

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil ocho.

VISTOS:

Por sentencia de quince de junio de dos mil siete, escrita de fojas 1698 a 1800, dictada en la causa Rol N° 12.725 del Noveno Juzgado del Crimen de Santiago, se condenó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y a Osvaldo Enrique Romo Mena como autores del delito de secuestro calificado cometido en la persona de Ofelio de la Cruz Lazo Lazo en la ciudad de Santiago el 30 de julio de 1974, a cada uno a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y a los acusados Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchenko, en la misma calidad, a cada uno a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, imponiendo a los mencionados acusados, las penas accesorias que asigna la ley y el pago proporcional de las costas de la causa, sin otorgar ninguna de las medidas alternativas contempladas en la Ley N° 18.216, ordenando, en consecuencia, que la pena corporal asignada deben cumplirla privados de libertad. La misma sentencia rechaza la acción civil deducida por la parte querellante, al acoger la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile.

Apelada dicha decisión y luego de evacuado el informe del Ministerio Público Judicial, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago por resolución de dos de octubre de dos mil siete, corriente a fojas 1851, la confirmó, aprobando, además, el sobreseimiento definitivo emitido con ocasión de la muerte del sentenciado Osvaldo Enrique Romo Mena. En contra de este pronunciamiento, las defensas de los condenados Juan Manuel Contreras Sepúlveda y Marcelo Moren Brito, de la querellante y el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo asilados, el primero de ellos, en los ordinales 2°, 5° y 7° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal; el segundo, en el numeral 5° de la misma disposición; el tercero, en el inciso final de la norma mencionada y finalmente, la última, en el numeral 1° de la misma disposición, como se desprende de los escritos de fojas 1883, 1853, 1861 y 1873, respectivamente; arbitrios que se ordenaron traer en relación para su conocimiento y fallo, según consta a fojas 1909.

C O N S I D E R A N D O:
I.- RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE MARCELO MOREN BRITO.

PRIMERO: Que en lo principal de fojas 1853, la defensa del condenado Marcelo Moren Brito interpuso un recurso de casación en el fondo, sustentado en el numeral 5° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, esto es, 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 segundo del artículo 434; ?.

SEGUNDO: Que respecto de aquella causal de casación, aduce vulnerados los numerales 6° y 7° del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, 93 N° 6, 94 y 95 del Código Penal; 93 N° 3 del mismo cuerpo de leyes, en relación con el

Decreto Ley N° 2191 de 1978, en cuanto se niega lugar a la aplicación de los institutos de la amnistía y prescripción, fundado en una errada aplicación del artículo 141 del Código Penal, contraviniendo también los artículos 18 de la misma compilación; y, 19 N° 3, inciso penúltimo de la Constitución Política de la República. Al efecto, sostiene que se aprecia del fallo recurrido una errónea aplicación del artículo 141 del Código Penal, por cuanto la sentencia estima que, al carecerse de noticias del paradero de la víctima, el secuestro se estaría ejecutando. Por el contrario, la correcta doctrina implica considerar que la ejecución del delito se mantiene mientras dure el encierro y, como de los antecedentes de autos se establece que éste no se prolongó más allá del año 1975, se aplica equivocadamente a los hechos determinados en autos la característica de permanencia hasta nuestros días del delito de secuestro. Agrega que la tesis que sustenta se encuentra avalada por fallos de este tribunal, del año 1995, que permiten, por ello, aplicar la amnistía. Asimismo, denuncia la infracción del artículo 93 N° 3 del código punitivo, en relación con el decreto ley citado anteriormente, por cuanto la sentencia atacada confirma aquélla de primera instancia que, en su considerando 25°, aduce que pese a todas las diligencias que se realizaron para establecer la oportunidad de consumación del delito, esto es la puesta en libertad o muerte de la víctima, nada se obtuvo, lo que impide decidir en esta instancia que el secuestro concluyó. Al efecto, denuncia que no se realizó ninguna diligencia para establecer que la víctima está privada de libertad y ello, porque todo el país sabe que las personas secuestradas fueron ejecutadas y sus restos no han sido ubicados. Por ello, se incurre en un grave error de derecho al no aplicar la amnistía que consagra el decreto ley mencionado, ya que dicho cuerpo normativo fue dictado conforme una facultad constitucional y, como ley general de derecho público, una vez verificada su procedencia, es deber de los jueces aplicarla. Expone que se ha incurrido también en infracción del artículo 94 del Código Penal, ya que el plazo máximo de prescripción aplicable es de 15 años; así como del artículo 95, por cuanto el término de la prescripción se cuenta desde la comisión de los delitos, y es un hecho de la causa que los sucesos investigados ocurrieron hace más de 30 años, sin que se hayan tenido más noticias de la víctima, por lo que solo cabe concluir que la acción penal prescribió y también por ello la responsabilidad penal, conforme el citado artículo 93 N° 6, cuya aplicación fue omitida y, por ello, ha sido vulnerada. Por último, denuncia que la sentencia atacada confirma aquella que cita en su texto ? fundamento 26°- la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, invocaciones todas erróneas. Expone que se ha incurrido también en infracción del artículo 94 del Código Penal, ya que el plazo máximo de prescripción aplicable es de 15 años; así como del artículo 95, por cuanto el término de la prescripción se cuenta desde la comisión de los delitos, y es un hecho de la causa que los sucesos investigados ocurrieron hace más de 30 años, sin que se hayan tenido más noticias de la víctima, por lo que solo cabe concluir que la acción penal prescribió y también por ello la responsabilidad penal, conforme el citado artículo 93 N° 6, cuya aplicación fue omitida y, por ello, ha sido vulnerada. Por último, denuncia que la sentencia atacada confirma aquella que cita en su texto ? fundamento 26°- la Convención

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre Derecho Humanos y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, invocaciones todas erróneas por cuanto estos instrumentos internacionales datan de fechas muy posteriores a la ocurrencia de los hechos, por lo que aunque tuvieran disposiciones que afecten la prescripción o amnistía no es procedente aplicarlos, ya que infringen lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal y 19 N°3° inciso penúltimo de la Constitución Política de la República. Los errores denunciados han tenido influencia sustancial en lo resuelto, ya que han permitido la dictación de una sentencia condenatoria, en circunstancias que era procedente la absolución de su parte, por operar en su favor las eximentes de responsabilidad penal de la prescripción y de la amnistía, por lo que pide la invalidación del fallo recurrido y se dicte sentencia de reemplazo absolutoria.

II.- RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN DEDUCIDO POR LA DEFENSA DE JUAN MANUEL CONTRERAS SEPÚLVEDA.

TERCERO: Que, a fojas 1883, la aludida defensa impugna la sentencia de segundo grado, asilándose en los numerales 2°, 5° y 7° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

CUARTO: Que el primer capítulo de casación a analizar reposa en la séptima causal del artículo 546 de la compilación procesal penal, fundado en la configuración de once hipótesis, conforme a las cuales se han vulnerado las siguientes normas: 1) la presunción de inocencia contemplada en el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículo 8.2; 2) el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la exigencia de existencia de un proceso legalmente tramitado para considerar culpable de delito a alguien y aplicarle pena; 3) y los artículos 108, 110 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal. Denuncia que se han vulnerado las leyes reguladoras de la prueba mediante la aceptación de prueba ilícita, al hacer declarar a testigos falsos que no estuvieron presentes en el lugar de los hechos, algunos de los cuales han sido querellados como autores de falso testimonio. Son testigos falsos, inhábiles, parciales, y que ni siquiera han acreditado su calidad de verdaderamente detenidos por otro antecedente que no sea sus dichos; al admitir atestados respecto de hechos no controvertidos, como que los acusados eran miembros de DINA, pero no sobre los desaparecidos, o sobre el delito imputado. Por eso, declaran sobre hechos que no son sustanciales, pertinentes o controvertidos; al permitir la deposición de múltiples testigos inhábiles por concurrir causales de tacha en forma notoria; al ponderar erradamente la prueba en relación al hecho conocido o manifestado: ser direct or de DINA, pretendiendo deducir de él todo el ?iter? delictual, sin acreditar nada, ni las supuestas órdenes. De este modo, no se prueba el acuerdo de voluntades que exige el artículo 15 N° 3 del Código Penal, ni cómo ni qué medios se colocan a disposición para cometer el delito.

Asimismo, en cuanto a los hechos deducidos - perpetración del delito - no acredita el tribunal dos elementos esenciales del secuestro: que la víctima está viva y la continuidad del encierro o detención. Paradójicamente el tribunal da por acreditada la participación de su defendido con la declaración de Lawrence, Moren, Krassnoff y Pacheco, todos los que rechazan la existencia del delito. Respecto del desarrollo del delito, la acusación no acredita las circunstancias del mismo durante los 34 años posteriores a la última vez que se habría visto a la víctima. En relación a la

imputabilidad del ilícito a determinada persona, a su defendido se le condena sólo por ser director ejecutivo de la DINA, sin acreditar si él dio la orden, si puso a disposición de la DINA los medios para ello. Tampoco se hace cargo de la disolución de ese organismo en el año 1977, y los efectos que ella tuvo para su presunta participación culpable.

Por último, expone que lo antes dicho demuestra que las presunciones utilizadas para acreditar el delito y la participación de su defendido no reúnen las exigencias legales para que tengan el valor probatorio que se les otorga.

QUINTO: QUINTO: Que las otras dos causales de impugnación esgrimidas por la defensa de Contreras Sepúlveda se asilan en la configuración de las hipótesis de invalidación descritas en los numerales 2° y 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es ¿en que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación? y 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?, respectivamente; en orden a la equivocada calificación del hecho como constitutivo del delito de secuestro calificado previsto y sancionado en los incisos primero y tercero del artículo 141 del Código Penal, porque a la data de la ocurrencia del evento su defendido tenía la calidad de funcionario público, puesto que se desempeñaba en entidades fiscales como el Ejército de Chile, lo que desplaza la conducta a la figura descrita en el artículo 148 del mismo ordenamiento, llamada por la doctrina ¿detenciones ilegales? y, que a su juicio, es plenamente aplicable al ilícito en estudio; el rechazo improcedente de las excepciones de prescripción y amnistía, la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra al caso en análisis; inaplicabilidad de los tratados internacionales que detalla; y, finalmente el rechazo indebido de la excepción de cosa juzgada que se ha alegado.

III. RESPECTO DEL RECURSO DEDUCIDO A FOJAS 1873 POR EL PROGRAMA CONTINUACIÓN DE LA LEY 19.123.-

SEXTO: Que la representante del Programa Continuación de la Ley 19.123, deduce recurso de casación en el fondo, invocando la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en razón de la incorrecta aplicación de la atenuante consagrada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, ya que producto de una errada calificación de los hechos, se ha tenido por configurada la referida minorante, produciéndose un caso de falsa aplicación de ley ya que se ha considerado una hipótesis no regulada por la norma.

Sostiene, al efecto, que en autos no existe constancia alguna de orden que hubiesen cumplido los condenados Moren y Krassnoff, manifestando que los acusados mencionados han negado la participación en el delito, agregando, incluso, que Krassnoff ha rechazado la existencia de la misma. Expone que el error anunciado ha tenido influencia en lo sustancial de lo fallado, ya que debió imponerse una pena superior - 5 años y un día - y no la definitivamente regulada en autos.

IV. RESPECTO DEL RECURSO DEDUCIDO A FOJAS 1861 POR EL

QUERELLANTE Y ACTOR CIVIL.-

SÉPTIMO: Que la parte querellante ha deducido recurso de nulidad sustantiva asilado en el inciso final del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal y 767 del Código de Procedimiento Civil, manifestado al efecto, que su parte ejerció la correspondiente acción penal y, dentro del proceso, conforme lo preceptúa el artículo 428 del primer cuerpo de leyes citado, la acción civil de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, representado en autos por el Consejo de Defensa del Estado. Indica que el antecedente de las acciones intentadas fue el hecho ilícito constituido por el secuestro calificado de Ofelio Lazo Lazo, cometido por agentes del estado pertenecientes a la DINA y que ocurriera el 30 de julio de 1974, prolongándose su encierro por más de 90 días, desconociéndose hasta la fecha su paradero. Expone que la referida acción indemnizatoria se rechazó por estimarse que ella se encontraba prescrita, fundada en lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, apreciación que resulta errada en atención a que los hechos investigados no han dejado de ocurrir ya que estamos ante un delito penal que tiene el carácter de permanente, situación que resulta indivisible para los efectos del ejercicio de las acciones, sean civiles o penales. De este modo, se han infraccionado los artículos 1.1. y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la ratificación del referido instrumento por parte del Estado Chileno y el artículo 5° de la Constitución Política de la República. Continúa expresando que, cuando se ha cometido una violación a los derechos humanos, surge al Estado infractor la obligación de indemnizar, cuestión no menor cuando se considera que los hechos fueron perpetrados por agentes de dicho Estado, de lo que cabe concluir que éste se puso al servicio del delito y violó los derechos humanos, alterando la esencia de su existencia. Así, se han violentado, además, los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena, conforme a los cuales una parte no puede invocar normas de derecho interno para eludir el cumplimiento de un tratado, estableciendo además el alcance normativo del ius cogens como norma imperativa del derecho internacional, que no admite acuerdo en contrario.

Agrega que, asimismo, los Convenios de Ginebra establecen la prohibición de las partes de exonerar o exonerarse de las responsabilidades en que haya incurrido, por lo que al decidir como se ha hecho, se ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 147 y 148 del IV Convenio y su artículo 1° común, normas que resultan aplicables ya que los hechos ocurrieron cuando Chile estaba bajo la vigencia de las normas de guerra. Asimismo, se ha incurrido en infracción a las leyes del derecho interno y la Constitución Política de la República, en su artículo 5°, que prescribe que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; su artículo 38 que consagra el derecho de toda persona que ha sido lesionada en sus derechos por la administración del Estado, para reclamar ante los tribunales que determine la ley. Continúa señalando que, en la especie, hay responsabilidad extracontractual del Estado que tiene como origen un hecho ilícito cometido por un individuo imputable, a raíz del cual se ha originado un daño, señalando al respecto la Ley de Bases de la Administración del Estado que éste es responsable de los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones. Culmina exponiendo que las normas citadas, interpretadas conforme los artículos

19 y siguientes del Código Civil, permiten inferir que las acciones civiles emanadas de hechos ilícitos calificados como crímenes de lesa humanidad o violación de derechos humanos deben ser acogidas y los daños ocasionados por tales hechos indemnizados, por lo que solicita la invalidación de la sentencia de segunda instancia, y se dicte sentencia de reemplazo que acoja la demanda de indemnización de perjuicios deducida, con costas.

OCTAVO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

NOVENO: Que, asimismo se debe tener presente al momento de resolver, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, por tratarse en la especie de un delito calificable como de "lesa humanidad", cuya especial naturaleza antijurídica impide - como se ha declarado por esta Corte Suprema en casos similares, por aplicación de múltiples instrumentos internacionales y de acuerdo, también, con las normas del ius cogens, que castigan a aquellos delitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, en relación al artículo 5°, inciso segundo de la Constitución Política de la República - amnistiar el ilícito y declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, causa la inviabilidad de proclamar la extinción por el transcurso del tiempo - de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada del delito que se ha tenido por acreditado, por lo que tampoco podrá extinguirse por prescripción el deber del Estado y el derecho de la víctima u otras personas relacionadas, a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados por el o los responsables de un crimen de tal entidad y gravedad.

DECIMO: Que, de esta manera, al confirmar la decisión que rechaza la acción civil por estimarla prescrita, los sentenciadores del grado han incurrido en error de derecho al no dar aplicación a los tratados internacionales suscritos por nuestro país, ni interpretar debidamente las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional, disposiciones que deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado de Chile, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, yerro jurídico que habilita a este tribunal para invalidar la sentencia que se revisa y dictar la de reemplazo correspondiente.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, no se emitirá pronunciamiento, por innecesario, respecto de los recursos de casación en el fondo impetrados por el encartado Moren Brito, en lo principal de su libelo de fojas 1853, la defensa de Contreras Sepúlveda a fojas 1883, y el Programa Continuación de la Ley N° 19.123 a fojas 1873, respectivamente. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 5°, inciso

segundo de la Constitución Política de la República; 2332 del Código Civil; los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena; 764, 765 y 767 del de Procedimiento Civil; y, 535, 546 inciso final, y 547 de su homónimo de instrucción criminal, **SE ACOGE** el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado Alberto Espinoza Pino en representación de la parte querellante y demandante civil en lo principal de su libelo de fojas 1.861, en contra de la sentencia de dos de octubre de dos mil siete, que rola a fojas 1851 y siguientes, la que, en consecuencia, es nula, y se la reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

No se emite pronunciamiento sobre los recursos de casación en el fondo deducidos por el abogado Francisco Javier Piffaut Passicot en asistencia de Marcelo Moren Brito; por doña Magdalena Garcés Fuentes, en representación del Programa Continuación de la Ley N° 19.123 y don Fidel Reyes Castillo, en representación de Juan Manuel Contreras Sepúlveda, en lo principal de sus presentaciones de fojas 1853, 1873 y 1883, por ser ello innecesario. Se deja constancia que la decisión adoptada lo fue conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que los ministros señores Rodríguez y Ballesteros sostuvieron la incompetencia absoluta de la judicatura criminal para conocer de la acción civil interpuesta en autos; los ministros señores Dolmestch y Künsemuller, la procedencia y vigencia de la acción patrimonial instaurada y el abogado integrante señor Hernández, por declarar que los tribunales del crimen constituyen sede hábil para conocer de la referida pretensión, pero fue del parecer de declarar su prescripción. En atención a lo expresado y dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 83 del estatuto legal mencionado, los ministros señores Rodríguez y Ballesteros mantienen su postura relativa a la incompetencia absoluta del juez de primer grado para pronunciarse sobre la acción de carácter patrimonial, sosteniendo los ministros señores Dolmestch y Künsemuller y el abogado integrante señor Hernández, la competencia de la referida judicatura. Llamados a dirimir el punto siguiente, y produciéndose la situación que contempla el inciso 3° del artículo 86 del mencionado cuerpo de leyes, en atención a que los ministros señores Rodríguez y Ballesteros manifiestan que su tesis de la incompetencia absoluta del tribunal veda pronunciarse ? en esta etapa - sobre los demás presupuestos de la situación que se revisa, por lo que la reiteran, y en atención a que los ministros señores Dolmestch y Künsemüller manifiestan que el juez en lo penal no sólo es competente, sino que además debe desestimar la prescripción alegada por las razones que detallan, el abogado integrante señor Domingo Hernández es llamado a optar por alguna de las posturas sometidas a la votación y, verificado el debate, decide adherir a la tesis sostenida por los Ministros señores Dolmestch y Künsemüller.

Regístrese.

Redacción del Ministro Señor Rubén Ballesteros Cárcamo.
Rol N° 6.212 ? 07.-

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el abogado integrante Sr. Hernández, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.