

Chillán, veintiocho de diciembre de dos mil doce.

Se designa para la redacción del fallo acordado,
con conocimiento de las partes, al Ministro señor
Christian Hansen Kaulen.

Chillán, veintiocho de diciembre de dos mil doce.

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

1º.- Que, a fojas 1.530 en el primer otrosí, doña Raquel Mejías Silva por la querellante y demandante doña María Cecilia Soto San Martín, interpone recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de veinte de Julio último, por haber sido dictada con infracción al numeral 2º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, no haber sido recibida la causa a prueba o no haberse permitido a alguna de las partes rendir la suya o evacuar diligencias probatorias que tengan importancia para la resolución del negocio.

Señala que, su parte a fojas 1081 solicitó el testimonio de dos testigos que se individualizaron, los que depondrían al tenor de una minuta de puntos de prueba sobre el daño moral sufrido por la demandante y que se oficiare a distintos organismos para que éstos informaran sobre secuelas que, en el plano de la salud mental, produjeron las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar en la persona de los familiares de las

víctimas, señalando al efecto siete instituciones que deberían informar.

Añade que, el Tribunal resolvió, en lo que dice relación con las peticiones contenidas en el párrafo precedente, "téngase presente y se resolverá dentro del término probatorio"; para posteriormente, esto es, el catorce de diciembre de año dos mil once, lo que consta a fojas 1.278, reemplazar la resolución anterior, proveyendo lo siguiente: "Al tercer otrosí, téngase presente en la oportunidad que corresponda y al quinto otrosí, se resolverá en su oportunidad".

Agrega que, a fojas 1.312, por resolución de fecha quince de diciembre del año dos mil once, se recibió la causa a prueba, sin haberse pronunciado el Tribunal sobre las peticiones formuladas por su parte.

Sostiene que, esta omisión, se encuentra sancionada con la causal de casación en la forma de acuerdo a lo señalado en el artículo 541 numeral 2º del Código de Procedimiento Penal.

2º.- Que, cabe tener presente que, no obstante ser efectivos los fundamentos del recurso, el sentenciador se hace cargo de lo que concierne a la

prueba del daño moral, señalando que éste no debe ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste, para luego en apoyo de su razonamiento, citar un fallo de la Excma. Corte Suprema, anunciando en el motivo 42, que hará lugar a la acción civil indemnizatoria y fijará el monto en lo resolutivo de la sentencia.

Así las cosas, no se divisa que las omisiones que sirven de sustento al recurso de casación hayan influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

II.- En cuanto al recurso de apelación:

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de veinte de julio de dos mil doce, escrita a fojas 1446 y siguientes, con las siguientes modificaciones:

a) En el fundamento **2º.-** del fallo en revisión, se elimina la oración "..., cuyo paradero a partir de esa fecha se desconoce, fijándose como día presuntivo de su muerte ese día,..." .

b) Se elimina asimismo, el fundamento **22º.-** de la sentencia en alzada.

c) A fojas 1456 vuelta línea 4, se elimina la palabra "...como..."; a fojas 1457 línea 20, se suprime el pronombre "...yo...", y a fojas 1462 vuelta línea 8, se sustituye la voz "...cono..." por "...con..."; y, se tiene en su lugar, además, presente:

3º.- Que, respecto de la atenuante de la irreprochable conducta anterior del encausado, para establecer su procedencia, debe examinarse si a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados en esta causa, el 16 de septiembre de 1973, éste había cometido algún ilícito o no con anterioridad y, al respecto, cabe considerar que si bien éste fue condenado con anterioridad a éste fallo, según consta de la certificación de fojas 1336, lo fue por un hecho ocurrido en fecha no determinada, entre el 11 y el 30 de septiembre de 1973, de manera que no existen antecedentes que demuestren que a la fecha de ocurrencia del hecho que dio motivo a la formación de la presente causa, el enjuiciado hubiere cometido otro hecho similar y, en consecuencia, se le reconocerá la atenuante en comento.

4º.- Que, en lo que dice relación con la media prescripción, cabe señalar que esta institución ha sido concebida por la doctrina y jurisprudencia como una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, independiente de la prescripción propiamente tal, como causal de extinción de responsabilidad penal.

5º.- Que, teniendo en consideración lo consignado en los fundamentos precedentes, esta Corte disiente de la opinión del Sr. Fiscal Judicial quien en el dictamen de fojas 1544 y siguientes, es de parecer de confirmar la sentencia apelada de veinte de julio de dos mil doce, escrita a fojas 1446 y siguientes, con declaración de que se condene al encausado a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales correspondientes, previa enmienda conforme a derecho de los fundamentos 18º 21º y no se le conceda el beneficio de la libertad vigilada.

Por estas fundamentos, lo informado por el señor Fiscal Judicial en su dictamen de fojas 1544 a fojas 1549 y lo dispuesto en los artículos 43, 768 del Código

Penal, 500, 523, 541 N°2 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

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

Se rechaza el recuso de casación en la forma interpuesto por doña María Raquel Mejías (Leiva), en la representación que inviste, en contra de la sentencia definitiva de veinte de julio de dos mil doce, escrita a foja 1446 y siguientes.

II.- En cuanto al recurso de apelación:

Se confirma la sentencia definitiva de fojas 1446 y siguientes, con declaración que el acusado Andrés de Jesús Morales Pereira, queda condenado a cinco años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales pertinentes, como autor del delito de secuestro de Cecil Patricio Alarcón Valenzuela, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso 3° del Código Penal (vigente a la época de comisión del delito).

Se confirma en lo demás apelado, la sentencia de veinte de Julio último, escrita de fojas 1.446 a fojas 1.481.

Se previene que el abogado integrante don Wilfredo Martínez Landaeta, estuvo por confirmar la sentencia, declarando que se eleva la sanción penal y se aumenta la indemnización civil, en la forma que señala, por las siguientes consideraciones.

En el orden penal, coincide con la sugerencia del señor Fiscal Judicial, quien es de opinión que no cabe aplicar en la especie la denominada prescripción gradual o media prescripción contemplada en el artículo 103 del Código Penal, con la que se ha beneficiado al reo, disintiendo del sentenciador, porque si no cabe aplicar prescripción alguna en relación a la acción penal emanada de los crímenes de lesa humanidad, no puede estimarse admisible la denominada prescripción gradual, que supone el transcurso de más de la mitad del tiempo del que la ley exige, contado desde que el responsable se presente o sea habido, antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal.

A ello deben sumarse consideraciones que se condicen en particular con la naturaleza del ilícito penal de autos, que emanan de la Excelentísima Corte

Suprema en fallos recientes, sentando jurisprudencia de rechazo a la aplicación de esta minorante de responsabilidad penal, en delitos de secuestro permanente.

Para que opere la prescripción de la acción penal - sea total o gradual - necesariamente ha de considerarse la naturaleza o carácter del delito en cuanto a su estado de consumación, esto es, si se trata de ilícitos de ejecución instantánea o permanente, pues ello habrá de determinar el inicio del computo del respectivo plazo de prescripción.

El secuestro es de aquellos delitos que la doctrina conoce como de ejecución permanente, pues perdura en el tiempo su momento consumativo.

Entre las particularidades de los delitos de consumación permanente, resalta que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la prolongación del resultado.

Atendida la naturaleza permanente del delito de secuestro, debe configurarse un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para que opere la prescripción alegada por la defensa del reo,

que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, circunstancia que no se ha dado en esta causa.

Solo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentra Cecil Patricio Alarcón Valenzuela, o, determinada la data de su fallecimiento, en su caso, es factible comenzar el cómputo del plazo de la prescripción. Al no haber cesado el estado delictivo y mantenido el injusto, no procede aplicar el instituto de la prescripción.

En este juicio se ha acreditado el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado por más de noventa días, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

En definitiva, no ha sido acreditado el cese de la prolongación del resultado y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. Las averiguaciones han podido demostrar el comienzo el secuestro el 16 de Septiembre de 1973, pero no ha sido posible comprobar su finalización, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción

penal del artículo 103 del Código Penal sino consta la cesación del delito, sea por haber quedado en libertad el ofendido o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte.

En consecuencia, desechada la aplicación de la atenuante del artículo 103 del Código Penal a favor del reo Andrés de Jesús Morales Pereira, debe confirmarse la sentencia de autos con declaración que se condena al encausado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta perpetua para profesiones titulares mientras dure su condena y al pago de las costas de la causa, y que, atendida la entidad del castigo impuesto, no se le concede ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento de pena contemplados en la Ley N° 18.216, debiendo cumplirla efectivamente privado de libertad, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de este proceso.

En materia civil, el daño moral tiene un alcance que excede el pretium doloris, abarcando efectos que en doctrina moderna se comprenden en el denominado daño extrapatrimonial, como el dolor físico, la angustia psicológica, el perjuicio de afecto, de amenidad, de acercamiento sexual con su pareja, de convivencia familiar, de realización en una vida compartida, pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, destrucción de la familia, limitación de oportunidades para los hijos que quedan a cargo de la madre, inquietudes y angustias que nacen de la incertidumbre, largo deambular buscando la verdad sin resultados, impotencia y miedo ante la falta de respuestas, amenazas y coacciones en una realidad en que las instituciones del estado no cumplen su rol protector, todo lo cual la demandante ha debido soportar por casi cuarenta años, amén del incierto camino que le queda por recorrer lejos de su cónyuge.

El dinero no repara el inmenso daño producido; ninguna suma podrá compensar el dolor de la pérdida del ser querido ni sus negativos efectos, que se

pueden dimensionar colocándose en la situación de la demandante, pero deviene en único instrumento del órgano jurisdiccional, que en la perspectiva de la reparación mínima, permite al ofendido acceder a mecanismos que pongan a su alcance otros medios, otras satisfacciones, otras posibilidades, que atenúen la pérdida, incorporando en su cotidianidad aportes que mitiguen los daños sufridos, en una vida que es única e irrepetible, sin perjuicio de su valor como vía procesal para representar al Estado de Chile su responsabilidad en los hechos investigados.

La jurisprudencia está conteste en que el monto de la indemnización, queda al arbitrio del juez de la causa, con arreglo a las normas de la lógica y al conocimiento que da la experiencia, de una forma equitativa y prudencial, que en la especie, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, pasa necesariamente por considerar, además, la naturaleza del delito de lesa humanidad, la conducta del hechor en su condición de Agente del Estado, y las especiales circunstancias que rodean su ejecución que pugnan con

derechos fundamentales del hombre, que se prolongan en el tiempo por décadas, sin que se divise su término.

En esta óptica, estima prudente aumentar el monto de la indemnización por daño moral demandado por doña María Cecilia Soto San Martín, a cuyo pago ha sido condenado al Fisco de Chile, a la una suma de ciento cincuenta millones de pesos, con costas.

Regístrese y, en su oportunidad, devuélvase con todos sus agregados.

Redacción del Ministro Titular don Christian Hansen Kaulen y el voto de prevención el señor Abogado Integrante don Wilfredo Martínez Landaeta.

Rol: 113-2012 Crimen.-