

caso Víctor Olea Alegría y Mario Carrasco Díaz
Corte de Apelaciones de Santiago

Santiago, veintiséis de octubre de dos mil seis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

En el fundamento decimosexto, párrafo a), se sustituye el reflexivo “me por la conjunción “que , en el acápite b), la voz “reemplazo por “reemplazado y en el apartado ñ), se añade el artículo “las entre las expresiones “todas y “agrupaciones ; en el decimoctavo, se sustituye “pertenecido por “perteneciendo ; en el decimonoveno, se agrega, a su letra e) el complemento directo “se , entre las palabras “nunca y “desempeñó , en su párrafo p) se adiciona la referencia al documento de fojas 1477, con la expresión “de octubre de 1977 ; en el vigésimo primero, apartado octavo, se incorpora la frase “con el imputado Urrich , a continuación de “fojas 924 ; en el vigésimo segundo, letra j), se sustituye la parte de la oración “Señala que lo recuerda, pues recuerda , por “De él recuerda , en su letra m), párrafo primero, se agregan, a continuación de “fojas 791 , la frase “el 26 de noviembre de 2001 , y luego de “fojas 1268 , “el 1 de febrero de 2002 , al párrafo segundo, se agrega la palabra “sucedió entre “también y “con... ; en el vigésimo quinto, letra c), acápite segundo, se sustituye la expresión “entregaban por “entregados .

Se eliminan los motivos trigésimo séptimo; trigésimo octavo; trigésimo noveno; cuadragésimo; del cuadragésimo primero, el adverbio “también ; del cuadragésimo segundo, su párrafo segundo; del cuadragésimo quinto su acápite final, y, el cuadragésimo sexto.

De las citas legales, se prescinde de los artículos 30, 94, 95 y 103 del Código Penal.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1°. Que a fojas 4.027 y 4.040, se alzan los encausados Molina y Altez España.

A fojas 4.028 y 4.036, respectivamente, lo hacen por la parte de los enjuiciados Contreras Sepúlveda e Iturriaga Neumann.

A fojas 4.046, apela igualmente la querellante, Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior, en lo que el fallo ha favorecido a los acusados con la prescripción gradual, luego que estimase “agotado el delito el 11 de marzo de 1990.

2°. Que, argumenta la defensa del encausado Contreras que imputarle responsabilidad en los hechos que motivaron la investigación por haber estado a cargo de la Dirección Nacional de Inteligencia, atenta contra la garantía del debido proceso, al pretender hacerlo responsable de manera corporativa de un sistema militar impuesto a partir del 11 de septiembre de 1973.

En otro orden de cosas, recuerda que la investigación da cuenta que a los detenidos se

les llevó al cuartel de Investigaciones, sin que exista prueba que dicha institución ni ninguna otra, entregase a los detenidos a la Dina, cuyas órdenes claras respecto de personas en tal calidad, eran las de dejarlas en libertad por falta de mérito, entregarlas a la justicia ordinaria o, a disposición del Ministerio del Interior, para su envío a un centro o campamento de detenidos, ninguna de las cuales se dio en la especie. Reflexiona además, en torno a las facultades de la Dina y a los fundamentos dados por el Juez a quo para entender que los delitos no se consumaron en el año 1974 en que se produjeron las detenciones, sino el 11 de septiembre de 1990.

Recuerda, para terminar, que su parte estuvo ausente del país entre los días 8 y 17 de septiembre de 1974, a raíz de un viaje realizado a Bolivia con motivo del tratado de Charaña.

La defensa del imputado Iturriaga Neumann, como fundamento de su reproche al fallo condenatorio señala que, a la época de los hechos, éste era miembro de las Fuerzas Armadas en servicio activo y de acuerdo a la investigación, habría actuado o cumplido órdenes superiores, de manera que no puede aplicársele el artículo 141 del Código Penal, por referirse a delitos cometidos por particulares, sino el artículo 148 de el mismo Código, pero que, en todo caso, no hay ninguna pieza del expediente que acredite o pueda servir de base a una presunción de participación en la detención de los mentados Olea y Carrasco, ni a cargo de ningún lugar de detención o interrogatorio.

Reitera, los argumentos que hiciera valer al presentar sus descargos, en torno a la procedencia de la prescripción y amnistía.

3°. Que, se ha formulado cargos en contra de los encausados Contreras, Iturriaga, Urrich, Molina y Altez, como autores del delito de secuestro de Víctor Olea Alegría, y, en contra de Contreras, Iturriaga, Urrich y Molina, esta vez autores del secuestro de Mario Carrasco Díaz previstos en el artículo 141, inciso 4° del Código Penal, dando así configuración jurídica a los hechos reseñados en las fundamentaciones octava y novena del fallo que se revisa.

Tal ilícito, que se encuentra entre aquellos que atentan contra la libertad y seguridad personal, nuestro Código Punitivo lo trata en el Título III, del Libro II, como crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución. Los principales bienes que protege, son la seguridad individual y la libertad ambulatoria y, presupuestos para su configuración son la detención y encierro de una persona verificados en contra de su voluntad por quien no tiene facultad ni autoridad para disponerlo.

4°. Que, en los hechos que motivan esta causa, ambas víctimas fueron aprehendidas, mantenida en un lugar de encierro y sustraída de un legítimo procedimiento de privación de libertad, circunstancias todas que generaron necesariamente las condiciones para su desaparición. Al prolongarse en el tiempo por un período superior a los noventa días exigidos por la norma a la fecha en que se desarrollaron los hechos, hacen de la conducta descrita, constitutiva de la figura calificada del inciso 4° del artículo 141 del Código Penal.

5°. Que, en otro orden de cosas, la forma en que aparecen vulnerados derechos fundamentales como son la libertad personal y seguridad individual, excluye la aplicación del artículo 148 del estatuto penal citado, porque si bien se trata de agentes

del Estado, su actividad en los hechos de la causa no ha podido validarse, como argumenta la defensa, en pro de una función pública o del bien jurídico colectivo, tanto menos si de ella ha seguido desaparición forzada.

6°. Que en cuanto a los responsables de los delitos de secuestro materia de la presente causa, el fallo considera autores a los cinco imputados, encuadrando la actividad de Contreras Sepúlveda e Iturriaga Neumann en la situación del N° 3 del artículo 15 del Código Penal, en cuanto concertados para la ejecución del hecho, facilitan los medios con que se lleva a efecto; el primero en su calidad de director del organismo represivo Dina y el segundo, en cuanto jefe de la Brigada Purén, unidad operativa del anterior.

En la participación de los nombrados se han dado las exigencias copulativas requeridas por la ley, como son el que se hayan puesto de acuerdo antemano para la realización del hecho típico, según ha quedado asentado claramente en los motivos trece, catorce, dieciséis y diecisiete del fallo que se revisa.

La circunstancia de encontrarse fuera del país, como señala a modo de excusa el imputado Contreras, en los días en que se habrían producido las detenciones de las víctimas, no es óbice para el cumplimiento de las órdenes por sus subordinados, toda vez de la estructura jerárquica del organismo represivo del que era su director.

El accionar, en tanto, de los enjuiciados Urrich, Molina y Altez (este último en uno de los delitos), es la de un autor ejecutor que realiza materialmente, en todo o en parte, la conducta descrita por el tipo en alguna de las situaciones del N° 1 del artículo 15 del Código punitivo.

7°. Que, contrariamente a los hitos que el fallo de primer grado señala como el período que media entre la perpetración y la consumación del delito de secuestro, 11 y 16 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1990, respectivamente, no hay razón ni de hecho ni de texto para concluir que al llegar el 11 de marzo de 1990, el necesario control que asume la autoridad civil sobre los organismos represivos, sean éstos vinculados a las Fuerzas Armadas o de Orden, termina con el estado de secuestro, en la figura de permanente, y, como consecuencia de ello este ilícito deba estimarse “consumado desde tal fecha cuando, por el contrario, su naturaleza de injusto permanente lo hace continuar teniendo tal carácter con fecha posterior a esa data mientras la víctima no aparezca o se constate su deceso.

8°. Que el carácter de delito permanente que se atribuye al secuestro aparece expresado reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia, como un estado delictuoso que se prolonga en el ámbito temporal mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado. En él persisten la acción y el resultado.

Así lo enseñan, entre otros, los profesores Eduardo Novoa Monreal, en su Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1960, Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1975, Tomo I, Gustavo Labatut Glenna, Derecho Penal Parte General, Editorial Jurídica, 1995, Enrique Cury, Derecho Penal Parte General, Editorial Jurídica, 1992 y Alfredo Etcheberry, Tercera Edición actualizada año 1997, de su Derecho Penal, Parte Especial, que dan al delito en comentario el carácter de “permanente, por considerar que la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo, siendo “su característica esencial la persistencia de la acción

del resultado .

La diferencia con el delito instantáneo produce efectos jurídicos de la mayor relevancia en lo que toca al plazo de prescripción de la acción penal derivada del mismo, el que no empieza a correr sino una vez que haya cesado la duración de su estado consumativo.

Acorde con lo ya señalado y fundamento que precede, no es posible acoger dicho estatuto como causal de extinción de la responsabilidad penal como lo alega la defensa de los enjuiciados, así como tampoco aceptar beneficiarlos con la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal.

9°. Que, en relación con la amnistía, uno de los argumentos en que se basa la defensa de los imputados, justificada por la doctrina en la necesidad de resolver aquellos remanentes de conflictos principalmente con la población civil, considerándolas como instrumentos de paz social, su utilización en casos de graves violaciones a derechos fundamentales cuyo es el caso se opone a los Tratados y Convenciones Internacionales suscritos por nuestro país, toda vez que tal opción normativa obedece a la finalidad de desalentar estas conductas, de ahí que de aceptarse, se estaría incumpliendo, por parte de Chile, con los imperativos en ellos contenidos.

10°. Que de la manera que se ha razonado, se discrepa del parecer del señor fiscal judicial contenido en su dictamen de fojas 4.072, en cuanto estuvo por declarar prescritas las acciones penales dirigidas en su contra, y en subsidio absolverlos porque los ilícitos no están contemplados como excepción en el decreto ley 2191 de Amnistía, vigente.

11°. Que, en definitiva, los enjuiciados Contreras, Iturriaga, Urrich y Molina han resultado autores de dos delitos de secuestro calificado, sancionados a la fecha de su comisión con presidio mayor en cualquiera de sus grados, de manera tal que al haberse determinado en la sentencia de primer grado la imposición de una pena única, por resultarles más favorable, en atención a las atenuantes reconocidas a cada uno, se elevará desde el mínimo en un grado por la reiteración, respecto de los tres primeros.

En relación con el encausado Molina, atendida su condición de suboficial de menor instrucción y por ende más vulnerable al medio institucional en que se desarrollaron sus actividades y apareciendo del informe presentencial rasgos asertivos de personalidad, además de un férreo apoyo familiar que han de tomarse en cuenta a la hora de estimarlo reinsertado en el medio social, inclinan a esta Corte a privilegiar su conducta como muy calificada, posibilitando la rebaja de la sanción en un grado al mínimo permitido por la ley, en los términos del artículo 68 bis del Código Penal.

Igual consideración se hará respecto de Risiere Altez España, por aparecer de los antecedentes que de manera temprana se retiró de la institución incorporándose de manera responsable a labores productivas particulares dentro de un medio familiar protector, todo lo cual llevan a estimar muy calificada la atenuante reconocida por el fallo en alzada.

Y visto 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 seis de julio de dos mil cinco, escrita a fojas 3903 y siguientes, con declaración que, como

autores de los delitos de secuestro calificado de Víctor Fernando Olea Alegría y Mario Edrulfo Carrasco Díaz, cometidos los días 11 y 16 de septiembre de 1974, respectivamente, se elevan las penas que por ella se impusieran, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a cada uno de los enjuiciados, Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Raúl Eduardo Iturriaga Neumann y Gerardo Ernesto Urrich González.

Por iguales delitos, queda también condenado el encausado Alejandro Francisco Molina Cisternas, a purgar cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Como autor del delito de secuestro calificado de Víctor Fernando Olea Alegría, cometido el 11 de septiembre de 1974 el enjuiciado Risiere del Prado Altez España, queda condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias del artículo 29 del Código Penal.

Los encausados Contreras Sepúlveda, Iturriaga Neumann, Urrich González y Molina Cisternas, quedan condenados a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, del artículo 28 del Código Penal.

Y, por no darse las exigencias de la ley 18.216, para favorecer a los enjuiciados con alguna de las alternativas allí establecidas, ingresarán a cumplir las penas impuestas sirviéndoles de abono los días que les reconoce el fallo de primer grado, quedando así sin efecto los beneficios que por las decisiones XII y XIII del mismo se concedieron a los individualizados Molina y Altez.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, quien estuvo por revocar la referida sentencia, dictando en su lugar la absolución de los encausados, concordando con el informe del señor fiscal judicial, quien estuvo por declarar la prescripción de la acción penal. Tuvo para ello presente las siguientes consideraciones:

1°. Que no resulta posible, desde cualquier enfoque que se formule, admitir la ficción de permanencia de la condición de secuestrados en los casos de Víctor Fernando Olea Alegría y de Mario Edrulfo Carrasco Díaz. Conforme al mérito de autos, tales ilícitos fueron cometidos por funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, adscritos a un organismo de inteligencia creado por el régimen militar, de carácter represivo de los partidos y movimientos políticos afines al gobierno depuesto, sin que haya existido resistencia armada organizada. El control del territorio nacional por las Fuerzas Armadas y de Orden se produjo desde el primer día del Golpe de Estado, habiendo transcurrido a la fecha 32 años desde la detención y desaparición de dichas personas. Durante este prolongado espacio de tiempo pueden consignarse los siguientes acontecimientos, entre otros:

El gobierno militar cesó hace más de 16 años.

La Dina fue disuelta a lo menos 25 años atrás.

Su director, Manuel Contreras, así como numerosos funcionarios del organismo, han cumplido extensos períodos de prisión preventiva y cumplimiento de condenas durante

los últimos 15 años.

Se ha reinstaurado la democracia con cuatro gobiernos sucesivos en los pasados 16 años.

Todos los procesados ya no pertenecen a las instituciones de la Defensa Nacional o de Seguridad Pública, pues pasaron a situación de retiro hace 15 años, a lo menos.

2°. Que los elementos precedentemente reseñados, permiten formarse convicción que las víctimas de secuestro no permanecen en poder de sus captores pues éstos perdieron el poder y la aptitud material de conservar y mantener en el tiempo el encierro o la retención de los secuestrados y que sus cuerpos fueron hechos desaparecer, probablemente luego de ser torturados. Por otra parte, la permanencia en la ejecución delictiva no resulta posible sostenerla como un hecho actualmente existente, de momento que ningún antecedente reunido en autos, como prueba de cargo, permite plantear la persistencia de la actividad delictiva durante treinta y dos años posteriores a la detención y encierro de las víctimas.

3°. Que, a este respecto, el procesado Manuel Contreras sostiene que en esa época hubo en Chile una guerra con muertos y heridos y que los cuerpos de Carrasco Díaz y Olea Alegría fueron lanzados al mar, frente a Los Molles. Esta forma de hacer desaparecer los cuerpos aparece congruente con el reconocimiento que han hecho algunos funcionarios de la Dina empleando eufemismos como “Puerto Montt y “La Moneda en las listas de detenidos, anotados en la jefatura central, y que habrían significado lanzar los cuerpos al mar o enterrarlos, respectivamente. Por lo demás, en los pasados 15 años, a lo largo de Chile, se han encontrado fosas clandestinas con restos humanos pertenecientes a personas detenidas desaparecidas durante los primeros años del gobierno al mando de Augusto Pinochet.

4°. Que siendo un hecho público y notorio la existencia de personas detenidas desaparecidas, se ha dictado legislación que recoge esta realidad. Así, la ley N° 19.687 establece una obligación de secreto para quienes remitan información conducente a la ubicación de personas detenidas desaparecidas. La ley N° 19.123 indica como uno de los objetivos de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, el de “promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellos que, no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados. El soporte fundamental en esta clase de procesos, el informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, mejor conocida como Informe Rettig, expresa que “la Comisión ha adquirido la convicción de que las personas fueron objeto de una desaparición forzada por parte de agentes del Estado ;

5°. Que, por consiguiente, habiendo cesado el estado antijurídico del secuestro por la muerte y desaparición de los cuerpos, la figura penal aplicable es el antiguo artículo 141 del Código Penal, vigente a esa época, que encuadra dichos desaparecimientos en el concepto de daño grave aludido en dicho precepto legal, ya que se refiere a cualquier hecho causado intencionalmente que produzca perjuicio a las víctimas;

6°. Que luego de una exhaustiva y completa investigación, en que se han respetado escrupulosamente los principios del debido proceso, han sido encargados reos los

responsables, transcurridos más de 25 años de la comisión de los ilícitos siendo procedente, en consecuencia, aplicar la prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, en relación al artículo 94 del mismo texto, que fija en 10 años la prescripción de los crímenes previstos en el anterior artículo 141 del Código Penal. Conforme al artículo 101 del ordenamiento punitivo, la prescripción corre a favor y en contra de toda clase de personas y empieza a correr desde el día en que se hubiera cometido el delito de acuerdo al artículo 95 de dicho Código;

7°. Que la institución de la prescripción “no está fundamentada en una idea estricta de justicia, sino más bien de paz social, siendo indispensable en la práctica (Etcheberry, Derecho Penal, Tomo segundo). Su aplicación, por cierto, incluye a delitos gravísimos, cuyas penas podrían llegar hasta la muerte, sustituyéndose ésta por la de presidio perpetuo calificado de acuerdo a una reciente modificación legal;

8°. Que en la especie, aunque se tratara de violaciones al Derecho Internacional Humanitario, la prescripción es plenamente aplicable. En efecto, Chile no es parte de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad del año 1968, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Maltratados, éstos sólo obligan a las partes. Aquella convención, en todo caso, no pertenece al Derecho Internacional Consuetudinario, también denominada “costumbre internacional”, por cuanto no ha sido ratificada por la gran mayoría de los países del planeta y no descansa, como se indicó, en tratados obligatorios para Chile. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en Chile desde 1989 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que rige en el país desde 1990, no contemplan normas que establezcan imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, dejándose constancia que al momento de ratificarlos, Chile afirmó expresamente una reserva en el sentido que el reconocimiento de competencia se refiere a hechos posteriores a su ratificación;

9°. Que la autolimitación del ejercicio de la soberanía nacional respecto de los derechos humanos, incorporada a la Constitución Política de la República (artículo 5°, inciso segundo), opera sólo desde el 17 de agosto de 1989, fecha de la publicación de la ley que reformó la Constitución. Por lo tanto, los tratados internacionales que hayan entrado en vigencia después de la señalada fecha no pueden aplicarse a casos ocurridos con anterioridad pues se atentaría contra el principio de la no retroactividad de las leyes penales asentado en el artículo 19 N° 3 inciso penúltimo de la Constitución Política de la República, complementada en el artículo 18 del Código Penal, refrendado por el artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, del cual Chile se hizo parte en 1981 (Excma. Corte Suprema, años 1995 1996 y 1997). Por otra parte, ese alto Tribunal, en causas roles N° 5566 1995, 38683 1994, 5476 1994, etc., ha resuelto que el artículo 3°, común de los Convenios de Ginebra, no es aplicable a casos como el de este proceso por no haber sucedido dentro del contexto de un conflicto armado interno; sólo pueden ser calificados como ocurridos dentro del marco de tensiones internas o, a lo más, disturbios ulteriores, en los cuales no es aplicable el Derecho Internacional Humanitario. El decreto ley N° 5, emanado de la Junta de Gobierno, de 1973, interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el solo efecto de aplicar una legislación más rigurosa en los delitos contra la seguridad interior del Estado, activando la jurisdicción militar de tiempo de guerra, sin que hubiera existido un conflicto bélico.

Regístrese y devuélvase con sus tomos I a IX.

Oportunamente se remitirán los autos al señor fiscal judicial para que informe lo pertinente al sobreseimiento definitivo parcial de fojas 3.132.

Redacción de la Ministra Amanda Valdovinos y de la disidencia, su autor.

Pronunciada por la Novena Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por Ministros señores Haroldo Brito Cruz, Juan Manuel Muñoz Pardo y señora Amanda Valdovinos Jeldes.

Rol N° 20.584 2005.