

Santiago, veintiocho de mayo de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2.182-98, seguida por un Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de primera instancia de nueve de noviembre de dos mil cuatro, escrita a fs. 1973 y siguientes, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, como autor del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Luis Dagoberto San Martín Vergara, a contar del 15 de diciembre de 1974, a sufrir la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y las costas de la causa. Por ese mismo hecho y también en calidad de autor, se condenó a Raúl Eduardo Iturriaga Neumann a cumplir una condena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, con las accesorias correspondientes y el pago de las costas. Finalmente, fueron condenados Miguel Krassnoff Martchenko y Gerardo Ernesto Urrich González, en calidad de cómplices del secuestro referido, a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas.

A ninguno de los condenados se otorgó beneficio alternativo de cumplimiento alguno y se acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal opuesta por el Fisco de Chile, respecto de una demanda civil deducida en su contra.

Apelado dicho fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de diecinueve de abril de dos mil cinco, escrita a fs. 2173 y siguientes, con mayores consideraciones confirmó esa sentencia.

A fs. 2183, la defensa de Raúl Iturriaga Neumann, interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo; y a fs. 2199, 2228 y 2249, los

representantes de los demás condenados, Miguel Krassnoff, Juan Manuel Contreras y Gerardo Urrich, dedujeron recursos de casación en el fondo.

Declarados admisibles los menciona dos recursos, se trajeron los autos en relación.

A su vez, la defensa de la actora civil a fs. 2253 también dedujo recurso de casación en el fondo, el cual fue declarado inadmisibile por el propio tribunal ad quem a fs. 2263 por extemporáneo.

CONSIDERANDO:

I.- RESPECTO A LOS RECURSOS PLANTEADOS, Y PRIMERAMENTE EL DE CASACIÓN EN LA FORMA: PRIMERO: Que el recurrente de fs. 2183, RAÚL EDUARDO ITURRIAGA NEUMANN, denunció la infracción formal contemplada en el numeral 10 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en haberse extendido la sentencia ultra petita pues comprendió puntos inconexos con los que fueron materia de la acusación y de la defensa. Ello se habría cometido en razón de que la defensa del procesado siempre alegó la existencia de una eventual detención ilegal cometida por funcionarios públicos con capacidad para detener a Luis Dagoberto San Martín, pero habiéndolo hecho sin las formalidades legales, lo que constituye el tipo penal consagrado en el artículo 148 del Código Penal; sin embargo, en la sentencia de primera instancia, reproducida por la de segunda, se tuvo por establecida la existencia de un delito de secuestro previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Punitivo. Luego agrega, en el referido fallo se reconoció la existencia de la detención ilegal, pero se sancionó como secuestro.

II.- EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN EL FONDO SEGUNDO: Que la defensa del sentenciado RAÚL EDUARDO ITURRIAGA NEUMANN también interpone recurso de casación en el fondo fundado en las causales contenidas en los ordinales segundo, quinto y séptimo del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, por estimarse infringidos los artículos 93 N° 3 y N° 6 del Código Penal, en relación a los artículos 101, 102, 141 y 148 de ese mismo cuerpo legal, como asimismo, del artículo 15 de la ley 18.216.

La infracción al primer precepto mencionado se habría producido al tenerse por establecido que el hecho ocurrió el 17 de diciembre de 1974, para, sin embargo, condenar al encausado, en circunstancias que de acuerdo a lo prevenido en el D.L. 2191 de 1978, se encontraba extinguida su responsabilidad penal, por amnistía.

Agrega que en la sentencia de primera instancia se incurre en otro error al invocar las disposiciones del Tratado de Ginebra, ya que conforme a la reserva introducida por el Estado chileno, no se limitó la posibilidad de dictar leyes de perdón. Y recuerda, más adelante, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental, "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes". En consecuencia, señala que la aplicación de tratados no vigentes a la época de los hechos, implica una abierta vulneración al artículo 5º citado y al principio de legalidad que también garantiza nuestra Constitución. Recuerda en esta parte, que las disposiciones de un tratado sólo son aplicables desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal, consagrado no sólo en la Constitución Política del Estado, sino que también en el artículo 18 del Código Penal.

A continuación, detalla cada uno de los tratados esgrimidos en el proceso y concluye que parte de ellos no se encuentran ratificados por Chile y por ende, no son aplicables en nuestro derecho interno y que los demás, sólo puede ser aplicados a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia.

Se infringe el artículo 93 N° 6 del Código Punitivo, porque el máximo plazo de prescripción contemplado para un delito, es de 15 años, de modo que a la fecha de la pesquisa, habiéndose probado que el hecho ocurrió el 17 de diciembre de 1974, la acción penal se encontraba largamente prescrita a favor de Iturriaga. Arguye que se encuentra

suficientemente probado, por diversas presunciones, entre las que menciona el informe de la Vicaría de la Solidaridad, la declaración de Fátima Moor, la de José Véliz, de Marta Rozas, Claudia Holzapfel y de Osvaldo Romo, que Luis Dagoberto San Martín dejó de existir cuando estuvo detenido por personal de la DINA en el año 1974, de modo que aún cuando el hecho fuese tipificado como un secuestro calificado, de conformidad a lo prevenido en el artículo 141 inciso segundo del Estatuto Sancionatorio, la prescripción de la acción penal empezó a correr desde que se tuvieron las últimas noticias de la persona desaparecida, esto es, desde el año 1974, con lo que posible resulta concluir, que la acción penal prescribió en 1989.

Insiste, empero, en que el artículo 141 antes mencionado fue mal aplicado toda vez que Iturriaga Neumann tenía, a la fecha en que se produce el hecho, la calidad de funcionario público, desempeñándose como Mayor de Ejército. El artículo señalado está contenido en el título III del Libro II, que se refiere a "Crímenes y simples delitos contra la libertad y la seguridad cometidas por particulares", en tanto que el mismo hecho, cometido por funcionarios públicos, está ubicado en el párrafo 4º del Título III del Libro II referido, intitulado "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los Derechos garantizados por la Constitución". En el artículo 148, contenido en esta última sección, se condena a "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona?".

Termina solicitando que se anule la sentencia de alzada y que se la reemplace por otra que absuelva a Iturriaga Neumann, por acogerse la acción de prescripción de la acción penal; y, que se resuelve aplicar la amnistía contemplada en el artículo 93 N° 3 del Código Penal en relación al D.L. 2191 de 1978.

TERCERO: A fs. 2199 recurrió de casación en el fondo la defensa de MIGUEL KRASSNOFF MARTCHENKO, invocando las causales séptima y quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Por la primera de ellas, se denunció infracción a los artículos 451 a 488 del Código de Procedimiento Penal, los artí

ulos contenidos en el Libro II, juicio ordinario de mayor cuantía, por aplicación de los artículos 3º del Código de Procedimiento Civil y 43 del Código de Procedimiento Penal y de modo especial y particular el 488 del último cuerpo normativo mencionado, en cuanto aquélla establece los requisitos de las presunciones con arreglo a la norma que también denuncia infringida, contenida en el ordinal 1º del artículo 15 del Código Penal.

Sostiene el recurrente que los sentenciadores valoraron la prueba en cuanto a la acreditación de la participación de Krassnoff contra derecho y con abuso del mismo. Los jueces sólo apreciaron la prueba testimonial consistente en los dichos de Fátima Moor, Jorge Véliz y Claudio Cabello, los que sólo pueden constituir indicios y presunciones de la participación, pero no prueba completa, que sólo viene dada por la confesión. Sin embargo, con el mérito de esos testimonios, a lo más ¿señala el recurrente-, se pudo tener por probado que el Centro de detención Villa Grimaldi existió y que, en cumplimiento de misiones militares que Krassnoff ha reconocido, hubo de asistir ocasionalmente a ese lugar. En cambio, no habría ningún antecedente que permitiera sostener grado alguno de participación de este acusado, en el hecho investigado. Arguye que los jueces confunden la facultad contenida en el artículo 459 del Código Penal Adjetivo, por la cual le es permitido tener por demostrado el delito, pero en ningún caso la participación, que sólo puede ser acreditada por medio de la confesión ¿que no es el caso- o bien por indicios o presunciones que en este caso, se han configurado abusivamente contra las reglas generales de la prueba penal.

Sostiene que aún cuando los jueces están autorizados para apreciar la prueba en sana crítica, el sistema de prueba es legal, de modo que debe el juez, ponderar los hechos para apreciar las pruebas y formarse convicción. En esta parte, dice que en subsidio de las normas del Código de Procedimiento Penal, rigen las del libro II Código de Procedimiento Civil ¿Juicio ordinario de mayor cuantía-, en materia de prueba, por aplicación del artículo 3º del último cuerpo legal mencionado y del artículo 43 del primero, de modo que los principios

formativos de la prueba establecidos en el procedimiento civil, son plenamente aplicables al proceso penal.

La infracción en este caso, estaría dada por el hecho que sobre tres testimonios, que no afirman ni dicen nada respecto de la eventual participación de Miguel Krassnoff en la detención y posterior destino de Luis San Martín, se reputa como verdadero el hecho de su participación, la que no se encuentra acreditada ni certificada en los autos.

Las presunciones establecidas no son precisas, en cuanto no se fundan en hechos reales y probados en el proceso, porque se fundan en tres testimonios vagos sobre hechos que no pudieron percibir por sus sentidos y que en un caso, no constituyen más que una opinión. Tampoco son múltiples ni graves; no son precisas ni directas, porque ninguna de ellas señala de modo directo la participación que se atribuye a Krassnoff; y, por último, no concuerdan unas con otras, en primer término, porque sólo se ha tenido por establecida una presunción.

En el otro capítulo de casación, el que dice relación con la causal quinta esgrimida, el recurrente denuncia infracción al D.L. 2191 de 1978 y a los artículos 93 y siguientes del Código Penal.

Precisa que aún cuando su alegación principal sigue siendo la de inocencia, alegó como excepción la amnistía y la prescripción de la acción penal. Al respecto, argumenta que el hecho investigado en autos, fue calificado como secuestro, delito que se encuentra contemplado en el D.L. 2191 del año 1978; que se cometió el 17 de diciembre de 1974, vale decir, dentro del plazo de vigencia amparado por ese decreto ley; que a la fecha en que se dictó ese cuerpo de ley no se había sometido a proceso a su representado y que existen además, múltiples causas que dan cuenta de un destino distinto al del secuestro respecto del ofendido, uno de ellos, la muerte y posterior desaparición de su cadáver.

Luego, a pesar de la concurrencia de todos estos requisitos, que hace procedente la ley de amnistía, la mayoría de los jueces han dejado de aplicarla bajo pretensiones inaceptables, meros pretextos ideológicos

que supone basados en una interpretación libre y abusiva de un derecho internacional en el que se han incluido normas que no se encuentran vigentes en Chile y que, de estarlo, no podrían ser aplicadas al caso, sin grave infracción al principio de irretroactividad de la ley penal, omitiendo de paso, aplicar el artículo 18 del Código Penal.

Por último, alega que los sentenciadores dejaron de aplicar también los artículos 93 y siguientes del Código Penal, para cuyo objeto se recurrió a dos especies del todo antijurídicas y que emanan de la interpretación ideológica del derecho internacional que no está vigente en el país y que menos lo estaba cuando ocurrió el hecho investigado. Por un lado se aplican normas que no se encontraban vigentes a la época; y, por otro, fuerzan el tipo penal para ajustarlo al denominado tipo ?desaparición forzada de personas?. Igualmente, arguye, los sentenciadores discurren sobre una figura delictiva que el Código Penal chileno no contempla, la forma del secuestro permanente, que siendo tal y por presentar características de extensión indefinida en el tiempo, no permitirá jamás determinar el momento preciso desde el cual pudiera contarse el término de prescripción. Esa calificación es incorrecta porque su representado tenía al tiempo de comisión del hecho, la calidad de funcionario público y siendo éste el supuesto sujeto activo, quien obraba en carácter de tal, el abuso de su cargo o funciones constituyendo ilegal, se ajusta a la figura penal sancionada en el artículo 148 del Código Punitivo, se trata de la detención ilegal en lugar del presunto secuestro calificado.

Pide en definitiva, la invalidación del fallo de alzada y que se dicte en su reemplazo, otro en que se determine que Krassnoff no tuvo ninguna participación en el hecho atribuido, que se aplique la ley de amnistía ?D.L. 2191-, las leyes sobre prescripción de la acción penal; y en otro extremo, para que se califique el ilícito del modo correcto, estableciéndose que se ha tratado de una detención ilegal practicada por funcionarios públicos a la luz de lo dispuesto en el artículo 148 del Código Penal, y que en todo caso, que este acusado es inocente del hecho imputado.

CUARTO: Que a fs. 2228 la defensa de JUAN MANUEL CONTRERAS SEPÚLVEDA interpuso recurso de casación en el fondo por las causales segunda, quinta y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando infracción a los artículos 93 N° 3 y N° 6 del Código Penal, en relación al 101, 102, 141 y 148 de ese mismo cuerpo legal; al artículo 5° y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y a los artículos 6 y 7 de esta última.

La primera infracción se produce al tener por demostrado que el hecho ocurrió el 17 de diciembre de 1974, a pesar de lo cual se condena a Contreras, en circunstancias que esa fecha está amparada por el D. L. 2191 del año 1978. El fallo de primera instancia, confirmado por el de segunda, considera que no es aplicable la amnistía porque el hecho fue calificado como de secuestro permanente y porque así lo establece la Convención de Ginebra. Sobre el primer argumento, cita autores españoles y nacionales, para sostener que el delito de secuestro se consuma en la fecha de la detención, encierro o secuestro. En consecuencia, el dolo del autor es el elemento esencial de la permanencia relativa del delito y no su prolongación hipotética. El hecho no se va consumando de un instante a otro, sino que basta con la consumación inicial y tanto la duración del secuestro como sus resultados ilícitos sólo serán medidas de las penas y el comienzo de la prescripción. Sobre las disposiciones de la Convención de Ginebra aplicadas en el f

allo de alzada, alega el recurrente que Chile hizo expresa reserva en cuanto a que lo prescrito no impediría a este país, dictar leyes de perdón.

Luego, la infracción al artículo 93 N° 6 del Código Penal, se produce porque aún cuando la prescripción de un crimen es de 15 años y en autos está probado que el hecho ocurrió en diciembre de 1974, se rechazó esa excepción hecha valer por la defensa de Contreras. Sostiene que aún cuando el hecho sea tipificado como secuestro calificado, de igual modo, el término de la prescripción debe comenzar a correr desde la fecha en que se tuvieron las últimas noticias de la persona desaparecida, esto es, desde 1974, lo que se encuentra

también demostrado con suficientes antecedentes en autos.

Por otra parte, encontrándose demostrado que Contreras se desempeñaba como director de la DINA a esa fecha, no es procedente la calificación al amparo del artículo 141 del Código Penal, sino que debe serlo, en los términos del artículo 148 de ese cuerpo legal, que se refiere expresamente al caso en que el sujeto activo, es un funcionario público.

En último término, el recurrente describe todas las normas de derecho internacional esgrimidas en la sentencia y descarta su aplicación por tratarse de disposiciones no vigentes a la época de comisión del ilícito y además, porque no limitan la soberanía del Estado.

Termina pidiendo que en la sentencia de reemplazo que se dicte, se absuelva a Contreras Sepúlveda por acogerse la excepción de prescripción de la acción penal y que se resuelva aplicar la amnistía establecida en el D.L. 2191 del año 1978.

QUINTO: Que, a fs. 2249, la defensa del acusado GERARDO URRICH GONZÁLEZ, interpuso también recurso de casación en el fondo por las causales contenidas en los numerales 2 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

En el primer caso, se argumenta que el delito de secuestro permanente no existe y que no es verosímil que 28 años después de la desaparición, aún permanezca el ofendido en poder de sus captores. No se trata del tipo contemplado en el artículo 141 del Código Punitivo, sino que el establecido en el artículo 148 de ese cuerpo legal, que contempla una penalidad inferior que se ve agravada cuando la detención se prolonga más allá de 30 días.

Sostiene también, que el único elemento de incriminación contra Urrich, es el dicho de Miguel Hernández Oyarzo, oficial de Carabineros y que la imputación consiste en haber arrendado el inmueble de calle Irán con Los Plátanos, lugar donde desapareció Luis Dagoberto San Martín. Sin embargo, sostiene, los dichos de ese testigo son diversos, incurriendo en groseras contradicciones que le restan credibilidad, a pesar de lo cual, el sentenciador le atribuye valor para acreditar la participación de Urrich, incluso contra la versión de otro testigo, Luis

Muñoz, quien declaró haber entregado el inmueble en arriendo, por cuenta de su representado y que lo hizo a un funcionario de Carabineros, calidad que no tenía el recurrente. Al actuar de esta manera, el sentenciador infringió los artículos 109, 459 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita en su conclusión, que se invalide el fallo de alzada y se dicte otro en su reemplazo, conforme proceda en derecho.

II.- ANÁLISIS DE LOS RECURSOS DEDUCIDOS

SEXTO: Que, como se dijera en el considerando primero, en favor del encausado Iturriaga Neumann su defensa dedujo recurso de casación en la forma, cuyo análisis y estudio resulta ser prioritario, fundado en el numeral 10 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es aquel que sanciona con la nulidad formal la sentencia definitiva cuando el vicio de que adolece consiste en ultra petita, esto es, por haber sido extendida a puntos inconexos con los que han sido materia de la acusación y de la defensa, es decir cuando se ha producido falta de enlace, atadura o trabazón entre los puntos que fueron objeto de ambas actuaciones de modo que entre ellos no se produce la debida concatenación. Señala el recurso

que este desencuentro se produjo por el hecho que mientras la defensa alegó la existencia de una detención ilegal cometida por funcionarios públicos con capacidad para detener al o fendido, sancionada en el artículo 148 del Código Penal, el tribunal, no obstante reconocer la detención, calificó el hecho como constitutivo del delito de secuestro del artículo 141 del mismo cuerpo legal. Según los autos, fue precisamente la postura de la acusación fiscal de fs. 1411 -que imputa al procesado el delito contemplado por el artículo 141 del Código Penal-, la que ha discrepando con la defensa con los razonamientos que se desarrollan en los considerandos 22° y 23° de la sentencia de primer grado, hecha suya por la de segunda. Es decir, ambas posiciones fueron debidamente analizadas por los jueces del fondo y asumieron una convicción que les permitió calificar jurídicamente del modo ya expresado, luego, la sentencia precisamente cumplió la norma ya que no se extendió, en modo

alguno, más allá de los parámetros comprendidos en los puntos debatidos.

Valga decir que este recurso deja la sensación que, lejos de lo que en derecho queda comprendido en la causal invocada, la defensa no concuerda con la calificación jurídico-penal de los hechos que los sentenciadores establecieron, pero ello, en todo caso, sería susceptible de ser reclamado por la vía de casación en el fondo a través de la causal correspondiente, mas no por este de forma, siendo una razón más para ser desestimado.

SÉPTIMO: Que, no obstante lo dicho, sólo durante las etapas de estudio y acuerdo de los recursos propuestos estos sentenciadores pudieron apreciar la existencia de vicios formales de particular relevancia -cuyos alcances se explicarán enseguida-, razón por lo cual no fue posible advertirlos en la vista de los mismos a los abogados defensores que concurrieron a estrados para ser oídos al respecto.

OCTAVO: Que, en efecto, en los considerandos 5° y 6°, respecto al inculpado Iturriaga Neumann; 8° y 9°, respecto a Krassnoff Martchenko, y 11° y 12°, respecto a Urrich González, todos de la sentencia de primera instancia, y hechos suyos por la recurrida de segundo grado, en los primeros fundamentos señalados para cada persona los jueces parten haciendo la afirmación que no obstante la negativa de cada uno de los imputados en reconocer su participación en calidad de autor, Iturriaga, y como cómplices Krassnoff y Urrich, se desarrollan los contenidos de los diversos elementos probatorios que se estima concurren, en los segundos simplemente se afirma que "en consecuencia, debe estimarse legalmente acreditada la participación de"(autor de Iturriaga, y cómplices de Krassnoff y Urrich, respectivamente), del delito descrito en el fundamento 3° precedente?. Como se aprecia, los jueces no cuidaron expresar las consideraciones en cuya virtud debieron dar por probados hechos atribuibles a cada uno de los procesados señalados en base a los cuales les fuera posible llegar a calificar y determinar jurídicamente, a la luz de normas legales precisas, el grado de intervención que les pudo caber en el delito que se les atribuye. Esta exigencia legal no se cumple con

simples afirmaciones, sin sustento fáctico, y sin dar razones que deben preceder y servir de apoyo a la decisión.

NOVENO: Que, de lo anterior resulta que los defectos destacados importan que en definitiva la sentencia en examen adolezca del vicio procesal de no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley contemplado en la causal 9ª. del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el N° 4° del artículo 500 que exige a los jueces el deber de hacer constar en sus sentencias definitivas las consideraciones por las cuales dan por probados los hechos que se le atribuyen a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuarla.

DECIMO: Que pueden los tribunales, conociendo por vía de casación, entre otras, invalidar d

e oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma, caso en el cual, habiéndose deducido además recursos de casación en el fondo, el acogimiento de uno de aquellos obliga a tener por no interpuestos estos otros, y

Vistos, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 775, 808 del Código de Procedimiento Civil; 535, 544 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve:

A.- Rechazase el recurso de casación en la forma deducida a fs. 2183 por la parte del encausado Raúl Eduardo Iturriaga Neumann en contra de la sentencia de 19 de abril, escrita a fs.2173 y siguientes.

B.- Sin perjuicio de lo anterior, y procediéndose de oficio, se casa de forma la misma sentencia de 19 de abril, escrita a fs.2173 y siguientes, la que, por tanto, es nula.

C.- Téngase por no interpuestos todos los recursos de casación en el fondo deducidos en contra de la misma sentencia.

D.- Díctese acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia de reemplazo correspondiente.

Regístrese.

Redacción del Ministro Nibaldo Segura Peña.

Rol N° 2165-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Abogado Integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.