

Santiago, treinta y uno de diciembre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 2182-98, Episodio “**Londres 38**”, cuaderno relativo a la investigación de la desaparición de **Newton Morales Saavedra**, por sentencia de primera instancia de cuatro de febrero de dos mil catorce, escrita a fs. 2878 y siguientes, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Morén Brito, Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Humberto Zapata Reyes, en su calidad de autores del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Juan Newton Larrin Morales Saavedra a contar del 13 de agosto de 1974, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además del pago de las costas de la causa.

La mencionada sentencia fue apelada por las defensas de los acusados, recursos de los que conoció una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que por decisión de veintisiete de junio de dos mil catorce que se lee a fs. 2961, con mayores consideraciones, la confirmó.

Contra esta última resolución, la defensa del acusado Basclay Zapata Reyes dedujo recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación por decreto de fs. 2974.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el recurso formalizado se invocó la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciándose la infracción al artículo 103 del Código Penal, en relación al 68 de ese mismo cuerpo normativo y al artículo 214 del Código de Justicia Militar, en relación al artículo 211 del mismo código.

En lo que atañe al artículo 103 del Código Penal, afirma el recurrente que se incurrió en infracción de derecho al rechazarse la media prescripción de la acción penal por estimarse inadmisibles la prescripción, lo que habría significado que, en definitiva, no hubo pronunciamiento.

Aduce que se trata de una atenuante especial y muy calificada que es independiente y diversa de la prescripción propiamente tal, puesto que se trata de instituciones diferentes con características, fines y efectos distintos. Una es minorante de responsabilidad, en tanto la otra es causal de extinción de responsabilidad. Una supone la disminución de la pena en atención al tiempo transcurrido –lo que tiene fundamentos en el derecho humanitario–, en tanto la otra, conlleva la no punición del hecho.

Luego, en un segundo capítulo, pero dentro de la misma causal, explica que se ha infringido el artículo 211 del Código de Justicia Militar, porque se ha estimado que para todos los casos que regla esa disposición, es necesario que la orden del superior no sea manifiestamente antijurídica y fundamentalmente al entenderse que la orden entregada en términos generales por el Director del Servicio a otros oficiales no cumple la norma; y que al negar su participación en el delito no puede tenerse por acreditada dicha orden. Alega que el supuesto de esa norma es precisamente haberse cometido el hecho en virtud de una orden ilícita recibida de un superior habiéndose acreditado en el proceso la participación de Krassnoff por lo que queda demostrado que su subalterno Zapata, cumplía sus instrucciones.

Agrega que el artículo 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar exige que exista una orden de un superior, que ella tienda notoriamente a la comisión de un ilícito y que no se haya cumplido con representarla y con la insistencia en la representación. Dice que es un error pretender assimilar lo que dice el artículo 214 con lo señalado en el artículo 421, ambos

del código señalado, que define lo que debe entenderse por acto de servicio como el propio de las funciones que a cada militar le corresponden, ya que no sólo las ordenes que emanan de un superior son propias de la función militar sino que también pueden generarse dentro del servicio y si a consecuencia de ellas, se comete un ilícito, entonces igualmente se produce la situación del inciso final del artículo 214 del Código de Justicia Militar.

Agrega que verificada la concurrencia de 2 ó más atenuantes muy calificadas, la sentencia debía hacer aplicación del artículo 68 del Código Penal y rebajar la pena en 1, 2 ó 3 grados al mínimo, que es lo que pide se haga en la sentencia de reemplazo, luego de invalidar el fallo de alzada, reconociéndose al acusado el beneficio de la remisión condicional de la pena.

SEGUNDO: Que el recurrente ha aceptado los hechos establecidos en el proceso y que se encuentran descritos en el razonamiento segundo de la sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada por la que ahora se revisa y donde se estableció, luego de describir la existencia del recinto denominado Londres 38, su objetivo y las torturas que allí se imponían a los detenidos, que "...Newton Larrín Morales Saavedra, de 39 años de edad, técnico electrónico, fue detenido, sin orden judicial alguna, el 13 de agosto de 1974, a eso de las 21:15 horas, en su domicilio ubicado en Calle Cinco, casa N° 4705, Villa Frei, Ñuñoa, con el pretexto de averiguar asuntos de rutina por tres agentes de la DINA, quienes lo introducen a un vehículo de color rojo con antenas; fue conducido hasta el cuartel de la agrupación de inteligencia ubicado en Londres 38, dependencia donde fue visto por otras personas que también se encontraban en calidad de detenidos. Posteriormente habría sido visto en el centro de detención llamado "Cuatro Álamos" desde donde se pierde todo rastro de él hasta la fecha..."

Este hecho fue tipificado como secuestro calificado contemplado en el artículo 141 incisos 1° y 4° del Código Penal, calificado por el tiempo que se prolongó la detención y por las consecuencias de la misma.

TERCERO: Que en lo concerniente a la alegada infracción del artículo 103 del Código Penal, esta Corte comparte el criterio sustentado en los considerandos 38° a 40° de la sentencia de primera instancia, ratificada por la ahora impugnada, en el sentido que por ser el secuestro un delito permanente, en que el estado antijurídico creado por la acción delictiva se mantiene en el tiempo, no es posible determinar con precisión el momento a partir del cual se puede contar el plazo señalado en el precepto citado. En efecto, atendida su naturaleza, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible.

Esta Corte Suprema ha sostenido que sólo en el evento de constatarse en qué lugar se encuentran las víctimas podría comenzar a contarse el plazo de prescripción, y si se hubiere producido su deceso, habría que determinar la data del fallecimiento para comenzar el indicado cómputo. Pero al no haber cesado el estado delictivo y haberse mantenido el injusto, como se dijo, no procede aplicar el instituto en estudio (v. SCS Rol N° 517-2004 de 17 de

noviembre de 2004, Rol N° 17.037-13 de 8 de octubre de 2014 y Rol N° 4240-14 de 30 de septiembre de 2014).

Asimismo, por tratarse de un delito de lesa humanidad, no es procedente la institución en estudio, desde que la media prescripción comparte la misma naturaleza de la prescripción al estar apoyada en el transcurso del tiempo, por lo que no se ha incurrido en infracción alguna al desestimarse esta minorante especial.

CUARTO: Que en cuanto a la circunstancias estatuidas en los artículos 211 y 214, inciso 2°, del Código de Justicia Militar, ambas tienen como presupuesto sine qua non, que el ilícito se cometa en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, descartando de ese modo, un concierto o acuerdo previo por parte del superior y el subordinado para la comisión del ilícito o un actuar autónomo de este último. Coherentemente, el artículo 214, tanto en su inciso primero como en su inciso segundo, excluye expresamente la hipótesis del concierto como causal de justificación y atenuación, respectivamente, lo que a su vez, por la remisión al inciso segundo del artículo 214, descarta igualmente la minorante del artículo 211 del mismo texto.

Así, en los casos de concierto previo entre el subordinado y el superior, o de actuación autónoma del primero, la conducta prohibida ya no se realiza por el agente de grado inferior en consideración al deber de obediencia que le impone el artículo 334 del Código de Justicia Militar respecto de los mandatos de su superior jerárquico dentro de una institución militar, sino como materialización de sus propios designios, pues, en el caso del concierto, la estructura de imputación pasa a ser la de la coautoría, la que se distingue por el hecho de que cada uno de los intervinientes -subordinados y sus superiores, en este caso- asumen el actuar de cada uno de los demás como propio. Se trata, por ende, de competencia común en virtud de organización conjunta del hecho, que descansa en un principio de representación recíproca.

Pues bien, y en el contexto de las ideas que se vienen desarrollando, como se advierte de la lectura del hecho fijado en el considerando 2° de la sentencia de primer grado, y de lo expresado en ésta al rechazar las circunstancias modificatorias en análisis, no se ha asentado por el recurrido que la conducta reprochada haya sido ejecutada por el acusado Basclay Zapata en cumplimiento de una orden recibida de un superior jerárquico, ni descartado, por tanto, la actuación conjunta antes comentada, sobre todo si, como se lee en los basamentos 14° y 15° del fallo del a quo, la participación como autor del inculpado Basclay Zapata se concluyó por existir antecedentes que participó activamente en las detenciones y torturas de las víctimas, con pleno conocimiento de los hechos.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que el inculpado niega haber cometido el ilícito de autos en cumplimiento de una orden jerárquica superior del también sentenciado Krassnoff, de modo que, no habiéndose argüido por el recurrente que en el establecimiento de los hechos antes reseñados, los jueces hayan cometido alguna infracción a las leyes reguladoras de la prueba, aquéllos no pueden ser desconocidos por esta Corte y, al no determinarse que el acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de un superior jerárquico, no puede compartirse entonces que se haya errado al desestimar la aplicación de las minorantes previstas en los artículos 211 y 214, inciso 2°, del Código de Justicia Militar.

De esa manera, en atención a lo que se ha venido explicando en este apartado, así como lo reflexionado en la consideración precedente, el arbitrio de casación deducido por la defensa de Zapata Reyes deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil y 535 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido a fs. 2963 por la defensa de Basclay Zapata Reyes, contra la sentencia de veintisiete de junio de dos mil catorce, escrita a fs. 2961, la que en consecuencia, **no es nula**.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien fue del parecer de acogerlo en lo referido a la media prescripción de la acción penal, haciendo aplicables sus efectos a todos los condenados de conformidad a lo prescrito en artículo 548, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal, anulando por ello la sentencia penal y, como consecuencia, en el fallo de reemplazo, reducir en un grado las penas impuestas a todos los sentenciados, atendidos los siguientes motivos:

1° 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, aquella 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 irremediamente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los 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 al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde que se cumplió el plazo de 90 días de encierro exigido por la ley para calificar el secuestro en su máxima gravedad.

Del estudio de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

Se previene que el Ministro Sr. Brito sólo comparte el párrafo final del motivo tercero, pues en su concepto la determinación de la fecha de comisión del delito carece de relevancia a los efectos de resolver acerca de la prescripción de la acción -incluso respecto de la llamada media prescripción-, por cuanto la naturaleza del delito excluye su consideración, como reiteradamente se ha señalado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia y de la disidencia, su autor.
Regístrese y devuélvase con sus agregados.
Rol N° 22.334-14

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

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, 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.