

Santiago, siete de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos **Rol N° 275-2010**, del 34° Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de veintiocho de abril de dos mil quince, en lo que atañe a los recursos, se condenó a Miguel Krassnoff Martchenko y a Rolf Wenderoth Pozo, a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causal, como autores del delito de **secuestro calificado cometido en la persona de José Calderón Ovalle**, a contar del día 12 de febrero de 1975.

En lo civil se acogió la demanda deducida por Margarita Bernales Moncada, cónyuge de la víctima, y por sus hijas Patricia, Juana y Carmen Calderón Bernales, condenando al Fisco a pagar como indemnización de perjuicios por el daño moral causado, cuarenta millones de pesos a cada una de sus hijas y veinte millones de pesos a su cónyuge, más los reajustes e intereses que indica el fallo.

Impugnada esa decisión, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de uno de agosto de dos mil dieciséis, con adicionales fundamentos, la confirmó.

Contra el anterior pronunciamiento las defensas de los sentenciados Krassnoff Martchenko y Wenderoth Pozo, a fojas 1.915 y 1.918, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 2.700.

Considerando:

Primero: Que el recurso promovido en representación del condenado Krassnoff Martchenko se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la cual se reclama la contravención, dada la falta de aplicación, de los artículos 214 inciso segundo del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal.

En relación al primero de estos preceptos, se afirma por el recurso que para su concurrencia no es condición que la orden impartida sea relativa al servicio, pues jurídicamente no es posible sostener que ordenar la comisión de un delito sea una de aquellas materias comprendidas dentro del servicio de los militares. En tal evento, si el inferior comete un delito en cumplimiento de una orden que tienda notoriamente a la perpetración de un ilícito, sin dar cumplimiento a la formalidad de la representación, de acuerdo al artículo 335 del Código de Justicia Militar, perentoriamente se debe imponer la pena inferior en grado a la asignada por la ley al delito, lo que en este caso no ha sucedido.

En lo concerniente a la prescripción gradual que regula la norma del artículo 103 del Código Penal, se afirma que constituye una atenuante independiente de la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción total, cuyos fundamentos, fines y efectos son diversos, pues mientras ésta deja el hecho sin sanción, lo que se reclama solo conduce a la reducción de la pena. Su admisión, por último, es consecuencia del reconocimiento del principio humanitario del derecho penal, que permite disminuir el castigo para el caso de hechos delictivos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello dejan de ser punibles.

En tal caso el ilícito debe considerarse como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, dándose aplicación a las reglas de los artículos 65 a 68 del Código Penal para efectos de disminuir la pena impuesta.

Finaliza solicitando la nulidad de la sentencia recurrida a fin que en su reemplazo se declare que favorecen al enjuiciado las atenuantes del artículo 103 del Código Penal y 214 del Código de Justicia Militar, y se imponga una pena no superior al presidio menor en su grado mínimo, con los beneficios de la Ley N° 18.216.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por la defensa del condenado Wenderoth Pozo se funda en la misma causal de invalidación que el arbitrio anterior, sosteniéndose en este caso en la contravención de los artículos 11 N° 6 y 103 del Código penal y 211 y 214 del Código de Justicia Militar.

En relación a la minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, se reclama del fallo haber desconocido que no registraba condenas previas a los hechos que se le atribuyen en este proceso, fundándose erradamente la decisión en que sí las mantendría por sucesos coetáneos o anteriores al delito indagado.

En lo que atañe a la circunstancia contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, afirma que para su reconocimiento bastaba demostrar que el delito fue cometido en virtud de la orden de un superior, lo que surge de sus propios dichos y del mérito de autos, al haber reconocido participación por orden de su superior jerárquico en la DINA

Con respecto al artículo 214 del aludido cuerpo normativo, sostiene el recurso que el fallo yerra al señalar que no resulta procedente porque no confesó su participación en el hecho delictuoso, pues sí lo hizo, circunstancia que unida a la falta de concierto, la orden del superior dada en el ejercicio del servicio y la falta de las formalidades de la representación del subalterno y la insistencia del superior, imponían su acogimiento.

Finalmente, en cuanto al artículo 103 del Código Penal, se sostiene que su admisión deriva de la aplicación de los principios del derecho humanitario al derecho penal, siendo un asunto de derecho, no fáctico. Sin embargo, la sentencia desestima dicha circunstancia como consecuencia de haberse declarado la imprescriptibilidad de la acción penal derivada del crimen pesquisado, a pesar de que se trata de instituciones diferentes, pues la minorante reclamada no deja al hecho sin sanción, únicamente atenúa el castigo y el ordenamiento jurídico no la prohíbe, como sucede en el caso de las faltas y prescripciones de corto tiempo, interpretando el precepto de un modo que resulta perjudicial al condenado.

Con tales argumentos se solicita la invalidación del fallo a fin que se dicte el correspondiente de reemplazo que imponga a su mandante una pena que no exceda de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo.

Tercero: Que previo al análisis de los recursos conviene recordar los hechos que los jueces del fondo tuvieron por demostrados.

El fundamento segundo del fallo de primer grado, mantenido en la alzada, señala que: “El régimen militar en los años 1973 a 1977, crea por DL N° 521 de 1974 una policía secreta, con el nombre de Dirección de Inteligencia Nacional, y designa Director a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, entidad que ya funcionaba de facto antes de esa fecha, con facultades para detener, extraer información mediante apremios y torturas y confinar personas en sus centros operativos durante el estado de excepción.

Uno de los centros de detención y tortura de la DINA más conocido fue el de Villa Grimaldi o Cuartel Terranova, ubicado en ese entonces en calle José Arrieta N° 8.200, que comienza a funcionar a fines del año 1973. En él tenía su cuartel general la Brigada de Inteligencia Metropolitana, de la cual dependían jerárquicamente dos agrupaciones, una denominada Caupolicán y la otra Purén, la primera de ellas se encargaba de la represión de militantes del Movimiento de izquierda Revolucionario, MIR, y organizaba para cumplir

sus fines a sus agentes en grupos que recibían como nombres operativos los de Halcón, Águila, Purén y Vampiro, cada uno de ellos bajo el mando de un oficial, quien posteriormente debía dar cuenta de los resultados de los operativos a sus jefes, el de la Plana Mayor y el de la Brigada de Inteligencia Metropolitana.

La víctima José Calderón Ovalle, pertenecía en ese año 1975 al MIR, era parte de su Fuerza Central y dirigente poblacional en Lo Hermida. Fue detenido el 17 de febrero de 1975 por uno de los grupos operativos de la Brigada Caupolicán, que en esa época era dirigida por Miguel Krassnoff Martchenko, luego es llevado al Cuartel Terranova o Villa Grimaldi, dirigido en esa fecha por Marcelo Moren Brito, quien también comandaba la Brigada de Inteligencia Metropolitana y dependía del Jefe de Operaciones de la Plana Mayor, al mando de Rolf Wenderoth Pozo.

En dicho Cuartel terranova se mantuvo detenido bajo intensas sesiones de interrogatorio y tortura a José Calderón Ovalle, hasta fines del mes de febrero, ya que junto a 12 o 14 personas que se encontraban en su misma situación, fueron convocados para ser trasladados a ‘Puerto Montt’, nomenclatura representativa para los agentes de ejecución y posterior desaparición de los cuerpos en el mar, y desde ese momento nunca más se tuvo noticias de él”.

Tales sucesos fueron calificados por la sentencia como un delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141, incisos primero y tercero del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, y constitutivos de un crimen de lesa humanidad.

Cuarto: Que en cuanto a los recursos formalizados, dada su estrecha relación en torno a la causal en que se sustenta y los errores de derecho denunciados, se procederá a su estudio y resolución conjunta.

Quinto: Que sobre las materias propuestas en los libelos la sentencia declaró que en este tipo de delitos no hay prueba del término de la retención o de la muerte de la víctima, por lo que no es posible, racionalmente, iniciar el cómputo del tiempo requerido para la prescripción, lo que condujo a desestimar la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal.

En cuanto a la atenuante de irreproachable conducta anterior, se desestimó por el fallo considerando que los enjuiciados están procesados en un considerable número de causas en actual tramitación y también se les ha condenado por delitos cometidos con anterioridad al que es objeto de este proceso

En lo concerniente a las circunstancias especiales del Código de Justicia Militar, consigna la sentencia que el acusado Krassnoff Martchenko ha negado la comisión del delito, no ha señalado qué superior impartió la orden de detener a la víctima o para interrogarle mientras estuvo en Villa Grimaldi. Tampoco resultó probado que haya sido dada la orden en uso de facultades legítimas ni que se haya representado. El enjuiciado Wenderoth también ha negado participación, por lo que respecto de éste, al igual que Krassnoff, no es lógico sostener, al mismo tiempo, que obraron en cumplimiento de un deber o de órdenes recibidas de un superior jerárquico.

Sexto: Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia a propósito de estas circunstancias, es conveniente recordar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Sin embargo, como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, circunstancia que el fallo declaró expresamente, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho

Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

Séptimo: Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Octavo: Que en cuanto a las circunstancias esgrimidas del Código de Justicia Militar -tanto la minorante como la regla de determinación de pena-, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, debe decirse que una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto de servicio’, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). A mayor abundamiento, tampoco hay prueba ni aceptación por parte de los recurrentes acerca del juicio de valoración que, como subalternos, corresponde efectuar respecto de la orden del superior jerárquico, ni su representación, más cuando los argumentos de las defensas descartan su participación, condiciones en las que tales reclamaciones no pueden ser atendidas.

Noveno: Que sobre la minorante de irreproachable conducta anterior que el fallo desestima, se funda en los hechos que el tribunal estableció y que conducen a esa conclusión, los que permanecen inalterados, dado que no se formuló denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba por la causal del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, de modo que no puede existir una errada calificación acerca de la estimación de un asunto que queda entregado al criterio de los jueces de la instancia, cual es discernir si concurren los elementos fácticos que exige la ley para la aceptación de dicha circunstancia.

Décimo: Que por las consideraciones precedentes ninguno de los capítulos comprendidos en los recursos de casación en el fondo formulados puede prosperar, por lo que ambos serán desestimados.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 536, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos en representación de los sentenciados Miguel Krassnoff Martchenko y Rolf Wenderoth Pozo, en contra de la sentencia de uno de agosto de dos mil dieciséis, que corre a fojas 1.909, la que por consiguiente no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre al rechazo del recurso formalizado por los sentenciados, en lo relativo a la falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal, teniendo en cuenta que al haberse establecido que el secuestro que se sanciona en estos autos es un delito permanente, no es posible determinar el momento de inicio del plazo de prescripción de la acción penal. En efecto, en el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseable para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal

ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo, hasta que se acredite o la liberación del secuestrado o su deceso, nada de lo cual se ha demostrado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado, sin que se tengan noticias ciertas del paradero del afectado o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo del secuestro, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte del ofendido, y entonces mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del estado antijurídico creado por el delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción gradual, en cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, con incidencia en la cuantía de la pena, no puede realizarse, al no existir fecha cierta del término de la situación lesiva para la libertad ambulatoria provocada por la acción delictiva.

Acordada la decisión de rechazar los recursos de casación en el fondo deducidos en representación de los sentenciados, con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien estuvo por acogerlos, respecto de la prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta. Para lo anterior tuvo en consideración lo siguiente:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto 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, aquélla 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 lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento 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 a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo 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.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando

hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados. En el caso del delito de secuestro, teniendo en cuenta la norma aplicable al caso en su redacción vigente a la data de los hechos, son susceptibles de estimarse consumados desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de las víctimas, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

En consecuencia, siendo una norma claramente favorable a los procesados, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la prevención, su autor.

N° 58.917-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firman los Ministros Sres. Brito y Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y en comisión de servicios, respectivamente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a siete de noviembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al señor Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó