

**C.A. de Santiago**

**Santiago, veintitres de noviembre de dos mil nueve.**

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones: en el fundamento decimotercero letra j), se cambia “extensión”, por “extinción”; en el motivo cuadragésimo cuarto, párrafo primero, a continuación de la expresión “ordenamiento jurídico”, la frase “que no se encuentren exceptuados”; se elimina el considerando trigésimo tercero; se suprime el considerando trigésimo quinto; y en las citas legales, se elimina la correspondiente al artículo 211 del Código de Justicia Militar y 30 del Código Penal;

**Y teniendo en su lugar y además presente:**

1º) Que más allá de lo expresado en el motivo trigésimo octavo, acerca de la presunta asociación ilícita no recayó en el sumario sometimiento a proceso de los sentenciados, por lo que no puede estimarse que la causa se elevó a plenario para este respecto, dado que a lo señalado por el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que no podrá elevarse a plenario un proceso por crimen o simple delito sino en contra de las personas sometidas a proceso, debe agregarse lo prevenido en el artículo 274, inciso final, de la misma compilación, que exige al juez procesar al inculcado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurren las circunstancias antes señaladas en el mismo precepto;

2º) Que en el caso de Miguel Krassnoff Martchenko, él fue condenado en la causa rol N ° 106.686-E del Primer Juzgado del Crimen de Santiago (certificado de fojas 981, copia del fallo de primera instancia a fojas 1101) por un delito anterior cometido el 15 de agosto de 1974, pero a la fecha del delito investigado en estos autos no se había pronunciado sentencia, la cual quedó ejecutoriada el 1 de junio de 2006, conforme el informe de fojas 2132;

3º) Que en lo relativo a la alegación de las defensas de los acusados Pedro Espinoza Bravo, Marcelo Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchencko, de favorecerles la atenuante contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, este Tribunal la desestima, en virtud de lo siguiente: Este artículo, que considera circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes el haberse cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, se vincula con lo dispuesto en el artículo 214 en cuanto este cumplimiento debe estar fuera de los casos previstos en el inciso segundo de esta norma. Pero en cualquier caso supone que no exista concierto para delinquir, caso en el cual el inciso primero del artículo 214 dispone que serán responsables todos los concertados y no sólo el superior que impartió la orden. El inciso segundo del artículo 214, sí considera una penalidad inferior en dos situaciones, siempre que no se trate del concierto previo. Y el artículo 211 considera la aminorante aparte los casos del 214 inciso 2º, sin embargo resulta

que en los autos se está en el caso de excepción de ambos incisos, de manera que lo que en rigor falta en la especie, es la orden del superior jerárquico entre los concertados. Tal orden es de la esencia de la atenuante, como expresa Renato Astroza en su Código de Justicia Militar Comentado (pág. 340 y siguientes de la Tercera Edición), y naturalmente lo es también de la eximente del artículo 334 y de la del artículo 214 inciso primero.

En efecto, la participación que les ha cabido a los sentenciados, según quedó asentada en los considerandos octavo, undécimo y décimo cuarto es la de autoría en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal, y en el caso de Miguel Krassnoff Martchenko, si bien es la del N° 1 del artículo 15, lo cierto es que es quien aparece dando la orden a los subalternos del grupo Halcón que dirigía, por lo que en el caso de todos los condenados, por una u otra razón, debe rechazarse la mencionada atenuante;

4°) Que como consecuencia de lo anterior, a los sentenciados les favorece una sola circunstancia atenuante y no les perjudica agravante, por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal por tratarse de una pena divisible, el Tribunal no aplicará el grado máximo de la sanción prevista en la ley, sin que, por otra parte, existan antecedentes que permitan estimar la dicha atenuante como muy calificada;

5º) Que, sin perjuicio de los fundamentos dados en el fallo de primera instancia que impiden la aplicación del Decreto Ley N° 2181, de 1978, y, asimismo, de la prescripción de la acción penal y de la prescripción gradual de ella, el Tribunal considera que conforme las normas internacionales insertas en Convenciones y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, tal conclusión es igualmente válida. Para la afirmación anterior se tiene especialmente en cuenta, que como ha declarado la Excma. Corte Suprema, los Convenios de Ginebra resultan aplicables a la situación existente en Chile a la época en que también tuvieron lugar los hechos de esta causa, caso de conflicto armado sin carácter internacional (Artículo 3º común a los 4 Convenios), que prohíben los tratos inhumanos, considerándose como infracción grave a los Convenios desde el homicidio intencional (adrede) hasta la detención ilegítima (Artículo 147 del Convenio IV sobre Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, y Art. 130 del Convenio III). Ello, en razón de que a la declaración de Estado de Sitio por la causal de Conmoción Interior del Decreto Ley N° 3, de 18 de septiembre de 1973, el Decreto Ley N° 5, de 22 de septiembre de 1973, agregó interpretando el artículo 418 del CJM que por Estado de Sitio decretado por Conmoción Interior debía entenderse “Estado o Tiempo de Guerra” para efectos de penalidad pero asimismo para todos los demás efectos de la legislación compuesta por el Código de Justicia Militar y las demás leyes penales. Después, el Decreto

Ley N° 641, de 11 de septiembre de 1974, reemplazó la declaración de “guerra interna” por el Estado de Sitio en grado de Defensa Interna y de acuerdo a la sistematización del Decreto Ley N° 640, de 10 de septiembre de 1974, esta declaración procede cuando la conmoción interna sea provocada por “fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad”.

De esta forma, es aplicable la norma del artículo 148 del Convenio IV en cuanto “Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma ni exonerar a Otra Parte contratante de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma, u Otra Parte contratante, respecto de las infracciones previstas en el artículo anterior” (Véase fallo Corte Suprema, Rol N° 2666-04, entre otros).

En materia de prescripción, sin perjuicio de lo que viene dicho en el fallo de primer grado, la Excma. Corte Suprema ha estimado que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968, aun que no ratificada por Chile, es norma de ius cogens que prima sobre el derecho interno (SCS Rol N° 2664-04);

6°) Que se disiente del parecer de la señora Fiscal Judicial, en cuanto dictamina por la confirmatoria pura y simple del fallo.

Por estos fundamentos y lo dispuesto, además, en los artículos 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal, se

**confirma** la sentencia de ocho de abril de dos mil nueve, escrita a fojas 2147 y siguientes, en su parte apelada, **con declaración que los sentenciados Pedro Octavio Espinoza Bravo, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Miguel Krassnoff Martchenko, quedan condenados, cada uno, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autores del delito de secuestro calificado de Sergio Alejandro Riffo Ramos, cometido a partir del 27 de noviembre de 1974 en Santiago.**

Se previene que el Ministro señor Villarroel Ramírez fue de opinión de confirmar sin modificaciones dicha sentencia.

De acuerdo el Ministerio Público Judicial, se aprueba el sobreseimiento definitivo y parcial de veintisiete de julio de dos mil siete, escrito a fojas 1690.

**Regístrese y devuélvase con sus tomos.**

**N°Criminal-1070-2009.**

**Redacción del Ministro señor Silva.**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de esta Corte de Apelaciones, presidida por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez e integrada por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino y por el Abogado Integrante señor Bernardo Lara Berrios. No firma el Ministro señor Silva, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.