

Santiago, seis de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

I.- En cuanto a la acción penal:

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

1º) Que a fojas 947 y siguientes el abogado don Mauricio Unda Merino, en representación de Pedro Herrera Mossuto, deduce recurso de casación en la forma en contra de la sentencia dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria don Mario Carroza Espinosa, que condenó a su representado a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del **delito de secuestro calificado cometido en la persona de Héctor Manuel Humberto Vásquez Sepúlveda** a contar del 18 de octubre de 2013, fundado en la causal del numeral 9º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los números 4º y 5º del artículo 500 del mismo cuerpo legal, por no contener la sentencia las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no los hechos atribuidos al reo, o los que éste alega en sus descargos para eximirse de responsabilidad y no contiene las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las atenuantes como las agravantes.

Refiere básicamente que su representado era un joven de 23 años, que más allá de su grado de subteniente, con poco tiempo de servicio policial, al que sólo le correspondió formar parte de un grupo que trasladó a un detenido desde la vía pública hasta la guardia de la Comisaría, no sabiendo que el detenido iba a morir. En este sentido, indica que el fallo no contiene ningún análisis distinguiendo el grado de los involucrados en los hechos investigados, pues el responsable del detenido es el Jefe de la Unidad Policial, no hay referencia a la conducta desplegada por su representado, vale decir si esta fue dolosa o no para en definitiva atribuirle su participación en calidad de autor del delito de secuestro calificado.

Sostiene que la sentencia no contiene las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuante y, para el establecimiento de la responsabilidad de los condenados. Explica que el fallo en estudio no contiene las consideraciones que se tuvieron a la vista para acoger una circunstancia agravante y tampoco señala de qué agravante se trata. En este orden de ideas, agrega que si se hubiese ponderado debidamente la prueba y, formulado las consideraciones de rigor, la sentencia tendría que haber absuelto a su representado o haber considerado la existencia de dos atenuantes y de ninguna agravante.

Pide en suma se invalide el fallo y, se dicte una nueva sentencia conforme a la ley y al mérito del proceso.

2º) Que, en lo que dice relación con el numeral 9º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia en su considerando 4º enumera y detalla cada uno de los antecedentes probatorios, constitutivos de testimonios, documentos y presunciones judiciales, los cuales apreciados conforme a lo dispuesto en los artículos 459, 473 y 488 del citado cuerpo normativo, lograron convicción para tener por acreditado el delito de secuestro calificado. Luego en los considerandos 11º y 12º, la sentencia describe los motivos y fundamentos que permiten adquirir la convicción en torno a la participación en calidad de autor, que se le atribuye al encartado Herrera Mossuto.

3º) Que, del análisis de la sentencia, se puede concluir que la presente impugnación no puede prosperar, porque de la sola lectura de la sentencia, se observa que ésta analizó todos los antecedentes probatorios allegados al proceso y desde su perspectiva, llegó a la

conclusión de condena que ella contiene. De esta forma entonces y, respecto de esta causal de impugnación, el recurso de su sola lectura se desprende que más bien se limita a confrontar el razonamiento del tribunal con el suyo propio, al no estar de acuerdo con la valoración probatoria que el juez de la instancia hizo de la prueba allegada, lo que en caso alguno puede constituir el fundamento de la causal alegada.

4°) Que, en lo que respecta a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que también constituyen un fundamento del recurso de casación en la forma, habiendo el condenado apelado verbalmente de la sentencia según consta a fojas 924, y teniendo en cuenta que en esta materia impera el principio denominado de trascendencia, consistente en la máxima de “la nulidad sin perjuicio no opera”, que implica que el presente arbitrio como remedio de nulidad deberá declararse en aquellos casos en que exista un vicio que irrogue a las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad. En suma, el presente arbitrio debe ser el único medio para los efectos de poder reparar el perjuicio, supuesto que no se cumple en la especie, por lo que el recurso será desestimado.

2.- En cuanto a los recursos de apelación:

Se reproduce la sentencia enalzada, a excepción de su considerando vigésimo noveno que se elimina.

En el considerando trigésimo se elimina la frase: “al concurrir una agravante y favorecerle una atenuante; éstas deberán; compensarse racionalmente por lo que”.

Y se tiene, en su lugar y además presente:

5°) Que, en lo que dice relación con la circunstancia atenuante contemplada en el numeral 9° del artículo 11 del Código Penal, que la sentencia reconoce en su considerando vigésimo noveno a ambos condenados Francisco Fernando Contreras Torres y Pedro Alejandro Lorenzo Herrera Mossuto, ha de tenerse en cuenta que las declaraciones de estos, en cuanto a su participación en el hecho punible, se verificaron después de treinta y cuarenta años de ocurridos los hechos investigados, lo que demuestra claramente que su ánimo de colaboración no ha sido real ni efectivo. A lo cual, debe agregarse que tratándose de Contreras Torres, éste nada dice acerca del destino de la víctima, si bien reconoció su participación en la detención y posterior reclusión de ésta, no hace lo mismo tratándose de la desaparición al interior de la unidad policial.

En lo que respecta a la declaración de Herrera Mossuto, manifiesta que no participó de la detención de la víctima y en cuanto a que debió recibir al detenido en la unidad, declara sin embargo, que no lo recuerda como un hecho cierto y puntual, ni tampoco que sucedió con el detenido. En ambas declaraciones, es posible advertir que se trata de confesiones complejas o dividas por cuanto ambos condenados añaden hechos y circunstancias que en nada aclaran la participación de ambos en el hecho punible como su respectiva participación, no pudiendo en consecuencia configurarse los requisitos de la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal.

6°) Que, así las cosas correspondiendo la pena asignada al delito – a la época de ocurrencia del hecho – la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, no existiendo circunstancias modificatorias, el tribunal al aplicar la pena, podrá recorrer toda su extensión, de forma tal que la asignada en la sentencia enalzada será confirmada.

7°) Que, en la forma ya indicada, esta Corte se ha hecho cargo del parecer de la Fiscalía Judicial contenida en el informe de fojas 1010 que comparte parcialmente.

II.- En cuanto a la Acción Civil:

1°.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

8°) Que a fojas 965, doña Irma Soto Rodríguez, Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile deduce recurso de casación en la forma en contra de la sentencia que por esta vía se revisa, en virtud de la causal contemplada en el artículo 768 N° 5 en relación al artículo 170 N° 6 ambos del Código de Procedimiento Civil. Sostiene que su parte opuso la excepción de preterición legal del demandante, alegando que los hermanos habrían sido preteridos por la Ley N° 19.123 prefiriendo al grupo familiar más cercano con el causante. No obstante la sentencia según se expresa en sus considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto, al resolver esta excepción se refiere a un demandante “Luis Alberto Arias Matamala” persona que no es querellante y menos demandante civil en esta causa, para luego referirse a “que la madre y conviviente” de la víctima fueron resarcidas mediante transferencias directas de dinero, en circunstancias que sólo habría demandado don José Luis Vásquez Sepúlveda, dejando en consecuencia sin resolver la referida excepción.

Solicita se anule el fallo y, se dicte en su lugar y sin necesidad de nueva vista sentencia de reemplazo, que resolviendo la excepción opuesta por su parte, la acoja en todas sus partes.

9°) Que el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil dispone: “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 5° En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170”. Y por su parte el artículo 170 N° 6 del mismo cuerpo normativo establece: “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas”.

10°) Que, cabe tener en consideración que el recurso de casación en la forma tiene como razón de ser, velar por el exacto cumplimiento de las disposiciones legales que se refieren a la forma externa de los litigios y a su cumplido desarrollo procesal y, por tratarse de un recurso de derecho estricto; en su interposición y fundamentación deben observarse determinadas formalidades legales, limitándose la competencia de esta Corte, por la o las causales invocadas. De esta forma, su planteamiento debe cimentarse precisamente en las excepcionales situaciones de transgresión de la ritualidad que permiten la nulidad del fallo dictado en esas circunstancias.

11°) Que según se desprende del análisis de la sentencia, en especial del considerando trigésimo tercero, en forma expresa, clara y precisa se resuelve el asunto controvertido – que para estos efectos lo constituye la excepción de preterición – entendiendo el tribunal: “.....es un criterio que no se comparte, dado que el derecho a reclamar de una indemnización no puede determinarse por el mayor o menor grado de parentesco, sino por la circunstancia de haber sufrido o no el querellante un daño moral a consecuencia de la muerte de su hermano. Entonces lo que ha de acreditarse es el daño moral sufrido y de ser así, ha de ser reparado y favorecer al actor civil con la indemnización solicitada”.

12°) Que, en consecuencia la sentencia ha respetado plenamente la congruencia de lo debatido en el proceso, resolviendo íntegra y completamente el asunto controvertido, comprendiendo en su decisión todo lo debida y oportunamente planteado en estos autos, no incurriendo en el vicio que por esta vía se denuncia, lo que determina que el recurso no podrá prosperar.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido en contra de la sentencia de nueve de febrero de dos mil dieciséis escrita a fojas 890 y siguientes.

2°.- En cuanto al recurso de apelación:

Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción en el considerando trigésimo tercero que se elimina “Luis Alberto Arias Matamala” y se lo reemplaza por “José Luis Vásquez Sepúlveda”.

Y se tiene además presente:

13°) Que, en relación a las alegaciones planteadas por el impugnante ha de tenerse en cuenta que estos sentenciadores comparten lo decidido por la sentencia en alzada, sumado al hecho que en esta materia es posible diferenciar la responsabilidad civil, institución del derecho privado, que tiene por finalidad establecer la obligación de un sujeto de hacerse cargo del daño sufrido por otro, de las pensiones que se devengan para ciertas personas por daños tolerados a consecuencia de enfermedad, invalidez, incapacidad laboral, vejez u otras circunstancias particulares, que no tienen una naturaleza propiamente reparatoria.

“También de las pensiones o indemnizaciones asistenciales que el Estado otorga por leyes especiales a categorías de personas que han sufrido algún daño particular están excluidas del derecho de daños. Es lo que sucede por ejemplo en Europa con leyes dictadas para instaurar mecanismos de ayuda a favor de las víctimas del terrorismo. Entre nosotros, podría mencionarse la Ley N° 19.123 de 1992 que estableció, entre otros beneficios, una “pensión de reparación” a favor de los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política durante el periodo 1973 a 1990”. (Diez – Picaso y Salgo Duran, Sebastián, citados por Hernán Corral Talciani, “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile 2004, págs. 60 y 61).

La importancia de la distinción propuesta radica, como puede avizorarse, en que el responsable civilmente no podrá en definitiva pretender que se imputen a la indemnización debida las cantidades que la víctima (léase o sus familiares) haya percibido como beneficiario de estas indemnizaciones o pensiones de carácter previsional o asistencial.

14°) Que el artículo 17 de la Ley N° 19.123 establece una pensión mensual de reparación en beneficio de familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política, que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, conforme a lo dispuesto en los artículos 2°, N° 4° y 8° N° 2.

Por su parte el inciso primero del artículo 20 del citado estatuto establece: “Serán beneficiarios de la pensión establecida en el artículo 17, el cónyuge sobreviviente, la madre del causante o el padre de éste cuando aquella faltare, renunciare o falleciere, la madre de los hijos de filiación no matrimonial del causante o el padre de éstos cuando aquella fuere la causante y los hijos menores de 25 años de edad, o discapacitados de cualquier edad”.

A su vez, el artículo 23 del mismo texto legal prevé: “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, otorgase a los familiares de las víctimas a que se refiere el artículo 18, una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión, sin el porcentaje equivalente a la cotización para salud, la que no se considerará renta para ningún efecto legal.

Esta bonificación no estará sujeta a cotización alguna y se pagará a los beneficiarios indicados en el artículo 20, en las proporciones y con los acrecimientos que procedan, señalados en el citado artículo.

Esta bonificación se deferirá y su monto se determinará definitiva e irrevocablemente en favor de los beneficiarios que hayan presentado la solicitud prevista en los incisos cuarto y quinto del artículo precedente, dentro de los plazos allí establecidos, extinguiéndose el derecho a ella para los beneficiarios que la presenten fuera de plazo”.

A su turno el artículo 24° del mismo cuerpo normativo estatuye: “La pensión de reparación será compatible con cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario”.

15°) Que del análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.123 y particularmente de lo que fue la discusión de los parlamentarios que intervinieron activamente en las distintas etapas previas a su promulgación es posible colegir el carácter asistencial de la pensión que en definitiva se acordó pagar por el Estado de Chile a los familiares de las víctimas a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

En efecto, pese a que el uso del término indemnización que indistintamente al de pensión o beneficio utilizan los parlamentarios al referirse al método de reparación que se hizo consistir en el pago de una pensión mensual para determinados parientes de las víctimas de violación de los derechos humanos y en una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión, podría hacernos pensar que lo acordado fue una indemnización destinada a cubrir la responsabilidad civil del Estado de Chile, es lo cierto que no aparece de lo expresado por los propios constituyentes que su propósito haya sido el de estatuir una suerte de resarcimiento que haya tenido por finalidad suplir de manera unilateral e imperativa el derecho de aquellos a ser indemnizados judicialmente del efectivo e íntegro daño sufrido.

16°) Que, de lo reflexionado como del tenor literal de las normas legales, es posible concluir que el bono de reparación constituye únicamente un beneficio de carácter social más no una indemnización del daño moral sufrido por los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos, pues no aparece que en la determinación de su monto se hayan considerado los elementos propios, individuales y personales de quienes debieron soportar el sufrimiento por la pérdida de un familiar, requisito fundamental a la hora de fijar una indemnización que no puede ser entendida sino con la finalidad de reparar o compensar un daño cierto y determinado; como ocurre en el presente caso con la pretensión del actor, el que en caso alguno se encuentra impedido de presentar una acción de daños por entender que el legislador ha establecido un orden de prelación en esta materia, lo que en caso alguno – como se viene diciendo resulta efectivo – razones todas para confirmar el fallo en este acápite.

17°) Que en lo que se refiere a la prescripción alegada ha de señalarse que la acción intentada no es sólo de carácter patrimonial, sino más bien se trata de una acción reparatoria en el ámbito de la violación a los derechos en crímenes de lesa humanidad que se rige por preceptos del derecho internacional que consagran la imprescriptibilidad. Por un principio de coherencia jurídica la imprescriptibilidad debe regir tanto en el ámbito civil, cuanto en el ámbito penal.

La fuente de la obligación de reparación del Estado se funda no sólo en la Constitución Política de la República, sino también en los principios generales del derecho

humanitario y en los tratados internacionales, los que deben primar por sobre las codificaciones civilistas.

De otra parte, la aplicación de la prescripción del derecho privado en este caso lesionaría valores fundamentales, desde el punto de vista jurídico y moral, toda vez que la aludida institución constituye un amparo para el ente estatal y por lo mismo su aplicación en el campo del derecho público importaría soslayar el deber del Estado de cumplir sus fines propios, dejando en el desamparo a las personas, lo que importa una negación de sus derechos fundamentales a la vida e integridad física, por quien es constitucionalmente el obligado a resguardarlos.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y atendido además, lo dispuesto en los artículos 509, 514, 527 y 535 del Código de Procedimiento Penal, artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; **se declara** que:

I.- **Se rechazan** los recursos de casación en la forma interpuestos a fojas 947 y 961.

II.- **Se confirma**, en lo demás apelado la sentencia de fecha nueve de febrero de dos mil dieciséis escrita a fojas 890 y siguientes.

Regístrese, notifíquese y devuélvase en su oportunidad.

Redacción de la ministra Sra. Book, quien no firma por encontrarse con permiso administrativo.

Nº Criminal – 362 – 2016. (Se devuelve a Secretaría con sus Tomo I y II).

Pronunciada por la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por los ministros señor Guillermo de la Barra Dünner y señora Jenny Book Reyes.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Corte de Apelaciones.

En Santiago, a seis de septiembre de dos mil dieciséis, notifiqué en secretaría por el estado diario la resolución precedente.