatriz Verri Whitaker.

Vigésimo noveno: Que, por lo razonado, se disiente parcialmente de la opinión de la señora Fiscal Judicial manifestada en su dictamen, en cuanto fue de parecer de confirmar la sentencia en alzada, sin modificaciones.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal se declara que:

1.- En la parte penal: Se confirma la sentencia de catorce de diciembre de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 3850 y siguientes de autos, con declaración que los condenados **Jorge Luis Tapia Castillo y Rafael Francisco Ahumada Valderrama**, lo son en calidad de **autores**, consecuentemente la pena que deberán cumplir es la de **diez años y un día de presidio mayor en su grado medio**, mas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para para profesiones titulares mientras dure la condena.

2.- En la parte civil: Se confirma, el referido fallo, con declaración que se eleva el monto de la indemnización a pagar en favor de Alma FrancisKolp Riani, Anne Winifred Bicheno y Narcisa Beatriz Verri Whitaker, a la suma de ochenta millones para cada una de ellas, con más los reajustes e intereses, desde que la sentencia quede ejecutoriada. Consecuentemente se mantiene el monto regulado por el fallo en alzada, respecto de los hijos de las víctimas, Alma Cendan Varó, Lena Gwen Fontela Kolp. Diego Fontela Bicheno y Flavia Quintiliano Verri.

Se previene que la Ministra señora Melo estuvo por acoger la minorante de media prescripción alegada por las defensas, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:



a) Que respecto de la aplicación del artículo 103 del Código Penal, es menester señalar 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 motivos de política criminal relacionados con hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, eso sí que con una pena menor. De este modo, en 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 en el ámbito jurídico a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena fundada en el tiempo transcurrido desde la perpetración del delito.

b) 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, dentro del marco de las facultades que conceden los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

c) Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, ni de Derecho Convencional Internacional para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal que acarrea la prescripción de la acción penal. Entonces, concurriendo los supuestos del artículo 103 del Código Punitivo, no se divisa razón que obstaculice considerar a la atenuante de que se trata.

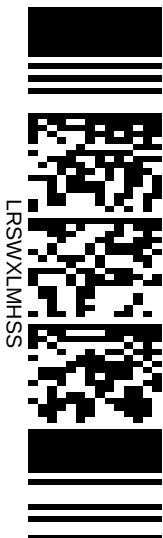
Regístrese, comuníquese y devuélvase con sus Tomos y documentos.

Redactó la ministra señora María Soledad Melo Labra, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo por con feriado legal.

Criminal N° 1861-2019.

LRSMXLMHSS





LRSWXMLMHSS

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Omar Antonio Astudillo C., Maritza Elena Villadangos F. Santiago, ocho de febrero de dos mil veintiuno.

En Santiago, a ocho de febrero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

