

Santiago, veintisiete de octubre de dos mil catorce.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada.

Y teniendo, además, presente:

1º) Que se encuentra debidamente acreditada la existencia del hecho punible que dio origen a la investigación, así como la participación que en él correspondió a cada uno de los acusados, motivo por lo cual las alegaciones de los acusados Juan Manuel Contreras Sepúlveda, Miguel Krassnoff Martchenko y Basclay Zapata Reyes, en orden a rebatir la intervención criminal que la sentencia les atribuye en los hechos, no logra desvirtuar lo razonado por el señor Ministro de Fuero, en los considerandos 5º, 6º, 8º, 9º, 11º y 12º de la sentencia que se revisa, para tener por establecida la participación de los tres encartados como autores del **delito de secuestro calificado en la persona de Juan Andrés Ibarra Toledo**, máxime si no rindieron prueba alguna para acreditar los presupuestos fácticos de sus respectivas exculpaciones.

En cuanto a la participación del acusado Marcelo Moren Brito, quien no apeló del fallo, lo razonado por el Sr. Ministro de Fuero en los considerandos 14º y 15º es también suficiente para arribar a la conclusión que le cupo la intervención criminal en calidad de autor del mentado ilícito.

2º) Que no beneficia a los encausados la institución de la prescripción gradual de la pena o “*media prescripción*”, establecida en el artículo 103 del Código Penal, pues tratándose en la especie de delitos de lesa humanidad, en los que ha quedado claramente establecida la participación de los cuatro acusados, así como la fecha desde la cual no se tuvo más noticias de Juan Ernesto Ibarra Toledo -esto es desde el 25 de julio del año 1974- corresponde calificar los hechos como un delito de secuestro calificado, resultando la prescripción gradual alegada del todo improcedente, sobre todo si la imprescriptibilidad en delitos de guerra y de lesa humanidad es “*de aquellos principios que Radbruch denomina fundamentales y que nosotros podríamos entender como normas de ius cogens*”¹, principio de Derecho Internacional Consuetudinario que impide la aplicación de la amnistía y la prescripción en este tipo de delitos.

En efecto -además de los Convenios de Ginebra citados por la sentencia de primer grado, en su considerando 22º- así se establece en la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 1968, adoptada por la Asamblea General de la ONU, instrumento internacional que se enmarca dentro del principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, como el que se ha configurado en la especie, constituyendo un verdadero hito en la aplicación de este principio. Si bien este instrumento internacional aun no ha sido ratificado por nuestro país -como destaca la defensa de Contreras Sepúlveda- nada obsta a considerar la Convención como un principio orientador en esta materia, máxime si no vino más que a confirmar lo que ya se había reafirmado por la misma Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su Resolución 95, de 1946, sobre los Principios de Derecho Internacional, reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, reiterado, además, por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en 1950.²

¹ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno. EN: Revista Ius et Praxis, Año 14, N° 2, pág. 159.

² Idém, pag. 159.

Por otro lado, la Ley N° 20.357, que tipificó crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, publicada en el Diario Oficial de 18 de julio de 2009, en su artículo 40 estableció que "*La acción penal y la pena de los delitos previstos en esta ley no prescriben*", y el artículo 29 del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, indica que "*los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán*", de lo cual se puede confirmar como principio indiscutido del Derecho Internacional, que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles.

En tal virtud, si en esos instrumentos internacionales -a los cuales el Estado de Chile debe dar estricto cumplimiento, conforme lo que establece el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República- se ha establecido que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, en el derecho interno ello implica desechar como elementos de exculpación en esta clase de ilícitos la prescripción de la pena o de la acción penal y, *a fortiori*, debe también desecharse como regla de atenuación la prescripción gradual de la acción penal, siguiendo el adagio que si se prohíbe lo más, con mayor razón se prohibirá lo menos, aplicando la regla *minor ad maius*.

3°) En cuanto a la alegación de la defensa de Juan Manuel Contreras Sepúlveda, de no ser este un delito de secuestro calificado, por cuanto ello importa una ficción jurídica, olvida el letrado mencionar que su defendido estaba a cargo de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA), entre noviembre de 1973 y agosto de 1977, reconociéndolo otros procesados como su superior jerárquico (Miguel Krasnoff y Marcelo Moren) y que -además- Contreras Sepúlveda reconoció en su indagatoria, a fojas 232 que efectivamente Londres 38 fue un centro de detención de la DINA para personas en tránsito, con lo cual no puede eludir su responsabilidad en la detención y posterior desaparecimiento desde ese cuartel de Juan Ibarra Toledo, sobre todo si era la máxima autoridad de ese organismo. La calificación jurídica de los hechos en el delito de secuestro calificado, que esta Corte comparte, se ajusta plenamente a la forma en que sucedieron los hechos, toda vez que Contreras y los demás procesados de esta causa eran responsables de la integridad física de Ibarra Toledo, de quien no se supo más hasta que estuvo en ese cuartel.

4°) Que tampoco puede ser admitida como alegación de las defensas de los acusados Contreras y Zapata, que solo desde la publicación de la Ley N° 20.357 citada podría concebirse al delito de autos como uno de lesa humanidad, atendido lo dispuesto en el artículo 44 de esa normativa, con lo cual no le sería aplicable la exclusión de la prescripción o de la prescripción gradual, por cuanto -como se ha señalado- la connotación de ese ilícito como contrario a la humanidad arranca del *ius cogens* o derecho internacional consuetudinario, principio universalmente aceptado, por lo que el secuestro calificado de Juan Ernesto Ibarra Toledo, al ser un delito de carácter permanente, su naturaleza es ser un delito imprescriptible, incluso antes de la dictación de la mentada Ley N° 20.357.

5°) Que, unido a lo anterior, la Fiscal Judicial, señora Clara Carrasco Andonje, a fojas 2.447, estuvo por confirmar y aprobar la sentencia que se revisa.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 510 y 514 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma**, en lo apelado y **se aprueba**, en lo consultado, la sentencia de veintidós de abril de dos mil catorce, escrita de fojas 2.372 a 2.421, del Tomo VII.

Acordado lo anterior con la prevención del Ministro señor Poblete quien no comparte los argumentos esgrimidos en el motivo segundo de este fallo, y en cambio, estuvo por acoger la prescripción gradual de los hechos que se sancionan en el presente fallo, ejerciendo las facultades que le confieren al sentenciador el artículo 103 del Código Penal y ello unido a la

irreprochable conducta anterior de que gozaban al momento de ocurrencia del hecho por el cual se les sanciona y que viene acogido, -de acuerdo a lo señalado en el motivo 49° del fallo que se revisa- fue de opinión de rebajar, las penas impuestas a cada uno de los sentenciados de autos, en la forma que se dirá más adelante, en atención a las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que, establecido, tanto, el delito como la participación criminal que correspondió a cada uno de los condenados en estos autos y a pesar de la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, a juicio de este disidente, ello no alcanza ni afecta a la llamada o denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta -contemplada en el artículo 103 del Código del Penal- que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad, y que, además, aparece alegada por parte de los sentenciados Basclay Humberto Zapata Reyes (Fojas 2213 y siguientes), Juan Manuel Contreras Sepúlveda (Fojas 2229 y siguientes), Miguel Krassnoff Martchenko (Fojas 2263 y siguientes),.

Respecto de esta circunstancia no existe ninguna norma constitucional que impida su aplicación, como tampoco, existe limitación, legal ni de Derecho Convencional Internacional, de modo tal, que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria para los jueces sentenciadores, en virtud del principio de legalidad que rige en el Derecho del ramo, más aún, cuando se trata de una norma que favorece a los sentenciados, por lo que, también, resulta, ineludible su aplicación en virtud del principio pro reo. Así, constituye un imperativo para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legales que la hacen procedente.

SEGUNDO: Que dicha institución constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con consecuencias que inciden en la determinación del quantum de la sanción, esto es, sólo permite introducir una reducción de la pena correspondiente, fundada, también, en el transcurso del tiempo y tiene su justificación, además, en una necesidad social, que conlleva una motivación dirigida a rebajar las responsabilidades penales, y en consecuencia, a morigerar las penas que resulten aplicables, al igual que una circunstancia atenuante genérica como las que contempla el artículo 11 del Código Penal.

TERCERO: Que, el artículo 103 dispone que: "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta".

CUARTO: Que la calificación jurídica de los hechos materia de este proceso, corresponde a la figura descrita en el artículo 141 incisos primero y cuarto, del Código Penal, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, -25 de julio de 1974- que describe el ilícito de secuestro calificado, cuya penalidad asignada era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

QUINTO: Que en atención a lo que disponen los artículos 94 y 95 del Código Punitivo, en el caso de estos crímenes la acción prescribe en el plazo de diez años, contados desde el día en que se hubiere cometido el delito. En consecuencia, para los efectos señalados en el citado artículo 103, se requiere que dicho plazo haya transcurrido a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y que, en el caso de autos corresponde a cinco años.

SEXTO: Que en este caso, el procedimiento sobre la investigación del hecho referido en esta causa, cometido a contar del 25 de julio de 1974, corresponde a los autos Rol N° 76.166 del

Ex Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago, por denuncia de Lutgarda Rebeca Toledo Pichón por secuestro de su hijo Juan Ernesto Ibarra Toledo, que en su momento fue sobreseída temporalmente y archivada, previa aprobación de ello por la I. Corte, y luego, en su oportunidad, acumulada a la Rol N° 553-1978 de la justicia Militar, que fue sobreseída definitivamente, -en su oportunidad- formándose este cuaderno, recién el 8 de octubre del año 2004, según consta de fojas uno, retomándose la investigación de estos hechos.

Así, se cumple sobradamente con los tiempos exigidos en el artículo 103 del Código Penal. Tal límite no sufre alteración con la dictación de los autos de procesamientos en contra de cada uno de los sentenciados de tal manera que para los efectos legales que interesan, transcurrieron más de treinta años desde la perpetración del delito y el pronunciamiento de la primera resolución judicial de este proceso, por lo que en la especie resulta aplicable la referida media prescripción de la pena.

SEPTIMO: Que, por otro lado, atendido que a la fecha del hecho que se juzga en esta causa, cada uno de los sentenciados de autos, aparecen que no registraban anotaciones penales pretéritas, unido a ello sus trayectorias profesionales y edades, por lo que se les debe reconocer a todos y cada uno de ellos la circunstancia atenuante de su responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, tal como se dijo, en el motivo N° 49 del fallo que se revisa.

OCTAVO: Que del modo como se ha razonado, resulta legalmente procedente reconocer a cada uno de los sentenciados en estos autos, la concurrencia de las causales de rebaja de la pena contempladas en las disposiciones legales ya mencionadas, en su aplicación concreta.

NOVENO: Que, lleva también a razonar de esta forma a este disidente lo establecido en el artículo 5°, Párrafo Segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sustenta el Principio de Humanidad en materia penal y evidentes razones de justicia atendido el tiempo transcurrido, aplicable plenamente al caso de autos, y en definitiva dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, lo que unido a la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código del Ramo, ya acogida, lleva a este disidente a considerar los hechos investigados como revestidos de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y sin ninguna agravante, debiendo, en consecuencia, a su juicio, rebajarse en dos grados, cada una de las penas impuestas, y teniendo cada uno de ellos irreprochable conducta anterior al momento de los hechos, y dándose los requisitos necesarios, fue de opinión, también, de dar aplicación a lo dispuesto en la Ley N° 18.216, en todo lo que resulta pertinente.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados y cuaderno de documentos.

Redacción del Ministro (S) señor Tomás Gray y el voto disidente su autor.

N° Criminal-1190-2014.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministra señora María Rosa Kittsteiner Gentile e integrada por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez y por el Ministro (S) señor Tomás Gray Gariazzo.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, veintisiete de octubre de dos mil catorce, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.