

**Santiago, a veintisiete de junio de dos mil siete.**

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada, de veintiuno de diciembre del año dos mil cuatro, escrita de fojas 1866 a 1982, con las siguientes modificaciones:

- a) Se eliminan los motivos cuadragésimo segundo, cuadragésimo quinto, quincuagésimo quinto, quincuagésimo sexto, quincuagésimo séptimo.
- b) En el considerando cuadragésimo primero se reemplaza el numeral “23” por “22”
- c) En el basamento sexagésimo tercero se sustituyen las expresiones “lo razonado en los apartados 23 y 24 del fallo” por “lo razonado en el apartado 22 A”
- d) En la consideración sexagésima sexta se reemplaza el guarismo “2324” por “2314”.
- e) Entre las citas legales, se excluyen los artículos 2413 y 2417 del Código Civil, y se agregan los artículos 2314 y 2317 del Código Civil, y 38 de la Constitución Política de la República ;

**Y teniendo, en su lugar, además presente:**

**En lo penal:**

**Primero:** Que se reconoce a los encausados Romo Mena, Zapata Reyes, Wenderoth Pozo, Krassnoff Marchenko y Moren Brito su irreprochable conducta anterior, contemplada como modificatoria de responsabilidad en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, la que se encuentra acreditada con el mérito de sus respectivos extractos de filiación y antecedentes, que figuran agregados a fojas 1093, 999, 1128, 1080 y 1188

respectivamente, donde no exhiben condenas pretéritas.

**Segundo:** Que en el caso del condenado Zapata Reyes, este Tribunal estima del caso ejercer la facultad que le confiere el artículo 68 bis del Código Penal, en orden a estimar como muy calificada la modificatoria que le fuera reconocida, teniendo especialmente presente para ello su comportamiento procesal en estos autos, donde si bien al principio negó toda participación en los hechos, en sus últimas declaraciones reconoce su intervención en allanamientos, “poroteos” y detenciones de personas relacionadas con el MIR, entregando información relevante para la presente investigación, que permitió al tribunal arribar a su convicción. Tal proceder, en procesos, como el de autos, donde se investigan sucesos de larga y penosa data, y con dificultad de prueba, significa una contribución con la justicia que resulta de suma relevancia y merece ser destacada.

**Tercero:** Que, en cuanto a los restantes condenados, no existen en autos antecedentes que permitan calificar la modificatoria que se les ha reconocido, en términos que cabe desechar la calificación pretendida por sus defensas.

**Cuarto:** Que el artículo 141 del Código Penal, vigente a la época del inicio de los hechos, contemplaba como sanción para el secuestro calificado, descrito en el inciso tercero de dicha norma- que corresponde al establecido en autos - la pena presidio mayor en cualquiera de sus grados.

**Quinto:** Que, concurriendo en relación a los encausados Romo Mena, Wenderoth Pozo, Krassnoff Marchenko y Moren Brito, una atenuante sin agravantes, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, de modo que no se les impondrá la pena en su máximo.

**Sexto:** Que beneficiando a Zapata Reyes una atenuante, con el carácter de muy calificada, se le impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito, esto es, la de presidio menor en su grado máximo, concediéndole el beneficio

de la libertad vigilada para el cumplimiento de dicha pena.

**Séptimo:** Que del modo expuesto, esta Corte se hace cargo del informe de la Señora Fiscal Judicial, de fojas 2047 y 2048, quien estuvo por confirmar el fallo sin modificaciones.

#### **En lo civil:**

**Octavo:** Que reconociendo, el legislador, que la sede penal no es la sede natural de la acción civil, admite que algunas de ellas se tramiten conjuntamente con la acción penal, así el nuevo artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, persiguió aclarar que las acciones civiles que pueden intentarse ante el Juez del proceso penal son las mismas que puede conocer como juez natural el juez civil, **solo que están favorecidas por un régimen especial de competencia**, que para hacerse efectivo exige que el fundamento de la respectiva acción civil **obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal**, estableciendo de ese modo un derecho alternativo para el actor, el que puede acudir a los tribunales civiles o presentarse al proceso penal, otorgándose de esta manera competencia a los jueces del crimen para conocer de dicha acción.

**Noveno:** Que, en dicho contexto, para pronunciarse sobre la competencia del Juez del Crimen en relación a la acción civil, cabe examinar si ella se enmarca en los extremos fijados por el legislador, a saber, que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

**Décimo:** Que, en estos autos, a fojas 1271 doña Luisa Faustina Joo interpuso demanda de indemnización de perjuicios en contra, de los acusados y del Fisco de Chile, tal como quedara reseñado en el motivo cuadragésimo sexto del fallo de primer grado, y de su tenor se desprende que la acción civil dirigida en contra del Fisco de Chile, encuentra su fundamento en la normativa constitucional, e internacional, que

invoca, además de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado.

**Undécimo:** Que, en tal escenario, conviene consignar- tal como ha sido sostenido por esta Corte- que la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho. A lo anterior se ha añadido, “que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad”. (fallo en causa Rol N° 428-03.- de esta Corte).

**Duodécimo:** Que en consecuencia con lo anterior, los supuestos de la acción intentada haría necesario invocar y acreditar la falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, que sea la causa del daño experimentado, encontrándose en consecuencia el actor llamado a probar la infracción a los deberes jurídicos del servicio público.

**Décimo tercero:** Que en apoyo de lo antes argumentado cabe también esgrimir la plena coincidencia que emerge de la norma del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, con los alcances del artículo 40 del mismo texto legal- en cuanto lo complementa- toda vez que precisa los sujetos pasivos de la acción civil en el proceso penal, sin alterar la causa de pedir que permite el régimen especial de competencia contenido en el referido artículo 10.

**Décimo cuarto:** Que, por lo demás, la conclusión a que se ha arribado resulta plenamente coherente **con la tendencia que se advierte en el legislador de la reforma procesal penal-** contemporáneo en su trabajo a las últimas modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Penal - **en orden a restringir la acción civil en el proceso penal**, limitándola a aquellos casos en que la víctima decida interponerla en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, según aparece en el artículo 59 del Código Procesal Penal, norma que resulta complementada con lo dispuesto en el artículo **171 del Código Orgánico de Tribunales**, en cuanto establece como regla general- y con la salvedad que señala- que los terceros civiles y contra los terceros civiles sólo pueden ser enjuiciadas por el Juez civil competente, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el Tribunal que conozca las gestiones relacionada con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, **o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.**

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior”

**Décimo quinto:** Que tales normas, en tanto reflejan una tendencia en el legislador procesal penal, sirven, igualmente, para iluminar los reales alcances de las normas que regulan la competencia civil del Juez Penal en el Código de Procedimiento Penal.

**Décimo sexto:** Que en tales condiciones, tal como ha concluido el fallo en alzada, **procede acoger la excepción de incompetencia absoluta del tribunal**, opuesta por el Fisco de Chile.

**Décimo séptimo:** Que para rechazar la excepción de prescripción de la acción civil, interpuesta por la defensa del demandado Krassnoff Martchenko, bastan los argumentos contenidos en el motivo sexagésimo tercero del fallo que se revisa el que para tales fines se da por reproducido.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, 29 y 68 bis del Código Penal, 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil:

**I.- Se revoca** la sentencia en alzada, en aquella parte que **no** concede a Basclay Humberto Zapata Reyes, beneficios alternativos para el cumplimiento de su pena y, en cambio, por estimar que se reúnen en la especie los requisitos del artículo 15 de la Ley N° 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de la libertad vigilada con un lapso de observación igual al del castigo corporal impuesto, ante la Sección de Tratamiento en el Medio Libre que designe, a la que deberá presentarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se ordene el cumplimiento de este dictamen por el tribunal de primera instancia.

Si la franquicia concedida le fuere revocada, comenzará a purgar la pena principal desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los treinta y seis días que permaneció privado de libertad desde el seis de febrero de 2002 al 13 de marzo del mismo año, según consta de fojas 746 y 910 vuelta.

**II.- Se confirma, en lo demás, la sentencia en alzada, con las siguientes declaraciones:**

**1.- Que se rebaja la pena impuesta** a los encausados **Krassnoff Martchenko, Luis Marcelo Moren Brito y Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo**, en su calidad de co autores del delito de secuestro calificado, cometido en la persona de Manuel Edgardo Cortez Joo, a contar del 14 de febrero de 1975 **a cinco años y un día de presidio mayor en**

**su grado mínimo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

**2.- Que se rebaja la pena impuesta a Basclay Humberto Zapata Reyes**, por su responsabilidad en el delito de secuestro calificado, cometido en la persona de Manuel Edgardo Cortez Joo, a contar del 14 de febrero de 1975, **a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y, al pago de las costas de la causa.

Se previene que el Ministro señor Segura y el abogado Integrante señor Fernández, concurren a la confirmatoria, previa eliminación de la parte final del motivo vigésimo segundo letra A), en cuanto expresa “Sin perjuicio de los que se dirá más adelante, respecto de la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos” y, sin compartir lo expuesto en el motivo vigésimo tercero, del fallo que se revisa.

Se previene, asimismo, que el **Ministro señor Rodríguez Espoz** no acepta la calificación que de la irreprochable conducta pretérita del enjuiciado Basclay Humberto Zapata Reyes se hace en el basamento segundo del presente fallo, sino que, en virtud del mismo fundamento que allí se consigna, estima que se encuentra acreditada en su favor la minorante de responsabilidad criminal de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, establecida en el artículo 11, N° 9°, en su texto actual, del Código Penal. Por consiguiente, tampoco comparte la reducción en un tramo que desde el mínimo de la pena asignada por la ley, se hace a este mismo convicto en el razonamiento sexto, la que estuvo por rebajar en dos grados y aplicar a Zapata Reyes la sanción corporal de presidio menor en su grado medio por el término de dos años, puesto que lo favorecen dos atenuantes y no lo perjudica ninguna agravante.

La aceptación de la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, opuesta por el Fisco de Chile, **fue acordada contra el voto del Ministro Sr Chaigneau**, quien estuvo por revocar el fallo en alzada en aquella parte, **y en cambio resolver el rechazo de dicha excepción**, y en consecuencia entrar en el examen del fondo del asunto, en atención a los siguientes fundamentos:

1) Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal - de acuerdo a 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”**, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal.

2) Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos-cometidas por agentes del estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

3) Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, 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 claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos , si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo.

4) 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.

5) Que a mayor abundamiento, el disidente no puede dejar de tener presente al momento de interpretar 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.

Finalmente, **el rechazo de la excepción de prescripción de la acción civil** interpuesta por los procesados Romo, Zapata y Wenderoth, al contestar la demanda presentada en su contra, y por Krassnoff al apelar de la sentencia de primer grado, **se acordó contra el voto de los Ministros Señores Segura y Rodríguez Espoz**, quienes estuvieron por revocar la sentencia apelada en la parte que por su decisión VIII acoge la demanda civil interpuesta por Luisa Faustina Joo Joo, en el segundo otrosí de fojas 1271 y condena a Miguel Krassnoff Martchenko, Osvaldo Enrique Romo Mena, Rolf Gonzalo Wenderoth Pozo y Basclay Humberto Zapata Reyes a pagar, en forma solidaria, a título de indemnización de perjuicios por daño moral la suma de \$20.000.000.- (veinte millones de pesos), y resolver, en cambio, rechazar la referida demanda en contra de los señalados encausados, acogiendo la excepción de prescripción opuesta por los referidos demandados civiles. Para resolver lo anterior tuvieron presente:

1°.- Que, en el caso de los acusados, la acción civil interpuesta, encuentra su fundamento en su participación directa en el ilícito generador del daño, conforme con lo dispuesto en el artículo 2314 y 2317 del Código Civil. Al contestarla, a fojas 1401, la defensa de los encausados Zapata, Wenderoth y Romo, opuso la excepción de prescripción de la acción civil, fundado en que el hecho dañoso por el cual se solicita indemnización acaeció el 14 de febrero de 1975, y la demanda civil fue notificada el 24 de agosto de 2004, por lo que, en su concepto, “ha transcurrido con creces el

tiempo para que esta se hubiese practicado”, no existiendo “interrupción alguna entre el hecho dañoso y la interposición de la acción idónea.”; así, pidió “tener por interpuesta excepción perentoria de prescripción de la acción civil, declarándola en definitiva”. En contra de la sentencia dictada en autos, los referidos condenados apelaron al momento de ser notificados- lo que también hizo su apoderado- según consta a fojas 1985, 1988, 1994,1995, 2032, 2034. Por su parte, el defensor de Krassnoff, al momento de apelar de la sentencia, en lo que al aspecto civil se refería, sin perjuicio de alegar inocencia, argumentó que la acción entablada se encontraba prescrita. Al efecto, señaló que la acción para obtener la reparación del daño causado por un delito o cuasidelito se extingue por prescripción de cuatro años contado desde la perpetración del acto, es decir, desde el día en que se cometió el hecho doloso o culpable, de modo que habiéndose perpetrado el acto ilícito en el mes de febrero de 1974, y notificado la demanda en el año 2004, ha transcurrido con creces dicho plazo.

**2°.-** Que conforme al artículo 2493 del Código Civil, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, quedándole vedado al Juez declararla de oficio.

**3°.-** Que para decidir el extremo de la discusión, recién reseñado, resulta necesario, tener presente que se encuentra acreditado en autos que la detención que dio origen a la posterior desaparición de don Manuel Cortez Joo - en la que tuvieron participación, como autores los encausado Romo, Wenderoth, Zapata y Krassnoff - ocurrió el 14 de febrero de 1975. Por su parte el mérito de autos da cuenta que la demanda civil, fue presentada el 11 de agosto del año 2004, apareciendo notificada el 23 de agosto a la defensa de Krassnoff (fojas 1250) y el 24 del mismo mes y año al representante de Romo, Zapata y Wenderoth ( fojas 1252).

**4°.-** Que con arreglo a lo que preceptúa el artículo 2332 del Código Civil, aplicable en la especie en virtud de lo prevenido en el inciso primero del artículo 41 del de Enjuiciamiento Criminal, las acciones que la ley concede por daño o dolo prescriben en el plazo de cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Al disponer la ley computar el plazo desde la perpetración del acto, el cuadrenio respectivo- para el

caso sublite- debe contarse desde el 14 de febrero de 1975, encontrándose, en consecuencia, extinguidas las acciones civiles - dirigidas contra los acusados Romo, Zapata, Wenderoth y Krassnoff- al tiempo de notificarse las respectivas demandas. La prolongación en el tiempo de la desaparición del mencionado Cortez Joo, así como la falta de información sobre su paradero, no obsta a la aplicación de la mencionada norma, atendidos los términos de dicha disposición legal.

5°.- Que, subsecuentemente-en concepto de los disidentes- cabe rechazar la demanda, por reparación de daño moral presentada a fojas 1271 por doña Luisa Faustina Joo en contra de los acusados Romo, Zapata, Wenderoth, y Krasnoff, en razón de haberse ejercitado dicha acción encontrándose cumplido el plazo que establece la ley para la extinción de las acciones civiles por aplicación de la prescripción contenida en el Código Civil.

6°.- Que, por ultimo, cabe consignar que no aparecen satisfechas en autos las exigencias contenidas en el artículo 103 bis del Código de Procedimiento Penal, aplicable en la especie, para interrumpir la prescripción de la acción civil constatada en autos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. José Fernández Richard y de las disidencias sus autores.

Rol N° 45-06.

Pronunciado por la **Segunda Sala** integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y José Fernández R. No firma el abogado integrante Sr. Castro, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.