

Secuestro calificado de Mamerto Espinoza Henríquez

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil once.

Vistos:

1.- Que a fojas 150 del Tomo IV Reconstituido, interpone **recurso de apelación** el abogado Lorenzo Meza van den Daele, por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, en contra de la sentencia definitiva de fecha 6 de octubre de 2.009, que se lee a fs.15 y siguientes del Tomo IV Reconstituido, que tuvo por legalmente establecida la existencia del delito de **secuestro calificado de Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez** a partir de un día entre el 15 y el 19 de septiembre de 1974 y se ha dado por acreditada la participación, en calidad de autores, de Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Moren Brito, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Ciro Ernesto Torres Sáez y César Manríquez Bravo.

Funda el recurso en causales tales como el hecho de haber dado por establecido la sentencia la existencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, como ser en el considerando quincuagésimo sexto, donde se establece que a todos los acusados les favorece la circunstancia contemplada en el artículo 103 del Código Penal, y acoger además la denominada media prescripción. De igual forma reprocha que en el considerando quincuagésimo octavo del fallo se haya reconocido a los condenados Torr , Moren, Krassnoff y Manríquez la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo N  11 N  6 del Código Penal. Discrepa, además, que en la especie se haya aplicado la disposición del artículo 103 del Código Penal, toda vez que se trata de un delito de carácter permanente. Finalmente, objeta que se haya concedido a los condenados César Manríquez Bravo y Ciro Torr  Sáez, el beneficio de la libertad vigilada, puesto que el artículo 15, letra b) de la ley 18.216 expresamente prescribe que ésta podrá decretarse solamente si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, lo que no ocurre respecto de Ciro Ernesto Torr  Sáez, contra quien se dictó sentencia condenatoria en causa rol 2182-98 episodio José Domingo Cañas secuestro de Sergio Pérez Molina.

Pide a la Corte se modifique el fallo impugnado, aumentando las penas impuestas a los condenados.

2.- Que a fojas 153 el abogado Fernando Rossi Mejías, por Ciro Torr  Sáez, interpone **recurso de casación** en la forma en contra de la sentencia definitiva de fecha 6 de octubre de 2.009 que tuvo por legalmente establecida la existencia del delito de secuestro calificado de Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez a partir de un día entre el 15 y el 19 de septiembre de 1974 y se ha dado por acreditada la participación, en calidad de autores, de Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Moren Brito, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Ciro Ernesto Torres Sáez y César Manríquez Bravo.

Funda la causal de casación en lo establecido en el artículo 541 Nós 2 y 9 del Código de Procedimiento Penal, esto es no haberse recibido la causa a prueba o no haberse permitido a alguna de las partes rendir la suya o evacuar diligencias probatorias que tengan importancia para la resolución del negocio y no haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley, pues no se habría cumplido con lo dispuesto en los artículos 500 N  4 y 502 del mismo Código. Argumenta que las presunciones en base a las cuales se condenó a su representado no revisten las características de ser múltiples y graves.

Pide a la Corte se acoja el recurso, se anule la sentencia de primera instancia, absolviendo a su representado.

Sin perjuicio del recurso de casación en la forma, interpone **recurso de apelación** en contra de la misma sentencia definitiva ya individualizada.

Funda el recurso de apelación en una falta de participación en el delito, toda vez que en la detención de Mamerto Espinoza Henríquez, su representado no tuvo ninguna participación, lo que habría quedado demostrado en el juicio a través de las declaraciones de testigos, a los cuales el Ministro del Fuero les habría dado pleno valor justamente en sentido contrario, esto es, en cuanto a inculpar a su defendido.

Finalmente interpone la excepción de prescripción de la acción penal en base a lo establecido en los artículos 93 y 94 del Código Penal y la de amnistía en base al Decreto Ley 2191 DE 1978.

Pide a la Corte acoger la apelación, revocar la sentencia y declarar que **Ciro Torr3 Sáez** es absuelto en esta causa.

3.- Que a fojas 713 el abogado Carlos Portales A. por su representado Miguel Krassnoff Martchenko viene en apelar de la sentencia ya individualizada, que condenó a su representado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y al pago de las costas de la causa.

Funda el recurso en que el fallo rechazó la aplicación de la amnistía y de la prescripción, por considerar que eso le está vedado por los Convenios de Ginebra, como también rechazó la alegación de falta de participación de su representado, por no existir antecedentes que permitan acreditar su participación en los hechos investigados; y además rechazó la solicitud planteada en cuanto a calificar el hecho punible como constitutivo del delito descrito en el artículo 148 del Código Penal.

Pide se le conceda el recurso y se eleven los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago, como lo dispone el inciso segundo del artículo 510 del Código de Procedimiento Penal.

4.- Que a fojas 176 el abogado Samuel Correa Meléndez, por don César Manríquez Bravo, interpone **recurso de apelación** en contra de la sentencia ya individualizada, que condenó a su representado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y al pago de las costas de la causa.

Funda el recurso en que a su representado no le ha cabido participación alguna en los hechos que dieron origen a la instrucción de la causa, no reuniéndose en él, ninguna de las circunstancias que para considerarlo autor de delito establece el artículo 15 del Código Penal, apareciendo sólo condenado por meras presunciones, las que no reúnen ninguno de los requisitos que para considerar prueba completa establece el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

Pide a la Corte enmiende el fallo y en definitiva absuelva a su representado César Manríquez Bravo de todo cargo, por absoluta falta de participación en los hechos que se le imputan.

5.- Que a fojas 227 rola el informe del Fiscal Judicial señor Daniel José Calvo Flores, que en virtud de los antecedentes que señala, en síntesis sostiene, que en caso de Contreras Sepúlveda, quien no está favorecido por atenuante ni perjudicado por agravante, y en consideración a la extensión del mal producido, la pena puede ser impuesta, en diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales y al pago proporcional de las

costas del juicio. En la situación de los encartados Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, César Manríquez Bravo y Ciro Ernesto Torr  Sáez, quienes est n, a su parecer, beneficiados con una sola atenuante, sin que concurra agravante que les perjudique, y en atención asimismo a la extensión del mal producido, sugiere que se les imponga como pena privativa de libertad la de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y la condena proporcional al pago de las costas del juicio.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN.

PRIMERO.- Que en cuanto a la primera causal invocada, la consagrada en el N  2 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es “No haber sido recibida la causa a prueba o no haberse permitido a alguna de las partes rendir la suya o evacuar diligencias probatorias que tengan importancia para la resolución del negocio”, tal causal de casación no podrá prosperar, toda vez que no consta en autos que el recurso haya sido preparado, reclamando oportunamente de la falta denunciada, como lo impone la norma del artículo 769 del Código de Procedimiento Civil.

SEGUNDO.- Que en cuanto a la segunda causal, la establecida en el numeral 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es “No haber sido extendida en la forma dispuesta por la ley “, respecto de la cual se afirma que la sentencia impugnada no contendría las consideraciones o motivos en virtud de los cuales se dan por probados los hechos atribuidos a los acusados o los que estos aleguen en los escritos respectivos, para negar su participación o para eximirla o atenuarla.

Esta causal tampoco podrá prosperar, puesto que basta leer los considerandos quinto y siguientes, décimo y siguientes, vigésimo primero y siguientes, trigésimo primero y siguientes y cuadragésimo quinto y siguientes para comprobar que el fallo efectivamente contiene la exposición y análisis de los elementos probatorios que han permitido concluir la existencia del delito, la responsabilidad del recurrente, y las circunstancias modificatorias de la misma, tanto las alegadas como las que le fueron acogidas.

Por lo demás, el eventual vicio alegado, de ser cierto, es susceptible de subsanarse mediante el recurso de apelación que también ha sido interpuesto en esta oportunidad por la parte recurrente.

Por lo razonado precedentemente, disposiciones legales citadas, y visto además lo dispuesto en los artículos 535, 543, 544 del Código de Procedimiento Penal, 766, 769, y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **SE RECHAZA** el recurso de casación en la forma interpuesto por el abogado Fernando Rossi Mejías, en representación del condenado Ciro Torr  Sáez, en contra de la sentencia definitiva de fecha seis de octubre de dos mil nueve, escrita a fs.15 y siguientes de este Tomo IV Reconstituido, la que en consecuencia no es nula.

II.- EN CUANTO A LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

TERCERO.- Que los elementos de juicio reseñados en el fallo en alzada constituyen probanzas que legalmente apreciadas resultan suficientes para concluir tanto la existencia del delito investigado en la causa como la responsabilidad criminal que en éste cupo a los procesados, tal como se concluye en la sentencia de primer grado. en la cual se cumplen con todos y cada uno de los requisitos que al efecto ordena el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en sus diversos numerales, por lo que no se observa vicio alguno

susceptible de ser enmendado por la vía del recurso de apelación, por lo que éste no podrá ser acogido.

CUARTO.- Que en cuanto a la prescripción alegada, la Corte comparte el criterio sustentado por el señor Ministro en Visita Extraordinaria en cuanto a que el mismo no procede en la especie por tratarse de un delito permanente cual es el secuestro, y además, por ser un delito de lesa humanidad, delitos imprescriptibles conforme a la doctrina universalmente aceptada.

Sin perjuicio de lo anterior, se comparte igualmente la decisión de considerar a favor de los acusados el beneficio de media prescripción, por las razones que se contienen en el fundamento quincuagésimo sexto del fallo en alzada, disintiéndose en esta parte de la opinión de la Fiscalía Judicial, contenida en el informe de fs. 227 y siguientes.

QUINTO.- Que por la razón antes indicada, este tribunal tampoco comparte el parecer de la Fiscalía Judicial en orden a elevar las sanciones que han sido impuestas a los procesados.

SEXTO.- Que en consecuencia, apareciendo que la sentencia recurrida se encuentra ajustada al mérito del proceso y ha sido dictada conforme a derecho, y teniendo presente además que las argumentaciones contenidas en los escritos de apelación a los que se ha hecho referencia en este fallo, no logran convencer a esta Corte como para alterar lo que viene decidido, se proceder a confirmarla..

Por estas consideraciones y atendido además lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma en lo apelado y se aprueba en lo consultado** la sentencia de fecha seis de octubre de dos mil nueve escrita a fs.15 y siguientes del Tomo IV reconstituido..

Acordado el rechazo del recurso de casación en la forma y la confirmatoria y aprobatoria en el caso de los recursos de apelación, con el voto en contra del Ministro señor Villarroel Ramírez, quien estuvo por revocar la sentencia de primera instancia, en cuanto en ella se condena a Miguel Krassnoff Martchenko, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, César Manríquez Bravo y Ciro Ernesto Torré Sáez, en calidad de autores del **delito de secuestro calificado** cometido en la persona de Mamerto Eulogio Espinoza Henríquez, **entre el 15 y 19 de septiembre de 1974**, en mérito de las siguientes consideraciones:

1.- que, habiéndose el hecho investigado cometido entre el 15 y 19 de septiembre de 1974, esto es, hace ya treinta y seis años, **la responsabilidad eventual de los encausados se ha extinguido por prescripción y por amnistía;**

2.- que en efecto, y conforme al artículo 94 inciso 1°, del Código Penal, la acción penal prescribe, respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años, término que según el artículo 97 empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito;

3.- que, como ya el disidente ha expresado antes también en una opinión de minoría, las reglas que respecto de la prescripción de la acción penal se han consignado precedentemente no se alteran tratándose del delito de secuestro, previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal, que castiga al que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de libertad, y al que proporcionare lugar para la ejecución del delito. En efecto, y en lo que aquí estrictamente interesa, el disidente tiene en cuenta:

a) que los verbos rectores del delito de secuestro consisten en encerrar o detener a otro, privándole de su libertad, y también en proporcionar el lugar para la ejecución del delito. Cree el disidente que el Juez de primer grado no ha podido crear un delito de secuestro “**permanente**”

denominación que sólo constituye ficción legal que no resulta procedente en el ordenamiento penal. Se le ha denominado así cuando la persona del supuestamente secuestrado aun no aparece a la fecha del juzgamiento y de la sentencia, lo que el disidente cree se opone claramente a la norma prevista en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, según el cual “ninguna ley podrá establecer penas sin que **la conducta** que se sanciona esté **expresamente descrita** en ella”.

b) que, en el delito de secuestro, las penas se agravan si el encierro o la detención se prolongare por más de 15 días o si de ello resultare un grave daño en la persona o intereses del secuestrado, y, también, si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además el de homicidio;

c) que el encierro y la detención, como hechos de naturaleza material, física y real, han de tener necesariamente su ocurrencia en un momento dado en el tiempo y en un lugar geográfico-físico determinado, y han de ser obra del sujeto activo del delito;

d) que, en consecuencia, la ley no ha descrito como delito el que el Juez de primera instancia ha denominado como secuestro “permanente”. No que así piensa el disidente, y aun cuando se califique de tal, es exigencia ineludible del secuestro agravado de personas a las que se refieren las letras a), b), y c) precedentes, que el inculpado como autor del mismo haya tenido no sólo la voluntad o poder y **disposición moral efectiva** para proceder a la detención o encierro, sino también **el poder y la aptitud material o física** posterior para conservar y mantener en el tiempo el encierro y la detención de la persona detenida. Pues bien, todos los hechos y circunstancias constatados en la presente causa han dejado de manifiesto que los inculpados en estos autos -sujetos como a la jurisdicción criminal se han hallado-, no han podido tener esa aptitud moral, física y material necesaria para mantener un secuestro como el que se les atribuye;

e) que, a mayor abundamiento, el artículo 142 bis del Código Penal, agregado por el artículo 3° de la Ley N° 19.241, de 1993, refrenda de varios modos la exigencia propuesta en esta opinión, a saber: cuando se refiere a las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima; cuando alude a la rebaja en dos grados de la pena aplicable a los secuestradores de la víctima si la devolvieren libre de todo daño y antes de cumplirse las condiciones que motivaron el secuestro; y cuando rebaja en un solo grado la pena asignada al ilícito si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones que determinaron el secuestro, el que según el inciso 3° del artículo 141 pudo ejecutarse para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones. Sigue creyendo el disidente que, si se condenara a los inculpados como autores de un delito de secuestro permanente, en el que se supone que la persona secuestrada todavía vive pero detenido preso privado de libertad de algún otro modo, podría perfectamente darse el caso de que, cumplida la pena, pudiera aparecer la persona que se dice privada de libertad, si hasta ahora no se ha constatado su muerte; y

f) que la detención materia del delito de secuestro perseguido en autos data como ya se dijo de entre el 15 y 19 de septiembre de 1974, esto es, habrían ocurrido al año siguiente del advenimiento del Gobierno de la Junta Militar, habiendo transcurrido ya más de 21 años de extinguida aquella Administración, a la que ha sucedido ya una quinta Administración en el Gobierno Constitucional de la República, lo que excluye fundadamente la hipótesis que los inculpados como autores del delito de secuestro puedan o hayan podido mantener aun por sí y/o por acto o con la cooperación de otros la persona física de la víctima durante todo el tiempo ya a la hora transcurrido, tiempo tan extenso en que dichos inculpados han carecido claramente de todo poder de autoridad para ello, cuánto más si los mismos imputados han estado privados de su libertad personal con motivo de la tramitación de esta causa y otros diversos procesos;

4.- que, por otra parte el Decreto Ley N° 2191, en su artículo 1° concedió amnistía a todas las personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas, presupuestos que se cumplen cabalmente en la especie, desde que el hecho investigado habría tenido su ocurrencia en el transcurso del año 1974, y desde que ninguno de los cinco sentenciados en este expediente se encontraran sometidos a proceso o condenados a la fecha de vigencia de dicho Decreto Ley;

5.- Que en efecto, y respecto de la amnistía, el disidente piensa:

a) que, conforme al artículo 93 N° 3 del Código Penal, la amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos. Se trata de un perdón que se concede por la ley, no para beneficiar a determinadas personas, sino que alcanza a las consecuencias jurídico-penales de los hechos delictuosos mismos a los que se extiende el texto legal que la contenga;

b) que el carácter objetivo de la amnistía aparece de manifiesto del texto mismo del artículo 1° del D.L. N° 2.191. En efecto, según el artículo 1° del referido D.L., es requisito de la amnistía que las personas que hayan incurrido en los hechos delictuosos a que él se refiere no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas, lo que lleva a concluir que carecería de todo sentido y sería inaplicable el precepto si la amnistía borrara la pena impuesta a una persona que precisamente no ha debido hallarse sometida a proceso ni menos condenada. Más aún, el propio artículo 2° de este D.L., al conceder excepcionalmente también amnistía a las personas que a la fecha de su vigencia se encontraban condenadas por Tribunales Militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, está reconociendo que la norma general en la amnistía es la indicada en el artículo 1°, que se remite incuestionable e indudablemente al perdón concedido por la ley de modo objetivo a los hechos mismos ocurridos durante el período de tiempo a que se refiere su artículo 1°, sin consideración a cuáles serán las personas determinadas a que alcanzará consecuentemente el indicado beneficio;

c) que la amnistía concedida por el D.L. 2.191, concordante con la esencia que según la concepción jurídica universal particulariza a esta institución, aparece inspirada en la tranquilidad general, la paz y el orden de que según dicho texto disfrutaba el país a la época de su promulgación; fue adoptada como un imperativo ético que ordenaba llevar adelante todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen la nación chilena; se la dispuso en procura de iniciativas que consolidaran la reunificación de todos los chilenos, y, finalmente, se la expidió ante la necesidad de una férrea unidad nacional, como se expresa en la exposición de motivos del mismo Decreto Ley;

d) que, por consiguiente, si la finalidad de la amnistía es por excelencia la búsqueda y consolidación de la paz social, aparece racional y conveniente reconocerle su validez plena como motivo o fundamento bastante de extinción de la eventual responsabilidad penal de los querellados;

e) que, finalmente, en relación al Decreto Ley en referencia, cabe advertir que no ha habido hasta ahora acto legislativo alguno, ni para interpretar su alcance ni para su eventual derogación -como habría sido procedente según los mecanismos previstos en la Constitución-, lo que permite concluir que su vigencia, vigor y validez, no ha merecido reproche legislativo de legitimidad alguno luego de transcurridos ya más de 37 años desde su promulgación; y

6.- que la sentencia de primer grado, por cierto inspirada en la materialización suprema de la justicia, invoca para ese fin los principios del Derecho Internacional. Sin embargo, los principios de imprescriptibilidad y de no amnistiabilidad de tales delitos no excluyen según el

disidente los mandatos igualmente superiores contenidos en otros diversos principios también protectores de la vida y dignidad humanas. Entre éstos, el principio de que la justicia debe administrarse con prontitud, principio éste que, también por su valor supremo, debe asociarse a los otros principios de su clase. Y será el Juez quien, de entre todos ellos, elegirá los principios que más se acomoden en equidad y justicia a las circunstancias particulares de cada caso, a las del Estado y a las de la sociedad, como igualmente a las de los sujetos activos y pasivos del presente complejo jurídico-penal. Y si bien el sentenciador de primer grado ha aplicado por elogiosas razones de justicia suprema los principios de imprescriptibilidad y de no amnistiabilidad, cree sin embargo el disidente que, al cabo de 37 años de ocurridos los sucesos, estima más imperativo el elegir los principios que mejor contribuyan a la paz y sosiego progresivo de una sociedad actual tan diversa a aquella existente a la fecha de los hechos, desencadenados en el marco de una transformación constitucional, política y social de tan honda significación en la historia político-constitucional del Estado como lo fue la mutación del Régimen político de Gobierno de 1973.

Regístrese.

Devuélvase conjuntamente con sus tomos.

Redacción: Abogado Integrante señor Enrique Pérez y del voto, su autor.

Nº 3164 -2009.-

Pronunciada por la Sexta Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez, conformada por la Ministro señora Dobra Lusic Nadal y el abogado integrante señor Enrique Pérez Levetzow.