

Santiago, siete de noviembre de dos mil ocho

Vistos:

En estos autos Rol Corte 5974 - 2007 el abogado Carlos Portales Astorga en representación del sentenciado Miguel Krassnoff Martchenko deduce recurso de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia de fecha 30 de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 2433 y siguientes, que condenó a su representado a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de todo cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago proporcional de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Luis Gregorio Muñoz Rodríguez, perpetrado en Santiago el 20 de Enero del año 1975.

Se trajeron los autos en relación a fojas 2521.

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

1º) Que la parte recurrente sostiene que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de casación formal novena del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, es decir, no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, en relación con el N° 4 del artículo 500 del mismo cuerpo de leyes, por no contener la sentencia legalmente establecidas las consideraciones por las cuales se den por probados o no probados los hechos atribuidos al acusado. Refiere que la sentencia prueba la detención de la víctima y su permanencia en el lugar denominado Villa Grimaldi, sin embargo, la sentencia no establece cual es la participación del encausado y como esta se materializó.

2º) Que junto con interponerse el presente recurso de casación en la forma, se dedujo recurso de apelación en contra del mismo fallo, refiriendo como agravios, entre otros, la falta de participación de su representado en el ilícito que se le imputa, de tal manera que la recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, en tanto este eventual vicio puede ser abordado por la vía de la apelación, lo que conlleva a rechazar el presente recurso de nulidad formal.

II.- En cuanto a los recursos de apelación

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos trigésimo primero y trigésimo segundo que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente

A.- Apelación de Miguel Krassnoff Martchenko

3º) Que la defensa de este condenado aduce como agravios:

a.- La circunstancia de no haberse dado lugar a decretar la amnistía, no obstante encontrarse el ilícito de autos dentro del período de vigencia de dicha institución. **b.-** Se desecharon sus alegaciones en cuanto a la falta de participación en el ilícito por el cual fue acusado; y **c.-** Se

rechazaron por el sentenciador del grado las circunstancias minorantes de responsabilidad alegadas;

4º) Que los agravios en los cuales el recurrente sustenta su recurso, a juicio de estos sentenciadores, no son tales, toda vez que la sentencia en alzada se hace cargo de cada uno de ellos, en forma razonada y conforme a derecho, en sus considerandos décimo octavo, décimo noveno, vigésimo, vigésimo primero y vigésimo tercero, fundamentaciones que se comparten, razón por lo cual no se accederá a ninguno de los capítulos de agravio que se expresan en el recurso deducido.

B.- Apelación del querellante Luis Darío Muñoz Rodríguez

5º) Que esta parte querellante deduce recurso de apelación sosteniendo agravios, tanto civiles como penales, en cuanto a estos últimos, lo hace consistir en el hecho que a los sentenciados no les favorece atenuante alguna, por el contrario, la responsabilidad de estos se encuentra agravada por la concurrencia de las circunstancias de alevosía, premeditación, abusar el delincuente de la superioridad de sus fuerzas, ejecutar el delito con el auxilio de gente armada o de personas que aseguren su impunidad, todas ellas establecidas en el artículo 12 N° 1, 5, 6 y 11 del Código Penal, solicitando se aplique la pena en su máximo legal. En cuanto a la apelación respecto de la parte civil del fallo, se explica que ésta no se encuentra prescrita, por cuanto conforme a la legislación penal, del hecho ilícito nace una acción penal y otra civil, estando ambos tipo de responsabilidad vinculadas al hecho originario que lo constituye el delito de secuestro. Se sostiene en esta parte del recurso, que lo permanente del ilícito penal es aplicable a la acción civil, y atendido la naturaleza del delito no procede la aplicación de las normas del derecho privado;

6º) Que para atender los agravios penales referidos a las circunstancias agravantes expresados en la apelación a que se hace referencia, se requiere que se encuentren acreditadas las conductas en que se las hace consistir y que según el recurso agravan la responsabilidad penal de los sentenciados Contreras, Moren y Krassnoff, aspectos estos de carácter subjetivo que no tienen respaldo fáctico ni de derecho dentro de los antecedentes que nos ofrece el proceso, caso en el cual, necesariamente, deben ser desestimadas. En cuanto a la circunstancia atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código penal, ésta Corte comparte el razonamiento realizando por el juez de la instancia, con lo cual también se desestima este agravio;

7º) Que en lo relacionado con los agravios civiles expresados en el recurso, será acogida esta pretensión sobre la base que esta se admite en sede penal conforme lo dispone el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en su actual redacción presenta como única limitación, que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, es decir, que exista una relación de causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal;

8º) Que el caso sublite tal vínculo causal aparece acreditado, en la medida que es la conducta ilícita investigada en autos, cometida ésta por agentes del Estado, la que se tiene como fundamento de la pretensión civil, y es a su vez, la causa que tiene en consideración la

querellante para fundamentar su acción respecto del Fisco de Chile, ello dentro del régimen especial de competencia contemplado en la ley;

9º) Que una lectura detenida del nuevo artículo 10 referido, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido más amplio que la anterior legislación, sino que comprenda también acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que demuestra que lo que se quiso con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo;

10º) Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de la mayor trascendencia al momento de hacer justicia, por cuanto está comprometido el interés público y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto;

11º) Que evidentemente estos sentenciadores han tenido presente al pronunciarse sobre la pretensión civil indemnizatoria deducida en autos, que se encuentra suficientemente afianzado procesalmente que los autores del secuestro calificado cometido en la persona de Luis Gregorio Muñoz Rodríguez, eran funcionarios del Ejército de Chile, en consecuencia, empleados públicos dependientes del Estado de Chile, los cuales actuando en ejercicio de sus funciones públicas y excediéndose abusivamente de la órbita de sus atribuciones, ocasionaron conscientemente los perjuicios cuya indemnización se demanda;

12º) Que conforme a lo que se ha venido sosteniendo, la Constitución Política de la República de Chile dispone en su artículo 6º que los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; que dichas disposiciones obligan a los integrantes de dichos órganos; y que la infracción de tales disposiciones generará las responsabilidades que determine la ley; que, en igual sentido el DFL 1/19653 de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone en su artículo 3º que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad y, consecuentemente con ello, en su artículo 4º dispone que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado; que el mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil; que en conformidad con los referidos principios y normas sobre responsabilidad del Estado, cabe concluir que el daño moral causado por conducta ilícita de los funcionarios del Estado autores del homicidio de que se trata, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho positivo citadas;

13º) Que en consecuencia, se acogerá la acción civil deducida en autos por concepto de daño moral, que tiene por objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el

actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo consagra la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por Chile, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional. Dichas disposiciones deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento jurídico interno al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados;

14°) Que el daño moral, como lo ha sostenido en forma reiterada la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, 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, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva;

15°) Que atendida esta particularidad, no puede aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas utilizadas para la determinación de los daños materiales, los que dada su naturaleza están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser acreditados, tanto en su especie como en su monto;

16°) Que del momento que existe transgresión u agravio del derecho subjetivo y ello se establece en un proceso, como ocurre con el ilícito de autos, ello conduce al mismo tiempo a tener por establecido necesariamente la existencia del daño moral y que este debe ser reparado, lo que desde ya es difícil, dado el dolor y afección que le ha significado al querellante el secuestro y desaparición de un ser querido, y que dicha afección interior y personal no puede ser medida con exactitud dada su intensidad;

17°) Que de lo razonado necesario resulta concluir, que este tipo afección o menoscabo no debe ser fundamentado ni probado por el carácter espiritual que reviste, y de allí que atendida la naturaleza del dolor no se hace indispensable la prueba sobre el mismo, de momento que se trata de un hecho evidente, público y notorio;

18°) Que de esta manera se desestima, también, la alegación subsidiaria de la parte demandada, en cuanto invoca la inexistencia de la responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado, por cuanto se hace efectiva la responsabilidad conforme a las normas del derecho internacional, tal como se refiere en el motivo décimo tercero precedente;

19°) Que en cuanto a la alegación del demandado referido al exagerado monto de la indemnización demandada que alcanza la suma de \$ 500.000.000, se estará a lo que se indica en lo resolutivo de este fallo;

20°) Que, en consecuencia, ha de darse por establecido que Luis Darío Muñoz Rodríguez, hermano del ofendido, vinculación parental acreditada con el documento acompañado a fojas 1502 y 1503, junto con el informe de la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas

aparejado a fojas 2215 y siguientes, como los antecedentes acompañados a fojas 2272 y siguientes, consistentes en Informe del Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, y parte del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, que dan cuenta del daño espiritual y físico que significa la pérdida de un ser querido en episodios violentos producto del sistema de gobierno imperante, y considerando, asimismo, la circunstancias en que fue detenido el ofendido y su posterior desaparición de los Centros de Detención de Presos Políticos existentes en la época de los hechos, llevan a estos sentenciadores a tener por establecido que ello le ocasionó al querellante un gran dolor espiritual, sufrimiento y angustia, lo que por sí constituye un daño moral que debe indemnizarse;

C.- Apelación Programa de Continuación Ministerio del Interior.

21°) Que esta parte infiere agravios, en cuanto señala que no procede que la sentencia que se revisa, reconozca a los acusados Contreras Sepúlveda, Moren Brito y Krassnoff Martchenko, la atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 6 del Código Penal, y respecto de los dos últimos, además, la del artículo 211 en relación con el artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar;

22°) Que ésta Corte, como ya se ha expresado, comparte lo razonado en el fallo en alzada, en cuanto a que concurre en favor de los acusados la atenuante de responsabilidad criminal de irreprochable conducta anterior, razón por la cual no se dará lugar a éste capítulo de agravio;

23°) Que en lo referido a la atenuante de obediencia debida del artículo 211 del Código de Justicia Militar, es menester tener en cuenta que se trata de una circunstancia modificatoria de responsabilidad especial, y que consiste en haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, lo que implica, desde ya, que él o los imputados reconozcan expresamente participación y que esta tuvo su causa en la orden impartida, lo que no sucede en autos, por cuanto los sentenciados niegan participación en los hechos, habiéndose acreditado ésta sobre la base de presunciones judiciales. Además, la doctrina moderna está conteste en que la orden no debe tener el carácter de antijurídica, es decir, no puede llevar implícita la comisión de un delito, en consecuencia, ni aún en el evento de haberse dado esta, puede concurrir la atenuante que se invoca;

24°) Que, asimismo, se encuentra establecido que los encausados en su calidad de agentes del Estado y empleados públicos cometieron actos que constituyen abuso de poder, torciendo o desacreditando la función pública que la ciudadanía les ha entregado, con lo cual la atenuante de responsabilidad invocada tampoco puede ser acogida;

25°) Que conforme a lo resuelto, concurren respecto de los sentenciados Moren Brito y Krassnoff Martchenko sólo una circunstancia atenuante de responsabilidad, y conforme lo dispone el artículo 68 del Código penal, se aplicará la pena correspondiente al delito en su grado mínimo;

26°) Que por lo razonado, ésta Corte se ha hecho cargo de la opinión de la Fiscal Judicial manifestada en su informe de fojas 2558;

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68 y 103 del Código Penal, 510, 514, 527 y 544 del Código de Procedimiento Penal y 768 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I.- Que se declara sin lugar el recurso de casación en la forma deducido por el abogado Carlos Portales Astorga, a fojas 2521.

II.- Que **se confirma** con declaración la sentencia de fecha 30 de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 2433 y siguientes, en cuanto se condena a **MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO y MARCELO LUIS MANUEL MOREN BRITO** a sufrir cada uno de ellos, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago proporcional de las costas de la causa, como autores del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Luis Gregorio Muñoz Rodríguez, perpetrado en Santiago el 20 de Enero de 1975.

III.- En cuanto a la acción civil, **se revoca** la sentencia de fecha 30 de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 2433 y siguientes, en cuanto por ella se acoge la excepción de prescripción de la acción civil opuesta por el Fisco de Chile, y en su lugar se declara que **se acoge** la demanda civil interpuesta por el querellante civil Luis Darío Muñoz Rodríguez a fojas 1800 y se condena a pagar al Fisco de Chile la suma de \$ 120.000.000 a título de indemnización del daño moral sufrido por el demandante con motivo del secuestro calificado de su hermano Luis Gregorio Muñoz Rodríguez, más los reajustes por la variación del Índice de Precios al Consumidor y los intereses legales que correspondan, entre la fecha que quede ejecutoriada esta sentencia y la del pago de dicha obligación.

IV.- Que no se condena en costas al demandado por haber tenido motivo plausible para litigar.

V.- Que se confirma la sentencia en todo lo demás apelado.

Acordada la decisión civil con el voto en contra del Ministro señor Solís, quien fue de opinión de rechazar la demanda indemnizatoria de los perjuicios por daño moral, en atención a que el juez del crimen es incompetente para conocer de la acción civil que se deduzca en el juicio criminal, por cuanto su conocimiento corresponde a los tribunales con jurisdicción civil, por así aparecer del texto del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que en su parte pertinente dispone: ? En el proceso penal podrán deducirse también con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales de 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.?

De la disposición transcrita aparece de manifiesto, que en el juicio penal sólo puede intentarse aquella acción que diga relación con las mismas conductas que constituyen el hecho punible; y del texto de la demanda se advierte que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado, calificada también como directa y objetiva, dónde no interesa el dolo o culpa en su accionar, y, obviamente, este sistema es distinto y autónomo de la responsabilidad extracontractual que gobernaría la obligación de responder de los procesados por el daño causado, en el caso que éstos hubieren sido demandados en este litigio criminal, en la medida que la acción indemnizatoria se funda en hechos distintos de los propios que causaron la tipicidad.

Regístrese y en su oportunidad devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante señor Manuel Hazbún Comandari.

Rol Corte N° 5974-2007.

Pronunciada por la **Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Jorge Dahm Oyarzún e integrada por el Ministro señor Alejandro Solís Muñoz y el Abogado Integrante señor Manuel Hazbún Comandari.