

Santiago, ocho de febrero de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2182-1998, de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio "Pisagua: Miguel Selin Nash Sáez y otros", por sentencia de primer grado de fecha doce de agosto de dos mil dieciséis, escrita a fojas 3.486 –*rectificada el veinticuatro de agosto del mismo año, según consta a fojas 3.571-*, se condenó a los acusados **Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Alfonso Guerrero Reeve, Sergio Eduardo Figueroa Lopez y Arturo Alberto Contador Rosales**, a sufrir cada uno de ellos, la pena única de quince (15) años y un (1) día de presidio mayor en su grado máximo, más las accesorias legales y al pago de las costas, como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado cometidos en las personas de Miguel Selin Nash Sáez, Jesús Nolberto Cañas Cañas y Juan Jiménez Vidal y como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado de Marcelo Ornar Guzmán Fuentes, Juan Calderón Villalón y Luis Alberto Lizardi Lizardi, ilícitos todos acontecidos el día 29 de septiembre de 1973 en la localidad de Pisagua.

Enseguida, se sancionó a **Sergio Alfonso Benavides Villarreal y Manuel Del Carmen Vega Collao**, a la pena única de presidio perpetuo, más las accesorias legales, y al pago de las costas, como autores de los delitos antes mencionados, además de los ilícitos reiterados de homicidio calificado en las personas de Julio Cabezas Gacitúa, José Rufino Córdova Croxato, Mario Morris Barrios, Humberto Lizardi Flores y Juan Valencia Hinojosa, ocurridos todos el día 11 de octubre de 1973, también en la comuna de Pisagua.

Asimismo, sentenció a **Miguel Chile Aguirre Álvarez** a la pena de diez (10) años y un día (1) de presidio mayor en su grado medio, como autor de los delitos reiterados de secuestro calificado cometidos en las personas de Miguel Selin Nash



Sáez, Jesús Nolberto Cañas Cañas, y Juan Jiménez Vidal, hechos ocurridos a contar del 29 de septiembre de 1973, en la localidad de Pisagua.

Finalmente *–en lo tocante a su parte penal–*, absolvió a los acusados **Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Alfonso Guerrero Reeve, Sergio Eduardo Figueroa Lopez y Arturo Alberto Contador Rosales**, de los cargos formulados en su contra como autores de los delitos de homicidio calificado de Julio Cabezas Gacitúa, José Rufino Córdova Croxato, Mario Morris Barrios, Humberto Lizardi Flores y Juan Valencia Hinojosa, ocurridos el día 11 de octubre de 1973 en la comuna de Pisagua

En lo civil, se resolvió acoger parcialmente las demandas civiles de indemnización de perjuicios deducidas en contra del Fisco de Chile, y se lo condenó a pagar por concepto de daño moral a las víctimas, las sumas consignadas en el numeral V de su parte resolutive.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintinueve de marzo de dos mil dieciocho, desestimó los arbitrios de casación formal deducidos por la defensa de los encartados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Guerrero Reeve y Arturo Contador Rosales, confirmando la indicada sentencia, con las siguientes declaraciones:

a) Que se rebaja a diez (10) años de presidio mayor en su grado mínimo, la pena privativa de libertad que se impone a los acusados **Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Alfonso Guerrero Reeve y Arturo Alberto Contador Rosales**, como autores de los delitos reiterados de secuestro calificado cometidos en las personas de Miguel Selin Nash Sáez, Jesús Nolberto Cañas Cañas y Juan Jiménez Vidal y como autores de los delitos reiterados de homicidio calificado de Marcelo Ornar Guzmán Fuentes, Juan Calderón Villalón y Luis



Alberto Lizardi Lizardi, ilícitos todos acontecidos el día 29 de septiembre de 1973 en la localidad de Pisagua.

b) Que se reduce a doce (12) años de presido mayor en su grado medio, la sanción impuesta a **Sergio Eduardo Figueroa Lopez**, como autor de los mismos delitos de secuestro calificado reiterados y de homicidios calificados reiterados señalados en el literal anterior

c) Que las indemnizaciones a que se condenó al Fisco de Chile en favor de los diferentes actores, devengarán reajustes desde la fecha de la sentencia que reguló los valores a pagar, manteniéndose la época desde la cual se devengan los intereses.

En contra de ese fallo las defensas de los condenados Gabriel Alfonso Guerrero Reeve y Arturo Alberto Contador Rosales formalizaron recursos de casación en la forma y en el fondo, mientras que, por su parte, los letrados que representan a los encartados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Sergio Eduardo Figueroa López, Sergio Alfonso Benavides Villarreal y Manuel Del Carmen Vega Collao, además del Fisco de Chile, la parte querellante particular y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, dedujeron sendos arbitrios de casación en el fondo.

Con fecha nueve de julio de dos mil dieciocho, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

I- Respecto de los recursos de casación en la forma:

PRIMERO: Que, la defensa del acusado Guerrero Reeve, funda su arbitrio de casación formal en la causal novena del art. 541 del Código de Procedimiento Penal, relacionada con la inobservancia de lo prescrito en los N°s 4 y 5 del art. 500 del mismo cuerpo legal.



Argumenta que el tribunal de segunda instancia no se hizo cargo, desarrollando las necesarias consideraciones, de su alegación de favorecer al acusado la circunstancia atenuante especial prevista en el art. 103 del código punitivo y desechada por el fallo de primera instancia.

SEGUNDO: Que, desde ya, cabe advertir que en el libelo se dice lo siguiente: *“la sentencia definitiva de segunda instancia se hace cargo indirecta y parcialmente reproduciendo la consideración trigésimo –tercera del fallo de primer grado- y solo para rechazarlas, de nuestras alegaciones de concurrir en especie la atenuante y media prescripción”* (sic). Entonces, el veredicto impugnado sí se ocupa de analizar la defensa expuesta, pero en términos que no satisfacen al recurrente o le parecen inadecuados. Al respecto, cabe recordar que *“debe ser desestimado el recurso que no invoca la falta de las consideraciones exigidas por el nro. 4 del artículo 500 sino la falta de conformidad de tales consideraciones con el mérito del proceso; por cuanto esta última no constituye la causal 9ª que se hace valer ni autoriza el recurso de casación interpuesto”* (SCS, 07.06.1950, G. 1950, 1er. sem., nro. 55, p. 296).

La jurisprudencia ha sido consistente y reiterada en excluir de la causal de nulidad en comento *-que exige omisión, ausencia de consideraciones-* los desacuerdos de los recurrentes con las conclusiones de las sentencias. (SCS, 12.07.1961, R., T. 58, secc. 4ª, p. 175; SCS, 29.01.1982, R., T. 79, secc. 4ª, p.9). Muy claro es el razonamiento de esta Corte: *“lo que puede no corresponder o ser inadecuado para la defensa, puede serlo para los tribunales de la instancia, de manera que el reproche formulado a la sentencia no importa el incumplimiento de los requisitos 4º y 5º del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.”* (SCS, 17.06.1982, R., T. 79, secc.4ª, p.73).



El recurrente sostiene que la ausencia de consideraciones que denuncia le ha impedido una correcta defensa de los intereses del acusado, lo que no parece conciliarse con el hecho de invocarse, en la fundamentación del recurso de fondo, nutridos argumentos para sostener la procedencia de la denominada “*prescripción gradual*”.

Por último, aun cuando resultara aceptable la alegación del recurrente, esta carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que, como se expresa más adelante, en los considerandos relativos a la casación de fondo, los jueces que hagan lugar a lo previsto en el art.103 del Código Penal, no están obligados a efectuar una rebaja de la cuantía de la pena, desde que los arts.65 a 68 del citado cuerpo normativo consagran una mera facultad y no una imposición.

Por todo lo argumentado, el recurso no puede prosperar.

TERCERO: Que, como primera causal de casación formal, la defensa del acusado Arturo Alberto Contador Rosales hizo valer la contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 500 N°s 4 y 5 del mismo cuerpo de normas, toda vez que, en su parecer, la sentencia impugnada no contiene las consideraciones en cuya virtud se dieron por probados los hechos atribuidos a su representado, ni señala con precisión en qué consistió toda la conducta desplegada por éste.

Refiere que no existe en el fallo una distinción de las jerarquías o grados que tenían los acusados o si su participación fue o no dolosa, omitiendo considerar lo expuesto por la defensa de Contador Rosales, en orden a que se trataba de un subteniente que siguió las ordenes de sus superiores, lo que habría permitido configurar a su respecto la circunstancia atenuante del artículo 214 del Código de Justicia Militar.



En un segundo capítulo, el recurrente invoca el motivo de casación formal contemplado en el artículo 541 N° 10 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la *ultra petita*, por cuanto estima que resulta injustificado y una infracción flagrante al principio de congruencia, que el tribunal sancione a su representado respecto del delito de secuestro calificado por una situación que se habría extendido por más de noventa días y por “*el hecho de constituir un grave daño a las personas de los ofendidos*”, en circunstancias que tanto en la acusación fiscal, como en la particular formulada por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, se le imputaba el delito de secuestro calificado por el tratarse de un ilícito en carácter de permanente.

Finaliza solicitando que se invalide el fallo recurrido y que se dicte una nueva sentencia por la que se absuelva a su representado, o bien se le rebaje la pena y se le concedan los beneficios de la Ley N° 18.216, o se modifique en los términos que S.S. estime que beneficien a su representado, con costas.

CUARTO: Que, desde ya, cabe señalar que el petitorio del arbitrio procesal conspira contra su acogimiento, por cuanto se solicita disponer en la sentencia de reemplazo, o bien la absolución del sentenciado o bien una rebaja de la pena impuesta, con otorgamiento de alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley 18.216, “*o se modifique en los términos que ss. lltma. estime que beneficien a mi representado...*” (sic).

Que, la jurisprudencia de los tribunales superiores ha sido *-desde hace largo tiempo-* invariable en destacar el carácter de derecho estricto del recurso de casación, sus diferencias con el recurso de apelación y su incompatibilidad con alegaciones de infracción de ley frente a las cuales se postulan como decisiones adecuadas a derecho distintas alternativas de resolución, incompatibles entre sí, v.gr. absolución vs. condena con rebaja de pena, que ponen al tribunal de



casación *-cuyo rol en la interpretación y aplicación de la ley no es necesario destacar-* en la situación de elegir una u otra opción, a su entero arbitrio, de acuerdo a *“su estimación”*, lo que entra en contradicción con el principio fundamental de que el recurso de casación no origina una nueva instancia del juicio. Una suerte de deber de fallar el asunto controvertido a como dé lugar, siempre que se favorezca al encausado *–que puede corresponder a una apreciación subjetivamente muy comprensible-* tampoco aparece incorporado como idea rectora en el recurso de nulidad regulado en el Código Procesal Penal, acordado para superar las deficiencias del sistema de enjuiciamiento penal de 1906.

QUINTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, es menester dejar constancia que, en relación al motivo de nulidad del N° 9 del art. 541 del Código de Procedimiento Penal, y no obstante el apreciable esfuerzo dogmático desplegado por el recurrente, sus alegaciones están dirigidas todas a exponer, con mayor o menor énfasis, el desacuerdo o disconformidad del litigante con las consideraciones vertidas por los jueces en el fallo, que en absoluto está huérfano de ellas, de modo que *–y conforme a la jurisprudencia citada a propósito del recurso del acusado Guerrero, que se da por reproducida-* la causal de nulidad formal invocada no concurre. A este respecto, no está de más recordar que *“lo que la ley sanciona es la falta de considerandos, ya sea que éstos no existan realmente o que, existiendo, aparezcan contradictorios los unos con los otros en términos que se destruyan o que sean incongruentes con la conclusión, pero la extensión que debe darse a los distintos razonamientos que se formulan respecto a la prueba examinada queda entregada al criterio del tribunal hasta formarse la convicción que se propone adquirir”* (SCS,11.11.1964, R., T. 61, secc.4ª, p.453).



Al reclamante le pueden parecer frívolas o poco suficientes las consideraciones, *“pero lo que la ley exige en el nro. 4 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal es que la sentencia contenga consideraciones, porque la omisión total de ellas es lo que puede traer como consecuencia que no se produzca lo que según ese precepto debe producirse, ya en cuanto a los hechos atribuidos al reo, ya a su exención de responsabilidad, ya a la atenuación de ella”* (SCS, 13.0111.1961, R., T. 58, secc.4ª, p.21). Para decidir sobre el motivo de nulidad *“solo corresponde constatar si existe o no la motivación que exige la ley, sin entrar a pronunciarse acerca del valor o legalidad de las afirmaciones que de ella se desprenden”* (SCS, 29.01.1982, R., T. 79, secc.4ª, p.9). En el Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T. III, p. 283, figuran diez sentencias que, en resumen, circunscriben la causal de casación a la omisión de consideraciones y le adscriben un carácter eminentemente objetivo. Basta con verificar si existen o no los razonamientos, *“sin que corresponda aquilatar el mérito intrínseco de ellos o el valor de convicción que deba atribuírseles.”* Precisamente, lo objetado en el libelo es el mérito, valor intrínseco o extensión dados por los jueces a sus razonamientos, sobre la base de las probanzas aquilatadas, reproche ajeno al recurso de que se trata.

Que, no obstante lo anteriormente observado, y en cuanto se refiere a las causales eximentes invocadas, si bien no es admisible en esta sede *-de nulidad formal-* un debate sobre la eventual violación de las normas jurídicas que las consagran, cabe consignar lo siguiente:

La defensa procura demostrar el error cometido por los falladores, al no acoger las atenuantes de los arts. 211 y 214 del Código de Justicia Militar, que estima cabalmente concurrentes en la especie. Aunque no es propio del recurso de casación que se analiza, discurrir sobre posibles errores de derecho, conviene



dejar constancia, para todos los efectos que interesan en este pronunciamiento, que de conformidad al antes citado art. 211, fuera de los casos en que se ha omitido la representación de la orden que le fuera impartida al inferior, será circunstancia atenuante el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. La frase “*será circunstancia atenuante*” no releva al juez de apreciar si concurren o no los supuestos de hecho que conforman la minorante, ni menos impone el deber de rebajar la cuantía de la pena en caso de ser reconocida, correspondiendo aplicar las reglas generales sobre influencia de las circunstancias modificatorias.

En cuanto al art. 214 del Código de Justicia Militar, éste dispone que en caso de concierto previo entre los perpetradores del o los delitos, serán responsables todos los concertados. La intención común que unificó el actuar de todos los involucrados *-identificándose el de uno con el de los otros-* dirigiéndolo de modo previamente planificado en todos sus detalles hacia una meta común (Garrido, “Etapas de Ejecución del Delito, Autoría y Participación”, Edit. Jdca., p. 316), cuyo carácter delictivo fue explicitado mediante la “*mise en scene*” de una falsa aplicación de la denominada “*ley de fuga*”, es un elemento que se encuentra plenamente acreditado en la causa, no desconocido por las defensas. En consecuencia, está correctamente desestimada la causal de que se trata.

SEXTO: Que, en cuanto atañe al motivo previsto en el numeral 10° del art.541, “*haber sido dada ultra petita*”, el recurrente la hace consistir en una discordancia o incongruencia existente “*entre los delitos imputados en la acusación fiscal y los delitos por los cuales fue condenado.*” Afirma que en la acusación fiscal se describió el delito de secuestro como permanente y, sin embargo, en el fallo que confirmo la Corte de Alzada, se califica el ilícito por la duración por más de 90 días y por la producción de un grave daño a las víctimas.



Al respecto cabe consignar desde ya que no hay tal incongruencia entre los delitos materia de la acusación y los hechos atribuidos en el fallo condenatorio, que coinciden con las mismas figuras delictivas imputadas en el auto motivado de cargos, bastando una mera comparación entre las piezas procesales para corroborarlo. Sin perjuicio de esta circunstancia, cabe precisar que la calificación como delito permanente del secuestro, no implica atribuirle un carácter o nota que diferencie unas de otras las distintas figuras delictivas *-simples o agravadas-* que derivan del tipo central o básico. La doctrina coincide en que el secuestro es un delito calificable de *“permanente” -es un ejemplo de esta categoría-* distinto de los denominados *“instantáneos”*, en el aspecto de su consumación (Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, T. III, p. 202; Garrido, Derecho Penal, Parte General, T. II, p. 259; Matus-Ramirez, Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, p. 244). Esta característica del delito no ha sido alterada o modificada por la sentencia impugnada, como se verifica con su lectura.

En todo caso, la Corte Suprema ha declarado sobre esta causal, que *“tratándose de unos mismos hechos pertinentes al objeto materia del proceso y que se hallan comprendidos en la causa, los que fueron examinados y considerados por el acusador, y fallados, tanto por los jueces de primer grado, como por los jueces de la alzada, y si por “puntos” debe entenderse lo que consigna el diccionario de la lengua, esto es “lo sustancial o principal de un asunto” y que “si el fallo contempla los mismos hechos emanados de los mismos antecedentes de cargo y convicción que se consideraron para formular la acusación...”* no concurre el vicio de *ultra petita* (SCS, 19.04.1972, R., T. 69, secc. 4^a, p. 31; SCS, 17.06.1982, R., T. 79, secc. 4^a, p. 73).

II- En lo tocante a los Recursos de casación en el fondo:



SÉPTIMO: Que la defensa del encartado Figueroa López dedujo recurso de nulidad sustancial fundado en las causales contenidas en los numerales 3 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 459, 488 N° 1 y 2 del mismo cuerpo de normas y con los artículos 15 N° 3, 391 N° 1 y 141 incisos 1° y 2° del Código Penal, toda vez que, por una parte, no existen probanzas tendientes a acreditar su participación en los delito de secuestro calificado y, por otra, *-en lo tocante a los delitos de homicidio calificado que se le atribuyen-* no se consideró a su respecto la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 N° 9 del Código Punitivo *-miedo insuperable-*, pese a que consta en autos que otro militar (Miguel Nash) fue asesinado por negarse a cumplir las órdenes de la superioridad.

Expone, además, que no se le rebajó la pena a imponer, pese a que el fallo de primer grado le reconoció la minorante de responsabilidad del artículo 11 N° 7 del Código Penal.

Finaliza solicitando que se declare que la sentencia es nula y se le condene a tres años y un día de presidio menor en su grado mínimo, con el beneficio de Libertad Vigilada.

OCTAVO: Que de la simple lectura del arbitrio en cuestión se colige que el sentenciado invocó la causal del N° 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que la sentencia califica como delito un hecho que la ley penal no considera como tal, afirmándose que los juzgadores del grado debieron absolver al acusado. Sin embargo, en el petitorio del libelo, se concluye que la sentencia *“es nula, por haber no obstante, calificar correctamente el delito, aplicado a Sergio Figueroa una pena superior a la señalada en la ley, incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que lo benefician.”* Se solicita, en definitiva, que se le



imponga una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales.

Como es fácil constatar, el único motivo de nulidad invocado, destinado a obtener la absolución, no es en absoluto compatible con la solicitud de rebaja de la sanción, cuyo basamento legal pertinente es el art. 546 nro. 1 del código del ramo, que no ha sido invocado. Además, y sin perjuicio del defecto señalado, si bien se denuncia la infracción del art.488 del Código de Procedimiento Penal, numerales 1 y 2, no se explica en la forma procesalmente requerida para convencer al tribunal que los hechos de los cuales el acusado deriva su irresponsabilidad, no se habrían tenido por establecidos, infringiéndose de esta manera las leyes reguladoras de la prueba. En consecuencia, los hechos establecidos por los sentenciadores son inamovibles para el tribunal de casación (*SCS, (10) sentencias cit. en Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T. III, p. 391*).

Si se trata de obtener la anulación de una sentencia por infracción de ley -*norma jurídica concreta y determinada*- resulta inadmisibile que se postulen contravenciones de ley alternativas -*una u otra*- no es culpable el acusado o es culpable, pero con una pena menor- dejando a la Corte Suprema la tarea de decidir cuál de esas proposiciones acoge. Esta modalidad no le está permitida por la regulación estricta del recurso de que se trata, destinado a examinar la correcta interpretación y aplicación de la ley en el caso concreto, dentro de los límites severos trazados por el código del ramo, que podrán ser objetables -*de lege ferenda*- pero son los que rigen en estos procedimientos y han de ser aplicados por las instancias judiciales competentes, incluido este Tribunal, so pena de infringir la ley en caso de no darles aplicación.

Así, por lo demás lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, al establecer que: "*Como se ve, cada postulado supone el abandono de la tesis anterior,*



condiciones en las que el arbitrio no puede ser atendido, porque no cabe dejar subordinada la efectividad de unos vicios a la existencia o inexistencia de otros, desatendiéndose la ritualidad que es propia de este recurso de derecho estricto (...)” (SCS, Roles N° 19.165-17, de 27 de septiembre de 2017; N° 35.788, de 20 de septiembre de 2018 y; N° 18.620-2018, de 24 de septiembre de 2019).

NOVENO: Que, la jurisprudencia a este respecto es, como se ha visto, numerosa y sostenida, contando con decisiones muy recientes, que otorgan sólido respaldo a lo que se resuelve en estos casos, que es el rechazo de los recursos por razones que si bien son formales, no pueden ser obviadas por esta sala, atendida la función que le está encomendada como tribunal de casación. Sabido es que este tribunal no es una instancia de apelación, en que proceda revisar uno a uno todos los hechos establecidos, aunque su apreciación conduzca a conclusiones contradictorias. A este respecto no es necesario añadir nada más, que no sea el parecer de la doctrina procesalista, divulgada a través de los textos conocidos.

DÉCIMO: Que, por su parte, el encartado Guerrero Reeve dedujo recurso de casación en el fondo basado en la causal contemplada en el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 103, 11 N°6, 11 N°7 y 11 N°9 del Código Penal y 211 del Código de Justicia Militar, por no haber sido aplicadas la rebajas de condena que las atenuantes consagradas en esos preceptos preveen.

Además, denuncia la contravención al art. 68 inciso 3° del Código Penal, por cuanto al concurrir *“dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas, y adicionalmente otras atenuante ordinaria o no calificada, y ninguna agravante, se ha debido rebajar la pena en al menos un grado bajo el mínimo señalado por la ley”*.



Todas las argumentaciones giran en torno a una disminución de la sanción penal impuesta, que sería obligatoria para el tribunal en la tarea concreta de aplicar las normas respectivas, en particular, el citado art. 68 inc.3º del código punitivo. Tanto el art. 103 del Código Penal como el art. 211 del Código de Justicia Militar, se remiten, para la concreta operatividad de los posibles efectos atentatorios de la magnitud de la pena a las normas generales, encabezadas por el art. 65 del Código Penal. El art.103 del mismo cuerpo de normas reconduce expresamente a los arts. 65, 66, 67 y 68 el mecanismo jurídico conducente a la disminución de la pena impuesta. El art. 211 antes citado solo habla de la existencia de una circunstancia atenuante, debiendo entenderse, como se dijo y en el evento de ser acogida, remitido *-para los efectos de la posible rebaja del quantum de la pena-* a las reglas de la ley penal común. En todo caso, los sentenciadores desestimaron la concurrencia de esta atenuante.

El señor letrado patrocinante del arbitrio reconoce que existe la que llama “*cierta tendencia*” de la Corte Suprema, de estimar que el vocablo “podrá” utilizado por el art. 68 del estatuto punitivo “*hace no recurrible de casación esta materia*”. Agrega que no se trata de un tema pacífico en doctrina y tampoco de un tema con jurisprudencia unánime. Cita una sentencia de esta Corte, de 22.04.1943 y la opinión del profesor José Luis Guzmán Dálbora, referida al efecto atenuante previsto en el art. 103 del código del ramo, al que “*buena parte de los autores muchos fallos atribuyen un carácter facultativo... la reducción en uno, dos o tres grados respecto de la pena mínima, conforme a los arts. 65, 66, 67 y 68, sería en cambio, estrictamente discrecional.*” El académico citado plantea y fundamenta la tesis de que en este específico caso de la “*prescripción gradual*”- en que el texto habla de dos o más atenuantes muy calificadas- y ninguna agravante, la disminución de pena es imperativa (Texto y Comentario del Código Penal chileno,



T. I, Libro Primero, Parte General, p. 484). Sin perjuicio de lo favorable que resulta esta interpretación para los condenados y la autoridad académica de quien la propone, es efectivo, como lo reconoce el litigante, que en la jurisprudencia de este Tribunal ha prevalecido sin duda la interpretación sistemática y gramatical basada en la expresión “*podrá*” empleada por el legislador, lo que excluye una infracción de ley en el evento de no efectuarse rebaja pese a la pluralidad de atenuantes o concederse una inferior a la alegada. A mero título ejemplar pueden citarse los siguientes fallos, todos recaídos en procesos por delitos de lesa humanidad (SCS, 08-07-2010, Rol N° 2596-2009; SCS, 04-10-2019, Rol N° 3322-18; SCS, 24-10-2019, Rol N° 3524-2018 y; SCS, 15-06-2020, Rol N° 8.914-2020)

El dominio en la doctrina de la posición que le reconoce carácter meramente facultativo a la rebaja de pena contemplada en los artículos 65 a 68 del Código Penal, se ve reflejado en el comentario de los profesores Matus y Van Weezel, referido al art. 65, pero que extienden al art.68: “*el juez puede aplicar o no aplicar la rebaja y, si decide aplicarla, puede extenderla uno o dos grados, desde el mínimo. Aunque existe alguna doctrina (cfr. Schweitzer, Revista de Ciencias Penales, Vol. VI, nro. 2, p. 202) –e incluso alguna jurisprudencia (cfr. SCS 22.04.1943, GT. 1943-1-169) que ha sostenido una tesis diferente (solo sería facultativo el monto de la rebaja, pero no la rebaja misma) respecto de similar prescripción del art. 68, hoy la doctrina y la jurisprudencia se han unificado en estimar como facultativos para el juez tanto la rebaja como el monto de ella*” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero, Parte General, p. 360). Apuntan estos comentaristas y la mayoría de los demás que abordan el tema –*Labatut, Novoa, Etcheberry*– como principales razones a favor de esta interpretación: primera, el sentido literal de la norma que utiliza la palabra “*podrá*”, que no puede ser sustituida por “*deberá*”; segunda: la historia fidedigna de su



establecimiento, emanada de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, cuyos integrantes quisieron modificar el sistema imperativo de rebaja establecido en el Código Penal Español. (Actas Sesiones C.R., nros. 19 y 136) y dejar entregada esta determinación al criterio de los jueces. Ya Ricardo Cabieses, a inicios del siglo XX, advertía en su Derecho Penal que se trata de una atribución facultativa del tribunal, “podrá”, “dice la lei”, (*Apuntes tomados en clase por Pedro Gandulfo Guerra y Roberto Belmar Puelma, Imprenta Estrella Del Pacífico, Stgo., 1918, p. 207*).

De los fallos recaídos en procesos sustanciados por otro tipo de delitos, pueden citarse SCS, de 31.03.1976, Fallos del Mes 208, pp. 29-31; SCS 22.05.1986, RDJ, 1986-119 y los varios citados en la conocida obra de Etcheberry, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia” (T. III, p. 296).

El carácter facultativo de la rebaja de la pena en su cuantía, autorizada a los jueces, impide –*como reiteradamente lo ha dicho esta Corte*– la configuración de un error de derecho sancionable con la nulidad de la sentencia respectiva, por ausencia de la imprescindible influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Cabe destacar que en la especie los magistrados reconocieron al acusado dos circunstancias minorantes con la rebaja de pena que, en su criterio y prudencia, era proporcional a los delitos cometidos, sin que las discrepancias en torno a la configuración de una tercera atenuante de responsabilidad y al número de años de privación de libertad a reducir pueda fundar una infracción de ley y conducir a la anulación de la sentencia.

Con el mérito de lo expuesto, el recurso será desestimado.

UNDÉCIMO: Que, la defensa del acusado Manuel Vega Collao fundó su recurso de nulidad sustancial en las causales previstas en los números 1 y 7 del



artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 488 y 509 del mismo cuerpo de normas y 334 y 335 del Código de Justicia Militar.

Al efecto refiere que su representado era, a la fecha de los hechos, un sargento de Carabineros con sexta preparatoria rendida, que obró en cumplimiento de órdenes y amparado por una causal de justificación, lo que lo exime de responsabilidad penal.

Pide, que, en lo resolutivo, se le aplique la pena que en derecho corresponda.

DUODÉCIMO: Que de la lectura del recurso en análisis se desprende que se trata de un arbitrio algo impreciso en su construcción, ya que se invocan conjuntamente las causales de casación de los nros. 1 y 7 del Código de Procedimiento Penal, alegando tanto una ausencia de responsabilidad penal, como una existente, pero atenuada y merecedora de una menor sanción, lo que desde ya atenta contra el éxito de un recurso de derecho estricto. En la parte petitoria del libelo solicita que se dicte sentencia de reemplazo y se aplique la pena que en derecho corresponda, es decir, hay una renuncia a la exención de responsabilidad criminal.

La alegación de haber obrado el acusado en cumplimiento de órdenes y amparado por una causal de justificación *-que exime de responsabilidad penal-* es incompatible con la petición de rebaja de la pena, que supone, precisamente, una responsabilidad criminal existente y establecida en el juicio.

Desde el fallo SCS 05.1920, G.J. 1920, 1er sem., nro. 60, p. 323, en adelante, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que esta causal –nro. 1- supone necesariamente la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, puesto que ella resulta de una imposición al reo de una pena distinta de la que le



corresponde (Repertorio del Código de Procedimiento Penal, cit., T. III, pp. 342 y s.s.).

DÉCIMO TERCERO: Que los preceptos legales que se denuncian primeramente como infringidos son los arts. 488 y 509 del Código de Enjuiciamiento Criminal, conjuntamente con los arts. 334 y 335 del Código de Justicia Militar. Por de pronto, cabe precisar que de todos los preceptos citados, únicamente tiene el carácter de ley reguladora de la prueba el artículo 488 nros. 1 y 2, 1ª parte, según constante jurisprudencia (*entre otras SCS, 25-11-2011, Rol N° 8550-10; SCS, 04-10-2019, Rol N° 3.322-2018; SCS, 01-10-2020, Rol N° 28.474-2018 y; SCS, 14-01-2021, Rol N° 20.616-2018*). En tal virtud, la alegación de vulneración de las normas reguladoras de la prueba sólo puede circunscribirse a las reglas citadas.

En cuanto a la prueba de presunciones, el arbitrio se dirige a probar que *“existen antecedentes múltiples y graves que Vega y otros fusileros que participan en el acto de fusilar el a personas provenientes del campo de prisioneros de Pisagua fueron engañados y fundamentalmente amenazados por el jefe del campo de prisioneros, el teniente coronel Ramón Larraín.”* Para justificar su aserto, invoca varias declaraciones prestadas en el juicio, que han sido debidamente analizadas y ponderadas por los tribunales de primera y segunda instancia en ejercicio de sus facultades soberanas y que no caen bajo el escrutinio de esta Corte, salvo que se acredite una concreta infracción a lo dispuesto en los nros. 1 y 2, 1ª parte, del citado art.488, lo que se omite en el libelo. Este recurso debería demostrar que los sentenciadores han invertido el peso de la prueba, han rechazado pruebas que la ley admite o han aceptado otras que la ley rechaza o han desconocido el valor probatorio de las distintas probanzas producidas en autos, no siendo suficiente un alusión genérica a la vulneración del art. 488, que



contiene normas precisas y taxativas, como reiteradamente lo ha decidido la jurisprudencia. Se ha planteado *-con frecuencia-* y así ocurre en la especie un mero problema de apreciación de la prueba *“materia sobre la cual los jueces del fondo tienen un poder soberano para juzgar”* (Repertorio del Código de Procedimiento Penal, cit., T. III, pp. 419-420, catorce sentencias citadas). *“aunque se haya repetido muchas veces debe decirlo todavía el tribunal que el análisis de la prueba corresponde a los jueces de la instancia”*. *“este tribunal no puede llegar hasta la revisión de los hechos... no se produce la violación de las leyes reguladoras de la prueba cuando se impugna la apreciación estimativa y comparativa que los sentenciadores han hecho de los elementos probatorios.”* (Repertorio del Código de Procedimiento Penal, cit., T. III, pp. 421- 422)

El recurrente no explica *-siendo su carga-* cómo los jueces arribaron a la conclusión condenatoria y delimitadora de la pena sin basarse en hechos reales y probados y sólo en otras presunciones; no se explaya, tampoco, en cuanto a la razón por la cual no hubo presunciones múltiples a disposición del juzgador, por lo que no puede decirse infringido el art. 488 en los apartados citados.

A continuación, el articulista alega la infracción del art. 509 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo, en síntesis que *“No hay delito reiterado”*. Por de pronto, ésta no es una norma reguladora de la prueba y, para el caso que se la quiera utilizar para invocar el nro. 1 del referido art. 546 *-mayor pena que la legalmente correspondiente-*, es preciso tener en cuenta que la reiteración delictiva supone una repetición de hechos *-dos o más conductas independientes cada una de las cuales satisface un tipo delictivo, esto es, de sucesos atribuibles a un mismo autor-* que han de hallarse establecidos en el proceso y que el juez tiene por comprobados con los medios probatorios que la ley le entrega. En este caso, el recurrente se limita a sostener que *“hay un delito de efecto múltiple”*, porque



“todas las víctimas estaban juntas en un mismo lugar, la cárcel; todas ellas fueron sacadas de la cárcel en un mismo acto, todas juntas; todas ellas fueron conducidas juntas al lugar en que fueron fusiladas, todas ellas mueren fusiladas en un mismo acto, pelotón, jefe de pelotón que da un orden única de disparar.”

Es conveniente recordar que un único delito se presenta cuando se realiza una sola vez la descripción del tipo legal que lo sanciona penalmente (*Matus, Texto y Comentario del Código Penal Chileno, cit., p. 384*). Olvida el articulista que son dos los delitos que se le reprocharon al encausado y por los cuales resultó condenado -*lo dice claramente el fallo de la Corte de Alzada*- perpetrados en una secuencia temporal establecida. Las acciones letales que privaron de la vida a varias personas en estado de total indefensión se añaden en concurso real al ilícito previo de secuestro, cuya existencia no ha sido impugnada en la forma prevista en el Código de Procedimiento Penal. En la especie está claro que las múltiples acciones ejecutadas realizaron varias veces las descripciones típicas propias de los delitos materia de la acusación.

Muy sucintamente el recurrente acusa la infracción al artículo 103 del Código Penal, que no se aplicó por estar vinculado a la eximente de prescripción, que se entiende proscrita en esta clase de delitos, prohibición que afectaría también a la atenuante citada. Sostiene que el error cometido por los sentenciadores ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia pues, de haberse reconocido la atenuante citada, la pena aplicada habría sido muy inferior. A este respecto, la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal del recurso, en tanto se afina en el artículo 103 del Código Penal.

Por una parte, la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los



Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de *ius cogens* provenientes de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo.

Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes (*Sentencias Corte Suprema Rol N° 35.788-2017, de 20 de marzo de 2018 y Rol N° 39.732-2017, de 14 de mayo de 2018*), de modo que el no ejercicio de esa atribución no puede configurar una infracción de ley.

DÉCIMO CUARTO: Que, en lo tocante a los arts. 334 y 335 del Código de Justicia Militar, denunciados como infringidos *-sin mayor fundamentación-* cabe consignar que el primero de estos preceptos consagra el deber de obediencia del militar *-salvo fuerza mayor-* frente a una orden del servicio impartida por un superior. Por su parte, el art. 335, impone al inferior la obligación de representar la orden recibida *-relativa al servicio-* en las circunstancias particulares que se especifican, debiendo el inferior cumplirla sólo si el superior insistiere en su orden.

El concepto central es, entonces, “orden relativa al servicio”, cuyo sentido y alcance están precisados en el art. 421: es acto del servicio “*todo el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas*”. Al respecto, aclara Astrosa, que “*serán órdenes del servicio aquellas que directa o indirectamente tiendan a satisfacer una*



necesidad de la función que está llamado a realizar el cuerpo armado, no lo serán las que sirven o benefician el interés particular de un militar, sea éste o no el superior que da la orden” (Derecho Penal Militar, 2ª Edic., Edit. Jdca., 1974, p. 111).

En la especie, los elementos de juicios reunidos y valorados soberanamente por los jueces, ponen en evidencia que la ejecución de las víctimas, previamente seleccionadas, acordada y planificada con antelación en todos sus detalles por todos los involucrados, aceptada como un efecto de una inventada -y, por ende, irreal- infracción a la llamada “ley de fuga” -según explicación dada por el superior- para cubrir el fusilamiento carente de justificación, no encuadra en la noción de acto del servicio. Al contrario, todo aparece como una operación destinada a beneficiar el interés particular de otros militares -superiores en el mando- que impartieron la orden y/ o se encargaron de transmitirla y vigilar su cumplimiento.

En consecuencia y con el mérito de lo razonado, el arbitrio procesal será rechazado.

DÉCIMO QUINTO: Que, la defensa del acusado Roberto Antonio Ampuero Alarcón fundó su recurso de nulidad sustancial en las causales previstas en los números 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 488 y 509 del mismo cuerpo de normas y 334 y 335 del Código de Justicia Militar.

Al efecto refiere que su representado, a la fecha de los hechos, era un fusilero de 19 años de edad, que obró en cumplimiento de órdenes y amparado por una causal de justificación, lo que lo exime de responsabilidad penal. Además, refiere que éste habría sido intimidado por el Teniente Coronel Ramón Larraín,



quien ordenó un pacto de silencio, determinando que a la prensa se le informaría que los ofendidos fueron abatidos por intentar fugarse.

Pide, que, en lo resolutivo, se le aplique la pena que en derecho corresponda.

DÉCIMO SEXTO: Que de la revisión del arbitrio en análisis aparece de manifiesto que este se apoya exactamente en los mismos argumentos esgrimidos en el arbitrio deducido por la defensa del acusado Vega Collao, por lo que, para evitar repeticiones innecesarias, se dan por reproducidas íntegramente tanto las consideraciones vertidas respecto a dicho libelo (*Vega Collao*), como la conclusión que desestima aquel arbitrio y permite rechazar el presente.

Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, cabe señalar que en el escrito se alude de modo implícito a que el acusado habría obrado impulsado por una suerte de “*miedo insuperable*”, derivado del ambiente de serio temor creado por las expresiones y actuaciones de los oficiales superiores en el mando. Sin embargo, no se denuncia la infracción del art.10 nro. 9 del estatuto punitivo, y ni siquiera la del art.11 nro. 1 del mismo texto (“*eximente incompleta*”), por lo que esta sala está impedida, dada la naturaleza del recurso y lo prescrito en el art.772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta sede, de hacerse cargo de la circunstancia insinuada.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, respecto del sentenciado Sergio Alfonso Benavides Villarreal, el recurso de casación en el fondo se fundó en el motivo contemplado en el N° 1 del Artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 103 del Código Penal y 211 Código de Justicia Militar, toda vez que no se consideraron por los sentenciadores del grado –debiendo hacerlo-, las minorantes de responsabilidad de la media prescripción y de haber



obrado en cumplimiento de una orden, lo que necesariamente habría significado una reducción de la sanción a imponer al impugnante.

Solicita, la rebaja de la pena a la de presidio menor en su grado máximo y la aplicación de beneficios de la Ley N° 18.216.

DÉCIMO OCTAVO: Que, por razones de economía procesal y para desestimar el arbitrio en análisis, esta Corte se estará a lo razonado en el considerando décimo de este fallo –*con motivo del análisis del arbitrio deducido en favor del sentenciado Guerrero Reeve-*, en cuanto a que el carácter facultativo de la rebaja de la pena en su cuantía, autorizada a los jueces, impide, en caso de no rebajarse la pena o disminuirse menos de lo reclamado –*como reiteradamente lo ha dicho esta Corte-* la configuración de un error de derecho sancionable con la nulidad de la sentencia respectiva, por ausencia de la imprescindible influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

DÉCIMO NOVENO: Que, por su parte, la defensa del encartado Contador Rosales denuncia, en primer lugar, la infracción del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 141 y 148 del Código Penal, y artículos 459 y 477 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que su representado fue condenado por los delitos reiterados de secuestro calificado, pese a que no obra en autos antecedente alguno que permita determinar su participación en la detención o en el encierro injustificado de los ofendidos, ni en su traslado, una vez que la Autoridad Militar dispuso de su arresto; así como tampoco, en actos que hasta la fecha signifiquen privación de libertad o la ejecución de este delito permanente.

Adicionalmente argumenta que, en el evento que se estimara que tuvo participación en el encierro de las víctimas, no concurren en la especie los restantes elementos del tipo, por cuanto se encuentra reconocido en autos, por la



primera Autoridad Militar de Iquique -*el fallecido General Carlos Forestier*-, que las detenciones de los ofendidos fueron realizadas por funcionarios de las Fuerzas Armadas en cumplimiento de órdenes emanadas de su superioridad.

Por otra parte, arguye que si se considera muy válidamente que las Fuerzas Armadas no podían efectuar las detenciones en dicha época, no es posible configurar el tipo de secuestro calificado, puesto que, tratándose de funcionarios públicos, existe un delito especial, el cual por aplicación del principio de especialidad, tiene preeminencia por este tipo (detención ilegal).

Refiere que existe una infracción grave de las normas reguladoras de la prueba, por cuanto no se valoró toda la incorporada al proceso, con aplicación estricta de las normas aplicables en la especie.

VIGÉSIMO: Que, en un segundo acápite, el impugnante refiere como infringidos distintos preceptos legales, entre ellos los artículos 391, N° 1, del Código Penal, en relación con el artículo 12 N° 1 del mismo cuerpo normativo; el artículo 10 N° 10 del código punitivo; el artículo 10 N° 9 del citado texto (*en relación con los artículos 141 y 148 del Código Penal y con los arts. 459 y 477 del Código de Procedimiento Penal*); artículo 94 del Código Penal; además de los artículos 11 N° 1 y 103 del Código Penal y 211 del Código de Justicia Militar, sin vincular expresamente dichos preceptos a ninguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en circunstancias que estas causales son taxativas y cada una de ellas reglamenta una fuente concreta de nulidad.

Tales infracciones denunciadas, dicen relación con postulados incompatibles entre sí como la errónea calificación de los hechos efectuada por el tribunal recurrido (*no concurrirían los elementos del tipo respecto del ilícito de homicidio calificado reiterado*); el rechazo de las eximentes de responsabilidad de



haber obrado en cumplimiento de un deber o violentado por un miedo insuperable; la negativa de acoger las alegaciones relativas a la prescripción y a la media prescripción; el rechazo de la tesis de no existir en la especie la reiteración de delitos; y de la desestimación de las atenuantes de responsabilidad de la media prescripción y de obrar en cumplimiento de un deber, argumentos planteados como si fueran equivalentes.

Finaliza solicitando que el recurso en estudio se *“acoja y dicte la respectiva sentencia de reemplazo, en virtud de la cual se absuelva a mi representado, o bien se le realice la rebaja de la pena y se le concedan los beneficios de la Ley N° 18.216, o se modifique en los términos que Vse. estime que beneficien a mi representado, con costas”* (sic).

VIGÉSIMO PRIMERO: Que de la simple lectura del arbitrio en cuestión se colige que el sentenciado Contador Rosales invocó, en primer término y de modo expreso, la causal del N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, consistente en la vulneración de las leyes reguladoras de la prueba, motivación que, en caso de ser acogida, necesariamente conlleva a la absolución del acusado, en caso de tenerse por acreditado un error de Derecho Penal sustantivo. Por otra parte, en el resto de su desarrollo, se limita a denunciar diversas infracciones de ley, sin indicar a cuál o cuáles de los numerales del citado art. 546 se deben entender vinculadas, pudiendo desprenderse de su estudio que éstas por un lado pretenden la absolución del acusado y, por otro, la rebaja de su condena.

Como es fácil constatar, el único motivo de nulidad invocado de modo expreso, destinado a obtener la absolución, no es en absoluto compatible con la solicitud de rebaja de la sanción, cuyo basamento legal pertinente es el art. 546 nro. 1 del código del ramo, que no ha sido invocado.



En la misma línea –y como ya se argumentó al desestimar el recurso de casación en el fondo interpuesto por el acusado Figueroa López-, si se trata de obtener la anulación de una sentencia por infracción de ley *-norma jurídica concreta y determinada-* resulta inadmisibile que se postulen contravenciones de ley alternativas *-una u otra-* no es culpable el acusado o es culpable, pero con una pena menor dejando a la Corte Suprema la tarea de decidir cuál de esas proposiciones acoge, planteamiento contenido en el petitorio del recurso. Esta modalidad no le está permitida por la regulación estricta del recurso de que se trata, destinado a examinar la correcta interpretación y aplicación de la ley en el caso concreto, dentro de los límites severos trazados por el código del ramo, que podrán ser objetables *-de lege ferenda-* pero son los que rigen en estos procedimientos y han de ser aplicados por las instancias judiciales competentes, incluido este Tribunal, so pena de infringir la ley en caso de no darles aplicación.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es menester precisar, para reafirmar el rechazo del primer capítulo del recurso casación en el fondo, que ninguno de los artículos citados del Código Penal constituyen normas reguladoras de la prueba.

En un segundo orden de ideas, cabe advertir que el art. 459 del Código de Procedimiento Penal no es una genuina ley reguladora de la prueba, ya que otorga una mera facultad al juez, no revisable por vía de casación, criterio ratificado por una numerosa jurisprudencia (*Entre otras SCS, 04-10-2019, Rol N° 3.322-18*).

En el mismo sentido, el artículo 477 del Código de Enjuiciamiento Criminal tampoco tiene el carácter de ley reguladora de la prueba, toda vez que solo se ocupa de establecer una presunción probatoria respecto de los instrumentos



públicos, en particular respecto del hecho de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas.

Por todo lo expuesto, el recurso no puede prosperar.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, el Consejo de Defensa del Estado, dedujo recurso de casación en el fondo fundado, en primer término, en la causal contemplada en el numeral 7 del Artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los arts. 1, 14, 15, 24, 50, 68, 69, 74 y 391 del Código Penal 459 y 488 N°s 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, en su parecer, los sentenciadores de la instancia, al estimar que no existían antecedentes para imputar participación punible a los encausados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Alonso Guerrero Reeve, Sergio Eduardo Figueroa Lopez y Arturo Alberto Contador Rosales en el segundo de los delitos de homicidio calificado, han infringido las leyes reguladoras de la prueba establecidas en los artículos 459 y 488 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal que, de haberse respetado, hubieran permitido dar por probada tal participación

En un segundo acápite de su libelo, invoca el motivo de casación en el fondo regulado por el N° 4 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, dada la infracción a las leyes reguladoras de la prueba referida en la primera causal de nulidad, el fallo en revisión erradamente califica como lícito lo que la ley sanciona como delito

Finaliza solicitando que se invalide la sentencia y se dicte una de reemplazo condenando a los acusados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Alonso Guerrero Reeve, Sergio Eduardo Figueroa Lopez y Arturo Alberto Contador Rosales, como co-autores de los ilícitos de homicidios calificados ocurridos el 11 de octubre de 1973, elevando el castigo a la pena única de presidio perpetuo, más las accesorias legales y costas de la causa.



VIGÉSIMO CUARTO: Que, analizando el arbitrio deducido en representación del Fisco de Chile, aparece que impugna la sentencia recurrida, en la parte que confirmó la decisión del Sr. Ministro Instructor, de absolver a ciertos acusados del cargo de ser autores del delito de homicidio calificado, cometido en las personas de Julio Cabezas Gacitúa, José Córdova Croxato, Mario Morris Barrios, Humberto Lizardi Flores y Juan Valencia Hinojosa.

El arbitrio invoca la causal del art. 546 nro. 4 del Código de Procedimiento Penal, en relación al nro. 7 del mismo precepto, esto es, que se vulneraron las leyes reguladoras de la prueba al calificar como lícito un hecho que la ley pena como delito. Explica la representante de la entidad fiscal que el recurso a ambas de causales nulidad conjuntamente ha sido reiteradamente postulado por la jurisprudencia de esta corte.

Sirve de fundamento al libelo, el considerando en el cual el juez a quo, ratificado por el fallo reclamado, sostiene *-respecto de los acusados cuya condena persigue la recurrente y negaron su participación-*, “*lo que de acuerdo al mérito de los antecedentes que obran en el proceso resulta atingente, por lo mismo ha de acogerse la petición de absolución de sus defensas y dictarse respecto de ellos, en los delitos signados con la letra f) Nro. II, sentencia absolutoria*”.

Que, a juicio de la representante del Consejo de Defensa del Estado, los jueces infringieron las leyes reguladoras de la prueba establecidas en los arts. 459 y 488 nros. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, “*que, de haberse respetado, hubieran permitido dar por probada tal participación.*” Conviene precisar que los varios artículos citados del Código Penal no constituyen normas reguladoras de la prueba.

Por de pronto, cabe advertir que el art. 459 citado no es una genuina ley reguladora de la prueba, ya que otorga una mera facultad al juez, no revisable por



vía de casación, criterio ratificado por una numerosa jurisprudencia de esta Corte (*Entre otras SCS, 04-10-2019, Rol N° 3.322-18*).

En lo referente al art. 488 del código del ramo, sólo el numeral 1° y el numeral 2°, primera parte, constituyen leyes reguladoras cuya correcta aplicación puede ser revisada por la vía del recurso en comento.

Se afirma en el arbitrio procesal, que los jueces “*no valoraron positivamente*” ciertos medios de prueba que efectivamente se incorporaron al proceso y permiten acreditar la intervención punible de los encausados a que se refiere su reclamo. Además, se imputa a los jueces, el error “*al no dar el valor probatorio adecuado a los antecedentes probatorios reunidos en esta causa*”. Por último, se reprocha el “*no haber tomado en consideración el estándar necesario y exigido en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal ...*”.

De todos los párrafos transcritos del recurso se desprende claramente que, en vez de una genuina vulneración de determinadas leyes reguladoras de las probanzas, cuya infracción resulta comprobada en los autos, se postula una discordancia o discrepancia con la valoración o justipreciación efectuada por los jueces de los medios de prueba reunidos en el proceso, discrepancia que, según jurisprudencia uniforme de este Tribunal, recordada en este mismo fallo, no configura la causal esgrimida. Se ha declarado recientemente por esta Sala, con respecto al ya mencionado art. 488, que establece una limitación a las facultades de los jueces del fondo para dar por probados los hechos litigiosos a través del uso de presunciones judiciales: “*Por ello, un correcto y competente examen respecto de esta infracción importa respetar la prohibición que tiene esta Corte de adentrarse en un nuevo análisis de la ponderación realizada por los jueces del grado, pues dicho ámbito escapa al control de esta magistratura, ya que de realizarlo se volvería a examinar y valorar los antecedentes probatorios que ya*



fueron apreciados, además de revisar las conclusiones a que aquellos arribaron, lo que está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en asuntos de derecho” (SCS, 13.10.2016, Rol 33.997-16).

La desestimación del motivo de nulidad previsto en el numeral 7° del art. 546 del Código de Procedimiento Penal, acarrea, indefectiblemente y de conformidad a la propia estructuración del recurso, el rechazo de la causal del nro. 4° del estatuto procesal.

Sin perjuicio de lo argumentado, conviene tener en cuenta que el art.456 bis del Código de Enjuiciamiento Criminal, citado en el fallo del juez a quo, confirmado por el de alzada, permite absolver al encausado *-sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo-* (mensaje del Código de Procedimiento Penal, p.19) cuando el tribunal no ha adquirido la convicción de que ha tenido participación culpable en un hecho punible, decisión íntima que no es recurrible por vía de nulidad, según reiterada jurisprudencia (SCS, 18-11-2006, Rol N° 1.600-2005; SCS, 13-03-2015, Rol N° 29.214-2015; SCS, 19-01-15, Rol N° 24052-2014; SCS, 01-12-15, Rol N° 30.598-2014 y; SCS, 20-01-2020, Rol N° 17.011-18).

Que, en consecuencia, debe rechazarse el recurso.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, a su vez, la parte querellante interpuso su arbitrio de casación en el fondo, reclamando por el reconocimiento que los sentenciados de la instancia hicieron de las circunstancias atenuantes previstas en los nros. 7 y 9 del Código Penal respecto de los acusados Contador, Ampuero, Guerrero y Figueroa, enmarcándose la infracción legal que hace procedente la nulidad del fallo impugnado, en el art. 546 nro. 1 del Código de Procedimiento Penal, situación que debería corregirse mediante la supresión de dichas minorantes y un incremento consecuente de las penas aplicadas.



Sostiene el articulista que respecto de los sentenciados no concurren los requisitos esenciales de las atenuantes que les fueron reconocidas.

En lo tocante a la circunstancia prevista en el nro. 7 del cuerpo legal citado, objeta el recurrente que no aparece debidamente acreditado el celo con que debe obrar el culpable –*diligencia, esmero y preocupación*- para ser acreedor a la rebaja potencial de pena, por virtud de tal morigerante. La atenuante de que se trata, requiere de ciertos hechos, ciertos elementos fácticos, constituidos por comportamientos del autor del delito. Tales elementos fácticos han sido tenidos por establecidos soberanamente por los jueces, sin que se haya denunciado que con tal proceder han incurrido en una vulneración de determinadas leyes reguladoras de la prueba. Por ende, tales supuestos materiales quedan inamovibles y no pueden ser modificados por el Tribunal de Casación.

Por otra parte, la jurisprudencia ha consagrado como principio rector para la interpretación de esta minorante, que *“los sentenciadores gozan de libertad para apreciar los hechos que constituyen la atenuante del nro. 7 del artículo 11 del Código Penal, toda vez que no existe disposición legal que pudiera violentarse, que señale el valor legal que tiene el monto de la consignación, para dar o no por establecida la atenuante que se cuestiona en la especie.”* (SCS, 05.06.1984, F. del M. Nro.307, p.266; R., T. 81, secc.4ª, p.72; SCS, 22.08.1991, R., T. 88, secc.4ª, p. 67; SCS, 23.03.1995, R., T. 92, secc.4ª, p. 7). La apreciación de los factores que integran el concepto normativo “celo” –y que no se reducen únicamente a cuestiones numéricas o cuantitativas (la ley habla de “procurar reparar”, no de “haber procedido a reparar”; “la ley no reclama resultados exitosos” apunta Cury)- queda entregada al tribunal de instancia.

Que, en lo tocante a la atenuante prevista en el numeral 9 del art.11 del Código Penal, el recurrente afirma que no hubo de parte de los acusados un



“*aporte real, efectivo y decisivo al éxito de la investigación*”, por lo cual dicha minorante no debió ser acogida. Tal como se expuso respecto de la atenuante séptima del citado art. 11, esta minorante puesta en discusión, requiere la acreditación de ciertos hechos, de ciertos comportamientos del autor, que habrán de ser apreciados por los jueces. Estos elementos fácticos han sido tenidos por establecidos en las sentencias y no se ha reclamado a su respecto una vulneración de determinadas leyes reguladoras de la prueba, lo que debió hacerse, si se pretendía controvertir la existencia de esos elementos valorados en sede jurisdiccional.-

Sin perjuicio de lo anterior, cabe agregar que la apreciación de si concurre o no el requisito “*sustancialmente*”, que debe caracterizar la colaboración –*aporte con carácter serio y significativo a la investigación*- queda entregada a los jueces de la instancia y su función interpretativa, ya que el legislador no ha definido lo que se entiende por “*sustancia*”,

Por lo expresado, el recurso ha de ser desestimado.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, finalmente, respecto del arbitrio de casación interpuesto por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, es preciso señalar que, en primer lugar, se funda en la en la causal 1ª del art. 546 del Código de Procedimiento Penal, que permite sostener la nulidad del fallo atacado, por haber reconocido a los sentenciados las circunstancias atenuantes de los nros. 7 y 9 del art.11 del Código Penal y haber rechazado la agravante contenida en el nro. 8 del art.12 del mismo cuerpo legal.

Con respecto a las alegaciones relativas a la infracción de ley cometida al acoger las dos circunstancias atenuantes mencionadas, se reproducen los razonamientos vertidos precedentemente -*en relación a idénticos argumentos del*



recurso de las partes querellantes– y que permiten concluir en el rechazo de las alegaciones de nulidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en cuanto a la circunstancia agravante consistente en *“prevalerse del carácter público que tenga el culpable”*, sostiene el recurrente que los hechos se aprovecharon de la función pública para sus fines particulares, *“No siendo parte de la función pública de las Fuerzas Armadas y de Orden reprimir asesinando a la población civil”*. Complementa esta aseveración, señalando que esta agravante se cimenta en *“una circunstancia fáctica que imprime un plus de agresión a los bienes jurídicos cautelados por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que merece ponderarse agravando la pena que en concreto se aplicará”*, plus que derivaría, en estos casos, de *“haber utilizado los medios económicos y logísticos del estado represor ,en la época de los hechos significó lograr con éxito los fines criminales de un régimen de facto”*.

Los sentenciadores rechazaron esta circunstancia agravante, con la tesis de que *“tratándose de delitos de lesa humanidad como los de autos, aprovecharse el hecho del carácter de funcionario público que le asista para realizar el delito, es parte inherente al hecho de agentes del estado cometan estos delitos”*, es decir, aplicando el art.63 del Código Penal, que impide la doble valoración de una misma circunstancia, tipificante y agravante. Al respecto, y aun cuando la argumentación de los jueces pueda ser discutible, corresponde a esta sala hacerse cargo de la impugnación y determinar si concurre o no en el caso de autos la agravante postulada, recurriendo, para ello, a los elementos que auxilian la interpretación judicial. El autor debe *“servirse, valerse de la calidad que posee para sus fines”* (Cury, Derecho Penal, Pte. General, 7ª Edic., p. 503), *“aprovechar su carácter de funcionario público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más*



favorables, o para procurar la impunidad.” “Prevalerse” de su carácter público, esto es, “*servirse para sus propósitos de la calidad que inviste... emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido, para otros fines.*” (Texto y Comentario del Código Penal, T.I, Libro Primero, Parte General, Comentario del Art.12, pág. 202). Sea que se halle en el fundamento de esta agravante un mayor injusto o un incremento de la culpabilidad (criterio mayoritario), el núcleo reside en determinar si el funcionario abusó de una posición de poder en un ámbito diverso al que corresponde a la función y en el que la finalidad es un beneficio para el funcionario o un tercero (Ortiz/Arévalo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Edit. Jdca., 2013, p. 398). A juicio de estos sentenciadores, los elementos probatorios reunidos en autos no permiten concluir que los acusados *-en la posición subordinada en que se hallaban-* hayan realizado las acciones de que están confesos, prevaliéndose de un influjo –“*predominio o fuerza moral*”- especial otorgado por su carácter de militares.

Por tanto, no procede hacer lugar a esta alegación.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, por otra parte, la recurrente imputa, asimismo, a los sentenciadores, haber incurrido en la causal de casación prevista en el nro. 7 del art. 546 del código del ramo, en relación con el art.488 nros. 1 y 2 del mismo cuerpo legal. Hace consistir la infracción de ley, en la absolución pronunciada en favor de los acusados que individualiza, que a su juicio serían responsables de los homicidios calificados perpetrados en las personas de Julio Cabezas, Julio Córdova, Mario Morris, Humberto Lizardi y Juan Valencia, cometidos el día 11 de octubre de 1973.

Para fundamentar su reclamación, la parte cita una determinada cantidad de elementos probatorios reunidos en la causa, los que, en su concepto, satisfarían las exigencias de la ley procesal penal para producir prueba. Sin



embargo, omite explicar a este tribunal de casación la forma concreta en que los jueces, que valoraron esos antecedentes, habrían incurrido en infracción de ley al no otorgarles el mérito de las presunciones judiciales que se aseveran existentes, tarea que en un recurso de derecho estricto es de cargo de quien lo interpone y no de la Corte encargada de conocerlo y resolver sobre lo pedido. Es de toda evidencia que respecto de los requisitos “*hechos reales y probados*” y “*múltiples*” no puede entenderse demostrada su concurrencia, a través del mero relato de determinadas piezas del proceso, omitiendo el raciocinio lógico (razonado), dirigido a poner de manifiesto en el escenario procesal el apartamiento de los jueces de las normas legales respectivas, que es el supuesto indispensable para el ejercicio de las facultades de una Corte de Casación, encargada de velar por la correcta aplicación de la ley.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado, siéndole, además, aplicables para fundar lo que se concluye, las consideraciones vertidas en este fallo a propósito del libelo del Consejo de Defensa del Estado, en cuanto invoca la misma vulneración del art. 488 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en consecuencia, y no habiéndose verificado en autos la existencia de las infracciones de ley denunciadas por los impugnantes, la totalidad de los recursos de casación en el fondo serán desestimados.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 541, 544, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que **SE RECHAZAN** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por las defensas de los sentenciados Gabriel Alfonso Guerrero Reeve y Arturo Alberto Contador Rosales, así como también los recursos de nulidad sustancial interpuestos por los letrados que representan a los encartados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Sergio Eduardo Figueroa López, Sergio Alfonso Benavides Villarreal y Manuel Del



Carmen Vega Collao, además de los arbitrios de casación en el fondo incoados por el Fisco de Chile, la parte querellante particular y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha de veintinueve de marzo de dos mil dieciocho.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre a lo resuelto en lo tocante a la supuesta infracción del artículo 103 del Código Penal denunciada por la defensa del acusado Vega Collao, teniendo particularmente en cuenta que la citada disposición se remite expresamente, para los efectos de que se materialice la rebaja de la sanción, a los arts. 65, 66, 67 y 68 del mismo cuerpo de normas, que giran todos sobre la facultad o atribución del juez –“*podrá*”- cuyo no ejercicio o ejercicio insuficiente (según el sentenciado) no puede originar una violación de la ley, con influencia sustancial en lo resolutivo del fallo, según ha quedado establecido en esta misma sentencia en considerandos anteriores.

Acordada la decisión de rechazar los recursos de casación en el fondo deducidos por los acusados Benavides Villarreal, Guerrero Reeve y Contador Rosales, con el **voto en contra del Abogado Integrante señor Abuauad**, quien estuvo por acogerlos, únicamente en lo tocante a la media prescripción alegada en su beneficio, rebajando las penas que les fueron impuestas y, por reconocer de oficio tal minorante de responsabilidad en el caso de los restantes sentenciados de autos, en consideración a los siguientes basamentos:

1° Que independientemente de los fundamentos que se hayan tenido a la vista para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, lo cierto es 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, aquélla 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 motivos de política criminal relacionados con hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, eso sí que con una pena menor. De este modo, en 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 en el ámbito jurídico a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena fundada en el tiempo transcurrido desde la perpetración del delito.

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, dentro del marco de las facultades que conceden los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, ni de Derecho Convencional Internacional para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal que acarrea la prescripción de la acción penal. Entonces, concurriendo los supuestos del artículo 103 del Código Punitivo, no se divisa razón que obstaculice considerar a la atenuante de que se trata.

Al escrito folio N° 206134-2020: estese a lo resuelto.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del Ministro Sr. Künsemüller, y de la disidencia, su autor.



Rol N° 8.945-2018.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L., y Ricardo Abuauad D. No firma el Ministro Sr. Dahm y el Abogado Integrante Sr. Munita, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios el primero y ausente el segundo.



En Santiago, a ocho de febrero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

