

Santiago, catorce de octubre de dos mil nueve.

A.- En cuanto a la casación en la forma.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que la parte del condenado Basclay Zapata Reyes ha interpuesto recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primera instancia, argumentando la concurrencia de la causal N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el N° 4 del artículo 500 del mismo estatuto, esto es, por no haber sido extendida en conformidad a la ley, ya que carecería de las fundamentaciones que son necesarias para dar por establecidos los hechos que le son atribuidos por el fallo.

2º) Que al respecto y en primer lugar, debe consignarse que tal como el propio libelo del recurso lo señala, en la sentencia cuestionada se ha descrito y analizado latamente, en su fundamento cuarto (fs. 2213 a fs.2223), los elementos reunidos en el proceso para la configuración del hecho punible, respecto del cual se hace explicitación jurídica en los razonamientos posteriores, lo que se ratifica con la lectura del fallo; y, en segundo lugar, que de la misma lectura fluye claramente que esa resolución contiene un detallado análisis de los antecedentes que condujeron al tribunal a quo a tener por establecida la participación del recurrente, en sus considerandos 42º y 43º (fs. 2302 a fs. 2307).

3º) Que, en tales condiciones, no concurren en el caso de autos los requisitos de procedencia de la causal de nulidad formal invocada, por lo cual debe desestimarse el recurso que la plantea.

B.- En cuanto a las apelaciones.

Vistos y teniendo además presente:

4º) Que, por lo que se refiere a la decisión penal, cabe consignar que el detenido estudio de los antecedentes reunidos en el proceso, que hacen su mérito, permite concluir que éste se corresponde con lo analizado y concluido por el a quo, tanto en lo condenatorio –en especial por lo que toca a Basclay Zapata Reyes, que se alza pidiendo su absolución-, pues se han examinado detalladamente tales antecedentes en función de obtener y explicitar la convicción que exige el procedimiento penal para sancionar; como en lo absolutorio, en que dicho examen no ha permitido encontrar elementos sólidos y concluyentes en que apoyar una decisión condenatoria, sin perjuicio de constatar la existencia de algunos indicios que obran en contra de los acusados Francisco Ferrer Lima, Fernando Lauriani Maturana y Orlando Manzo Durán, incluso que aquél y éste fueron jefes u oficiales de alto grado en sendos lugares de detención y tortura, porque tales elementos no logran –como lo concluye el a quo en los razonamientos 45º, 48º y 50º en forma particular respectivamente y en general en los fundamentos 54º, 55º y 56º- provocar tal convicción más allá de toda duda razonable, cual es el estándar exigido hoy en día, siempre en relación con los contenidos y la dinámica propia del delito de que se trata, para lo cual y en opinión también de estos jueces, como es obvio, no bastan esos elementos.

5º) Que por lo que se relaciona con la decisión civil de la sentencia en alzada, de la cual ha apelado el Consejo de Defensa del Estado, cabe consignar, desde luego, que se debe desestimar la excepción de incompetencia absoluta formulada por dicho Consejo, atendido a que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal permite que las partes puedan deducir acciones civiles en el proceso penal, destinadas a obtener la reparación de los efectos patrimoniales, entre ellas, las dirigidas

al resarcimiento de los perjuicios provocados por el actuar de los procesados, en el caso de autos, el daño moral sufrido con motivo del actuar de los agentes del Estado; en especial si el Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, no controvierte los hechos que sirven de fundamento a la demanda de indemnización de perjuicios intentada en autos y en la sentencia impugnada se dio por acreditados los presupuestos fácticos que la hacen procedente;

6°) Que, en lo relativo a la prescripción de la acción civil destinada a que se indemnicen los perjuicios sufridos por la demandante, se debe tener presente que los hechos que la fundan caben dentro de la calificación de crimen de lesa humanidad y que configuran, por tanto, una violación grave de las normas internacionales sobre derechos humanos; dichas normas están incorporadas y reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, y en su virtud cabe consignar que los crímenes e infracciones referidos 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;

7°) Que la imprescriptibilidad señalada rige tanto para el ámbito penal como para el 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;

8°) Que 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;

9°) Que, además, 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 denuncia en autos. La referida obligación de reparación que cabe al Estado se puede cumplir con diversas medidas; entre otras -como ha ocurrido en Chile- con la instalación de entes que traten de establecer la verdad de lo ocurrido en ciertos períodos o circunstancias determinadas, con el reconocimiento público de las infracciones o violaciones, con el otorgamiento de pensiones, becas o beneficios diversos, con indemnizaciones, etc;

10º) Que en la doctrina y en la jurisprudencia no existe discusión que el Estado debe responder por la actuación de sus agentes, cuando aquella ha provocado daño a los particulares, ya sea porque actuaron en 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). Son las normas contenidas en los artículos 1, inciso 4º, 5, inciso 2º, 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, las que precisamente configuran el estatuto jurídico destinado a responsabilizar a los órganos del Estado por la conducta de sus agentes. En el caso de autos, los acusados, en el ejercicio de una función pública, transgredieron normas legales, constitucionales y de orden internacional que estaban obligados a respetar, de la manera como se consignó en la sentencia que se examina, y causaron daños o perjuicios que el Estado debe reparar.

11º) Que es indudable que la demandante sufrió con ocasión del hecho materia de la investigación criminal, secuestro y desaparición de su hermano Antonio Lido Mengual por obra de agentes del Estado, aflicción y padecimiento que deben ser resarcidos, los que importan un daño de orden moral manifestado, de seguro, en sentimientos de angustia, impotencia y dolor con motivo de la detención y posterior desaparición ya referidos.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se declara **sin lugar** el recurso de casación en la forma de lo principal de fs. 2339, en contra de la sentencia de primera instancia, la que no es nula; y **se confirma** dicha sentencia que es de veintidós de septiembre del año pasado y está escrita a fs. 2204 y siguientes, **con declaración** que la suma ordenada pagar se

reajustará a contar de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo y hasta su pago efectivo conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Acordada la decisión que acoge la demanda civil con el voto en contra de la Ministra señora Chevesich, quien fue de opinión de rechazarla, por las siguientes consideraciones:

1° Que, a juicio de la disidente, resulta indudable que los querellantes sufrieron con motivo de los hechos materia de la investigación criminal un daño de orden moral difícil de ponderar. Sin embargo, estima que corresponde aplicar la institución de la prescripción por la finalidad que persigue, obtener la paz social y la certeza jurídica, incluso tratándose de la acción por la que se pretende obtener que se resarzan los perjuicios derivados de la conducta de los agentes del Estado que los provocaron, pues no existe una norma que declare su imprescriptibilidad;

2° Que, en esas condiciones, la norma aplicable es aquella contenida en el artículo 2332 del Código Civil, que señala que la acción para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho que causa el daño, septiembre - octubre de 1974; razón por la que fue de opinión de acoger la excepción de prescripción invocada por el Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, atendido a la fecha en que fue notificada la demanda. A la misma conclusión se debe arribar si el referido plazo se cuenta desde el advenimiento de la democracia o desde la data en que se dio a conocer a la ciudadanía el denominado "Informe Rettig".

Acordada la confirmación, en lo que se refiere a la absolución de Orlando Manzo Durán, con el voto en contra de la Abogado integrante Claudia Chaimovich, quien estuvo por revocar en esa parte la sentencia de que se trata y condenarlo por el delito que fue motivo de la acusación;

en virtud de las siguientes reflexiones:

1º) Que se considera autor del delito de secuestro calificado al funcionario que encierra o detiene. Ahora bien, como este delito es de carácter permanente, las conductas que se producen con posterioridad a la consumación inicial del delito, esto es, los actos que tienen lugar después de la actividad inicial más o menos violenta de privación de libertad de la víctima (en el caso que nos ocupa, este acto fue la aprehensión del sacerdote en su domicilio o lugar de trabajo por los agentes de seguridad) siguen siendo calificados como de autoría.

2º) Que es por esta razón, que el acusado -jefe administrativo del recinto de detención Cuatro Alamos -, quien tenía a su cargo la custodia o vigilancia de los prisioneros, que fueron privados de libertad inicialmente por otros funcionarios públicos, llevó a cabo también actos de secuestro calificado, en los que tuvo participación como coautor, ya que siendo el jefe de los prisioneros no llevó a cabo actos de cooperación respecto del delito materialmente ejecutado por otros, sino que él mismo realizó los actos ejecutivo típicos. (Gonzalo Quintero Olivares en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 5º edición, Navarra 2005, página. 185 y siguiente).

3º) Que en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de noviembre de 1985 ,señalando que la colaboración en la vigilancia de la víctima por el procesado, impidiéndole en todo momento, mientras duró la custodia, la recuperación de su libertad, implica una actividad de coautoría, puesto que al tratarse de un delito permanente, como lo es la detención ilegal, en su dinámica requiere de dos momentos en su fase de ejecución: una actividad más o menos violenta consistente en situar a la víctima en un lugar cerrado privándole de su libertad que antes poseía, y otra que se realiza

con el mantenimiento del status de privación de libertad por la fuerza o la intimidación, en cuyo caso y por tratarse de un delito que está consumándose en tanto siga la situación de encierro, la persona que después del acto de detención o encierro colabora consciente y voluntariamente en la permanencia de tal situación con la vigilancia del encerrado con actos indispensables para ello, debe ser conceptuado como coautor.

Se aprueba el sobreseimiento definitivo consultado, de veintiuno de agosto de dos mil siete, escrito a fs. 2128.

Regístrese y devuélvanse, en sus tomos y cuadernos anexos.

Redacción del Ministro señor Cisternas y de las disidencias, sus autoras.

N° 5132-2008.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señor Lamberto Cisternas Rocha, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz y Abogado Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik.