

15. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

SECUESTRO CALIFICADO Y APLICACIÓN DE TORMENTOS

I. VÍCTIMA PRIVADA DE LIBERTAD Y ENCERRADA ILEGÍTIMAMENTE SIN ORDEN ALGUNA. CONFIGURA DELITO DE SECUESTRO CALIFICADO LA DETENCIÓN DE LA QUE RESULTA UN GRAVE DAÑO EN LA PERSONA O INTERESES DEL DETENIDO. DELITOS DE LESA HUMANIDAD SON IMPRESCRIPTIBLES. II. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO. ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA ES IMPRESCRIPTIBLE TRATÁNDOSE DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD

HECHOS

Querellante y condenado se alzan en contra de la sentencia definitiva de primera instancia y exclusivamente contra su parte civil, el Fisco de Chile. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones confirma en lo apelado y se aprueba en lo consultado, con voto de prevención.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (confirma)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *2240-2018, 18 de noviembre de 2019*

PARTES: *Mario Carroza Espinosa con Víctor Echeverría Henríquez; Fisco de Chile*

MINISTROS: *Sra. María Soledad Melo Labra, Sra. Jessica González Troncoso y Sr. Rafael Andrade Díaz.*

DOCTRINA

- Conforme al inciso 3° del citado artículo 141, vigente a la fecha del ilícito, hay dos formas de comisión del secuestro calificado: a) Encerrar o detener –sin derecho– a una persona privándole de libertad por más de noventa días, y b) Si en el encierro o en la detención resulta un grave daño en la persona o intereses del encerrado o detenido. Por lo tanto, como puede advertirse, la segunda hipótesis, es independiente de la primera, porque no requiere para su concreción que la víctima haya permanecido privada de su libertad por más de noventa días. Basta que mientras estuvo detenida o encerrado se le haya provocado un grave daño en su persona o en sus intereses, lo que se*

condice, en la especie, con los apremios físicos que experimentó el ofendido, así como la obligación de delatar a otros personeros del Mapu. De lo que se viene indicando, los hechos que se han tenido por establecido en el motivo segundo del fallo en alzada, en lo que se refiere a la privación de libertad de la víctima, configuran el delito de secuestro calificado en la persona –del ofendido–, contemplada en la hipótesis del artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal, toda vez que la víctima mientras estuvo privada de libertad y encerrada ilegítimamente sin orden alguna, en el mes de octubre de 1973, indudablemente sufrió un grave daño en su persona e intereses. De este modo, concurriendo en la especie, los elementos objetivos y subjetivos del tipo antes transcrito y sin alterar los presupuestos fácticos, ni la participación, se recalificará la conducta penal por la que vienen sancionados los encartados. Cabe aquí dejar consignado que conforme a la naturaleza del delito y su forma de comisión, este posee las características que distinguen este tipo de transgresiones, destacándose la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos (considerandos 10° y 11° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *En cuanto a la prescripción extintiva –de la acción civil– impetrada, debe considerarse que el artículo 5° de la Carta Fundamental permite la incorporación al derecho nacional de las obligaciones asumidas por Chile en materia internacional que recogen los principios generales del derecho humanitario, particularmente de derechos humanos, lo que la dota de jerarquía constitucional, por ello su regulación prescriptiva no puede regularse conforme al derecho privado común, toda vez que se trata de vulneraciones de lesa humanidad, de allí lo imperioso de su reparación, consecuencia de ello el Estado chileno no solo debe investigar y sancionar tales ilícitos, sino que, además, repararlos en su integridad, de lo que deviene que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional de Derechos Humanos que consagra el derecho de las víctimas a obtener la debida reparación de los perjuicios a consecuencia del acto ilícito. En cuanto al monto de indemnización, fijada a título de daño moral, debe destacarse que el Fisco apelante en la materia, no ha aportado pruebas ni argumentaciones*

adicionales a las existentes que permitan a esta Corte alterar el monto prudencialmente fijado por el sentenciador para la indemnización de perjuicios decretada, por lo que tampoco se hará lugar en este punto a su apelación (considerando 16° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/11754/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 55 de la Constitución Política de la República; 4° bis y 533 del Código de Procedimiento Penal; 141 y 150 del CP; 2314 y 2494 del Código Civil.*

RECALIFICACIÓN DE APLICACIÓN DE TORMENTOS A SECUESTRO
CALIFICADO, IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES CRIMINALES Y
CIVILES POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD*

FRANCISCO BUSTOS BUSTOS
Universidad Andrés Bello

La Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, dictó sentencia de segundo grado en el caso por el secuestro y torturas sufridas por don Francisco Gauthier Gana, por agentes del Regimiento Buin (SCA Santiago, 18.11.2019, rol N° 2240-2019)¹, conociendo de los recursos de apelación deducidos por el querellante, por Víctor Manuel Echeverría Henríquez, uno de los condenados, y por el Fisco de Chile en cuanto al aspecto civil. El fallo presenta diversos aspectos de interés, entre ellos, la recalificación del delito de aplicación de tormentos como secuestro elevando las penas impuestas, y las consideraciones de Derecho internacional de los derechos humanos para afirmar la imprescriptibilidad de las acciones penales y civiles reparatorias por crímenes de lesa humanidad. En el mismo sentido, el voto de mayoría rechaza la prescripción gradual, del art. 103 del Código Penal (CP). Expondremos a continuación algunos antecedentes del caso para el presente comentario.

Por sentencia de primera instancia (28.11.2017, rol N° 2182-98) el ministro instructor don Mario Carroza Espinoza resolvió condenar a los imputados Víctor

* Se trata de un proceso pendiente, en actual conocimiento de la Excm. Corte Suprema de Justicia, rol N° 36967-2019.

¹ Se hace presente que con fecha 29.11.2019 se dictó resolución complementaria, que aclara un error de referencia en la fecha y rol indicados en la resolución original, debiendo decir que el fallo es de noviembre de 2019 y rol N° 2240-2019.

Manuel Echeverría Henríquez, en calidad de autor, y a Hugo Enrique Gajardo Castro, como cómplice, del delito de aplicación de tormentos en perjuicio de don Francisco Gauthier Gana, en octubre de 1973, imponiendo las penas de 200 y 60 días respectivamente, más las accesorias legales. Respecto de ambos se reconoció la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 CP, irreprochable conducta anterior, y los perjudica la agravante del artículo 12 N° 8 del Código punitivo. En su parte civil, se condenó al Fisco de Chile al pago de una indemnización al actor por concepto de daño moral.

En cuanto a los recursos, el querellante reclamaba que debió condenarse por el delito reiterado de aplicación de tormentos, elevando consecuentemente las penas, el condenado Echeverría Hernández apeló en forma verbal, y el Fisco lo hizo contra el aspecto civil del fallo. Por su parte, el expediente se eleva en consulta respecto del condenado Gajardo Castro.

En cuanto a la calificación de los hechos, el tribunal de alzada discrepa del Sr. ministro y las partes del proceso, por estimar *“que atendidos los hechos establecidos según la prueba del juicio, el delito que se configura, en base a ello es el secuestro calificado, previsto en el artículo 141, del Código Penal, vigente a la época de comisión [...]”* (considerando quinto). Razona sobre los hechos acreditados en el considerando segundo del fallo objeto de impugnación, los cuales permiten *“tener por sentado que Francisco Claudio Marcelo Gauthier Gana, integrante del Movimiento de Acción Popular Unitario de la comuna de Santiago, empleado de la Empresa de Tejidos Caupolicán de Renca, fue requerido por las autoridades militares por un bando militar, y decidió entregarse a la Comisaría de Carabineros de Renca, en el mes de octubre de 1973, al enterarse que su pareja [...], había sido detenida antes, en su lugar de trabajo; una vez detenido, Gauthier Gana fue trasladado al Regimiento Buín junto a otros detenidos, lugar donde permaneció varios (sic) privado de libertad sin justificación, luego de cinco a seis días de privación de libertad, le liberan con el compromiso que debía regresar y colaborar con ellos, entregándoles información acerca de la organización del Mapu; sin embargo, la víctima una vez que se recupera de sus lesiones, logra asilarse en la embajada de Francia y abandona el país”* (considerando sexto).

La sentencia estima que el ilícito penal de aplicación de tormentos a personas privadas de libertad, del artículo 150 CP, *“sanciona como ilícito penal la aplicación de tormentos a quien está privado de libertad de conformidad a la ley”*, vale decir, *“que tal privación se haya efectuado, dentro de la esfera de tutela del ordenamiento jurídico y que, se haya desviado de aquello que no se espera ocurra respecto de quien la sufre”* (considerando octavo). En cambio, en el caso de marras, *“tanto la privación de libertad que afectó a la víctima de estos autos, la extensión de la misma, el lugar o recinto en que se les mantuvo cautivos, los apremios a que fueron sometidos y las condiciones de permanencia en él, fueron ilegítimos y sin derecho alguno a proceder en tal forma”* (considerando octavo).

Concluye, en consecuencia, que el ilícito se encuentra recogida por el tipo de secuestro calificado, del artículo 141, inciso tercero, del CP vigente a la época de los hechos (considerando octavo). Razona que en este caso se satisfacen todos los requisitos, toda vez que es suficiente que “*mientras [la víctima] estuvo detenida o encerrado se le haya provocado un grave daño n su persona o en su persona o en sus intereses, lo que se condice, en la especie, con los apremios físicos que experimentó el ofendido [...], así como la obligación de delatar a otros personeros del Mapu*” (considerando décimo).

El fallo expone además que se trata de crímenes imprescriptibles e inamnistiables, por constituir conductas prohibidas por el Derecho internacional de los derechos humanos (considerando undécimo).

En cuanto a las circunstancias modificatorias, el fallo acoge la minorante de irreprochable conducta anterior, pero rechaza la minorante de colaboración sustancial solicitada por la defensa. En cuanto a la agravante del artículo 12 N° 8 CP, la desestima en atención a que “*tratándose de delitos de Lesa Humanidad, como lo es el de la especie, el aprovecharse el sujeto activo del ilícito del carácter de funcionario público, resulta inherente, precisamente al quehacer del agente delictivo*” (considerando décimo tercero).

Por esto, resuelve confirmar el fallo con declaración, en cuanto a que Víctor Echeverría Henríquez es condenado en calidad de autor del secuestro calificado de la víctima, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo más accesorias legales, y Hugo Gajardo, en calidad de cómplice del delito, a la pena de 3 años y un día más accesorias legales, concediéndosele el beneficio de la libertad vigilada.

En cuanto a la recalificación, sobre la base de los hechos probados, nos parece una decisión en el sentido correcto. (i) En primer término, porque a partir del caso de *Miguel Ángel Sandoval Rodríguez*, la Sala Penal de la Corte Suprema, delimitó el contenido del tipo de secuestro calificado, del artículo 141 CP, debiendo preferirse su aplicación para detenciones y casos de desapariciones forzadas², por sobre figuras privilegiadas como la detención ilegal (art. 148 CP), la que exige conexión con la normativa institucional sobre privación de libertad, siguiendo la tesis del profesor Bascuñán Rodríguez³. Esta interpretación jurisprudencial, con la que coincidimos ha sido mayoritaria hasta la fecha en casos sobre desapa-

² SCS, 17.11.2004, rol N° 517-2004.

³ MAÑALICH, Juan Pablo, “El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 5 (2005), p. 11. En sentido contrario, véase: MODOLELL, Juan Luis, “La Venda Sexy, ¿Desaparición forzada de personas como simple delito de secuestro? SCA, rol N° 20584-2005/26-10-2006”, en Vargas, Tatiana (Dir.), *Casos destacados del Derecho penal. Parte especial* (Santiago, 2018), pp. 13-27.

riciones forzadas⁴; (ii) sobre esta base, la sentencia en comento lleva un paso más allá la reflexión en casos de víctimas de prisión política y tortura. En diversos procesos sobre apremios o aplicación de tormentos, en la terminología del Código Penal vigente a la época de la dictadura, los persecutores no tematizaron que las víctimas habían sido detenidas al margen de cualquier proceso, desamparadas de norma legal alguna, siendo conducidas a centros clandestinos o irregulares de detención⁵, como el Regimiento Buin, en el caso concreto.

(iii) Lo resuelto por el tribunal *ad quem* nos parece satisfactorio también desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones que emanan del Derecho internacional, a saber, investigar, juzgar y sancionar crímenes de lesa humanidad⁶. En el presente ejemplo no solo la tortura formó parte de las averiguaciones del sumario criminal, sino también las circunstancias de la privación de libertad de la víctima; (iv) la interpretación de la Corte de alzada resulta coherente con los deberes impuestos por, entre otros, el artículo 4° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), y el artículo 7.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), los cuales mandatan la imposición de penas *adecuadas* o *apropiadas*, considerando la gravedad extrema de estas conductas, pues impone al autor una pena privativa de libertad.

Por último, (v) es dable destacar que esta interpretación ha sido refrendada por la Corte de Santiago en otros procesos como el episodio “*Londres 38*” (*Torturas*)⁷, o el caso de las torturas infligidas a *Eva Palominos Rojas y Gerardo Godoy García*⁸, este último ratificado por la Corte Suprema.

En cuanto a las modificatorias, coincidimos lo resuelto respecto de las atenuantes, pero discrepamos con el tratamiento que se ha dado al art. 12 N° 8 CP. En primera instancia el Sr. ministro instructor es partidario de aplicar esta circunstancia agravante, sin reparar suficientemente en que el tipo del artículo 150 CP, vigente a la época de los crímenes, requiere de un sujeto activo calificado. Sin embargo, al momento de recalificar, pensamos, esta agravante sería plenamente

⁴ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal chileno*, (Valencia, 2018).

⁵ Sobre los centros de detención, véase: COMISIÓN VALECH, *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, (Santiago, 2005), pp. 259-466.

⁶ En este sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 81-84; *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 105-114.

⁷ SCA Santiago, 23.05.2016, rol N° 1550-2015, cons. 7° a 16°. En este caso la recalificación fue pedida por los querellantes. Los recursos de casación deducidos por las defensas se tuvieron por no presentados por defectos formales.

⁸ SCA Santiago, 29.08.2017, rol N° 1104-2016, cons. 1° a 3°.

procedente. Si bien no podemos extendernos demasiado, existen argumentos a considerar en sentido contrario: (a) primeramente, los crímenes de lesa humanidad no requieren de un sujeto activo calificado⁹; (b) el propio Estatuto de Roma, en las Reglas de Procedimiento y Prueba, regula como circunstancia agravante “*el abuso de poder o del cargo oficial*”¹⁰; y (c) sería coherente con entender que los hechos objeto de juzgamiento en este caso, fueron posibilitados, facilitados o se pudo asegurar la impunidad de los mismos fundada en las oportunidades y medios que entrega el cargo público.

En cuanto a lo civil, la sentencia adecuadamente rechaza las excepciones de prescripción y pago del Fisco, confirmando lo resuelto por el fallo de primera instancia, teniendo presente además que “*ha de ser desechada la excepción de pago, [...] lo cierto es que se trata de cuerpos legales que reconocen por parte del Estado de Chile su deber de resarcir el menoscabo sufrido por las víctimas de estas clases de delitos, instaurando resarcimientos simbólicos y en muchos casos asistenciales, lo que no se contrapone con reparaciones por daño moral reclamado de los órganos jurisdiccionales competentes*” (considerando decimosexto).

Para desechar la prescripción, la sentencia recuerda que los tratados de derechos humanos, por mandato del artículo 5° de la Constitución, están dotados de “*jerarquía constitucional por ello su regulación prescriptiva no puede regularse conforme al derecho privado común, toda vez que se trata de vulneraciones de lesa humanidad, de allí lo imperioso de su reparación, consecuencia de ello el Estado Chileno no solo debe investigar y sancionar tales ilícitos, sino que, además, repararlos en su integridad, de lo que deviene que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional de Derechos Humanos que consagra el derecho de las víctimas a obtener la debida reparación [...]*” (considerando décimo sexto).

Esta interpretación del aspecto civil, como se ha dicho anteriormente, integra una sólida línea jurisprudencial instaurada por la Sala Penal de la Corte Suprema, es un caso paradigmático de cómo ejercer adecuadamente el deber de control de convencionalidad¹¹.

⁹ BUSTOS, Francisco, *La circunstancia agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal y su inaplicación en causas sobre crímenes contra el Derecho internacional. Un análisis de la jurisprudencia chilena (1993-2018)*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional, (Santiago, 2019), pp. 108-114.

¹⁰ *Regla 145 (2)(b)(ii) de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Ibid.*, pp. 60-63.

¹¹ BUSTOS, Francisco, “Improcedencia de aplicar la prescripción gradual a crímenes de lesa humanidad, e imprescriptibilidad de la acción civil reparatoria”, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLV, (2018), pp. 458-460.

Por último, en materia de la prescripción gradual, la misma –con razón– fue desechada por mayoría, lo cual es la respuesta más coherente con las obligaciones de Derecho internacional, pues sigue sin existir una forma razonable de argumentar cuándo podemos considerar que ha transcurrido la *mitad* de un plazo imprescriptible. El voto de minoría expone un pensamiento conocido, en orden a acogerla “*cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar [...] la concurrencia de la prescripción*”. Sobre los problemas de este razonamiento, nos remitimos a lo expresado en un comentario anterior¹².

¹² *Ibid.*, pp. 457-458.

CORTE DE APELACIONES:

Santiago, dieciocho de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos tercero, décimo y vigésimo tercero, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar, y además presente:

Primero: Que contra la sentencia definitiva de primera instancia se han alzado la querellante y el condenado Víctor Manuel Echeverría Henríquez, y exclusivamente contra su parte civil, el Fisco de Chile, elevándose en consulta en cuanto al condenado Hugo Enrique Gajardo Castro, al haberse este reservado su derecho de apelar.

Segundo: Que por sentencia de primera instancia dictada por el Sr. ministro en Visita Extraordinaria, Mario Carroza Espinosa, quien en lo penal decidió condenar a Víctor Manuel Echeverría Henríquez, y a Hugo Enrique Gajardo Castro, como autor, el primero y como cómplice el segundo,

del delito de Aplicación de Tormentos, en perjuicio de Francisco Gauthier Gana, hecho ocurrido en el mes de octubre de 1973, a penas de 200 y 60 días de presidio menor en su grado mínimo y de prisión, respectivamente, más las accesorias del grado; a ambos condenados les reconoce la atenuante de “poseer una irreprochable conducta anterior”, y les perjudica la agravante del artículo 12 N° 8, del Código Penal, esto es “haberse prevalido del carácter público de su función”

En lo civil la sentencia condena al Fisco de Chile, a pagar al actor civil Francisco Gauthier Gana, una suma de cincuenta millones de pesos por concepto de daño moral, más reajustes desde que quede ejecutoriado el fallo, y con intereses desde que se constituya en mora.

Tercero: Que la querellante sostiene que la sentencia, en cuanto a lo penal, le causa agravio por cuanto estima que, atendidos los hechos asentados, y que por varios días se aplicaron tormentos a la víctima, debió condenarse por el delito reiterado de Aplicación de Tor-

mentos, debiendo elevarse el *quantum* de las penas impuestas.

En su caso el condenado, Víctor Manuel Echeverría Henríquez, apeló verbalmente de la sentencia al ser notificado de la misma.

A su turno, el demandado civil, Fisco de Chile apela de la sentencia, solo en el aspecto civil, insistiendo en sus argumentaciones, vertidas en primera instancia, para en definitiva estimar muy elevado el monto de condena.

Cuarto: Que en su informe el Ministerio Público Judicial, en lo penal está por confirmar en lo apelado y aprobar el consultado la sentencia en alzada.

EN CUANTO A LO PENAL:

Quinto: Que a diferencia de lo sostenido en la sentencia por el Sr. ministro en visita, de lo pedido por el querellante de autos, de lo apelado por el condenado Echeverría Henríquez, y de lo sostenido por el Ministerio Público Judicial, esta Corte estima que atendidos los hechos establecidos según la prueba del juicio, el delito que se configura, en base a ello es el de secuestro calificado, previsto en el artículo 141, del Código Penal, vigente a la época de comisión, esto es octubre de 1973, esto es, a la fecha de ocurrencia de los hechos el artículo 141 del Código Penal establecía lo siguiente: “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados”.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Sexto: Que, atendido el claro tenor del texto citado, los hechos acreditados, establecidos en el considerando segundo del fallo que se revisa, permiten tener por configurada la existencia del delito de secuestro de Francisco Gauthier Gana, desde que el *factum* de la prueba colacionada en la sentencia en alzada, permite tener por sentado que Francisco Claudio Marcelo Gauthier Gana, integrante del Movimiento de Acción Popular Unitario de la comuna de Santiago, empleado de la Empresa de Tejidos Caupolicán de Renca, fue requerido por las autoridades militares por un bando militar, y decidió entregarse a la Comisaría de Carabineros de Renca, en el mes de octubre de 1973, al enterarse que su pareja María Mireya Santibáñez Santibáñez, había sido detenida antes, en su lugar de trabajo; una vez detenido, Gauthier Gana fue trasladado al Regimiento Buin junto a otros detenidos, lugar donde permaneció varios (sic) privado de libertad sin justificación, luego de cinco a seis días de privación de libertad, le liberan con el compromiso que debía regresar y colaborar con ellos, entregándoles información acerca de la organización del Mapu; sin embargo, la víctima una vez que se recupera de sus lesiones, logra asilarse en la embajada de Francia y abandona el país.

Octavo: Que, el artículo 150 del Código Penal, en aparente armonía con lo que se ha venido señalando, sanciona como ilícito penal la aplicación de tormentos a quien está privado de libertad de conformidad a la ley. Esto es que tal privación, se haya efectuado, dentro de

la esfera de tutela del ordenamiento jurídico y que, se haya desviado a aquello que no se espera ocurra respecto de quien la sufre.

Sin embargo, de lo recién explicitado, es del caso que los hechos acreditados en estos antecedentes, permiten sin dudas establecer que existió un centro de detención secreto (Dependencias del Regimiento Buin), y que respecto del ofendido Francisco Gauthiuer Gana, privado de libertad fue objeto de aplicación de tormentos.

De lo anterior se sigue ineludiblemente, que la privación de libertad o su extensión en el tiempo, 5 días, transcurrieron sin que la misma estuviese enmarcada en legalidad, de conformidad a la normativa procesal penal vigente.

Por el contrario, las constataciones fácticas dan cuenta de actuaciones de funcionarios de Ejército, esto es de los encartados en estos antecedentes, con los fines que la sentencia del grado expresa.

En consecuencia, tanto la privación de libertad que afectó a la víctima de estos autos, la extensión de la misma, el lugar o recinto en que se les mantuvo cautivos, los apremios a que fueron sometidos y las condiciones de permanencia en él, fueron ilegítimos y sin derecho alguno a proceder en tal forma.

Noveno: De lo anterior se sigue, bajo estos supuestos, que el ilícito que recoge la situación fáctica acreditada, es el del secuestro calificado contemplado en el artículo 141 del Código Penal, que al momento de los hechos,

se encontraba en su inciso tercero y actualmente en el cuarto.

Al respecto, cabe consignar que el texto del artículo 141 del Código Penal, al momento de los hechos, era el siguiente: “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si el encierro o la detención se prolongare por más de noventa días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados. (Resalte incorporado).

La Ley N° 18.222, modificó el artículo 141 del Código Penal, por el siguiente “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secues-

trado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo. (Resalte incorporado)

El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a muerte”.

Conforme a lo anterior, el delito de secuestro, contemplada en el Código Penal, –vigente en el año 1973–, contiene los mismos supuestos fácticos que la vigente a partir de la modificación de la Ley N° 18.222, esto es, la prolongación del encierro por un plazo –que con la modificación se reduce a quince días– y el resultado dañoso. En cuanto a la pena, la Ley N° 18.222, la hace más gravosa desde que la figura inicial fijaba el rango de presidio mayor en cualquiera de sus grados y tras la modificación, esta queda en presidio mayor en su grado medio a máximo.

Décimo: Resulta preciso consignar que, conforme al inciso 3° del citado artículo 141, vigente a la fecha del ilícito, hay dos formas de comisión del secuestro calificado: a) Encerrar o detener –sin derecho– a una persona privándole de libertad por más de noventa días, y b) Si en el encierro o en la detención resulta un grave daño en la persona o intereses del encerrado o detenido.

Por lo tanto, como puede advertirse, la segunda hipótesis, es independiente de la primera, porque no requiere para su concreción que la víctima haya permanecido privada de su libertad

por más de noventa días. Basta que mientras estuvo detenida o encerrado se le haya provocado un grave daño en su persona o en sus intereses, lo que se condice, en la especie, con los apremios físicos que experimentó el ofendido, ya descritos en el considerando segundo de esta sentencia, así como la obligación de delatar a otros personeros del Mapu,

Undécimo: De lo que se que se viene indicando, los hechos que se han tenido por establecido en el motivo segundo del fallo en alzada, en lo que se refiere a la privación de libertad de la víctima, configuran el delito de secuestro calificado en la persona de Francisco Claudio Marcelo Gauthier Gana, contemplada en la hipótesis del artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal, toda vez que la víctima mientras estuvo privada de libertad y encerrada ilegítimamente sin orden alguna, en el mes de octubre de 1973, indudablemente sufrió un grave daño en su persona e intereses.

De este modo, concurriendo en la especie, los elementos objetivos y subjetivos del tipo antes transcrito y sin alterar los presupuestos fácticos, ni la participación, se recalificará la conducta penal por la que vienen sancionados los encartados.

Cabe aquí dejar consignado que conforme a la naturaleza del delito y su forma de comisión, este posee las características que distinguen este tipo de transgresiones, destacándose la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan

impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Duodécimo: Que la participación de los acusados, Víctor Manuel Echeverría Henríquez, y Hugo Enrique Gajardo Castro, como autor y cómplice en su caso, en el delito de secuestro antes descrito se encuentra acreditada con los elementos de cargo referido en la sentencia que se revisa, según lo explicitado en los fundamentos sexto, séptimo y octavo de la misma, en que detalladamente, respecto de uno y otro determinan la participación que ambos les cupo en relación a la víctima Gauthier Gana, al resultar indudable que el ofendido, estuvo ilegítimamente privado de libertad, en el regimiento Buin, a la sazón, un centro de detención clandestino.

Decimotercero: Que esta Corte comparte lo asentado por el Sr. ministro *a-quo*, en el Considerando Vigésimo, al acoger la modificatoria de responsabilidad penal, de irreprochable conducta anterior prevista en el artículo 11 numeral 6, del Código Penal, a ambos acusados, acreditándose suficientemente al efecto, con el mérito de los Extractos de Filiación respectivos, de fojas 1133 de Víctor Echeverría, y de fojas 1142, de Hugo Gajardo, ambos exentos de anotaciones penales pretéritas a la data de comisión del delito materia de autos.

Sin embargo, esta Corte, no comparte estimar que a ambos encartados les perjudique la agravante del artículo 12 N° 8, del Código

Penal, esto es “haberse prevalido del carácter público de su función” Lo anterior por cuanto tratándose de delitos de Lesa Humanidad, como lo es el de la especie, el aprovecharse el sujeto activo del ilícito del carácter de funcionario público, resulta inherente, precisamente al quehacer del agente delictivo, y en razón de ello la agravante invocada no puede prosperar.

En su caso, la sentencia que se revisa, en el fundamento decimonoveno, desestima la concurrencia en la especie, de la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, peticionada por la defensa del acusado Echeverría Henríquez, al no ser procedente la misma, al no existir en los hechos y según la prueba del juicio, tal colaboración y menos que alcance el estatus de sustancial.

A su turno, para la mayoría de estos sentenciadores, se coincide con las razones y la decisión de desestimar la concurrencia, para ambos acusados del instituto de media prescripción, según lo expuesto en el motivo vigésimo primero del fallo en alzada.

Por último, esta Corte comparte la decisión de base, contenida en el considerando vigésimo segundo, en orden a rechazar la petición de las dos defensas de los acusados, de aplicar en su favor la diminuyente del artículo 211 en relación al artículo 214 del Código Penal, esto es haber cometido el ilícito en cumplimiento de órdenes recibidas

de un superior jerárquico, al no estar ellas afinadas en prueba alguna del proceso.

Decimocuarto: Para la determinación de la pena a imponer ha de considerarse, que Víctor Manuel Echeverría Henríquez, y Hugo Enrique Gajardo Castro, tienen la calidad de autor y cómplice, respectivamente, del delito de secuestro calificado del artículo 141 del Código Penal, ilícito que tiene como marco sancionatorio, la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, debiendo además considerarse, que a ambos acusados, les beneficia una atenuante, sin que les perjudiquen agravantes, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, al atribuir la pena no se la aplicará en el grado máximo, reduciéndose así el marco sancionatorio ya indicado, decidiéndose imponerla en un *quantum* que se dirá en lo resolutivo.

EN CUANTO A LO CIVIL:

Decimoquinto: Que, respecto de la acción civil, que el sentenciador del grado acogió, según los fundamentos que constan en los motivos vigésimo cuarto a vigésimo noveno, ambos inclusive, en esencia radican en que se acreditó el daño, cuyo origen estriba en la privación ilegítima de libertad y de la aplicación de tormentos y vejámenes sufridos, calificados como delitos de lesa humanidad, en tales circunstancias, teniendo como hechores a agentes del Estado, son necesariamente generadoras de responsabilidad del Estado.

Decimosexto: Que, en cuanto a las alegaciones del Fisco, representado por Consejo de Defensa de Estado,

tendientes a desligar la responsabilidad civil del Estado, fundando en que el actor ha sido ya reparado integralmente, y en que a su juicio hay una supuesta imprescriptibilidad de la acción civil, para por último cuestionar por muy elevado, el monto determinado por daño moral, lo cierto es que en cuanto a reparación anteriores al demandante y en cuanto que la acción estaría prescrita se trata de alegaciones ya vertidas en primera instancia, que resultaron desestimadas en el fallo y por las razones que se leen en los fundamentos vigésimo sexto y vigésimo séptimo, y que esta corte comparte. Siendo del caso además expresar que ha de ser desecheda la excepción de pago, señalando que la Ley N° 19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación no establece de modo alguno la incompatibilidad entre la reparación pretendida en estos antecedentes y aquellas que se hayan obtenido en virtud de leyes o normas especiales. Luego, la Ley N° 19.980 de 2004, que amplió los beneficiarios y beneficios, otorgando bonos de reparación para los hijos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política. En igual sentido la Ley N° 19.992 de 2004 aumentó la pensión y reguló un derecho de opción a un bono, lo cierto es que se trata de cuerpos legales que reconocen por parte del Estado de Chile su deber de resarcir el menoscabo sufrido por las víctimas de estas clases de delitos, instaurando resarcimientos simbólicos y en muchos casos asistenciales, lo que no se contrapone con reparaciones por

daño moral reclamado de los órganos jurisdiccionales competentes.

Ahora, en cuanto a la prescripción extintiva impetrada, debe considerarse que el artículo 5° de la carta Fundamental permite la incorporación al derecho nacional de las obligaciones asumidas por Chile en materia internacional que recogen los principios generales del derecho humanitario, particularmente de derechos humanos, lo que la dota de jerarquía constitucional, por ello su regulación prescriptiva no puede regularse conforme al derecho privado común, toda vez que se trata de vulneraciones de lesa humanidad, de allí lo imperioso de su reparación, consecuencia de ello el Estado chileno no solo debe investigar y sancionar tales ilícitos, sino que, además, repararlos en su integridad, de lo que deviene que tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional de Derechos Humanos que consagra el derecho de las víctimas a obtener la debida reparación de los perjuicios a consecuencia del acto ilícito.

En cuanto al monto de indemnización, fijada a título de daño moral, debe destacarse que el Fisco apelante en la materia, no ha aportado pruebas ni argumentaciones adicionales a las existentes que permitan a esta Corte alterar el monto prudencialmente fijado por el sentenciador para la in-

demnización de perjuicios decretada, por lo que tampoco se hará lugar en este punto a su apelación.

Decimoséptimo: De lo que se viene indicando aparece que las alegaciones vertidas en estrados por el Consejo de Defensa del Estado, no tienen la entidad suficiente como para desvirtuar el razonamiento y convicción del tribunal del grado, que en lo medular es coincidente con lo señalado en el motivo anterior, por lo que se mantendrá lo que a dicho respecto viene resuelto, lo que se extiende, asimismo, a la solidaridad, toda vez que se estableció legalmente que un agente del propio Estado, actuando en el desempeño de sus funciones, quien obedeciendo órdenes de superiores jerárquicos, intervino directamente en la aplicación de tormentos al ofendido de autos, de manera tal que surge prístinamente esa responsabilidad indemnizatoria, máxime si de acuerdo a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, lo hace responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las personales del implicado, relacionado con normativa internacional de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la Convención sobre Tratados.

Decimooctavo: Que, respecto de las costas, la apelación del Fisco ha de rechazarse, desde el momento que no ha resultado gananciosa siendo esta parte vencida por la demandante.

Decimonoveno: Que, según lo razonado, y lo que se viene decidiendo no comparte esta Corte, el criterio del Sr. Fiscal Judicial, contenido en su vista de fojas 1677.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 54 bis y 533 del Código de Procedimiento Penal, 186 del Código de Procedimiento Civil, 75, y 1.14 15, 16 28, 29 y 141 del Código Penal, además de 1568, 1569, 1597, 2314 y 2494 del Código Civil, se confirma en lo apelado y se aprueba en lo consultado, la sentencia definitiva de veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, escrita de fojas 1.489 a 1538, con declaración, en cuanto a que:

a) Víctor Manuel Echeverría Henríquez, queda condenado como autor del delito de secuestro calificado de Francisco Claudio Marcelo Gauthier Gana, a sufrir la pena corporal de cinco años y un día, de presidio mayor en su grado mínimo, hechos ocurridos en septiembre de 1973, más las accesorias del artículo 28 del Código punitivo, de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de las de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

No reuniendo, Víctor Manuel Echeverría Henríquez, requisitos de la Ley N° 18.216, no se conceden al sentenciado beneficios de dicha ley, debiendo cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo, que permaneció privado de libertad con ocasión de esta causa, esto es, desde el 12 al 15 de

septiembre de 2016, según consta de fojas 1135 y 1163.

b) Se condena a Hugo Enrique Gajardo Castro, en calidad de cómplice del delito de secuestro calificado del artículo 141 del Código Penal, a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias del artículo 29 del Código punitivo, de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Reuniéndose respecto de Hugo Enrique Gajardo Castro, los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, se le concede el beneficio de Libertad Vigilada, por un lapso de tiempo, igual al de la pena corporal que se le imponía, debiendo abonarse a su respecto los días que estuvo privado de libertad con ocasión de esta causa, entre el 12 al 15 de septiembre de 2016, según consta de fojas 1144 a 1163.

Se previene que la ministra señora Melo estuvo por acoger la minorante de media prescripción alegada por las defensas, teniendo presente para ello las siguientes consideraciones:

1.- Que respecto de la aplicación del artículo 103 del Código Penal, es menester señalar que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del *quantum* de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquella descansa en el supuesto olvido del delito, en razones

procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante —que también se explica gracias a la normativa humanitaria— halla su razón de ser en motivos de política criminal relacionados con hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, eso sí que con una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse en el ámbito jurídico a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena fundada en el tiempo transcurrido desde la perpetración del delito.

2.- Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden solo en el rigor del castigo y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los

jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, dentro del marco de las facultades que conceden los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

3.- Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, ni de Derecho Convencional Internacional para su aplicación, desde que aquellas reglas solo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal que acarrea la prescripción de la acción penal. Entonces, concurriendo los supuestos del artículo 103 del Código Punitivo, no se divisa razón que obstaculice considerar a la atenuante de que se trata.

Redacción del ministro (S), Sr. Andrade y de la prevención, su autora.

Pronunciada por la Segunda Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministra señora María Soledad Melo Labra e integrada por la ministra señora Jessica González Troncoso y por el ministro (S) señor Rafael Andrade Díaz.

Rol N° 2240-2018.-