

## **Desaparición de Sergio Sebastián Montecinos Alfaro**

### **CORTE SUPREMA**

Santiago, veintisiete de octubre de dos mil diez.

#### **Vistos:**

En estos antecedentes rol N° 2310JF proveniente del antiguo Octavo Juzgado del Crimen de Santiago y sustanciados por el Ministro en Visita Extraordinaria Sr. Juan Eduardo Fuentes Belmar, se pronunció sentencia de primera instancia el día trece de noviembre de dos mil siete, la que está agregada a fs. 2077 y siguientes.

Por ella se decidió condenar a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, a Marcelo Luis Moren Brito y a Miguel Krassnoff Martchenko como autores del **secuestro calificado de Sergio Sebastián Montecinos Alfaro**, cometido en Santiago el 1 de Agosto de 1974, a cumplir el primero de ellos, una condena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además de pagar las costas de la causa; en tanto que Moren Brito y Krassnoff Martchenko fueron condenados a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, además del pago proporcional de las costas.

En la sección civil, se decidió acoger la excepción de prescripción de la acción que había sido opuesta en forma subsidiaria por el Fisco de Chile, por lo que se rechazó en todas sus partes la demanda civil de indemnización de perjuicios.

Esta sentencia fue apelada por la defensa de los acusados Krassnoff y Moren, así como también por la parte querellante y la representante del Programa de Continuación de la Ley 19.123 y, conocidos tales recursos por una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, se decidió su revocación en la parte que se había desechado la excepción opuesta como principal por el representante del Fisco, cual era la de incompetencia absoluta del juez del crimen para conocer de la acción civil instaurada, excepción que fue acogida; se confirmó la parte penal del fallo aludido, pero aumentando las penas impuestas a los acusados Moren y Krassnoff que quedaron sancionados con cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias pertinentes, dado que fue suprimida la atenuante que les había reconocido el juez de la instancia, del artículo 211 del Código de Justicia Militar.

Contra esta última sentencia, la defensa del condenado Krassnoff Martchenko dedujo recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación a fs. 2222.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que por el recurso de casación deducido se ha invocado la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, señalando el compareciente que expresamente acepta los hechos que se han tenido por establecidos en la sentencia. Fundamenta su recurso, en el hecho que no habría demostración alguna de que el ilícito

investigado se siga cometiendo desde fines de agosto de 1974 a esta fecha, por lo que sólo puede circunscribirse su comisión a ese año.

Denuncia como infringido el artículo 93 N° 3 del Código Penal, por haberse desechado la excepción de amnistía cuyo reconocimiento era preciso por decreto ley 2191 de 1978. Tal cuerpo legal era procedente puesto que el artículo 3° de aquél, no excluye el injusto de autos y porque concurren todos los demás requisitos legales que permitían su aplicación. Sostiene que atendido el hecho que no está probado que se trate de un delito permanente, debió acogerse la amnistía solicitada.

**SEGUNDO:** Que en un segundo capítulo del recurso de casación, también al asilo de la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, se denuncia la infracción de los artículos 93 N° 4, 95, 101 y 102 todos ellos del Código Penal, porque la acción penal de un crimen prescribe en diez años que se cuentan desde la fecha de comisión del delito, lo que ocurrió en 1974, por lo tanto, dado que no hay prueba sobre la subsistencia del ilícito en fecha posterior a la señalada, debió tenerse por prescrita la acción penal para su sanción. Aduce que cuando el autor del delito de secuestro ya no puede ejercer acto alguno sobre su víctima, no es posible sostener la existencia del delito; y, agrega que el secuestro que sanciona el artículo 141 del Código Penal no es un delito permanente, ya que la consumación se produce en el mismo momento en que el sujeto se ve impedido de actuar, pudiendo agregarse después la permanencia relativa si la lesión del bien jurídico se prolonga por mayor tiempo.

**TERCERO:** Que, por último, el recurrente alega la improcedencia de los tratados internacionales en la especie, puesto que el artículo 5° de la Constitución Política no limita la facultad soberana del Estado de ?perdonar? cualquier delito y tampoco deroga la normativa sobre prescripción de la acción penal.

Aduce que se violentan los principios de legalidad y de reserva legal al aceptarse la aplicación de los tratados internacionales que no estaban vigentes en nuestro país al tiempo de acaecimiento de los hechos de esta causa. Sobre los Convenios de Ginebra, alega que no tienen aplicación porque, aun cuando fueron publicados en 1951, sólo se refieren a situaciones de guerra interna, no de simple conmoción y porque cuando el DL N° 5 de 1973 declaró estado de guerra, lo hizo para el solo efecto de dar aplicación a las penas establecidas en el Código de Justicia Militar.

Luego, en cuanto al tratado sobre Desaparición Forzada de Personas, aduce que no es aplicable tampoco porque no había sido ratificado, sin que se incurra en violación del artículo 18 del Convenio de Viena, que ordena no realizar actos que frustren el objeto y fin de un Tratado antes que aquél entre en vigor, porque el objetivo de ese tratado era el de tipificar el delito de desaparición forzada de personas, norma sustantiva que sólo puede tener vigencia una vez ratificado el Tratado.

Agrega que la ley N° 20.357, que tipificó los delitos de lesa humanidad, dejó clara la procedencia de la prescripción, puesto que el artículo 40 de ese cuerpo legal establece a la fecha de promulgación de esa ley, que tal clase de delitos son imprescriptibles, en tanto su artículo 44 aclara que los hechos cometidos con anterioridad se regirán por la ley vigente a la época de ocurrencia.

Termina el recurrente solicitando se invalide el fallo de la Corte de Santiago y se lo reemplace por otro que disponga la absolución de su representado por concurrir en su beneficio la amnistía y la prescripción de la acción penal.

**CUARTO:** Que para la adecuada resolución del recurso interpuesto, resulta preciso revisar el hecho que se ha tenido por probado y que se lee en el razonamiento cuarto de la sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en esa parte, por la de segunda y que reza: *“A) Que un grupo de agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, se avocaron a investigar las actividades de personas que formaban parte del Partido Socialista y de aquellos que colaboraban con dicho organismo, procediendo a detener a varios de sus adherentes, trasladándolos a lugares secretos de detención.*

*B) Que dentro de esas actividades, el día 01 de agosto de 1974, aproximadamente a las 16:00 horas, sujetos del organismo denominado “DINA”, se apersonaron al domicilio de Avenida Egaña N° 1.528 de ÑUÑO A y detuvieron a Sergio Sebastián Montecinos Alfaro, el que fue trasladado a un recinto de detención clandestino denominado “Londres 38” o “Yucatán”, donde fue visto en días posteriores por otros detenidos, sin que hasta la fecha se tenga noticias de su paradero o destino.*

*C) Que el mencionado cuartel que sirvió como recinto clandestino y secreto de detención de opositores al Régimen Militar no estaba considerado entre aquellos establecimientos carcelarios destinados a la detención de personas, establecidos en el Decreto Supremo N° 805 del Ministerio de Justicia de 1928 (vigente a esa época).*

**QUINTO:** Que el hecho transcrito fue tipificado como secuestro calificado de Sergio Sebastián Montecinos Alfaro que establece el artículo 141 inciso tercero del Código Penal, en su redacción vigente a la época, señalándose expresamente en el razonamiento quinto de la sentencia de primera instancia, que *“la víctima fue ilegítimamente privada de libertad en un recinto clandestino de detención, prolongándose su encierro por más de noventa días, desconociéndose hasta la fecha su paradero o destino.*

Más adelante, al hacerse cargo de la defensa de los acusados, los jueces señalan en el motivo décimo noveno, *“que el delito de secuestro, tipificado en el artículo 141 del Código Penal, que consiste en encerrar o detener a una persona sin derecho, por sus características, la doctrina lo ha calificado como “permanente”, dado que su consumación se prolonga en el tiempo mientras dure la privación de libertad, la que puede cesar por la liberación efectiva de la víctima, por el consentimiento de ésta o por su muerte, acontecimientos estos últimos, que corresponde establecer en el proceso para dar por consumado, en este caso, el delito de secuestro.* Y, agregan los juzgadores en el número 3 de ese párrafo: *“Que durante el curso del proceso, a pesar de todas las investigaciones que se han efectuado para determinar la fecha de consumación del delito de secuestro, esto es, la libertad o muerte de la víctima, no se ha podido establecer con precisión si ocurrieron tales hechos, por lo que no es posible, en esta instancia procesal, decidir que el secuestro calificado de Sergio Sebastián Montecinos Alfaro hubiere concluido.*

**SEXTO:** Que de lo evidenciado aparece claro que los jueces de la instancia han dado por

establecido que el delito de secuestro se sigue cometiendo hasta la fecha, por lo que se le dio la calificación de delito permanente, circunstancia que llevó a esos mismos sentenciadores a rechazar las alegaciones de la defensa en orden a declarar amnistiado el delito, o bien, a declarar prescrita la acción para su juzgamiento.

**SÉPTIMO:** Que, por su parte, a pesar que el recurrente inicia su libelo declarando que acepta los hechos que fueron investigados y probados por el tribunal a quo y no modifica dos por el Tribunal ad quem?, lo que resulta consistente con la causal invocada, que señala La aplicación errónea de la ley penal que autoriza el recurso de casación en el fondo, sólo podrá consistir: N° 5: En que, aceptados, como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso 2° del artículo 434?, la verdad es que el recurrente, acto seguido, rechaza que se trate de un delito permanente, diciendo expresamente que En toda la investigación sumarial, ¿no hay mención alguna, investigación o prueba que determine que el ilícito continúa ocurriendo más allá de las fechas señaladas. En autos no hay otro medio de prueba, tales como testigos, informe de peritos, inspección personal del juez, instrumentos públicos o privados, confesión, presunciones o indicios, que permitan probar y por ende concluir que el Sr. Sergio Montecinos permanece privado de libertad desde la fecha de los hechos hasta nuestros días.

Esto es, el recurrente declara aceptar los hechos que se han tenido por probados, pero a pesar que entre ellos se encuentra precisamente, la circunstancia de que el ilícito se continuó cometiendo después del 1 de agosto de 1974, la defensa de Krassnoff controvierte tal circunstancia, no sólo la denominación de ser un delito permanente, sino que el sustrato fáctico que condujo a los jueces de la instancia a tener por establecido ese extremo del ilícito. Lo anterior demuestra que el recurso adolece de un grave defecto que impide su correcto análisis, puesto que parte de un supuesto falaz, cual es, que el delito se habría agotado en el año 1974, situación que como ya se dijo, no resulta ser efectiva de cara a los hechos que se tuvieron por probados en la causa.

Para la impugnación de esa conclusión del proceso, el recurrente debía esgrimir la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, relativa a la existencia de violación de las normas reguladoras de la prueba, disposiciones que debieron ser evidenciadas por el recurrente en cuanto a la infracción que respecto de ellas se habría cometido y su influencia en lo resolutivo, en los términos que aquél pretendía, o sea, que el delito se circunscribió en su comisión, sólo al año 1974.

**OCTAVO:** Que así las cosas, el análisis que la parte recurrente hace de la supuesta infracción que se habría cometido al descartarse las excepciones de amnistía y prescripción de la acción penal, sólo puede ser revisada a la luz de los hechos acreditados, cuales son, que el injusto se siguió cometiendo después de 1974 y que recibió por ese motivo, la calificación de delito permanente.

**NOVENO:** Que como se advierte del ordinal 1 del motivo décimo noveno de la sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en esa parte por la que ahora se revisa, la excepción de amnistía se rechazó porque tratándose de un delito permanente, su comisión excedió al tiempo

fijado en el DL 2191 para el perdón de que se trata, puesto que amparó los ilícitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. Del mismo modo, en el razonamiento vigésimo de ese fallo se rechazó la excepción de prescripción, puesto que *¿en los delitos permanentes, entre los que se encuentra el secuestro, el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal se cuenta, como lo ha señalado parte de la doctrina, desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad, o en otros términos, como lo han señalado otros autores, desde que ha cesado la duración de su estado consumativo, circunstancias que, en este caso, como ya se explicó, no se ha acreditado?.* Agregan también, que la consumación del delito sigue en curso mientras no se acredite que la persona obtuvo su libertad o murió, lo que no aparece comprobado en autos.

**DÉCIMO:** Que habiendo adoptado su decisión el tribunal de alzada, en base a los antecedentes de hecho de que disponía, cuáles eran, la existencia del secuestro y su permanencia en el tiempo, sin que sea posible para este tribunal modificar el sustrato fáctico de esa secuencia, resulta inadmisibles las alegaciones del recurrente de casación, puesto que no existe error jurídico en la declaración de ser improcedentes la amnistía y la prescripción de la acción penal en un delito con las características que tiene el de autos, cuya materialización se inició en agosto de 1974 y cuya consumación se ha prolongado en el tiempo, puesto que efectivamente su ocurrencia excede al tiempo amparado por el DL 2191 y, porque al no haber cesado, no se ha iniciado el cómputo del tiempo necesario para que se declare prescrita la acción penal que de él emana.

**UNDÉCIMO:** Que, acto seguido, el recurrente de casación protesta porque, en su concepto, no procedería aplicar al caso en estudio los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Sin embargo, ni en el fallo de primera instancia, ni en el de alzada, se lee de alguno de sus pasajes que se hayan considerado para el rechazo de las alegaciones de la defensa, norma alguna de carácter internacional, lo que se circunscribió única y exclusivamente, como ya se dijo, a la naturaleza de permanente del delito de secuestro que se tuvo por demostrada. En consecuencia, si los jueces de la instancia no dieron aplicación a ninguna norma de carácter internacional, carece de todo fundamento la protesta del recurrente consistente en que no serían aplicables al caso concreto determinados tratados internacionales.

**DUODÉCIMO:** Que aún cuando puede razonarse en torno a diversos tratados internacionales para avalar las conclusiones plasmadas en la sentencia impugnada, ello no resulta necesario por ser suficientes las argumentaciones contenidas en ella para el rechazo de la solicitud de las defensas, de donde se sigue que es también innecesario analizar los demás reclamos del recurrente relativos a tratados que no fueron aplicados a la resolución del asunto.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fs. 2202 por la defensa de Miguel Krassnoff Martchenko, contra la sentencia de veintisiete de mayo de dos mil diez, que se lee desde fs. 2198 a 2201, la que por consiguiente, **no es nula**.

**Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Segura**, quien fue de opinión de casar, de oficio, en el fondo, la sentencia de alzada, porque, a su juicio, con los razonamientos y decisión pertinentes, se incurrió en infracción de derecho al desechar la excepción de prescripción de la

acción penal, que debió acogerse, por lo que estuvo por pronunciar sentencia de reemplazo en que se acogiera tal alegación de las defensas y se absolviera, en consecuencia, a los acusados. Para ello, ha tenido en consideración las siguientes razones:

1.- Que el delito de secuestro objeto de esta investigación a la fecha de los hechos se encontraba tipificado y sancionado por el artículo 141 del Código Penal, disposición que reconoce vinculación directa con el derecho hispano toda vez que proviene originalmente del artículo 405 del Código Penal Español de 1822. En el Proyecto original del Código Penal Chileno fue incluida como artículo 126 y en la Sesión 146°, del 2 de junio de 1873, pasó a ser artículo 146 y aprobado sin variaciones.

2.- Que el delito de secuestro, muy particularmente con respecto al tipo concebido en el artículo 141 en su texto de la época, ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia -como también por esta sentencia-, como delito de carácter permanente, esto es, de aquellos que se cometen al ejecutarse la acción de "encerrar" o "detener" a otro privándole de su libertad, pero su consumación se prolonga y permanece mientras dura la privación de libertad del sujeto pasivo, de lo cual deducen que sólo es posible aplicar las normas de prescripción de la acción persecutoria sólo una vez puesta en libertad la víctima o aparecido su cuerpo o restos. Como lo sostiene particularmente el profesor Sergio Politoff: "Con la privación de libertad está consumado el delito de secuestro, pero la conducta punible no está terminada, sino que dura hasta que la víctima recupere la libertad. Si así no fuera, bastaría que el hechor retenga a la víctima suficiente tiempo: el delito estaría prescrito antes que se conozca la realidad de lo acontecido" (Derecho Penal, tomo I, 2ª. Edición. Editorial Conosur, julio 2001, página 183).

3.- Que, para la calificación jurídica del hecho de la causa, con la incorporación de los sucesos agregados, es menester recurrir al estudio de la norma del artículo 141 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, según la cual, el secuestro común se presentaba en dos formas: una denominada secuestro simple y la otra, secuestro calificado o agravado. La primera consistía en el encierro y detención de una persona, sin derecho, privándole de su libertad, y cuyas modalidades de perpetración se reducen al encierro y la detención por breve tiempo, no más de noventa días y sin que por la privación de libertad resultara para la víctima grave daño en su persona o intereses; en tal caso se castiga con pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. La segunda forma de ejecución del delito se consigna en el inciso tercero y establece que: "si la detención o encierro se prolongara por más de noventa días, o si de ellos, la detención o encierro, resultare un daño grave en la persona o intereses del sujeto encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Esta es la figura denominada secuestro calificado, que puede adquirir esa condición por la ocurrencia de alguna de estas dos hipótesis disyuntivas: 1.- que el encierro o la detención dure más de noventa días, o 2.- si del encierro o la detención resultare grave daño en la persona o intereses de la víctima. Esto es, para la tipificación y sanción de tal hecho punible basta la producción de alguno de esos efectos, particularmente el del encierro o detención por más de noventa días, resultando por ello irrelevante el tiempo posterior que transcurra, y, consiguientemente, resulta muy válido para el intérprete concluir de ello que los culpables de la acción calificada incurrieron y consumaron efectivamente el delito desde el mismo momento que se llegó al día noventa y uno. De esta suerte, los jueces pueden desde este hecho claro y evidente dictar sentencia y decidir sobre las responsabilidades penales que correspondan, teniendo la conducta punible terminada. Si con posterioridad a ello apareciera el secuestrado, si vivo, pero con grave daño en su persona

o en sus intereses, o muerto, estarían libres las acciones correspondientes para perseguirse las eventuales responsabilidades penales resultantes de ello conforme a las reglas pertinentes sobre concurso de delitos.

4.- Este aislado parecer criollo no resulta estar desprovisto de apoyo doctrinario y jurisprudencial, aunque, probablemente en un sentido más radical. En España, de donde proviene nuestra norma comentada, como se advirtiera al comienzo, las detenciones ilegales y secuestros los tipifica el actual artículo 163 del Código Penal en forma muy similar a como lo hacía nuestro antiguo artículo 141. Reza: ?Artículo 163. 1.- El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2.- Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de detención, sin haber logrado el objetivo que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

5.- En relación a esta norma y a los Delitos Contra la Libertad, José Miguel Prats Canuts en el Título VI de sus ?Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal? (Aranzadi, 1996, páginas 137 y ss.), expresa que ?es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo?. ?Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del iter criminis, y por ende las conductas de autoría y la de participación desde la óptica de la intervención temporal?. En otra parte sostiene que ?Por lo que a la perfección delictiva se refiere, nuestra jurisprudencia manifiesta que el delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea?, y hace expresa y extensa referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que así también lo ha estimado (op. Cit, página 144).

6.- Que, por otra parte, la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal. El delito no ha sido objeto de persecución penal produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se genera así, la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado permanente de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese causar el

desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

7.- Que, desde la comisión del delito de autos han transcurrido más de treinta años y conforme con la normativa expresa de los artículos 93, 94, 95 y 96 del Código Penal, complementarias de las normas superiores de los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución Política de la República, operó plenamente la prescripción total de la acción penal en favor de los acusados por el secuestro calificado de Sergio Montecinos Alfaro, y en ello se funda el parecer del disidente para absolver a los encausados Contreras, Moren y Krassnoff de los cargos por los cuales fueron acusados, como se anunciara al comienzo.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Dolmestch y la disidencia, su autor.

Rol N° 5719-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C. No firman el Ministro Sr. Künsemüller y el abogado integrante Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaaur.

En Santiago, a veintisiete de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.