

Santiago, quince de octubre de dos mil ocho.

Vistos:

En estos autos Rol 2.182-98, sobre Homicidio y Secuestro Calificado, la parte querellante, el Programa de Continuación de la Ley 19.123 del Ministerio del Interior y el Fisco de Chile -este último solo por la acción civil-, dedujeron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, dictada por el Ministro del Fuero don Jorge Zepeda Arancibia.

A su vez, la defensa del encausado Donato López Almarza dedujo respecto de la misma resolución recurso de casación en la forma y de apelación.

La Fiscal Judicial doña Beatriz Pedrals informó a fojas 2549 y fue de opinión de rechazar la casación y de confirmar la sentencia, con la declaración que indica.

Los autos quedaron en relación.

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

1º.- Que el apoderado del encausado Donato López Almarza, don Sergio G. Rodríguez Oro, en lo principal de su escrito de fojas 2516 ha deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, fundada en las causales de los N°s 2 y 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal;

2º.- Que en lo que respecta a la causal del N° 2, el recurrente funda el recurso en no habersele permitido rendir o evacuar diligencias probatorias de importancia para la resolución del negocio, en una oportunidad cuando se le rechaza la citación a 31 testigos que debían ser interrogados en el Plenario, al tenor de una minuta de preguntas, por inconductentes y por tratarse de imputados y no de testigos, y luego cuando no se le permite rendir pruebas acerca de la tacha que dedujera en contra del coimputado Enrique Sandoval Arancibia ;

3º.- Que el recurso de nulidad formal señala en primer término que la sentencia de primer grado ha incurrido en el vicio contemplado en el N° 2 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal; por una parte, al no permitírsele evacuar una diligencia probatoria que a juicio del recurrente era importante para resolver el negocio, y por otra, por no haber tenido la oportunidad de rendir prueba acerca de una tacha.

Argumenta que en el segundo otrosí de su escrito de contestación a la acusación de oficio, solicitó al Tribunal se citara a 31 testigos, para que éstos ratificaran sus dichos del sumario y fueran interrogados al tenor de una minuta de preguntas que adjuntó.

Agrega que el Tribunal le rechazó la solicitud porque éstos, al declarar en el juicio, lo hicieron como inculpados y no como testigos, dado lo cual no correspondería que en esa calidad ratifiquen sus dichos o se acompañe una minuta para que lo hagan como testigos, y por estimarse que tales declaraciones eran inconductentes para demostrar los hechos materia del juicio.

En cuanto a la prueba que solicitara para acreditar la tacha que dedujera en el cuarto otrosí del escrito aludido, consistente en citar al testigo Enrique Erasmo Sandoval Arancibia para que prestara declaración respecto de ciertas preguntas, el tribunal no habría dado lugar a ellas.

4º.- Que, en lo relativo a la diligencia probatoria, consistente en citar a 31 testigos a ratificar lo que declararon en el sumario, su pertinencia queda entregada a la valoración del Juez a quo, y, por lo tanto, éste, al resolver que dicha diligencia no era conducente para demostrar los hechos materia del proceso, solo ha dado cumplimiento a la

facultad que le otorga el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual no se ha producido el vicio que la recurrente de casación le atribuye.

Por lo demás, se considerara que concurre el vicio aludido, en ningún caso la diligencia de que se trata ha podido tener relevancia para la resolución del asunto, dado que la conclusión final de la sentencia sería la misma, al estar debidamente acreditada la participación del procesado, en su calidad de autor de ambos ilícitos.

A su vez, en lo relativo a la tacha, el tribunal, no rechazó la prueba ofrecida para acreditarla, sino que se limitó a señalar que quedaba para definitiva, por lo que tampoco se advierte haya la recurrente incurrido en el vicio que se le imputa, cuánto más si las pruebas que han de rendirse acerca de ellas deben serlo dentro del probatorio, conjuntamente con la cuestión principal, sin que se observe que el recurrente, en el transcurso de término probatorio, haya insistido en ella ni menos opuesto reposición a la resolución que proveyó su presentación, motivos por los cuales el recurso, por esta causal, deberá desestimarse respecto de ambos apartados.

5°.- Que, en lo relativo a la segunda causal, esto es la del N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, -falta de consideraciones y de decisión-, el recurrente la relaciona con los N° s 4 y 5 del artículo 500 del mismo cuerpo legal, sosteniendo que la recurrente carece de una fundamentación adecuada para dar por probados o no los hechos que se atribuye a su defendido y su participación, como tampoco habría agregado las razones legales y doctrinarias que le sirvieron para calificar el delito, sus circunstancias, las agravantes, las atenuantes y la responsabilidad civil; por lo que en definitiva la hace consistir en tres apartados, el primero referido a los hechos y la participación, el segundo respecto de la determinación de la pena, y, por último, por falta de decisión de la tacha que su parte opuso en contra del otro procesado Sandoval Arancibia.

6°.- Que, en cuanto al primer argumento, esto es el referido a la falta de consideraciones de hecho y de derecho para dar por establecidos los delitos y la participación del encausado Donato López Almarza, de la simple lectura de la sentencia impugnada se advierte la inexistencia de este fundamento de la invalidación.

Lo anterior se observa en los motivos 2° al 8° respecto del cuerpo del delito y la responsabilidad de López Almarza, como en los motivos 12° al 27° el análisis en profundidad de las razones legales y doctrinarias que se tuvieron para acceder o desestimar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, y por último, latamente, en los considerandos 34° al 54°, aquellos destinados a establecer la responsabilidad civil, por lo que no procedería acoger el recurso por estas razones.

7°.- Que, en lo que respecta a los otros apartados, del análisis del recurso de apelación deducido por el mismo recurrente en el primer otrosí de su escrito de fojas 2516 se advierte en éste similares reproches a los que se formulan a la sentencia en el recurso de casación, lo que lleva a esta Corte a desestimar el recurso por los dos últimos apartados de esta causal, al aparecer de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo, en los términos que para rechazar el recurso se establecen en el artículo 768 inciso 3° del Código de Procedimiento Civil.

II. En cuanto al recurso de apelación.

Se reproduce la sentencia enalzada, con excepción de los considerandos 28° y 42° al 54°, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

I.- En cuanto a la tacha

1°.- Que el apoderado del encausado Donato López Almarza, en su escrito de contestación a la acusación de fojas 2135, en el cuarto otrosí, ha formulado tacha en contra de Enrique Erasmo Sandoval Arancibia, por afectarle las causales de los N° 2 y 8 del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, esto es, encontrarse procesado por crimen y carecer de imparcialidad para declarar por tener un interés directo en el proceso;

2°.- Que se desestimará la tacha opuesta, por cuanto al plantearla no ha señalado circunstanciadamente los medios de prueba con que pretendía acreditarla, en concordancia con lo establecido en el artículo 493 inciso segundo del Código Penal. También concurre a lo anterior, la circunstancia de haber declarado en su calidad de imputado en los hechos investigados y acerca de su real participación en ellos, exhortado a decir verdad, no siendo en consecuencia testigo de la causa.

II.- En cuanto al aspecto penal:

3°.- Que esta Corte, en lo relativo a los diversos disensos que las partes del juicio han consignado en sus escritos de apelación y exposiciones en la vista de la causa, se estará al análisis que efectúa el sentenciador respecto de cada una de ellas, por estimar que sus argumentos no logran desvirtuar lo que ya viene resuelto, con la salvedad que a continuación se indica:

Sobre la determinación de las penas

4°.- Que, en la determinación de las penas, han de tenerse en cuenta las consideraciones siguientes:

a.- En lo que respecta al delito de secuestro calificado, descrito y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, se estará a lo razonado por el Ministro de Fuero en el motivo 29° del fallo, esto es, presidio mayor en cualquiera de sus grados ;

b.- En lo relativo al delito de Homicidio Calificado, previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, se sancionará con presidio mayor en su grado medio a perpetuo;

c.- Al acusado López Almarza lo favorece en todos los delitos una atenuante y no lo perjudica ninguna agravante;

d.- Al acusado Sandoval Arancibia le favorecen en el delito de homicidio calificado dos atenuantes y ninguna agravante;

e.- En lo que se refiere a la reiteración, tal como lo señala la sentencia, se aplicará el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 68 del Código Penal.

f.- Una vez efectuada la rebaja en el caso de Sandoval Arancibia y el aumento en el de López Almarza, se aplicara el artículo 103 del Código Penal y se rebajará la pena en un grado, estableciéndose su quantum dentro de esos márgenes.

III.- En cuanto al aspecto civil

5°.- Que, en cuanto a la excepción de prescripción de la acción civil, esta Cortes estima que en autos se ejerce una acción patrimonial tendiente a perseguir la responsabilidad extracontractual del Estado, fundada en las normas de la Constitución Política de 1980 y en las de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración N° 18.575, de 2001, vigentes con posterioridad al hecho de autos, y que a juicio de esta Corte, atendida su naturaleza, le son del todo aplicables las normas del Código Civil en materia de prescripción.

6°.- Que, por lo mismo, siendo la prescripción extintiva una institución de orden público vinculada a la seguridad jurídica y aplicable a todo el ordenamiento jurídico, su

imprescriptibilidad sólo puede ser excepcional respecto de ciertas acciones, ya sea por su naturaleza o porque la ley así lo determine. En el caso de autos sólo cabe aplicar las normas del derecho común y considerar que la acción prescribe consecuentemente en cuatro años contados desde la perpetración del acto, por aplicación del artículo 2332 del Código Civil, por lo que las responsabilidades de los agentes del Estado en esta causa, se encuentran prescritas.

Por estas consideraciones, y de conformidad también con lo establecido en los artículos 510, 512, 514, 524, 526 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se decide:**

I. que **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido en lo principal del escrito de fojas 2516,

II.- que se declara **inadmisible** la tacha deducida en el cuarto otrosí del escrito de fojas 2.135.

III.- que **se revoca** la sentencia de fecha veintisiete de junio del año dos mil siete y que rola de fojas 2215 a 2274, en cuanto hace lugar a la demanda civil interpuesta en el primer otrosí del escrito de fojas 1939 por don Néelson Guillermo Cauco Pereira, en representación de los demandantes civiles Iván Fariña Oyarce, María Inés Vidal Tejada, Marcelina de las Mercedes Araya Garrido, Violeta del Carmen Araya Garrido y María Helena Araya Garrido; y, en su lugar se declara que **se rechaza** la expresada demanda.

IV.- que **se confirma** la aludida sentencia de fecha veintisiete de junio del año dos mil siete y que rola de fojas 2215 a 2274, en cuanto a la acción penal, **con declaración** que la pena aplicable al sentenciado Donato Alejandro López Almarza por los delitos de homicidio calificado reiterados es de **diez años y un día** de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y costas de la causa.

En lo relativo a la aplicación del artículo 103 del Código Penal, que acoge la sentencia de primer grado, se hace constar que, para su procedencia y determinación de la pena, se produjo dispersión de votos, por lo que, ante la opinión del abogado integrante señor González, que resultaba ser la más desfavorable para el condenado, se optó por aplicar en este caso el artículo 103 del Código Penal, esto es, de estimarse el delito revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, decidiéndose de este modo sancionar, pero con pena rebajada en un grado al mínimo que señala la ley a cada delito, disintiendo de esa forma con la opinión de la Sra. Fiscal Judicial, conforme lo dispone el artículo 19 del Código Orgánico de Tribunales, en su inciso cuarto.

Acordada la confirmatoria contenida en la decisión N° III con el voto en contra del Ministro señor Villarroel Ramírez, quien estuvo por revocar la sentencia apelada, en cuanto en ella se condena a Donato Alejandro López Almarza y a Enrique Erasmo Sandoval Arancibia, al primero como autor de los delitos de secuestro calificado de Carlos Patricio Fariña Oyarce, Víctor Iván Vidal Tejada y Héctor Eugenio Araya Garrido, y como autor de los delitos de homicidio calificado en la persona de Carlos Patricio Fariña Oyarce, Víctor Iván Vidal Tejada y Héctor Eugenio Araya Garrido, y al segundo como

autor del delito de homicidio calificado de Carlos Patricio Fariña Oyarce, y, en su lugar, por absolverlos de la acusación formulada en contra de cada uno de los dos encausados, en mérito de las siguientes consideraciones:

1.- que, habiéndose los hechos investigados cometido en el transcurso del mes de octubre de 1973, esto es, hace ya aproximadamente 35 años, la responsabilidad eventual de los encausados se ha extinguido por prescripción y por amnistía;

2.- que, en efecto, y conforme al artículo 94, inciso 1º, del Código Penal, la acción penal prescribe, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años, término que, según el artículo 97, empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito;

3.- Que, como ya el disidente ha expresado antes también en una opinión de minoría, las reglas que respecto de la prescripción de la acción penal se han consignado precedentemente no se alteran tratándose del delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, que castiga al que sin derecho **encerrare** o **detuviere** a otro privándole de libertad, y al que **proporcionare lugar** para la ejecución del delito. En efecto, y en lo que aquí estrictamente interesa, el disidente tiene en cuenta:

a) que los verbos rectores del delito de secuestro consisten en **encerrar** o **detener** a otro privándole de su libertad, y también en **proporcionar** el lugar para la ejecución del delito;

b) que, en el delito de secuestro, las penas se agravan si **el encierro o la detención** se prolongare por más de 15 días o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del secuestrado, y, también, **si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además** el de homicidio;

c) que **el encierro y la detención**, como hechos de naturaleza material, física y real, han de tener necesariamente su ocurrencia en un momento dado en el **tiempo** y en un **lugar** físico determinado, y han de ser obra del sujeto activo del delito;

d) que, no obstante la característica o calificación de **permanente** que pueda atribuirse al delito de secuestro, es exigencia ineludible del secuestro agravado de personas que el inculpado como autor del mismo haya tenido no sólo la voluntad o poder y disposición moral efectiva para proceder a la detención o encierro, sino también el poder y la aptitud material o física posterior para conservar y mantener en el tiempo el encierro y la detención de la persona detenida. Pues bien, todos los hechos y circunstancias constatados en la causa han dejado de manifiesto que los inculpados en estos autos no han podido tener la aptitud física y material necesaria para mantener un secuestro como el que en autos se les atribuye;

e) que, a mayor abundamiento, el artículo 142 bis del Código Penal, agregado por el artículo 3º de la Ley 19.241, de 1993, refrenda de varios modos la exigencia propuesta en esta opinión, a saber: cuando se refiere a las condiciones exigidas por los secuestradores **para devolver a la víctima**; cuando alude a la rebaja en dos grados de la pena aplicable a los secuestradores de la víctima **si la devolvieren** libre de todo daño y antes de cumplirse las condiciones que motivaron el secuestro; y cuando rebaja en un solo grado la pena asignada al ilícito **si la devolución** se realiza después de cumplida alguna de las condiciones que determinaron el secuestro, el que según el inciso 3º del artículo 141 pudo ejecutarse para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones;

f) que las detenciones materia de los delitos de secuestro perseguidos en autos datan como ya se dijo del mes de octubre de 1973, esto es, habrían ocurrido al mes

siguiente del advenimiento del Gobierno de la Junta Militar, habiendo transcurrido ya más de 18 años de extinguida aquella Administración, a la que ha sucedido ya una cuarta Administración en el Gobierno constitucional de la República, lo que excluye fundadamente la hipótesis que los inculpados como autores de esos delitos de secuestro hayan podido mantener por sí y/o por acto o cooperación de otros la persona física de las víctimas durante todo el tiempo ya a la hora transcurrido, tiempo tan extenso en que dichos inculpados han carecido claramente de todo poder de autoridad para ello, cuánto más si los mismos imputados han estado privados de su libertad personal con motivo de la tramitación de esta causa;

4.- que el Decreto Ley N° 2191, en su artículo 1°, concedió amnistía “a todas las personas que, en calidad de autores, cómplice o encubridores, hayan incurrido en hecho delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”, presupuestos que se cumplen cabalmente en la especie, desde que los hechos investigados habrían tenido su ocurrencia en el transcurso del mes de octubre de 1974, y desde que ninguno de los dos sentenciados en este expediente se encontraran sometidos a proceso o condenados a la fecha de vigencia de dicho Decreto Ley;

5.- Que en efecto, y respecto de la amnistía, el disidente piensa:

a) que, conforme al artículo 93 N° 3, la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos. Se trata de un perdón que se concede por la ley no para beneficiar a determinadas personas sino que alcanza a las consecuencias jurídico-penales de los hechos delictuosos mismos a los que se extiende el texto legal que la contenga;

b) que el carácter objetivo de la amnistía aparece de manifiesto del texto mismo del artículo 1° del D.L. 2.191. En efecto, según el artículo 1° del referido D.L., es requisito del beneficio de la amnistía que las personas que hayan incurrido en los hechos delictuosos a que él se refiere no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas, lo que lleva a concluir que carecería de todo sentido y sería inaplicable el precepto si la amnistía borrara la pena impuesta a una persona que precisamente no ha debido hallarse sometida a proceso ni menos condenada. Más aún, el propio artículo 2° de este D.L., al conceder excepcionalmente también amnistía a las personas que a la fecha de su vigencia se encuentren condenadas por Tribunales Militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, está reconociendo que la norma general en la amnistía es la indicada en el artículo 1°, que se remite incuestionable e indudablemente al perdón concedido por la ley de modo objetivo a los hechos mismos ocurridos durante el período de tiempo a que se refiere su artículo 1°, sin consideración a cuáles serán las personas determinadas a que alcanzará consecuentemente el indicado beneficio;

c) que la amnistía concedida por el D.L. 2.191, concordante con la esencia que según la concepción jurídica universal particulariza a esta institución, aparece inspirada en la tranquilidad general, la paz y el orden de que según dicho texto disfrutaba el país a la época de su promulgación; fue adoptada como un imperativo ético que ordenaba llevar adelante todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen la nación chilena; se la dispuso en procura de iniciativas que consolidaran la reunificación de todos los chilenos, y, finalmente, se la expidió ante la necesidad de una férrea unidad nacional, como se expresa en la exposición de motivos del Decreto Ley;

d) que, por consiguiente, si la finalidad de la amnistía es por excelencia la búsqueda y consolidación de la paz social, aparece racional y conveniente reconocerle su

validez plena como motivo o fundamento bastante de extinción de la eventual responsabilidad penal de los querellados;

e) que, finalmente, en relación al Decreto Ley en referencia, cabe advertir que no ha habido hasta ahora acto legislativo alguno, ni para interpretar su alcance ni para su eventual derogación -como habría sido procedente según los mecanismos previstos en la Constitución-, lo que permite concluir que su vigencia, vigor y validez, no ha merecido reproche legislativo de legitimidad alguno luego de transcurridos ya más de 30 años desde su promulgación; y

6.- Que la sentencia de primer grado, por cierto inspirada en la materialización suprema de la justicia, invoca para ese fin “los principios del Derecho Internacional”. Sin embargo, los principios de imprescriptibilidad y de no amnistiabilidad de los delitos que la sentencia denomina de lesa humanidad no excluyen según el disidente los mandatos igualmente superiores contenidos en otros diversos principios también protectores de la vida y dignidad humanas. Entre éstos, el principio de que la justicia debe administrarse con prontitud, principio éste que, también por su valor supremo, debe asociarse a los otros principios de su clase. Y será el Juez quien, de entre todos ellos, elegirá los que más se acomoden en equidad y justicia a las circunstancias particulares de cada caso, del Estado y de la sociedad, como igualmente a las de los sujetos activos y pasivos del presente complejo jurídico-penal. Y si bien el sentenciador de primer grado ha aplicado por elogiosas razones de justicia suprema los principios de imprescriptibilidad y de no amnistiabilidad, cree sin embargo el disidente que, al cabo de 35 años de ocurridos los sucesos, estima más imperativo el elegir los principios que mejor contribuyan a la paz y sosiego progresivo de una sociedad actual tan diversa a aquella existente a la fecha de los hechos, desencadenados en el marco de una transformación constitucional, política y social de tan honda significación en la historia político-constitucional del Estado como lo fue la mutación del Régimen político de Gobierno de 1973.

Acordada la decisión signada con el “N° IV” con el voto en contra del Abogado Integrante señor González Maldonado, quien estuvo por confirmar la resolución del fallo de primera instancia en cuanto acoge la demanda civil interpuesta en el primer otrosí de fojas 1939. Para ello tiene presente las siguientes modificaciones:

1°) Que, se ha demandado al Estado de Chile por la responsabilidad civil, que emana de actos de sus agentes que causaron los daños morales que se han visto en lo penal de este proceso y sobre los cuales ya no hay discusión.

2°) Que estando asentada dicha responsabilidad, el tercero civilmente responsable se ha excepcionado de prescripción extintiva del artículo 2.332 del Código Civil, fundado en que conforme dicha norma, "Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto." A lo cual se le ha respondido sobre la imprescriptibilidad de las acciones civiles contra el Estado, fundado en varias fuentes del derecho internacional, y especialmente de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, además de los muchos fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En éstos se han aceptado las peticiones en el sentido de declarar la obligación de reparación que le corresponde cumplir al Estado, cuando se producen violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos.

3°) Que, para entrar a analizar si la parte demandada de autos es civilmente afectado o tiene una categoría especial, es necesario concurrir a la lectura del artículo 9° de la Resolución N° 60-147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de

21 de marzo de 2006, que contiene los "Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", que es de donde se extrae que los afectados y sus parientes son "víctimas" de violaciones a los derechos fundamentales de la persona humana y que sufrieron durante el periodo de anormalidad jurídica un daño difícil de ponderar.

4°) Que la fuerza, que vicia el consentimiento del artículo 1.456 del Código Civil, es la misma que impide a una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, realizar los actos comunes del derecho civil, cuando se siente moralmente atemorizada de que ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes expuestos serán a un mal irreparable y grave. Materia que en el ámbito patrimonial produce la nulidad absoluta, saneable sólo por el lapso de 10 años. Y tal como señala el mismo Código el plazo debe contarse desde el día en que ésta violencia, fuerza o temor cesa.

5°) Que por este mismo camino, se puede colegir lícitamente que, mientras no cese la fuerza moral que le impide a una persona en su sano juicio, tomar las vías de demandar las obligaciones de reparación del daño, no le corre plazo de prescripción.

6°) Que han sostenido quienes están por la prescriptibilidad de las acciones, que en el caso de acciones de contenido patrimonial emanadas de los actos de lesa humanidad, no es posible desentenderse de las normas generales que gobiernan la materia, a falta de regla expresa en contrario, desde que así como en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales y en el propio artículo 38 de la Constitución Política de la República, luego de la reforma constitucional de la Ley N° 18.825, esta materia corresponde conocerla a la justicia ordinaria, y con las reglas del derecho común del Código Civil en materia de prescripción extintiva, máxime cuando existe norma expresa que señala que las reglas relativas a ella se aplican igualmente a favor y en contra del Estado;

7°) Que se debe responder a aquello, que el Estado, no es un simple particular para que se le apliquen normas del derecho común, ni puede excepcionarse de ser patrimonialmente responsable, en el entendido que las normas las crea el mismo Estado a través de su órgano legislativo, las aplica el mismo, a través de su órgano ejecutivo y las interpreta el mismo, a través de su órgano judicial. Todos estos institutos forman parte del Estado, que suponemos tiene como fin el bien común.

Las normas en que se fundan los que militan de prescriptibilidad de acción civil, lo hacen para el derecho patrimonial que emana de preceptos civilistas, propio de un Derecho Liberal-Democrático y dentro de la tranquilidad que dichos mandatos señalan.

Sin embargo, los daños causados a las víctimas y a sus familiares, no son daños propiamente civiles, sino de tipo criminal y tampoco son de aquellos crímenes comunes que el Estado haya podido imaginar en la tipología de conductas reprochables penalmente, sino que escapan a cualquier definición previa, los que sólo para fines prácticos de sancionar, se asemejan a los del Código Penal.

8°) Que tanto es así, que el Estado no previno la existencia de tales tipos de delitos, ni previno tampoco sobre penas, sobre acciones civiles ni sobre prescripciones y por lo cual no hay propiamente tal normas jurídicas de derecho interno que se puedan aplicar, salvo interpretar extensivamente las reglas del derecho civil además con un claro espíritu "pro-víctima".

Aquello ha sido, por que el Estado no fue capaz de prever que pudieran ser sus propios agentes organizados, los que agrupados bajo el escudo protector que este mismo les brindara, a través de toda el enorme aparato militar, civil y legislativo, con que actuaron impunemente contra los que en teoría, doctrina y moral, les correspondía "cuidar y proteger".

9°) Que, la actuación de estos agentes estatales, fue además, hipócrita, en el sentido que llamaba a sus víctimas a través de bandos militares, para que se presentarían a lo cuarteles donde prometían que serían interrogados y dejados en libertad. Cosa que la más de las veces no sucedió, desapareciendo gente, o entregándolos torturados y humillados, generando con ello la sensación de fuerza e inseguridad jurídica inconmensurable que antes se señalaba.

10°) Que, así las cosas en el país, la gente común no queda habilitada para definir con certeza y seguridad, cuando cesa la fuerza y la inseguridad jurídica y cuando se restablece la normalidad que permite con "seguridad" ejercer los derechos que da el verdadero "Estado de Derecho".

11°) Que la prescripción que extingue las acciones judiciales según el orden jurídico interno para los estados de normalidad constitucional, no se puede aplicar para los estados de anormalidad, quedando por determinar cuando cesa el estado de anormalidad jurídica, único que puede fijar de modo cierto el plazo de prescripción de las acciones civiles contra el Estado, por los hechos calificados que se han analizados en este proceso.

12°) Que se ha sostenido que la anormalidad jurídica, cesa con el retorno a las raíces democráticas y republicanas de la Nación, al asumir un Presidente elegido en votación libre e informada, ésto es, en el año 1.990. Sin embargo, cree el redactor de este voto, que no es posible sostener que la "normalidad jurídica", se restableciera con algunas señas externas, como por ejemplo; dicha elección presidencial, cuando desde dentro del mismo Estado, aparecen resabios de la señalada anormalidad que amenazan con "terminar con el "Estado de Derecho". Veamos por ejemplo "El boinazo" cuando un grupo de comandos fuertemente armados se instalan a las afueras del palacio de La Moneda y el edificio de las Fuerzas Armadas, mientras que el Presidente Patricio Aylwin se encuentra en una gira fuera del país. Maniobra militar que dura ocho horas y realizada por el comandante en jefe del Ejército, Augusto Pinochet, como forma de presionar al gobierno para que desistiera de seguir con la investigación del caso "Pinocheques", en donde estaba involucrado su hijo mayor. Y como cuando en el año 1996, el Presidente Frei Ruiz-Tagle, tuvo que pedir al Consejo de Defensa del Estado, que se desistiera de la querrela contra el hijo mayor de Pinochet, o cuando se hizo el Picnic en Punta Peuco para presionar por el fallo de la Corte Suprema que condena a Contreras.

13°) Que entonces, si un Presidente de la República, debe renunciar a su propio derecho constitucional de dirigir el Estado, es lógico pensar que para las gentes simples, "la fuerza y el miedo siguen en actividad" y no se atreven a demandar al Fisco por temor a las represalias que no conocen.

14°) Que, si bien es cierto, no se puede determinar jurídicamente cuando una persona pierde el miedo y el temor ante la fuerza de un Estado que ha actuado ilegítimamente, como para atreverse a demandar a ese mismo Estado, que le quitó la vida a uno de los suyos o que le torturó por días o le mantuvo preso ilegítimamente, con violación de todas las normas jurídicas que le habían dado seguridad, es posible aventurar que el inicio de un verdadero periodo de normalidad jurídica, es aquella en que el miedo de las

personas se presume que cesa definitivamente, esto es el 10 de diciembre del año 2.006, en que el símbolo de la autoridad ilegítima, muere de muerte natural, con lo cual las normas comunes de prescripción del daño civil, llegarían al 10 de diciembre del año 2.010, y las excepcionales de la fuerza, llegarían al 10 de diciembre de 2.016.

15°) Que además, de la interpretación analógica antes dicha, es preciso tener en cuenta lo señalado en el inciso 2° del artículo 38, de la Constitución Política de la República, y en sus artículos 1°, inciso 4°, 5°, inciso 2°, 6° y 7° y 19, N° 24°. Sin perjuicio de los Tratados Internacionales que han suscritos y ratificados por Chile. Tales son: el "Pacto de Derechos Civiles y Políticos" y la "Convención Americana de Derechos Humanos", que permiten concluir que la responsabilidad subsidiaria del Estado, por los daños de sus agentes, está reconocida por el Derecho Internacional Convencional y también por el Derecho de Gentes o Consuetudinario aplicable en Chile y en el orden mundial. Señalando, en síntesis, el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones patrimoniales derivadas de violaciones a los derechos humanos.

16°) Que este mismo sentido la imprescriptibilidad de las acciones civiles, rige tanto para el ámbito de la responsabilidad criminal como de lo reparatorio civil, ya que entonces no vemos a título de que, se extiende universalmente la imprescriptibilidad criminal y no la civil, que es una consecuencia mínima de resarcimiento de los daños causados con lo penal. Máxime cuando nuestro orden constitucional en su artículo 5° inciso 2°, 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. como lo es en este caso.

17°) Que, no es efectivo que las acciones legislativas que ha tomado el Estado, en el sentido de intentar una reparación del daño causado mediante el otorgamiento de indemnizaciones y pensiones de carácter asistencial, tenga el efecto de paliar el daño moral. A lo más dichos actos, son voluntarios, pero al no ser fijados por una decisión judicial, o ser aprobados mediante algunas de las formas de terminar las acciones civiles, no tienen ningún efecto vinculante para las partes.

18°) Que aparece a los ojos del disidente, que dichas acciones son más bien actos de exoneración de culpas, con las que el Estado, se trata de disminuir el costo real de la paz social en el país.

19°) Que tal como ha dicho la Excelentísima Corte Suprema: "Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto." y "Que, a mayor abundamiento, no se puede dejar de tener presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial."

20°) Que además, cuando el Estado de Chile ratificó los Convenios Internacionales, en materia de Derechos Humanos, se impuso, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en los conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si éstas fueren detenidas bajo su imperio y por sus agentes, asumiendo también que se auto imponía la prohibición de amparar a los agraviados a personas determinadas o hacer la impunidad de sus autores, renunciando además, a la

facultad de auto exonerarse por las responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.

21°) Que al ser cometido un delito como el de autos, bajo un estado de guerra, y bajo un decreto de estado de sitio y en un contexto de graves violaciones a los derechos humanos, cometidos en forma, masivas y sistemática, efectuadas por agentes del Estado, armados por el Estado, con instrucción previa entregada por el mismo Estado y cumpliendo en la mayoría de los casos instrucciones precisas y concluyentes de sus superiores y poniendo a la víctima como un mero instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un numeroso grupo de personas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores y todo aquel que, en la fecha inmediata y posterior al golpe militar, se les haya sindicado la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los sublevados. Garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario, no puede menos la conciencia ética determinar que dichas graves transgresiones deben ser sancionadas, así los victimarios por su responsabilidad penal, así el Estado por su responsabilidad civil y que ambas responsabilidades no pueden ser prescriptibles, ya que la misma, es una auto exoneración del Estado responsable de ellas.

Redacción Ministro Sr. Carroza y de los votos disidentes sus autores.

Regístrese y devuélvase en su oportunidad

N° 6.332-2.007.

Pronunciada por la *Octava Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago*, presidida por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez, e integrada por el Ministro señor Mario Carroza Espinosa y Abogado Integrante señor Roberto González Maldonado.