

Santiago, diecinueve de agosto de dos mil once.

Vistos:

Que, en contra de la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2009, que rola a fojas 2728 y siguientes, se interpuso recurso de casación en la forma y apelación por la defensa por el condenado Gamaliel Soto Segura a fs. 2830 y asimismo se dedujeron recursos de apelación concedidos a fs. 2845, a la querellante Nelly González Galeno; a fs. 2853 al Programa Continuación Ley N° 19.123 y a fs. 2865 al condenado Clenardo Figueroa Cifuentes.

A fojas 2.983, se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**I.- En cuanto al recurso de casación en la forma interpuesta por el condenado Gamaliel Soto Segura a fs. 2830.**

1°.- Que, la defensa del condenado Gamaliel Soto Segura dedujo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de fecha diez de diciembre de dos mil nueve, escrita a fs. 2728 y siguientes, por la causal del N° 9 del artículo 541, en relación con el N° 4° del artículo 500, todos del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, a su juicio, la sentencia no contiene las consideraciones por las cuales se den por probados o por no probados los hechos atribuidos a su defendido, o los que éste alega en sus descargos ya para negar su participación o para atenuarla.

2°.- Que, fundando la causal en referencia, espeta, luego de compulsar los considerandos pertinentes, que el Ministro de Fuero sólo se basó para determinar su participación en los dichos de un testigo, Juan Carlos Riveros Guzmán, el cual no pudo haber visto los hechos que depone en su declaración, conforme a los argumentos que desarrolla, en especial por haber sido detenido con posterioridad a González Galeno, por lo que al no hacerse cargo de esta alegación, se incurrió en la causal invocada, toda vez que si así lo hubiera hecho, la necesaria consecuencia habría sido la absolución del acusado Soto Segura.

3°.- Que, ahora bien, de una simple lectura de la sentencia cuya nulidad se requiere, se puede constatar que ella se hace cargo de las alegaciones del acusado Soto Segura, rechazándose su petición de absolución por falta de participación en su considerando décimo quinto el cual lo reenvía a su motivo noveno donde deja de manifiesto las consideraciones conforme a las cuales se da por demostrada aquélla y las alegaciones del recurrente tan solo expresan su disconformidad con la ponderación de la prueba y del razonamiento del sentenciador para obtener su decisión, pero no permiten tener por configurada la causal esgrimida. Con todo, se hace necesario que la declaración invocada por la defensa es uno de los elementos que tuvo el juez en consideración para adquirir su convicción respecto de la participación que se le imputa al individualizado acusado.

4°.- Que, en consecuencia, el recurso de casación interpuesto a fs. 2830, por el condenado Gamaliel Soto Segura debe ser desestimado.

**II.- En cuanto a los recursos de apelación concedidos a fs. 2837, al condenado Gamaliel Soto Segura; a fs. 2845, a la querellante Nelly González Galeno; a fs. 2853 al Programa Continuación Ley N° 19.123 y a fs. 2865 al condenado Clenardo Figueroa Cifuentes.**

Se reproduce la sentencia apelada de fecha diez de diciembre de dos mil nueve, que rola a fs. 2728 y siguientes, con excepción de sus razonamientos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, que se eliminan; y se le introducen las siguientes modificaciones: se sustituye en el

considerando primero número 3, letra f) número 1, “Carrillo” por “Carrión”; en el numeral 29 la expresión “con” por el vocablo “por”; en el número 40 “Maquehua” por “Maquehue”; en el motivo segundo se elimina la palabra “Penal”; en el considerando cuarto “al” por “la”; en el motivo quinto N° 3 “Carrillo” por “Carrión”; en el séptimo “Bruniola” por “Brunilda” y “Manquehue” por “Maquehue”; en el motivo noveno se sustituye “cómplice” por “autor”; en el motivo décimo entre las palabras “absolutoria” y “no” se intercala “por”; en el motivo undécimo letra a) se sustituye “Coódigo” por “Código”; en el duodécimo se sustituye la palabra “presentado” por “representado”; en los motivos vigésimo segundo y vigésimo séptimo se sustituye “Gamadiel” por “Gamaliel”; en el motivo vigésimo noveno se elimina la letra “A” contenido entre “Juan” y “Antonio”; en el párrafo tercero se sustituye la palabra “Esta” por “Este”, eliminándose la letra “s” de la palabra “jurisprudencias” y se sustituye en la cita “humando” por “humano”.

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

5°.-Que, la ley penal admite como grados de participación punible, a la autoría y a la complicidad, las que se estructuran sobre la base de la verificación de actos ejecutivos antes o durante la comisión del hecho punible.

6°.-Que en el caso sub-lite se encuentra acreditado que el día 14 de septiembre de 1973, alrededor de las 08,00 personal de Carabineros, sin orden judicial ni administrativa detuvo en su casa habitación a Don Eduardo Enrique González Galeno, llevándole hasta la Tenencia de Cunco, siendo interrogado y posteriormente subido a un helicóptero de las Fuerzas Aéreas de Chile y trasladado hasta la base Aérea Maquehue de Temuco, siendo visto el cabo Gamaliel Soto Segura como la persona que sacó a aquél de la Tenencia, arrastrándole hacia fuera; que también se acreditó que desde la fecha precedente se perdió rastro de su paradero y no consta su defunción; todo ello como se relata en motivo IV de la sentencia en alzada, que se tiene por reproducida.

7°.- Que, en cuanto a la participación de Gamaliel Soto Segura conforme al motivo Noveno de la sentencia, ha quedado fehacientemente demostrado; no obstante, su actividad, a juicio de estos sentenciadores, se asemeja a la de un autor más que a la de un cómplice, toda vez que aportó al hecho una colaboración esencial. En efecto, conforme a las probanzas compulsadas en el motivo octavo que se reproduce, para demostrar dicho aserto se apreció que fue dicho acusado el que aprehendió a la víctima; estaba en el retén donde fue interrogada y maltratada e incluso golpeó con su carabina a aquélla y fue quien la arrastró hasta el helicóptero de la FACH para ser llevada a la Base Maquehue, Temuco, perdiéndose desde entonces todo rastro hasta el día de hoy.

8°.- Que precisado lo anterior y referente al quantum de la pena del acusado Gamaliel Soto Segura, cabe precisar que a la época de la ocurrencia de los hechos, era, de conformidad al artículo 141 del Código Penal, la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, por lo que al favorecerle una atenuante(reconocida en el motivo 22) sin que le perjudique agravante, no se aplicará en su máximo, debiendo tenerse presente el artículo 69 del mismo cuerpo legal.

9°.- Que, en este proceso, la querellante demandó civilmente al Fisco de Chile para ser indemnizada por los graves daños que sufrió y que sigue experimentando, a causa o con motivo del secuestro calificado de su hermano, que se tradujo en una desintegración familiar, quedando destrozada la familia, falleciendo su madre esperando justicia; asimismo, al no saber de su paradero constituye una afrenta permanente y se mantiene el dolor durante el transcurso de los años.

10°.- Que, siendo un hecho indiscutido que el ilícito investigado fue cometido 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, no es dable excepcionarse como lo hace el Fisco de Chile, alegando la incompetencia absoluta del Ministro del Fuero para conocer la demanda civil en su contra, desde que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse en términos amplios, que permita pronunciarse sobre la responsabilidad civil del Fisco, 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.

Por ello, esta Corte rechaza la excepción de incompetencia absoluta que opuso el Fisco de Chile, basado en el texto del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, considerando que ni el tenor literal de la referida norma, ni la historia de su establecimiento, permiten concluir que esté vedado ejercer la acción civil contra el tercero civilmente responsable. La Ley N° 18.857, que modificó el referido 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.

11°.- Que, resulta indiscutible que en el proceso de autos, el fundamento de la acción civil deducida por la querellante, emana de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal y por otra parte, es sabido que por expresa disposición legal, no procede aplicar el artículo 59 del nuevo Código Procesal Penal, como lo pretende el recurrente, según lo dispuesto en los artículos 8° transitorio de la Constitución Política, 484 del Código Procesal Penal y 4° transitorio de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

12°.- Que, por lo demás, estando en presencia de un proceso en el que se acreditó la grave violación a los derechos humanos, corresponde al sentenciador interpretar las normas de modo que las víctimas, que han afrontado por años las privaciones que es dable mitigar, puedan materialmente obtener la reparación civil adecuada y sin dilación en el tiempo, resultando contrario a este logro, para una rápida paz interior de los afectados y social para el conjunto de la sociedad, que después de más de treinta años que ocurrieron los hechos y el Estado, a través de sus Tribunales, finalmente, con todas las dificultades que existieron en épocas pretéritas, estuvo en condiciones de determinar fehacientemente la verdad de lo ocurrido y sancionar a los responsables, se le ordene ahora a la querellante y demandante civil, iniciar otro proceso, con todo lo que ella conlleva, desde un punto de vista material y psicológico, que no es posible desatender, esta vez ante la justicia civil, para obtener una reparación económica, por el mismo hecho ilícito de este proceso, lo que resulta a todas luces injustificado.

13°.- Que, por los mismos razonamientos contenidos en el motivo 17° de la sentencia en alzada, no resulta procedente, como lo pretende el Fisco de Chile, acoger a su

favor la excepción de prescripción especial de la acción civil deducida por la querellante y demandante civil, por hechos ocurridos en el año 1974, fundada en el artículo 2.332 del Código Civil y en subsidio, la prescripción extintiva de cinco años de los artículos 2.514 y 2.515 del mismo Código, aduciendo que entre la fecha en que ocurrieron los hechos y la notificación de la demanda, habría transcurrido en exceso el plazo de la última disposición citada.

En la sentencia apelada, se rechaza, la imprescriptibilidad de las acciones penales y esto, debe entenderse que rige también para el ámbito civil, puesto que carece de sentido 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.

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.

La imprescriptibilidad, de las acciones civiles reparatorias de los daños producidos por el crimen como el investigado en la presente causa, 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.

La fuente de la responsabilidad civil, tratándose de una violación a los derechos humanos, está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos. En efecto, de acuerdo a los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando ha habido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor, la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. La misma Corte ha manifestado: "*Es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*". Y ha aclarado que el artículo 63.1 de la Convención, no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación "*no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo*".

La responsabilidad estatal, surge sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, lo cual resulta lógico, ya que indudablemente una violación de derechos humanos, por su naturaleza, supone dolo o al menos culpa estatal.

La norma civil de prescripción de la acción por la responsabilidad estatal, sólo podría aceptarse y empezar a contar el plazo respectivo, desde la época en que el Estado ha

terminado la investigación penal, concretado ello en la acusación fiscal. Solo desde entonces, en el que aparece claro la responsabilidad estatal, oportunidad procesal para deducir las acciones civiles respectivas, resulta posible que la querellante deduzca la acción civil correspondiente. A este respecto se considera que la querellante y demandante civil, tan pronto se produjo el secuestro de su familiar, inició diversas acciones, incluidas las judiciales, para tratar de obtener, que se procediera a la investigación de los hechos y ubicación de su hermano secuestrado, iniciativa que continúa durante todo el proceso, quedando acreditado tras la larga y demorosa investigación, con resultados a más de treinta años de ocurrido el ilícito, que existe responsabilidad del Estado, lo que éste no puede eludir. En atención a ello, sería demostración de un tratamiento injusto y contrario a los más elementales principios de una justicia reparadora, que las consecuencias negativas de tal demora, la sufriera la querellante y demandante civil, beneficiándose el Fisco de Chile.

14°.- Que, el Fisco de Chile, en subsidio de la alegación anterior, plantea la inexistencia de responsabilidad objetiva del Estado, a la fecha que ocurrieron los hechos investigados, indicando que las normas aplicables en esta materia a esa fecha, es el Capítulo XXXV del Código Civil, artículos 2314 y siguientes.

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 como, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, todas las cuales configuran el estatuto jurídico destinado a responsabilizar a los órganos del Estado por la conducta de los agentes.

En el caso del proceso que nos ocupa, agentes del Estado, transgredieron normas legales, constitucionales y de orden internacional, que estaban obligados a respetar, y causaron daños o perjuicios que el Estado, debe reparar a la afectada.

La responsabilidad del Estado, en esta materia proviene de la ley y tratándose de graves violaciones de los derechos humanos, de la propia Constitución Política. En estos casos, el Estado está obligado a soportar el pago de la indemnización reparatoria en forma directa, en virtud a la relación de derecho público entre él y las víctimas y los familiares de ésta, sin que pueda haber reparación por los daños producidos, sin una solución integral para estos.

La responsabilidad del Estado, en materia de violaciones de los Derechos Humanos, no puede estimarse que sea dependiente de la responsabilidad de los agentes de éste; o bien, del concepto dado por el derecho administrativo de falta de servicio, por una mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración.

En esta materia, no resulta procedente aceptar lo alegado por el Fisco de Chile, en orden a que solamente cabe aplicar las disposiciones de los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, porque la Constitución de 1980, como la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, Ley N° 18.575, son de fecha común interno, se aplica solo si no están en contradicción con la fuente de la obligación del Estado de reparar a las víctimas y a sus familiares, de las graves violaciones a los derechos humanos, obligación estatal que proviene, como se viene señalando, de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre la materia y de los Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario. También bajo la

Carta de 1925, Chile era un Estado Constitucional de Derecho, al igual que bajo el imperio de la Constitución de 1980, y por ende, le era también exigible la congruencia de aquélla con los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho Internacional; así Chile era, desde antes de los hechos investigados en este proceso, signatario de la Carta de las Naciones y se encontraba vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios.

Por todo lo anterior, se procederá a rechazar la alegación del Fisco de Chile, para eximirse de responsabilidad por inexistencia de responsabilidad objetiva.

15°.- Que, por otro lado y en lo que concierne a la defensa fiscal sobre la ausencia de solidaridad, cabe señalar que la demanda sólo está dirigida contra el Fisco de Chile.

16°.- Que, referente a la alegación sobre la prueba del daño moral, es útil recordar que la jurisprudencia reiterada de la Excm. Corte Suprema afirma que el daño moral es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que significa molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, por consiguiente, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

17°.- Que atendida esta singularidad, no es dable aplicar para precisar su existencia similares cánones que los utilizados para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que apunta a su especie como a su monto.

18°.- Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve al mismo tiempo, la prueba de la efectividad del daño moral, de suerte que acreditada la existencia del delito por los inculcados y por el cual se les condenó, forzoso es concluir que se han producido y que debe ser reparado dicho mal, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido de todo lo cual se concluye que este tipo de detrimento, no debe ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste.

Entonces, la naturaleza del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, sino que se trata de un hecho evidente que las lesiones físicas y mentales sentidas por un sujeto producen un sufrimiento, que no requiere de evidencia, pero que, sea como fuere, debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

19°.- Que, con las consideraciones que anteceden y lo que se decidirá en lo dispositivo del fallo, esta Corte se ha hecho cargo del informe del Ministerio Público Judicial agregado a fojas 2.887.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 485, 500, 510, 514, 527, 529, 533, 534, 535, 541 y 544 del Código de Procedimiento Penal; 2.320 y 2.322 del Código Civil, se declara:

**I.- En cuanto a la acción penal:**

a).- Que se **RECHAZA** el recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal de fojas 2830, por la defensa de Gamaliel Soto Segura.

b).- Que se **CONFIRMA** en lo apelado la sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil nueve escrita a fojas 2728 y siguientes **con declaración** que se condena a Gamaliel

Soto Segura a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Atendida la extensión de la pena impuesta, no se le otorga al antes individualizado condenado, ningún beneficio de la Ley N° 18.216.

c).- Se confirma en lo demás apelado la referida sentencia.

e).- Se **aprueba**, asimismo, el sobreseimiento parcial y definitivo de diecisiete de mayo de dos mil siete, que se lee a fojas 1.836 del tomo VI.

II.- En cuanto a la acción civil:

1.- Se **REVOCA** la misma sentencia apelada en cuanto por su decisión III, acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile en contra de la demanda civil de indemnización de perjuicios promovida en autos a fojas 2.533, y **en su lugar se declara** que queda **rechazada**, así como también las demás excepciones de fondo propuestas sobre la materia y, en consecuencia, **se resuelve que se acoge la demanda civil** entablada en el primer otrosí de la presentaciones de fojas 2.448, por parte de doña Nelly González Galeno y se condena, por lo tanto, al Fisco de Chile, a pagar la suma de \$50.000.000.- (cincuenta millones de pesos), por concepto de daño moral, con los intereses corrientes para operaciones reajustables desde que quede ejecutoriada esta sentencia, sin costas, por haber tenido la demandada motivo plausible para litigar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del ministro Sr. Manuel Antonio Valderrama Rebolledo.

No firma el abogado integrante señor Tapia, por ausencia.

**Rol N° 682-2.010.**

Pronunciada por la **Sexta Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, conformada por los ministros señores Carlos Cerda Fernández, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo y el abogado integrante señor Francisco Tapia Guerrero.