

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil dieciséis.-

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su fundamento septuagésimo tercero y la frase final del párrafo segundo del considerando septuagésimo cuarto, que comienza con la conjunción “y” después de “ ; ” y concluye con la expresión “asentado” seguido de un punto aparte.

**Y SE TIENE ADEMÁS, PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que por sentencia de 8 de julio de 2015, dictada a fojas 2959, en el VII Tomo de esta causa rol N°7324-2007 (**Jorge Ortiz Moraga**) por el Ministro de Fuero don Jorge Zepeda Arancibia, por el delito de secuestro calificado del mencionado Ortiz Moraga, por la cual se condenó a los acusados Pedro Octavio Espinoza Bravo y Miguel Krassnoff Martchenko, a sufrir, cada uno, la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, a las penas 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, como autores del delito de secuestro calificado de Jorge Eduardo Ortiz Moraga cometido a contar del 12 de diciembre de 1974, sin concesión de beneficios de la Ley N°18.216, sin abono que considerar.

Se condena, además, a los acusados Risiere del Prado Altez España, Manuel Rivas Díaz y Hugo del Tránsito Hernández Valle, a sufrir cada uno la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como cómplices del delito de secuestro calificado de Jorge Eduardo Ortiz Moraga, cometido en la fecha ya indicada, a quienes les fue concedido el beneficio de la Remisión condicional de la pena.

La sentencia establece en favor de todos los condenados la atenuante de irreprochable conducta anterior, artículo 11 N°6 del Código Penal, y respecto de los sentenciados Risiere Altez España, Hugo Hernández Valle y Manuel Rivas Díaz, les reconoce, además, la minorante de responsabilidad del artículo 11 N°9 del Código punitivo, de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

En lo civil, la sentencia acogió las demandas formuladas por doña Ana María Rojas Figueroa y doña Audolina Moraga Quezada, cónyuge y madre, respectivamente, de la víctima de autos, y se condenó al Fisco de Chile, a pagar a cada una, la suma de 100 millones de pesos.

**SEGUNDO:** Que en contra de esta sentencia se han deducido recursos de apelación, a fojas 3136, por el Programa Continuación Ley N°19.123 del Ministerio del Interior, en cuanto la sentencia condena como cómplices, a Altez, Rivas y Hernández, a quienes considera que actuaron en calidad de autores del ilícito.

De la misma manera esta parte recurrente, estima que los sentenciados Espinoza y Krassnoff, no exhiben la irreprochable la conducta anterior que se les atribuye en la sentencia, así como tampoco corresponde acogerla respecto de Risiere Altez España, Hugo Hernández Valle y Manuel Rivas Díaz, dado que no basta carecer de antecedentes penales, sino que también dicha conducta debe carecer de reproche ético. Y en cuanto a la colaboración sustancial que se les atribuye a los mencionados Altez, Hernández y Rivas, concluye que sólo el condenado Manuel Rivas Díaz amerita la aplicación de dicha minorante.

Respecto de la prescripción gradual que el sentenciador se la ha reconocido a todos los condenados, considera no corresponde aplicarla por tratarse de delitos de carácter permanente.

Otro argumento que esgrime es que advierte contradicción, ya que, por una parte la sentencia señala que se trata de un delito imprescriptible y por otro aplica este artículo 103 del Código Penal.

A su vez, a fojas 3146, la parte querellante apela de la sentencia dictada, por haberse reconocido la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, y que se haya aplicado la norma del artículo 103 del mismo texto legal, lo que trajo como consecuencia la imposición de penas muy bajas, y en fin, abunda en argumentos para instar por la no aplicación de atenuantes de responsabilidad, solicita se dejen sin efecto para que las sanciones impuestas puedan ser elevadas.

Por otra parte, las defensas, tanto de Krassnoff, a fojas 3155, como la de Manuel Rivas Díaz y Hugo Hernández del Valle, a fojas 3158 tan sólo apelan por “causarles esta sentencia gravamen irreparable” (sic).

A su vez, a fojas 3162, la defensa de Pedro Espinoza Bravo, apela, por sentirse agraviado por considerar debió ser absuelto ya que su participación no está acreditada y, además, por considerar que el tribunal debió aplicar en su favor la prescripción, y la amnistía.

Finalmente, a fojas 3172 el Fisco de Chile apela en cuanto el fallo acogió, las demandas civiles, al haberse rechazado la excepción de pago que había opuesto sobre la base de la Ley N°19.123, y como segundo agravio expresa que se le produce éste por cuanto el fallo de autos rechazó la prescripción extintiva. Y finalmente que no corresponde la condena en costas al haber tenido fundamento plausible para litigar.

**TERCERO:** Que, informando fojas 3243, la señora Fiscal Judicial, doña María Loreto Gutiérrez Alvear, hace presente en primer lugar que estima no hay congruencia entre el hecho punible que se ha tenido por acreditado y la participación atribuida a los encausados en el ilícito, por cuanto en el fundamento tercero de la acusación de fojas 2332 y mismo fundamento de la sentencia de fojas 2959, se ha calificado el delito como secuestro previsto en los incisos 1° y 4° del artículo 141 del Código Penal, sin embargo se los ha acusado y condenado como autores del delito de secuestro calificado.

Y en cuanto a las penas aplicadas señala que no comparte el motivo septuagésimo cuarto de la sentencia en alzada en el sentido de aplicar a todos los enjuiciados el artículo 103 del Código Penal, por tratarse de delitos de lesa humanidad. Luego señala que beneficia a Pedro Espinoza y Miguel Krasnoff la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, sin agravantes, y respecto de Risiere Altez España, Manuel Rivas Díaz y Hugo Hernández del Valle, les benefician las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y no les perjudican agravantes, y con lo anterior, es de opinión de confirmar en lo apelado y aprobar en lo consultado la sentencia, con declaración que la pena a imponer a Pedro Espinoza Bravo y a Miguel Krasnoff Martchenko es de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo como autores del delito de secuestro calificado de Jorge Ortiz Moraga, y a Risiere del Prado Altez España, Manuel Rivas Díaz y Hugo Hernández del Valle, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio en su calidad de cómplices del referido delito.

**EN CUANTO A LO PENAL:**

**CUARTO:** Que de una parte, respecto de las alegaciones de las defensas, corresponde el rechazo de aquélla en favor de la amnistía, por cuanto el secuestro

calificado, delito por el cual se condena, es uno de lesa humanidad, y por ende, de acuerdo a las normas de Derecho humanitario internacional, resulta improcedente de aplicar.

**QUINTO:** Que del mismo modo, la prescripción también alegada por las defensas señaladas, corresponde ser rechazada, por tratarse de delitos de lesa humanidad, y el Derecho Internacional humanitario prescinde de la aplicación de la prescripción respecto de este tipo de ilícitos, lo que es compartido por estos jueces.

**SEXTO:** Que, de la misma manera y por igual razón, tampoco puede prosperar la aplicación del artículo 103 del Código punitivo, llamada de la media prescripción.

**SEPTIMO:** Que en cuanto a las atenuantes reconocidas, se estima que fueron analizadas y aplicadas correctamente por el sentenciador, con las modificaciones que se dirán.

**OCTAVO:** Que en cuanto a lo observado por la señora Fiscal Judicial, sobre la falta de congruencia entre el hecho punible que se ha tenido por acreditado y la participación atribuida a los acusados en el ilícito, al haberse señalado en el fundamento tercero de la acusación de fojas 2332 y mismo fundamento de la sentencia de fojas 2959, se ha calificado el delito como secuestro previsto en los incisos 1° y 4° del artículo 141 del Código Penal, sin embargo se los ha acusado y condenado como autores de delito de secuestro calificado, agregando que la referencia a dichos incisos del artículo 141 no corresponde a la normativa vigente a la época, cuestión que es efectiva, pero al ser las mismas circunstancias fácticas, los hechos son los mismos, con lo cual, es valedera la observación, pero no incide en lo conclusivo.

**NOVENO:** Que en lo relativo a la aplicación por el sentenciador de la prescripción del artículo 103 del Código Penal a los acusados, esta Corte, coincide con la señora Fiscal Judicial y sus fundamentos en cuanto no se comparte el criterio del fallador para acoger esa minorante especial. Esto es, por tratarse estos delitos de lesa humanidad, atendido el bien jurídico que se protege, son imprescriptibles, con lo cual no procede, de la misma manera dar aplicación a este instituto de la media prescripción.

**DECIMO:** Que al no reconocerse, en definitiva la media prescripción a los sentenciados, la pena impuesta en el fallo recurrido se mantiene, considerando que se llegará a la misma sanción con el mérito de las atenuantes que les benefician.

#### **EN CUANTO A LO CIVIL:**

**UNDECIMO:** Que el Fisco de Chile ha reclamado por no haberse acogido su excepción de pago conforme a lo dispuesto en la ley 19.923, insistiendo en que al haber recibido los demandantes civiles dinero y otras compensaciones por parte del Estado, como indemnización de los perjuicios sufridos por el secuestro de su hijo y cónyuge respectivamente, y por tanto no corresponde obtenerla de nuevo en este juicio.

Esta Corte estima que los beneficios otorgados en la referida Ley N° 19.123, no son incompatibles con las demandas civiles intentadas, al señalarlo expresamente dicha ley en su artículo 24, con lo cual lo que se otorga en este juicio, lo es conforme a las correspondientes normas, y por ende, procede acoger dichas indemnizaciones.

Y en cuanto a la objeción del Fisco en respecto a que tampoco procede la indemnización por encontrarse prescrita al haber transcurrido el término máximo legal, debe recordarse que dicha responsabilidad nace de la comisión del delito establecido, y respecto al cual se desestimó la prescripción por tratarse de hechos que afectan derechos humanos, lo que de acuerdo a la doctrina internacional y tratados y convenciones, es imprescriptible, lo que naturalmente debe extenderse a la acciones civiles respectivas.

Finalmente, en cuánto a las costas impuestas, que estima el Consejo de Defensa Fiscal que deben eximirse por haber tenido justo motivo para litigar.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 509, 514, 527, 535, y 544 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

**EN CUANTO A LO PENAL:**

Que **se confirma** la sentencia apelada y **se aprueba** en lo consultado, de ocho de julio de dos mil quince escrita a fojas 2959 y siguientes, en cuanto los encausados Pedro Espinoza Bravo y Miguel Krassnoff Martchenko son condenados como autores del delito de secuestro calificado de Jorge Ortiz Moraga, a partir del día 12 de diciembre de 1974, a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales y a las costas de la causa, como asimismo se condena a los acusados Manuel Díaz Rivas, Risiere del Prado Altez España y Hugo del Tránsito Hernández Valle, a sendas penas de tres años de presidio menor en su grado medio, como cómplices del delito de secuestro calificado de la víctima ya mencionada.

**EN CUANTO A LO CIVIL:**

Que **se confirma** la misma sentencia en cuanto acoge las acciones deducidas en autos, y por los montos en ella indicada.

Acordada con el voto en contra del Ministro Llanos, en la parte que se sancionan a los imputados como autores y cómplices del delito, toda vez que, es de parecer de considerar que todos los sentenciados tienen la calidad de autores de los delitos por los cuales son condenados, en conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, y condenarlos en consecuencia a igual pena que la que se les impone a los demás autores del delito por el tribunal a quo. Y por otra parte, es de parecer de reconocer la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, del artículo 11 N°9 del Código Penal, al sentenciado Rivas solamente, pero no obstante concurrir dos circunstancias atenuantes en su favor y ninguna agravante, y siendo facultativo en tal caso reducir la pena en un grado conforme al artículo 68 inciso tercero del Código Penal, estima que atendida las circunstancias del delito, no es procedente hacer uso de dicha facultad. Y en cuanto a la pena estuvo por mantener la impuesta en la sentencia, respecto de todos los sentenciados.

Acordado, en lo civil, en contra del voto del Ministro señor Mera, quien estuvo por revocar en ese extremo la sentencia de primera instancia y, consecuentemente, rechazar las demandas civiles deducidas por las señoras Audolina del Carmen Moraga Quezada y Ana María Rojas Figueroa. Tuvo presente para ello:

A) Que, desde luego, la acción ejercida por las demandantes es de índole patrimonial, desde que se demanda una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios. Esta obligación del Estado provendría de un acto ilícito cometido por sus agentes, esto es, se trata de un caso de culpa aquiliana o responsabilidad extracontractual.

B) Que no hay un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil, resultando aplicable para el demandado de autos, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 2332 del mismo cuerpo legal, norma que establece un plazo de cuatro años para la prescripción de la acción deducida en estos autos, el que se contabiliza desde que se cometió el acto ilícito, ya que la expresión “perpetración del acto” utilizada en la norma legal recién citada, tiene un sentido amplio, que comprende la realización de una acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios supuestamente causados.

C) Que así ha sido resuelto por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema en causa rol 10.665-2011, en sentencia de veintiuno de enero de dos mil trece, unificando así la jurisprudencia existente sobre la materia.

D) Que en la especie el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios es único, consiste en la detención del señor Jorge Eduardo Ortiz Moraga, de la que se derivó su desaparición, situación esta última que se mantiene hasta el día de hoy. O sea, como lo sostuvo la Excm. Corte Suprema en su oportunidad en fallo dictado en causa rol 508-2006, *“la desaparición del ofendido es una consecuencia de su detención, como lo es el dolor que provoca a los deudos el homicidio de un ser querido o, una cicatriz en el caso de un herido, pero, aunque tales efectos o consecuencias permanezcan en el tiempo, el plazo de prescripción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil, es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto que los ocasiona. Todo delito, o la mayoría de ellos, provoca efectos perjudiciales que permanecen en el tiempo, pero no por eso el acto que da origen a la indemnización deja de ser único. La aceptación de la tesis de los actores significaría consagrar, al menos indirectamente, la imprescriptibilidad de las acciones de indemnización de perjuicios, lo cual resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico”*;

E) Que la detención del señor Ortiz Moraga, por parte de agentes del Estado, sucedió el 12 de diciembre de 1974, por lo que a la fecha de la notificación de la demanda el plazo que establece el artículo 2332 del Código Civil había transcurrido en exceso. Y aún cuando el plazo se cuente desde que el país volvió a la normalidad democrática, el 11 de marzo de 1990, igualmente estaría cumplido.

F) Que, en consecuencia, la acción deducida está extinguida por la prescripción y procede así declararlo.

Se previene que el Ministro señor Mera estuvo por confirmar la resolución en alzada con declaración que los sentenciados son responsables, en sus respectivas calidades de autores o cómplices, del delito de homicidio calificado en la persona de Jorge Eduardo Ortiz Moraga, cometido en una fecha indeterminada de la segunda quincena de diciembre de 1974, debiendo imponerse las penas correspondientes a dicho ilícito, de acuerdo con las circunstancias modificatorias de responsabilidad pena que se han consignado en el fallo del Tribunal a quo. Tuvo presente para ello:

1º) Que don Jorge Eduardo Ortiz Moraga era militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) al 11 de septiembre de 1973, día en que mediante un golpe de estado dado por las Fuerzas Armadas y Carabineros fue derrocado el Presidente de la República don Salvador Allende, iniciándose un proceso de persecución hacia sus simpatizantes, entre ellos, los adscritos al referido MIR.

2º) Que en tales condiciones según aparece de los antecedentes señalados en la sentencia de primera instancia, el señor Ortiz Moraga fue detenido el 12 de diciembre de 1974 por efectivos de la DINA en Santiago, llevado hasta el centro de detención clandestino de calle Irán 3.037, en Macul, siendo sometido a torturas, para luego ser sacado de ese lugar el 24 de diciembre de 1974 sin que se sepa de su paradero hasta hoy, informándose luego por las autoridades de la época que habría sido asesinado por sus pares del MIR en Argentina, junto a otras sesenta personas.

3º) Que estos antecedentes, son elementos de convicción que permiten presumir fundadamente que Jorge Ortiz Moraga fue asesinado (se emplea el término en su acepción técnica, como sinónimo de homicidio calificado) en una fecha indeterminada de la segunda quincena del mes de diciembre de 1974, el 24 presumiblemente, pues no parece lógico

suponer que, hasta el presente, se encuentre aun secuestrado. Es evidente para todos, querellantes, querellados, sentenciadores y población en general, que una persona que fue detenida por la DINA en diciembre de 1974, militante del MIR, trasladada a un centro de reclusión clandestino, torturada y que la última vez que se habrían tenido noticias de él es el 24 de ese mes y año, se encuentra fallecida por la acción de sus captores, lo que constituye el delito previsto y sancionado en el N° 1° del artículo 391 del Código Penal, tanto a esta fecha como a la época en que se habría cometido el ilícito.

4°) Que el hecho que no se haya descubierto el cadáver de don Jorge Ortiz Moraga no es óbice para razonar en la forma como se ha hecho, pues no debe confundirse el cuerpo del delito con el cuerpo de la víctima. Es cierto que por regla general para acreditar el delito de homicidio es menester la presencia del cuerpo del occiso pero ello no siempre será así pues, si como sucede en la especie, hay suficiente prueba -y las presunciones son un medio probatorio- para demostrar la existencia del ilícito en comento, la ausencia del cadáver no puede importar negarse ante la evidencia y concluir que se ha cometido un delito de secuestro que, a cuarenta y un años de haberse perpetrado, es imposible que permanezca a la fecha.

Regístrese y devuélvase.

N° Criminal 1.376-2015

Redacción de la Ministra señora Patricia González Quiroz.

Pronunciada por la **Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago**, Presidida por el Ministro señor Leopoldo Andrés Llanos Sagristá e integrada por los Ministros señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y señora Patricia González Quiroz.

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

En Santiago, a dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.