

Santiago, siete de agosto de dos mil catorce.

Vistos:

Por sentencia de veintidós de mayo de dos mil trece que rola a fojas 2.161 complementada con fecha tres de enero de dos mil catorce a fojas 2492, se condenó a Basclay Humberto Zapata Reyes, en su calidad de cómplice del delito de secuestro calificado de Alfonso René Chanfreau Oyarce, a contar del 30 de julio de 1974, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa y a Ricardo Víctor Lawrence Mires, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchenko a sufrir, cada uno de ellos, por el mismo ilícito, la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa. En el fallo, se absolvió al acusado Gerardo Ernesto Urrich González de la acusación de ser autor del delito antes indicado. No se concedió a ninguno de los condenados, ninguno de los beneficios alternativos que establece la Ley 18.216, ordenando cumplir efectivamente la pena que les fue impuesta.

En contra de dichos fallos se presentaron los siguientes recursos:

- a) A fojas 2.255 apeló la defensa de Miguel Krassnoff Martchenko.
 - b) A fojas 2.256 apeló la defensa de Ricardo Lawrence Mires.
 - c) A fojas 2.260 apeló la defensa de Basclay Humberto Zapata Reyes.
 - d) A fojas 2.264 dedujo recurso de casación en la forma y apelación el Fisco de Chile contra el fallo escrito a fojas 2.161 y asimismo, a fojas 2.500, apelación contra el fallo complementario de fojas 2.492.
 - e) A fojas 2.302 apeló el apoderado de la querellante y demandante civil.
 - f) A fojas 2.305 apeló la apoderada del Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior.
 - g) A fojas 2.318 apeló la defensa de Marcelo Moren Brito.
 - h) A fojas 2.322 apeló la defensa de Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda.
- A fojas 2.329 don Daniel Calvo Flores, Fiscal Judicial informando, en primer término, señala concordar con la absolución que beneficia al encartado Gerardo Ernesto

Urrich González y hace suyo lo señalado en el considerando 16° del fallo que en este punto debe ser confirmado. Agrega, estar de acuerdo con lo señalado en el fallo en lo concerniente al establecimiento de los hechos y su calificación jurídica, esto es, estar en presencia de un delito de secuestro calificado en la detención y posterior desaparición de Chanfreau Oyarce y dar por justificada la participación en el ilícito de Contreras Sepúlveda, Krassnoff Martchenko, Moren Brito, Lawrence Mires y Zapata Reyes, pero disiente del sentenciador que tiene a este último como cómplice porque su conducta se encuadra dentro del artículo 15 del Código Penal y respecto de los tres primeros encartados y Zapata Reyes, estima que no pueden ser beneficiados con la atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal por ser un hecho público y notorio el actuar delictual de ellos en diversos delitos, algunos ya con sentencia de término y otros que se denominan de lesa humanidad en actual sustanciación. Por este motivo, la pena impuesta a ellos debe ser de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más accesorias legales. En cuanto al recurso de casación en la forma y apelación deducidos por el Fisco contra el fallo de fecha 22 de mayo de 2013, escrito a fojas 2.161 y siguientes, no emite pronunciamiento por cuanto ambos dicen relación con aspectos civiles.

Finalmente, emite opinión favorable para aprobar el sobreseimiento definitivo en consulta de fojas 1.359 por la causal del numeral 5 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal referido a Osvaldo Enrique Romo Mena por haber fallecido.

A fojas 2.543 informando el Fiscal Judicial don Raúl Trincado Dreyse, en relación con el fallo complementario de fecha tres de enero de dos mil catorce escrito a fojas 2.492 omite emitir pronunciamiento por referirse a una excepción de pago deducida por el Consejo de Defensa del Estado en aquello que se refiere a beneficios de la Ley 19.123 en relación con la acción civil indemnizatoria por daño moral.

A fojas 2.336, luego a fojas 2.548 y 2.554 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

1°.- Que el recurso de casación en la forma interpuesto por el Fisco de Chile, primeramente, se funda en la causal establecida en el N° 6 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es: “ *Haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal manifiestamente incompetente, o no integrado con los funcionarios designados por la ley*” . En efecto, plantea el recurrente la incompetencia absoluta del Tribunal a quo, para

conocer juzgar y fallar las acciones civiles intentadas en este proceso contra el Fisco, desde que el artículo 10 del Código Procesal Penal restringe la competencia de los jueces del crimen para conocer de acciones civiles, a sólo aquellas que “ *persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyan el hecho punible objeto del proceso penal*”.

Conforme la norma transcrita, la recurrente sostiene que el Ministro Instructor, en el presente proceso, no es competente para conocer y fallar las acciones civiles indemnizatorias contra el Fisco de Chile ya que es un persona jurídica que no ha sido autor material de los hechos dañosos investigados sino un tercero civilmente responsable, debiendo accionarse en su contra ante la judicatura civil.

Agrega, que en la ley 18.857 de diciembre de 1989, el legislador restringió la competencia de los jueces del crimen para conocer de las acciones civiles provenientes de los delitos, limitándola sólo a aquellas que pudieren hacerse efectivas contra los procesados de modo que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal. El Juez del Crimen, carece de competencia para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad o que tengan causa de pedir ajenas al objeto del proceso penal.

Refiere la recurrente, que observando las demandas civiles intentadas en autos contra el Fisco, en ellas se alude al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 38 inciso 2° de la Constitución Política y 4° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y diversas normas y tratados internacionales de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Resolución N° 60/147 de 21 de marzo de 2006 de la Asamblea General de Naciones Unidas, lo que es demostrativo que se acude erróneamente a un sistema de responsabilidad propio del derecho público o más exactamente del derecho administrativo, en el que sería necesario acreditar la negligencia o dolo de los funcionarios del Estado.

2°.- Que, es un hecho indiscutido que los ilícitos investigados fueron cometidos por agentes del Estado, que actuaron en esa condición y de cuyo accionar se desprende la responsabilidad civil por los daños causados, resultando ésta de los mismos hechos y conductas que ellos desplegaron, por lo que no resulta procedente alegar la incompetencia

absoluta del Ministro del Fisco para conocer la demanda civil en contra del Fisco, porque el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse en términos amplios, que permita pronunciarse sobre su responsabilidad civil en la misma sede penal en que se persigue la reparación individual por parte de los agentes del Estado que infringiendo la ley, incurrieron en los ilícitos. El tenor literal del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal y la historia de su establecimiento, no permiten concluir que esté vedado ejercer la acción civil contra el tercero civilmente responsable. La Ley 18.857, que modificó este artículo no tuvo por objeto restringir, sino que ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, incorporando además de la acción indemnizatoria y restitutoria, la denominada acción civil reparatoria general. A mayor abundamiento, como se ha sostenido por esta Corte, una interpretación sistemática con relación a los preceptos 40, 430, 447, 450 y 500 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, llevan lógicamente a concluir, que la ley ha contemplado expresamente la posibilidad de dirigir la acción civil dentro del proceso penal, sea contra el directamente responsable sea contra el tercero. El requisito que, sin embargo se establece es que se trate de las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles, como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal; es decir, se contempla una exigencia en la línea de la causalidad, por lo que no puede en su mérito alegarse incompetencia alguna.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, para resolver en la forma en que se indica, esta Corte ha tenido también consideración lo expuesto en estrados por el apoderado del Fisco de Chile, quien en el inicio de su alegato señaló que no insistirá en el motivo de nulidad fundado en la incompetencia absoluta porque, sin haberlo hecho presente por escrito no es el interés actual del Consejo de Defensa del Estado, insistir en esta causal de invalidación, en razón de recientes fallos sobre esta materia.

3.- Del mismo modo, el Fisco de Chile interpone contra el fallo el recurso de casación en la forma en virtud de la causal contemplada en el N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los N°s. 3 y 5 del artículo 500 del mismo Código, por cuanto la sentencia no ha sido extendida en forma legal.

Señala que el fallo, no se pronunció respecto de la excepción de pago, incurriendo de este modo en la causal contenida en el numeral 9° del artículo 541 del Código de

Procedimiento Penal. Esta excepción, se funda en la serie de beneficios concedidos por el Estado de Chile a las víctimas y familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos o de violencia política.

Estos beneficios, fueron entregados mediante los mecanismos de la Ley N° 19.980, las cuales establecieron a favor de familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos o violencia política, una pensión mensual de reparación, una bonificación compensatoria y otros beneficios sociales, los cuales ya han satisfecho las pretensiones indemnizatorias de los demandantes.

La pensión mensual de reparación, está constituida por una suma de dinero reajutable, que debe distribuirse entre los beneficiarios señalados en la ley, y que tiene el carácter de vitalicia con excepción de aquella concedida a los hijos, quienes gozarán de ella hasta los 25 años de edad. Adicionalmente la bonificación compensatoria, está constituida por un monto único equivalente a 12 meses de pensión.

Finalmente, sostiene, en cuanto a los beneficios sociales, la ley concedió a los familiares de las víctimas el derecho a percibir gratuitamente prestaciones médicas y a los hijos, hasta los 35 años de edad, beneficios de pago de matrícula, arancel mensual y subsidio mensual de estudios.

Agrega, que según consta del Oficio del Director Nacional del Instituto de Previsión Social al Ministro Instructor que rola a fojas 1.907, los actores han percibido los montos que indica por conceptos de pensión de reparación, bonificaciones, compensaciones y aguinaldos por lo que se encuentra acreditada la excepción de pago, opuesta siendo incompatible la indemnización demandada.

No obstante, la sentencia no hace mención alguna respecto de esas compensaciones y la excepción de pago, siendo este vicio el que motiva pedir su nulidad.

4° El motivo de nulidad fundado en la segunda causal invocada, también se desestimaré teniendo presente que el Tribunal a quo, salvando lo que se viene en impugnar complementó a fojas 2.328 la sentencia de fecha 22 de mayo de 2013 emitiendo pronunciamiento sobre la excepción de pago planteada por el Fisco de Chile.

II.- En cuanto a los recursos de apelación:

Se reproduce la sentencia en alzada, de veintidós de mayo de dos mil trece, escrita de fojas 2.161 a 2247, con excepción de sus motivos 14° y 74° al 80°, que se eliminan; y,

respecto de la complementaria de fecha tres de enero de dos mil catorce, rolante a fojas 2492 y siguiente, se elimina el motivo 2°.

Y, se tiene en su lugar y, además, presente:

A.- En cuanto a la acción penal.

5°.- Que conforme a los hechos establecidos en el fallo que se revisa, los encausados desde sus respectivas posiciones en la estructura organizacional de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) contribuyeron a su ejecución y a la realización del tipo penal por el cual han sido condenados, esto es, el delito de secuestro calificado de Alfonso René Chanfreau Reyes, operativo que se llevó a cabo alrededor de las 23,30 horas en su morada de calle Escanilla N° 661 Departamento 13-D de la comuna de Independencia.

6°.- Que, el encausado Basclay Humberto Zapata Reyes, quien siempre trabajó con Miguel Krassnoff Martchenko en la Unidad en que estaba asignado en Londres 38, reconoció haber concurrido al operativo para detener a Chanfreau Oyarce que se llevó a efecto el día, hora y lugar antes indicado, si bien, señaló que llegó con retraso al lugar en que su superior dirigía las acciones, lo que es indicativo que se constituyó en función de apoyo donde se desarrollaba el procedimiento.

Lo expresado por Zapata Reyes en el proceso, en orden a que cuando había que detener a alguien recibía de su superior un papel con los datos de la persona y que, una vez efectuado el operativo había que devolvérselo, es indicativo que se trataba de un agente activo de la represión que no sólo se limitaba a ser conductor de un móvil de la Unidad que operaba en Londres 38.

7°.-Que, corrobora la participación de Basclay Humberto Zapata Reyes, los siguientes antecedentes que constan en el Proceso ROL N° 706-1992 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, por el desaparecimiento de Chanfreau Oyarce, que esta Corte trajo a la vista como medida para mejor resolver:

- a) A fojas 275 el 07 de enero de 1990 declara Luz Arce Sandoval, señalando que fue detenida y torturada en Londres 38. Indica que vio en ese lugar a Chanfreau Oyarce y a Erika Hennings. A él, lo vio personalmente torturado. Agrega que en ese lugar, existían tres grupos operativos dependientes de la Unidad Caupolicán, que a su vez dependía de la Brigada de Inteligencia Metropolitana BIM. Expresa que esa Unidad, estaba subdividida en tres agrupaciones: Águila, Halcón y Tucán. El grupo Águila, era comandado por el Teniente de Ejército Miguel Krassnoff y de él dependían Osvaldo Romo, Basclay Zapata, alias El Trogló del

Ejército y el Negro Paz. El Grupo Halcón, era comandado por el Teniente de Carabineros Ricardo Lawrence.

- b) A fojas 354 el 14 de noviembre de 1991 declara Erika Hennings quien al exhibírsele una foto que tiene al lado derecho el nombre de Basclay Zapata “ El Troglo”, lo reconoce como a uno de los torturadores o agentes de Londres 38.
- c) A fojas 525 vta en careo realizado el 06 de agosto de 1992 Erika Hennings reconoce a Basclay Zapata, como a uno de los torturadores de Chanfreau Oyarce en Londres 38, por haber presenciado cuando estuvo detenida en ese lugar, los apremios en su contra.
- d) A fojas 1.056 el 30 de noviembre de 1992, Osvaldo Romo Mena prestando declaración, señaló haber llegado con Basclay Zapata al operativo de detención de Chanfreau Oyarce en calle Escanilla, en el momento en que lo estaban deteniendo, por haber estado antes en otro operativo. Agregó, que en la detención participaron Moren Brito, Krassnoff y Lawrence, dada la importancia que se le asignada dentro de la organización del MIR. Indicó que en los interrogatorios y torturas con apremios físicos como la parrilla, intervinieron Moren Brito, Krassnoff, Basclay Zapata y él mismo.
- e) A fojas 1.059 vta el 01 de diciembre de 1992 Osvaldo Romo Mena, vuelve a declarar indicando que uno de los que participó en la detención de Chanfreau Oyarce fue Ricardo Lawrence.
- f) A fojas 1.074 el 02 de diciembre de 1992 Osvaldo Romo Mena, hace una descripción al Tribunal de Londres 38 con sus respectivas dependencias (dos pisos) indicando que en el primer piso se reunía a los detenidos y en el segundo, se les interrogaba y apremiaba físicamente. Agregó que presenció los apremios físicos que se le hizo a Chanfreau Oyarce en una salita del segundo piso. Indicó que Londres 38 se estructuraba así: Jefe Moren Brito, después venía Urrich y bajo ellos, los Capitanes Jefes de Grupo que eran Krassnoff, Lawrence y Castillo. En el grupo Halcón, no recuerda a nadie de nombre o apodo “Ricardo” pero el único podría ser Lawrence que andaba junto a Krassnoff.
- g) A fojas 1.078 el 03 de diciembre de 1992 nuevamente declaró ante el Tribunal Osvaldo Romo Mena y declaró que terminado el operativo de detención de Chanfreau se dirigieron a Londres 38 y que ahí, fue conducido al entrepiso e interrogado por Moren, Krasnoff, Tulio Pereira, Lawrence, El Troglo y él mismo.

8.- Que los antecedentes y circunstancias reseñadas precedentemente, que no es posible soslayar, hacen que el actuar de Basclay Zapata Reyes en los hechos investigados, se encuadre en la condición de autor del ilícito por el que ha sido encausado, de conformidad con el numeral tercero del artículo 15 del Código Penal, toda vez que de los antecedentes fluye que su intervención resultó funcional a la consumación del hecho, y así se tendrá en consideración en lo resolutivo para la aplicación de la pena.

9.- Que los antecedentes referidos en las letras a) b) e) f) y g) del motivo 7° de este fallo unidos a lo declarado por Osvaldo Romo Mena a fojas 589 de estos autos, y lo expuesto en el reproducido motivo 18 del fallo de primer grado, a juicio de esta Corte, son suficientes para desestimar las alegaciones que en su contestación y, ahora en estrados hiciera de la defensa del encausado Ricardo Víctor Lawrence Mires restándole toda participación a su representado en los hechos investigados.

10.- Que conforme a lo expuesto, esta Corte comparte el dictamen de fojas 2329, del Fiscal Judicial señor Calvo Flores, en cuanto estuvo por confirmar la absolución de Urrich González, de acuerdo a los fundamentos del fallo de primer grado, así como en relación a la participación de Basclay Zapata, la que calificó de autor, tal como lo ha hecho este Tribunal.

11°.- No se comparte el referido dictamen, en cuanto está por aumentar la pena de los condenados a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales, en virtud de la eliminación de la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6, toda vez que la misma resulta acreditada, según lo expuesto en el considerando 58 del fallo del tribunal a quo.

12°.- Que beneficiando a los condenados una atenuante, sin agravantes que les perjudiquen y, extendiéndose la pena del delito -en abstracto- entre el presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 68 inciso segundo del Código Penal ha de excluirse el grado máximo de la referida pena.

En ese contexto, al determinar el quantum de la pena, se atenderá a la extensión del mal producido, que en este caso se relaciona con las circunstancias de comisión del hecho y la ausencia de datos ciertos- hasta la actualidad- sobre el paradero de la víctima, razón por la que se estima más condigno fijarla en 10 años de presidio mayor en su grado mínimo.

B.- En cuanto a la acción civil:

a) En cuanto a la prescripción:

12°.- Que en relación a la discusión sobre la procedencia de la prescripción en el caso de autos, cabe consignar que, además, de constituir un hecho que la institución de la prescripción no es ajena al derecho público, la regla general es que las acciones sean prescriptibles, requiriéndose de norma legal expresa que declare lo contrario, toda vez que constituye una exigencia de la paz social la certeza en las relaciones humanas, sin que se divise la razón de excluir tal certidumbre en las relaciones de los particulares con la administración.

13°.- Por lo demás, el artículo 2.497 del Código Civil, consagra una regla común a toda prescripción, a saber que ella corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas, contemplando al Estado, expresamente entre quienes se encuentran sujetos a sus reglas.

14°.- Así las cosas, reconociendo la unidad del sistema jurídico, forzoso resulta concluir que las normas de contenido general, que pertenecen al derecho común por excelencia, cual es el derecho civil, rigen igualmente en las relaciones con los entes públicos, en tanto no exista norma expresa que señale otra cosa, de modo que, no existiendo norma que señale la imprescriptibilidad de la acción que pretende hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, le resultan aplicables las reglas que sobre la prescripción contempla el Código Civil.

15°.- Tratándose en la especie de una acción de indemnización de perjuicios derivada de un hecho ilícito, la regla general la proporciona el artículo 2.332 del Código Civil, que prescribe "...Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto...", y por su parte el artículo 2.494 del mismo cuerpo legal, señala que la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero solo después de cumplida, lo que viene a ser aplicación del principio general consagrado en el artículo 12 del Código Civil.

16°.- Que en la especie el Fisco de Chile, reconoció la calidad de víctima de violaciones a los derechos humanos de don Alfonso René Chanfreau Oyarce, concediéndole a su cónyuge y a su hija, los beneficios de la Ley 19.123, hecho que inequívocamente conduce a sostener que renunció tácitamente a la prescripción ya cumplida respecto de los hechos fundamento de la demanda de autos, toda vez que tal reconocimiento originó y continua originando el pago de los beneficios que aquella ley

contempla, de manera que no resulta atendible su alegación de prescripción, por lo que la misma será rechazada.

c) En cuanto al pago:

17°.- Para resolver la excepción de pago opuesta por el Fisco, cabe tener presente que el mensaje con que el Proyecto de la Ley 19.123 fue enviado señala en lo pertinente:

“El presente proyecto busca –como ya dije-, en términos generales, reparar precisamente el daño moral y patrimonial que ha afectado a los familiares directos de las víctimas.

En este último aspecto se propone el establecimiento de una pensión única de reparación y como sus beneficiarios al cónyuge sobreviviente, la madre de los hijos naturales del causante, y los hijos menores de 25 años de edad, sean legítimos, naturales o adoptivos, en los porcentajes que indica el artículo 4° del proyecto.

Del mismo modo, y sin perjuicio de la pensión de reparación, se propone otorgar una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión, la cual tendrá por objeto resolver actuales y profundos problemas de carácter social y económico que sufren los familiares de las víctimas.

Ambos beneficios serán administrados por el Instituto de Normalización Previsional y se financiarán con cargo a los recursos que se contemplan en el Presupuesto de la Nación para los efectos del pago de pensiones.

Por otra parte, y con respecto a los beneficios médicos, el proyecto de ley propone otorgar a los familiares de las víctimas el derecho de recibir gratuitamente las prestaciones médicas señaladas en los artículos 8° y 9° de la Ley N° 18.469, que en la Modalidad de Atención Institucional se otorguen en los establecimiento dependientes o adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud creado por el Decreto Ley N° 2.763, de 1979”.

18°.- Que en tales condiciones, la interpretación armónica del Mensaje de aquella ley y lo dispuesto en el texto de la misma permite concluir que el Estado al crear la referida Corporación y establecer las pensiones y beneficios que allí se contemplan, pretendió reparar el daño moral de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares, y así cumplir con una de sus especiales finalidades.

19°.- Que “reparar” conforme con el Diccionario de la Real Academia significa “Desagraviar, satisfacer al ofendido”.

Ciertamente, no es posible pensar que tal indemnización, ni otra mayor haga desaparecer el daño, satisfaga completamente al ofendido, ni restablezca la situación anterior al acaecimiento de los hechos. Al respecto la doctrina opina que la indemnización por daño moral es meramente satisfactiva, lo que viene a significar que con ella se pretende una ayuda o auxilio que le permita a la víctima atenuar el daño. La indemnización no constituye una pena. Por lo demás cabe reconocer los esfuerzos que el Estado ha hecho en relación a las demandantes - conforme con sus recursos- y que monetariamente, según consta de lo informado a fojas 1.906 por el Instituto de Previsión Social, al mes de enero de 2012 para la cónyuge de la víctima doña Erika Cecilia Hennings Cepeda, ascendían a las sumas de \$47.162.134 por concepto de pensión de reparación; \$ 790.584 por bonificación compensatoria, por única vez, año 1992 y \$ 385.049 por aguinaldos de septiembre de 1991 a diciembre de 2011 y para la hija doña Natalia Alejandra Chanfreau Hennings a las sumas de \$3.044.730 por concepto de pensión de reparación; \$ 296.472 por bonificación compensatoria, por única vez, año 1992 ; \$93.144 por aguinaldos de septiembre de 1991 a diciembre de 2011 y \$ 6.955.270 por bono de Reparación Ley N° 19.980 extendiéndose, además, más allá de lo meramente patrimonial, de acuerdo a lo dispuesto por la aludida ley, que regula otros beneficios para los familiares de las víctimas.

20°.- En este punto se tiene presente, lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos, en el Considerando N° 48 del Informe N° 25/98, donde se informa, entre otros, en relación al caso 11.505 de don Alfonso René Chanfreau Oyarce, señalando: “Merece, asimismo igual reconocimiento la Ley 19.123, iniciativa del gobierno democrático, que concede a los familiares de las víctimas: a) pensión única vitalicia en monto no inferior al promedio de una familia en Chile, b) procedimiento especial para la declaración de muerte presunta; c) atención especializada por parte del Estado, en materia de salud, educación y vivienda; d) condonación de deudas educacionales, habitacionales, tributarias y otras con organismos estatales y e) exención del servicio militar obligatorio para los hijos de las víctimas.”

21°.- Conforme a lo expuesto de accederse a la demanda de autos, respecto de las demandantes se estaría indemnizando por otra vía el daño moral que -conforme se ha visto-, el Estado pretendió reparar, reparación aceptada por dichas personas, en tanto

han percibido los beneficios aludidos, todo lo cual conduce a acoger la excepción de pago opuesta por el Fisco en relación a dichas demandantes.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto por los artículos 500, 509, 514, 535, 541, 544 del Código de Procedimiento Penal, 11 N° 6 y, N° 9, 18, 28, 68, 391 del Código Penal, se resuelve:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

Se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto por el Fisco de Chile.

II.- En cuanto al fondo:

A.- En lo penal:

Se confirma la sentencia apelada de veintidós de mayo de dos mil trece escrita de fojas 2161 a 2247, complementada con fecha tres de enero de dos mil catorce escrita de fojas 2492 a 2493, con declaración que se condena a Basclay Humberto Zapata Reyes, a sufrir la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro calificado de Alfonso René Chanfreau Oyarce, a contar del 30 de julio de 1974, sin ninguno de los beneficios alternativos de la Ley 18.216. Se confirma en lo demás apelado el referido fallo.

B.- En lo civil:

Se revoca la sentencia apelada antes individualizada, y en cambio se decide el rechazo de la acción civil intentada por haberse acogido la excepción de pago opuesta por el Fisco de Chile, a fojas 1697 y 1683, respectivamente.

Acordado el rechazo del recurso de casación en la forma presentado por el Fisco, contra el voto de la Ministro Ravanales, quien tal como lo ha resuelto en otras causas, estuvo por acoger dicho arbitrio procesal, fundada en la incompetencia del Tribunal, por estimar que, dado el carácter excepcional de la atribución entregada al Juez penal para conocer de la acción civil, no advierte que en la especie la demanda de autos se ajuste a los extremos fijados por el legislador en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, esto es que su fundamento obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, desde que, según se ha resuelto por la jurisprudencia, la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas

actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho.

Así las cosas los supuestos fácticos de la acción intentada contra el Fisco, al involucrar aspectos distintos de aquellos que fundamentan la tipicidad penal exceden los márgenes de la competencia que el legislador reconoce al Juez penal, lo que conduce a la disidente a acoger el motivo de nulidad formal de incompetencia invocado por el Fisco de Chile.

Por lo demás, estima que los artículos 10 y 40 del Código de Procedimiento Penal, han de interpretarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Penal y 171 del Código Orgánico de Tribunales en tanto, estos últimos entregan una tendencia del legislador contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal – en orden a restringir la acción civil en el proceso penal, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida dirigirla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el Juez civil.

Se previene que el abogado Integrante señor Guerrero Pavez, no comparte lo señalado en el considerando 58° del fallo del primer grado que acogió la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del numeral 6 del artículo 11 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior de los acusados por cuanto, a su juicio, para configurarse esta aminorante, no sólo se requiere acreditar documentalmente la ausencia de anotaciones pretéritas sino que supone, asimismo, que el individuo que pretende que le sea considerada tal circunstancia en su favor, haya tenido un comportamiento ético adecuado con sus semejantes, independientemente de la época en que ocurrieron los hechos investigados, lo que no se divisa que haya ocurrido en este caso.

Se previene que, en cuanto, a la acción civil específicamente la prescripción, el Abogado Integrante señor Guerrero Pavez tuvo presente para desecharla únicamente, las siguientes consideraciones:

1°) Que en estos autos, no se está en presencia de una contienda entre particulares, para resolver las diferencias patrimoniales que pudieren derivarse de la

responsabilidad contractual o extracontractual, sino que se persigue por particulares gravemente afectados, la reparación del daño moral que han experimentado con motivo de la desaparición del cónyuge y padre, a raíz de la acción de agentes del Estado, sin que hasta ahora se tenga conocimiento de su paradero, habiendo un Ministro de Fuego investigado los hechos y aplicado las sanciones a los responsables. En consecuencia, está establecido que los hechos en que se funda la demanda en contra del Fisco de Chile, cabe dentro de la calificación de crimen de lesa humanidad y constituyen por ende, una violación grave de las normas internacionales sobre derechos humanos.

2°) Que, es procedente señalar que, a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el Derecho Internacional Público ha experimentado un notable avance en lo que atañe a la protección de la persona humana, lo que ha quedado plasmado en numerosas Convenciones y Tratados Internacionales, a los que nuestro país ha adherido y están incorporadas y reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional y en tal virtud, cabe consignar que los crímenes de lesa humanidad y atentatorios contra los derechos humanos, son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hubieren cometido, afirmación que puede entenderse emanada también del Derecho Internacional General (*ius cogens*), reconocido por las convenciones internacionales.

3°) Que el artículo 2.332 del Código Civil referido a la responsabilidad extracontractual y los artículos 2.314, 2.492, 2.497, 2.514 y 2.515 del mismo cuerpo legal, que dicen relación con la prescripción extintiva, no son aplicables en el presente juicio pues, según se ha señalado, los hechos en que se funda y sus consecuencias, son imprescriptibles a la luz del Derecho Internacional, al que nuestro país ha adherido. De ahí, que los argumentos del Fisco de Chile para fundar la excepción de prescripción, no es posible compartirlos, si se tiene en especial consideración que la acción indemnizatoria deducida lo ha sido por grave violación a los derechos humanos y cobran plena vigencia las disposiciones legales que atribuyen responsabilidad al Estado por los daños o perjuicios que causen los órganos de su administración siendo del caso mencionar a este respecto, los artículos 4° de la ley 18.573 sobre Bases Generales de la Administración, 5° inciso 2°, 6°,7°,19° N° 24 y 38 de la Constitución Política, aun cuando algunas de estas disposiciones sean posteriores a la ocurrencia de los hechos en que fundó la demanda.

4°) Que la imprescriptibilidad señalada, rige tanto para el ámbito de lo penal como de lo civil, puesto que carece de sentido, frente a la antedicha afirmación basada

en el ius cogens, sostener la imprescriptibilidad para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo privada y renunciable. En consecuencia, tratándose de delitos 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 establecida en la ley civil interna, ya que ello no guarda concordancia con la normativa internacional sobre Derechos Humanos, sin perjuicio de que resulta discriminatorio dar un tratamiento distinto a ambas acciones, lo que hace que el ordenamiento jurídico no guarde la coherencia que se le reclama.

5°) Que, en consecuencia, la prescripción de la acción de que se trata no puede ser determinada a partir de las normas del derecho privado, que se refieren efectivamente a cuestiones patrimoniales, pues esas normas atienden a finalidades diferentes a aquellas que emanan del derecho internacional de los derechos humanos y del ius cogens, que importan obligaciones de respeto, de garantía y de promoción de esos derechos, así como la adopción de medidas para hacerlos efectivos. Así, por lo demás, fluye de la norma del artículo 5° de la Carta Fundamental, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de derecho internacional, establece para los órganos del Estado, el deber de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los cuales está el de la reparación de las violaciones graves a los derechos humanos, esto es, la indemnización solicitada en estos autos.

6°) Que, por lo demás, la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias de los daños producidos por los crímenes referidos, fluye de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre derechos humanos después; en particular, en América, de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, y por cierto de la numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana que ella creó, cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos, como se constata que ha sucedido en los hechos que fundamentan la demanda en autos.

7°) Que en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, no existe discusión que el Estado debe responder por la actuación de sus agentes, cuando ella ha provocado daño a los particulares, ya sea porque actuaron con infracción a un deber general de cuidado

(culpa civil) o cuando han incurrido en una falta de servicio (conforme a las reglas del derecho público).

La fuente de ese consenso está en las normas contenidas en los artículos 1, inciso 4°, 5, inciso 2°, 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y artículo 4 de la Ley N° 18.575, y las que emanan de los tratados internacionales referidos precedentemente, todas las cuales configuran el estatuto jurídico destinado a responsabilizar a los órganos del Estado por la conducta de los agentes. En el caso de autos, agentes actuantes transgredieron normas legales, constitucionales y de orden internacional que estaban obligados a respetar, y causaron daños o perjuicios que el Estado debe reparar.

8°) Que es indudable, como lo señala la sentencia en alzada, que los demandantes han sufrido con ocasión de los hechos de que se trata un daño difícil de ponderar, expresado en aflicciones y padecimientos que deben ser resarcidos, por importar un daño moral manifestado, de seguro, en sentimientos de angustia, impotencia y dolor que han permanecido por mucho tiempo y que corresponde asignarle el carácter de víctima de tales hechos, en conformidad al artículo 9 de la Resolución N° 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 21 de marzo de 2006, que contiene los “Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.

9°) Que, además de las situaciones anteriormente mencionadas, corresponde considerar, para acceder al monto de la indemnización pedida, la circunstancia de haberse presentado la demanda con bastante posterioridad a la ocurrencia de los hechos que la fundamentan luego de una persistente búsqueda de la verdad en distintas instancias por las demandantes y también, después de haber sido éstos investigados por un Ministro de Fuero con sanción para los responsables.

Acordada la decisión en relación a la excepción de pago contra el voto del abogado integrante señor Guerrero, quien estuvo por rechazarla, teniendo presente:

10°) 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 Fisco de Chile.

En este sentido el artículo 4° de la ley en comento, refiriéndose, en parte a la naturaleza y objetivos de la misma, establece:

“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 caber 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 pudiere corresponder al respectivo beneficiario.”

En suma, la excepción de pago del Fisco de Chile debe rechazarse 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 esta ley.

C.- En cuanto al sobreseimiento de fojas 1.359.

Se aprueba el sobreseimiento definitivo de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, escrito a fojas 1.359 referido a Osvaldo Enrique Romo Mena, por la causal del Numeral 5 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal.

Se previene que la ministra señora Marisol Andrea Rojas Moya, estima del caso dejar constancia que luego de haberse aplicado en el caso de autos, las reglas de los acuerdos para los Tribunales Colegiados, previstas en los artículos 83 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales; y, en virtud de haberse producido una dispersión de votos, ha decidido, en este caso, optar por una posición jurídica distinta pero que resulta más coherente con lo que ha sostenido con anterioridad en fallos en que se ha ejercido la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual del Estado; y se ha discutido, la prescripción y las consecuencias jurídicas para las partes del juicio, la dictación y ejecución de la Ley N°19.123.

Regístrese y devuélvase con sus tomos y en su oportunidad devuélvase la causa tenida a la vista, dejándose la debida certificación.

Redacción del abogado Integrante señor Guerrero Pavez y del voto y prevención sus autoras.

ROL N° Criminal 1362-2013 (Episodio Alfonso Chanfreau Oyarce)

Pronunciada por la **Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, Presidida por la Ministro señora Adelita Ravanales Arriagada e integrada por la Ministro señora Marisol Rojas Moya y por el Abogado Integrante señor Jaime Guerrero Pavez.

Autorizada por el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a 07 de agosto de 2014, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.