

LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA RESPECTO
DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A PROPÓSITO DEL EPISODIO
PISAGUA, *MICHEL NASH Y OTROS* (OBEDIENCIA JERÁRQUICA,
REPARACIÓN CELOSA DEL MAL CAUSADO, Y PREVALERSE
DEL CARÁCTER PÚBLICO DEL CULPABLE)

FRANCISCO BUSTOS BUSTOS
Universidad de Chile

A principios de febrero de 2021 la sala penal de la Excma. Corte Suprema pronunció una sentencia rechazando dos recursos de casación en la forma y seis recursos de casación en el fondo deducidos por los imputados, y tres recursos de casación en el fondo de los querellantes, en el episodio *Pisagua, Michel Nash Sáez y otros* (SCS, 8.02.2021, rol N° 8945-2018). Estos arbitrios estuvieron dirigidos contra la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que a su vez había confirmado una sentencia del Ministro de Fuero don Mario Carroza Espinosa, por ocho delitos de homicidio calificado, de don Juan Calderón Villalón, don Marcelo Omar Guzmán Fuentes, don Luis Alberto Lizardi Lizardi, don Julio Cabezas Gacitúa, don Julio Córdova Croxato, don Mario Morris Barrios, don Humberto Lizardi Flores, y don Juan Valencia Hinojosa, y por tres cargos de secuestro calificado (*desapariciones forzadas*), por don Michel Selin Nash Sáez, don Jesús Nolberto Cañas Cañas y don Juan Jiménez Vidal.

Esta sentencia del máximo tribunal resulta de interés por diversas razones de índole jurídico-penal, así como también por su significación para la historia de nuestro país. Entre los principales motivos jurídicos, podemos mencionar que se trata de uno de los contados procesos por crímenes de lesa humanidad donde se han impuesto penas de presidio perpetuo a algunos de los condenados, permitiéndonos reflexionar sobre los fines de la pena. En relación con esto, reflexionaremos sobre algunas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal tematizadas en el juicio, sean las atenuantes (y eximentes) de obediencia debida, la reparación celosa del mal causado, así como la agravante de prevalerse del carácter público del culpable, y nuevamente, el debate sobre la improcedencia de la media prescripción. Por temas de extensión no podremos tratar lo referido a la atenuante de colaboración sustancial reconocida por el tribunal, ni los recursos de casación que buscaban reclamar por la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, entre los que se incluyen la crítica por la absolución de algunos imputados de ciertos cargos. Expondremos algunos de los hitos de la causa, para contextualizar la discusión.

La sentencia de primer grado del Ministro de Fuego don Mario Carroza (12.08.2016, rol N° 2182-98 Pisagua Episodio Michel Nash y otros), tuvo por probado que

“[...] en la ciudad de Iquique, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, se Instaura por el Cuartel General de la Sexta división de Ejército, bajo el mando del Comandante Ernesto Carlos Joaquín Forestier Haensgen, un operativo de inteligencia destinado a la represión permanente de militantes o simpatizantes de partidos de izquierda y/o contrarios al Gobierno Militar, y para llevarlo a cabo forma un aparato violento e implacable con la denominación de Organismo de Inteligencia Regional, CIRE, que actuaba con la orientación y las órdenes del Fiscal Militar de la época Mario Acuña Riquelme y del aludido Comandante de la Zona”¹⁻².

Quienes sobrevivían a las detenciones y torturas eran trasladados al Campo de Prisioneros de Guerra ubicado en Pisagua³ por órdenes del comandante Forestier o del fiscal Acuña. Para esto, se recurría a procedimientos arbitrarios e ilícitos, incluyendo secuestros, encierros, brutales interrogatorios, tortura, así como la ejecución de detenidos bajo pretexto de la denominada “ley de fuga”, o amparados en falsos Consejos de Guerra⁴⁻⁵.

¹ Ministro Mario Carroza, rol N° 2182-98 *Pisagua: Michel Nash y otros*, cons. 9°, letra a.

² Antes del golpe, Mario Acuña Riquelme, Juez del Crimen de Iquique, estaba siendo investigado por sus vínculos con el narcotráfico y operaciones de contrabando, a instancias del Consejo de Defensa del Estado. Después del 11 de septiembre asume como fiscal en Consejos de Guerra, y aprovecha este cargo para cobrar venganza, entre otros, contra el abogado Procurador Fiscal don Julio Cabezas Gacitúa, don Mario Morris Barrios, de Aduanas, y otros funcionarios. Sobre el caso, véase: MATUS, Alejandra, *El libro negro de la justicia chilena*. Santiago: Ediciones B (2016), pp. 294-305.

³ El puerto de Pisagua fue uno de los principales campos de concentración de la dictadura. Es una localidad aislada geográficamente, utilizada para la reclusión de opositores políticos por Gabriel González Videla (1946-1952) y Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958). Véase, COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* (Santiago, 2004), p. 268. Sobre su historia, LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian, “La tortura como política: Chile 1810-2010”, en COLLINS, Cath; HITE, Katherine y JOIGNANT, Alfredo (comps.), *Las políticas de la memoria en Chile: desde Pinochet a Bachelet*. Santiago: Ediciones UDP (2013), pp. 132-133.

⁴ Ministro Mario Carroza, *ob. cit.*, cons. 9°, letra e.

⁵ Fue tal el nivel de atrocidades cometidas por la Sexta División que la *comitiva* del general Sergio Arellano Stark, en visitas inspectivas en Iquique y Pisagua, no intervino en esta zona, pues la represión alcanzaba los niveles deseados. Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional y Reconciliación*, tomo I, (Santiago, 1996), p. 108. Agradezco la precisión de este dato al abogado Javier Contreras Olivares.

En otros casos los prisioneros que sobrevivieron a las torturas

“[...] fueron acusados por el Fiscal Militar Mario Acuña Riquelme por delitos admitidos bajo tormento, como lo fueron el haber participado en planes subversivos o infiltrarse en las fuerzas armadas o traición a la patria, y en base a [*sic*] ello conducidos a Consejos de Guerra simulados, bajo la absoluta indefensión, carentes de imparcialidad y promovidos con absoluto desprecio por las normas del debido proceso, sin que en autos pudiese acreditarse que hubo una mínima defensa de parte de los acusados ni tampoco que en los casos que se aplicó la pena de muerte, ésta se hiciese en los términos que la ley exigía, permitiéndole a los prisioneros ejercer sus derechos”⁶.

Uno de estos episodios ocurrió el 29 de septiembre de 1973, cuando Juan Calderón Villalón, Luis Lizardi Lizardi, Marcelo Guzmán Fuentes, Juan Jiménez Vidal, Jesús Nolberto Cañas y Michel Nash Sáez, fueron sacados de sus celdas en el Campo de Prisioneros de Guerra de Pisagua para ser fusilados, buscando hacer pasar el crimen por “ley de fuga”. Los cuerpos fueron lanzados a una fosa común, siendo encontrados los restos de algunos de ellos en 1990, más no los de Juan Jiménez, Jesús Cañas y Michel Nash “quienes actualmente se mantienen desaparecidos, pese a las búsquedas incesantes de sus familiares”⁷.

El 11 de octubre de 1973, después de haber sido nuevamente interrogados por el fiscal Acuña, otro grupo de prisioneros, Julio César Cabezas Gacitúa, Juan Valencia Hinojosa, Mario Morris Barrios, José Córdova Croxato y José Humberto Lizardi Flores, son sacados de sus celdas y ejecutados. La autoridad militar lo justificó por aplicación de una sentencia dictada por un Consejo de Guerra, condenándolos por traición a la patria y otros ilícitos, pero no existe antecedente alguno de aquellos delitos inventados⁸.

Sin embargo, aun cuando el fiscal Acuña y el general Forestier fueron procesados por una decena de cargos, ambos murieron antes de enfrentar la justicia, en 2000 y 2005 respectivamente.

Por estos crímenes se condenó en primera instancia a Sergio Alfonso Benavides Villarreal, oficial de Ejército en retiro, y a Manuel del Carmen Vega Collao, oficial de Carabineros en retiro, en calidad de autores de ocho homicidios calificados reiterados y de tres secuestros calificados reiterados, a la pena de presidio

⁶ Ministro Mario Carroza, *ob. cit.*, cons. 9º, letra f.

⁷ *Ibid.*, cons. 9º, letra f, numeral I. Michel Nash Sáez fue un joven conscripto de 19 años que se habría negado a la orden de disparar a su pueblo. Esta heroica determinación le valió ser detenido, torturado y llevado a Pisagua donde sería fusilado, permaneciendo como detenido desaparecido. Su madre murió en 2018 sin conocer la verdad.

⁸ *Ibid.*, cons. 9º, letra f, numeral II.

perpetuo más accesorias legales. El tribunal consideró que los beneficiaba la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal (CP) y que los perjudicaba la agravante del artículo 12 N° 8 CP, compensándose⁹.

Se condenó además a Roberto Ampuero Alarcón, Gabriel Guerrero Reeve, Sergio Figueroa López, y Arturo Contador Rosales, cada uno en calidad de coautor, de tres secuestros calificados reiterados y de tres homicidios calificados reiterados (de Marcelo Guzmán Fuentes, Juan Calderón Villalón y Luis Lizardi Lizardi), a la pena de 15 años y un día de presidio mayor en su grado máximo, más accesorias legales. En su caso, se consideró que todos se beneficiaban de las minorantes del artículo 11 en sus numerales 6, 7 y 9 CP, y que los afectaba la agravante del artículo 12 N° 8 CP¹⁰.

Por último, Miguel Aguirre Álvarez, fue condenado como autor de los tres delitos de secuestro calificado reiterado, siendo beneficiado únicamente por la irreprochable conducta anterior, y perjudicado por la agravante de prevalerse del carácter público del culpable, compensándose ambas¹¹.

Para estimar la procedencia de la agravante del 12 N° 8 CP el Ministro consideró que

“[...] es del todo evidente que [los acusados] se han prevalido de su carácter de funcionario público, característica que es resultado fundamental para el éxito punitivo de los autores, ya sea en la detención de las víctimas, como en sus encierros, falsos enjuiciamientos y más aún, en sus ejecuciones”¹².

En materia de atenuantes, se reconoció la irreprochable conducta anterior de todos los acusados, al no registrar anotaciones pretéritas en sus extractos de filiación¹³. El tribunal consideró que esta atenuante se compensaba con la agravante precitada. Todos los condenados invocaron también la colaboración

⁹ *Ibíd.*, cons. 23° (art. 12 N° 8 CP), 35° (art. 11 N° 6 CP), y 40° (sobre la penalidad).

¹⁰ *Ibíd.*, cons. 23°, 35°, 36° (art. 11 N° 9 CP), 37° (art. 11 N° 7 CP) y 40°.

¹¹ *Ibíd.*, cons. 23°, 35° y 40°.

¹² *Ibíd.* cons. 23°.

¹³ El hecho de que los tribunales de justicia no *problematicen* que la ausencia de condenas previas de quienes cometieron crímenes anteriores al ilícito imputado se debe a que, precisamente, estaban amparados por el ataque contra la población civil de la dictadura, es una deuda de jurisprudencial. El caso extremo son ciertos agentes de la DINA a quienes se les ha reconocido esta atenuante casi en medio centenar de procesos, véase: BUSTOS, Francisco, “La circunstancia agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal y su inaplicación en causas sobre crímenes contra el Derecho internacional. Un análisis de la jurisprudencia chilena (1993-2018)”, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Internacional, (Santiago, 2019), pp. 259-260, y Conclusiones.

sustancial (art. 11 N° 9 CP), reconociéndose únicamente respecto de cuatro de ellos. El tribunal consideró además que se configuraba la atenuante de reparación celosa del mal causado por la existencia de consignaciones en dinero ante el tribunal por algunos acusados: 27 pagos de Guerrero Reeve, 12 de Ampuero Alarcón, 3 de Contador Rosales y 3 de Figueroa López¹⁴.

Durante el transcurso del proceso las defensas letradas de algunos acusados intentaron argumentar la existencia de un “error de prohibición”, entre otros, de Benavides, pese a su calidad de segundo Comandante en Pisagua. Otro grupo, incluyendo a los acusados Benavides, Ampuero, Vega y Contador argumentaron la inexigibilidad de otra conducta, al obrar por una fuerza irresistible en los términos del artículo 10 N° 9 CP. Sin embargo, de acuerdo con el mérito del proceso “tuvieron posibilidades reales de evitar cometer estos ilícitos [...] y lo que resulta más grave aún, es que este obrar delictivo fue reiterado”, por lo que se rechazó incluso como eximente incompleta (art. 11 N° 1 CP)¹⁵.

Los acusados Guerrero, Vega, Figueroa, y Benavides invocaron además la eximente de obrar en cumplimiento de un deber (art. 10 N° 10 CP), lo cual fue rechazado por el tribunal, pues para que se configure la eximente debe: a) tratarse de una orden superior; b) relativa al servicio; y c) si esta orden superior y relativa al servicio tiende notoriamente a la perpetración de un delito, la misma debe ser representada por el subalterno e insistida por el superior. Por idénticos fundamentos se rechazó la eximente del artículo 214 del Código de Justicia Militar (CJM) para el encausado Guerrero¹⁶.

Finalmente, cabe destacar que este fallo correspondió cronológicamente a una primeras resoluciones en las cuales el Ministro Mario Carroza estuvo por desestimar la prescripción gradual (art. 103 CP), modificando su criterio, argumentando que la reparación integral de las víctimas y sus familiares

“[...] sólo será posible con la determinación de sanciones ajustadas a este tipo de ilícitos y en el cumplimiento efectivo de las penas, que marquen la diferencia con los autores de delitos comunes, razón que nos lleva a descartar el criterio que hemos sostenido y de esa forma, compartir el de la Corte Interamericana de

¹⁴ Ministro Mario Carroza, *ob. cit.*, cons. 37°. El monto de las mismas no es precisado en este basamento, pero en el recurso de casación en el fondo presentado por el querellante particular, don Adil Brkovic Almonte, disponible en la página web del Poder Judicial, puede leerse que los 27 aportes de Guerrero Reeve suman apenas \$ 1.450.000.- (un millón cuatrocientos cincuenta mil pesos chilenos), los 12 depósitos de Ampuero no superan los \$ 700.000.- (setecientos mil pesos chilenos), y los restantes de Contador Rosales y Figueroa López son todavía menores que los montos antes señalados.

¹⁵ *Ibid.*, cons. 27° y 28°.

¹⁶ *Ibid.*, cons. 29° y 32°.

Derechos Humanos que habla de la obligatoriedad del principio de la proporcionalidad de la pena, en el cual prima el bien jurídico afectado y la culpabilidad del autor”¹⁷.

La sentencia fue apelada por los condenados y los querellantes particulares. En su sentencia, la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (29.03.2018, rol N° 1552-2016), rechazó los recursos de casación en la forma de los condenados por defectos formales en su interposición y, en cuanto a las apelaciones, rechazó aquellas fundadas en la inexigibilidad de otra conducta de acuerdo con lo expuesto en los considerandos 28°, 29°, 30°, 31° y 32° de la sentencia de primera instancia¹⁸. La corte razona además que el hecho de “[...] que exista una orden superior no descarta necesariamente la coautoría o la coparticipación”, y cuestiona también la concurrencia de defensas incompatibles como la inexigibilidad de otra conducta y el cumplimiento de órdenes militares¹⁹.

La corte capitalina comparte el rechazo de la media prescripción, atendido que

“[...] no debe olvidarse que la sanción en casos de delitos de lesa humanidad debe cuidar siempre de ser proporcional con la enorme gravedad de estos ilícitos”²⁰.

Sin embargo, el tribunal de alzada discrepa en cuanto a la procedencia de la agravante del artículo 12 N° 8 CP,

“[...] toda vez que tratándose de delitos de lesa humanidad los de autos, aprovecharse el hechor del carácter de funcionario público que le asista para realizar el delito, es parte inherente al hecho de agentes del Estado cometan estos delitos. La situación de conmoción interior, por ejemplo, hizo aplicable los Convenios de Ginebra, en la medida en que [...], se entendía ‘Estado de Tiempo de Guerra’”²¹.

Consecuencialmente, para el tribunal los acusados Contador, Guerrero y Ampuero tienen tres atenuantes y no los perjudica ninguna agravante, resol-

¹⁷ *Ibid.* cons. 33° y 34° (la parte citada). Probablemente la primera sentencia del Ministro Carroza que recoge este cambio de postura, favorable a rechazar la prescripción gradual, es el proceso por el homicidio calificado de don Rafael Poblete Carrasco (Ministro Mario Carroza, 21.01.2016, rol N° 561-2011, cons. 30° y 31°).

¹⁸ CA Santiago, rol 1552-2016, cons. 2° (apelaciones).

¹⁹ *Ibid.*, cons. 3° (apelaciones).

²⁰ *Ibid.*, cons. 4° (apelaciones).

²¹ *Ibid.*, cons. 6° (apelaciones).

viendo rebajar sus penas en dos grados, aumentando la sanción en un grado por la reiteración. Respecto del acusado Figueroa se consideran dos atenuantes y ninguna agravante, rebajándola en un grado²². Por esto, las penas de Arturo Contador, Gabriel Guerrero y Roberto Ampuero, quedaron fijadas en 10 años de presidio mayor en su grado mínimo más accesorias legales; y la de Sergio Figueroa López, en 12 años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales.

Los demás, Benavides, Vega y Aguirre solo fueron favorecidos por una atenuante, sin considerar agravantes, por lo que sus condenas no experimentaron variación alguna²³. En materia de imposición de la pena, el tribunal explica por qué, pese no tratarse de delitos de una misma especie en los términos del artículo 509, inciso final, del Código de Procedimiento Penal (CdPP), ha optado por imponer una pena única, basada en una interpretación sistemática²⁴.

Por último, la sala se muestra de acuerdo con el informe del Fiscal Judicial, salvo en dos puntos, a saber, en cuanto a mantener la agravante del artículo 12 N° 8 CP, y en cuanto a su dictamen en orden a rechazar el reconocimiento de la minorante del artículo 11 N° 7 CP, al no haberse acreditado la reparación celosa del mal causado.

Ante la Corte Suprema de Justicia, se presentaron recursos de casación en la forma y en el fondo por las partes. Los primeros fueron rechazados por defectos formales en cuanto a su interposición. En cuanto al fondo, el recurso del inculcado Figueroa López fue rechazado por causales contradictorias, al reclamar no considerada una eximente y solicitar rebaja de condena²⁵. El del sentenciado Guerrero Reeve por su parte, reclama no haber considerado el art. 103 CP, sin embargo, y más allá de los argumentos formales, su carácter facultativo, en opinión de la corte, priva al recurso de trascendencia²⁶. Por las mismas razones se rechazó el recurso de Benavides Villarreal²⁷.

²² *Ibíd.* cons. 7° (apelaciones). De este modo, dejó de considerarse a su respecto la atenuante de reparación celosa del mal causado, sin explicitar la diferencia con los coimputados.

²³ *Ibíd.*, cons. 7° y 8° (apelaciones).

²⁴ *Ibíd.* cons. 9° (apelaciones). Si bien este punto no fue objeto de recursos, es posible preguntarse por qué no se optó correlativamente por subir en dos o tres grados la pena. Huelga decir que esta interpretación adicionalmente puede tener el efecto de permitir la aplicación de la agravante genérica de alevosía en los delitos de secuestro, al permitir entenderlo como un delito *contra las personas*. Sobre esto, véase: MERA, Jorge, “Artículo 12 N° 1”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105)*. Santiago: Legal Publishing (2011), pp. 311-312.

²⁵ CS, rol N° 8945-2018, cons. 8° y 9°.

²⁶ *Ibíd.*, cons. 10°.

²⁷ *Ibíd.*, cons. 17° y 18°.

Los recursos de los condenados Vega Collao y de Ampuero Alarcón adolecieron de defectos similares al reclamar exención de responsabilidad penal y, al mismo tiempo, solicitar una pena menor. Además, la Corte Suprema tuvo oportunidad de reiterar que los hechos materia de juzgamiento en caso alguno configuraron órdenes relativas al servicio, en los términos del artículo 421 CJM²⁸. Por último, el recurso de Contador Rosales plantea también causales subsidiarias, de modo similar al de Figueroa, además de señalar dentro de las leyes reguladoras de la prueba infringidas, disposiciones del Código Penal²⁹.

El Fisco de Chile en su recurso busca revertir la decisión de absolver a ciertos acusados de ser autores de los delitos de Julio Cabezas Gacitúa, José Córdova Croxato, Mario Morris Barrios, Humberto Lizardi y Juan Valencia Hinojosa, pero fue rechazado por considerarse, entre otras razones, que el artículo 456 CdPP no es una norma reguladora de la prueba³⁰. Por su parte, el querellante particular sostiene que no se cumplen los requisitos esenciales de las atenuantes concedida de los numerales 7 y 9 del Código Penal, pero la corte objeta que respecto de la primera causal dichos “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”. Con similar argumentación se desestima también el reclamo sobre segunda atenuante³¹.

Por último, el recurso de la Unidad Programa de Derechos Humanos fue rechazado por los mismos fundamentos en materia de las atenuantes, y en materia de su reclamo por no considerar el artículo 12 N° 8 CP, lo cual se descarta por considerar que el núcleo de la misma requiere beneficios para el funcionario o un tercero, lo que llevó a la sala a considerar que “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, prevaleciéndose de un influjo –‘predominio o fuerza moral’– especial otorgado por su carácter de militares”³².

Un tópico que cruza toda la discusión en el caso *Pisagua, episodio Michel Nash y otros* es la ineludible pregunta por la proporcionalidad de las penas. Como se sabe, entre los estándares internacionales que deben considerarse para el castigo

²⁸ *Ibid.*, cons. 11° a 14°, 15° y 16°.

²⁹ *Ibid.*, cons. 19° a 22°.

³⁰ *Ibid.*, cons. 24°.

³¹ *Ibid.*, cons. 25°.

³² *Ibid.*, cons. 26° y 27°.

de crímenes de lesa humanidad, se cuenta “la exigencia de una proporcionalidad entre la pena a cumplir y la especial gravedad del delito”³³.

En cuanto a la consideración de esta obligación, puede decirse que este deber fue debidamente aquilatado por las sentencias de primera y segunda instancia al imponer a Sergio Benavides Villarreal y de Manuel Vega Collao sendas penas de presidio perpetuo, como autores de once crímenes contra la humanidad. También, fue tematizado explícitamente por estos fallos, al abordar el rechazo de la prescripción gradual³⁴. Pese a lo anterior, consideramos que el tratamiento del deber de proporcionalidad de las penas resultó incompleto.

Respecto del primer punto, no deja de llamar la atención el constatar que, pese a la magnitud y la gravedad de los crímenes de la dictadura, la pena de presidio perpetuo se ha aplicado en *contados* casos de crímenes de lesa humanidad³⁵, pese a que teóricamente forma parte del marco penal de los delitos de homicidio calificado y de secuestro agravado a la fecha de perpetración de los hechos.

Sobre las resoluciones que enuncian el deber de proporcionalidad, creemos que una mayor coherencia entre las metas y los resultados pudo haberse logrado si el razonamiento judicial hubiese abordado con mayor detención el análisis de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal potencialmente aplicables respecto de cada uno de los partícipes.

Comenzaremos examinando, en este punto, algunas de las alegaciones de las defensas en materia de obediencia debida. En nuestro sistema jurídico se considera las eximentes del artículo 10 N° 10 CP, y del artículo 214 CJM como causales de justificación³⁶.

³³ FERNÁNDEZ, Karinna y CÁRDENAS, Claudia, “Estándares internacionales para legislar en Chile sobre la libertad condicional de responsables de crímenes de lesa humanidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLV, (2018), p. 194. Sus fuentes son convencionales, legales y consuetudinarias e incluyen, entre otras, el artículo 7.1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, el principio 1° de los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias o Sumarias, y el artículo 4.2 de la Convención contra la Tortura.

³⁴ Conclusión que respaldamos: BUSTOS, Francisco. “Improcedencia de aplicar la prescripción gradual a crímenes de lesa humanidad, e imprescriptibilidad de la acción civil reparatoria”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLV, (2018), pp. 458-460.

³⁵ Podemos mencionar: el *Caso Degollados* (José Manuel Parada, Manuel Guerrero y Santiago Nattino) (SCS, 27.10.1995, rol N° 31030-1994) donde cinco condenados recibieron esta pena, el *Caso Tucapel Jiménez Alfaro* (SCS, 9.03.2004, rol N° 3231-2003), respecto de Carlos Herrera Jiménez, y en el proceso *Operación Albania* (SCS, 28.08.2007, rol N° 1621-2006), donde fue impuesta a Hugo Salas Wenzel, exdirector de la CNI.

³⁶ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal chileno. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch (2019), p. 305.

En el caso concreto se mencionaron estas y otras defensas, pero no se presentaron antecedentes en respaldo de dichas aseveraciones. Por esto, las sentencias en comento han interpretado acertadamente los requisitos legales para rechazar estas defensas, sea porque los hechos materia de la investigación excedían las órdenes del servicio, tratándose de la perpetración de crímenes de derecho internacional, y además, porque existió concierto previo³⁷.

Sin embargo, y como hemos observado anteriormente, se extraña la mención a los desarrollos del derecho penal internacional en materia de obediencia jerárquica y del cumplimiento de órdenes³⁸. Especialmente debe analizarse si existió la posibilidad de obrar en sentido distinto, y recordar el estándar que establece el artículo 33.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que considera manifiestamente ilícita toda orden de cometer crímenes de lesa humanidad y genocidio.

Un segundo aspecto a discutir dice relación con la atenuante de reparación celosa del mal causado (art. 11 N° 7 CP). La sentencia de primer grado fue enfática en afirmar la importancia el principio de culpabilidad y, sin embargo, es poco cuidadosa en cuanto a la exposición de hechos que harían procedente considerar esta minorante.

El tribunal consideró que debía acogerse esta atenuante, “conforme a las consignaciones que obran en el proceso que demuestran arrepentimiento y padecimiento por lo acontecido con sus acciones en el delito ocurrido el 26 de septiembre de 1973”³⁹. En efecto, el acusado Guerrero Reeve hizo 27 pagos, Roberto Ampuero Alarcón realizó 12, Arturo Contador Rosales y Sergio Figueroa López realizaron 3 pagos cada uno, pero el tribunal no da cuenta de los montos, ni explica por qué considera que estos pagos demuestran *arrepentimiento* y padecimiento.

En segunda instancia la Corte de Apelaciones tampoco trata en un considerando específico las apelaciones de los querellantes que buscaban excluir la aplicación de esta atenuante, pero sí modifica la sentencia de primera instancia para excluir a Figueroa López de sus efectos⁴⁰. ¿Por qué solamente se deja sin

³⁷ CA Santiago, *ob. cit.*, cons. 3° (apelaciones), CS, *ob. cit.*, cons. 5°.

³⁸ BUSTOS, Francisco, “Los consejos de guerra de la dictadura militar y su anulación: consecuencias jurídicas criminales y civiles”, en ACEVEDO, Nicolás, COLLADO, Rafael y MAÑALICH, Juan Pablo (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*. Santiago: Thomson Reuters (2020), p. 170. En este texto se analiza una de las primeras modalidades de ataque contra la población civil de la dictadura, y que vemos en el presente caso: el uso de simulacros de juicios militares.

³⁹ Ministro Mario Carroza, *ob. cit.*, cons. 37°.

⁴⁰ CA Santiago, *ob. cit.*, en cuanto a las apelaciones.

efecto el artículo 11 N° 7 CP respecto de este acusado y no de sus coimputados? La resolución no entrega motivos discernibles.

También resulta cuestionable que ni en primera ni segunda instancia se abordara la forma en que desembolsar dinero y/o los montos resultaban ser idóneos para configurar la reparación celosa del mal causado, considerando especialmente la jurisprudencia de reparaciones desarrollada por la sala penal.

Si bien en la presente sentencia el máximo tribunal consideró que en el caso concreto no podía modificar los hechos asentados por los jueces para revisar esta atenuante, no podemos dejar de señalar que pocos meses antes la sala penal sostuvo el criterio opuesto en el *Episodio Población Lintz*⁴¹, donde uno de los condenados había realizado depósitos que sumaban \$ 4.000.000, recordando que “lo exigido por la ley es que el culpable procure, trate o haga lo posible por reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, demostrando celo en su actuar”⁴².

Dicho fallo concluye que los desembolsos: “no revelan un ánimo efectivo de reparación, y tan solo constituyen un acto unilateral de voluntad, sino que se aprecie en ellas vinculación efectiva alguna con el mal causado, puesto que se han materializado transcurridos más de 40 años desde la comisión de los ilícitos, y [...] más de 4 años desde el inicio del proceso, lo que no se condice con la efectividad material objetiva de la reparación [...] y únicamente buscan hacerse de una circunstancia minorante para efectos de morigerar la pena a imponer”⁴³.

De esta comparación nos parece, en suma, que la doctrina del *Episodio Población Lintz* resulta correcta, considerando especialmente que la reparación celosa del mal causado en materia de crímenes de lesa humanidad “tendría una fisonomía más exigente fundado en las obligaciones internacionales en la materia en relación al [*sic*] deber de evitar la impunidad”⁴⁴. Estas exigencias mayores implican, entre otras consecuencias, que en casos de desapariciones forzadas (como aquellos por los que se condena a Ampuero, Guerrero, y Contador) sería inadmisibles reconocer una reparación celosa sin esfuerzos reales por entregar el

⁴¹ En esa oportunidad, únicamente el ministro Sr. Lamberto Cisternas Rocha estuvo por rechazar el recurso por motivos formales, debiendo haberse modificado los hechos, en una línea similar a la adoptada por la Sala Penal en el *Episodio Pisagua*.

⁴² *Episodio Población Lintz* (homicidios de Pedro Bahamonde Rogel y otros) (SCS, 15.06.2020, rol N° 8914-2018), cons. 11° (sentencia de casación).

⁴³ *Ibid.*, cons. 13° (sentencia de casación).

⁴⁴ BUSTOS, Francisco, “¿Reparación celosa del mal causado? Comentarios sobre la sentencia de la Corte Suprema en el Episodio Población Lintz”, en *Boletín del Observatorio de Justicia Transicional* 59 (2020), p. 5.

paradero de las víctimas y, en segundo lugar, debe tenerse presente que reconocer esta mitigante en forma inmerecida, “facilitaría la imposición de sanciones que no respetan el deber de proporcionalidad”⁴⁵.

En tercer lugar, cabe referirnos a la circunstancia agravante considerada en primera instancia, a saber, prevalerse del carácter público del culpable. Si bien, podemos coincidir en que se trata de una modificatoria plenamente aplicable, tal cual estimó el Ministro de Fuero, en este caso creemos que el ejercicio argumentativo del tribunal pudo ser más robusto.

El considerando 23^o correctamente a nuestro juicio, señala que concurre esta agravante, por ser fundamental para el éxito de los autores, enumerando entre otros el facilitar la detención de las víctimas, sus encierros, falsos enjuiciamientos y ejecuciones, pero sin precisar pormenorizadamente por qué esa conclusión puede predicarse respecto de *cada uno* de los siete imputados. Esa mención debe considerarse esencial para honrar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

La agravante del artículo 12 N^o 8 del Código Penal es una circunstancia versátil que permite considerarse tanto para posibilitar la comisión del delito, facilitarla, o bien, para procurar la impunidad⁴⁶. Por esto, es posible que la misma sí se encuentre presente, incluso de modos distintos, respecto de cada partícipe.

La misma es plenamente aplicable, pues a diferencia de lo que entiende la corte de alzada, los delitos de lesa humanidad no requieren un sujeto activo calificado⁴⁷. Es decir, el carácter público del imputado no se requiere ni para satisfacer el elemento contextual, ni forma parte de las figuras penales de homicidio calificado y secuestro calificado que se juzgan en este caso. Tampoco creemos que los Convenios de Ginebra sean un contraargumento eficaz, pues parece realmente querer indicar que el hecho global (ataque contra una población civil) fue desarrollado por las Fuerzas Armadas y de Orden⁴⁸.

Probablemente el mejor argumento a favor de la plausibilidad dogmática de considerar la aplicabilidad de esta modificatoria radica en que el propio Estatuto de Roma, dentro de sus Reglas de Procedimiento y Prueba considera como un agravante “el abuso de poder o del cargo oficial” en la Regla 145 (2)(b) (ii), la cual es aplicable a todos los crímenes de competencia de la Corte Penal

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ KUNSEMÜLLER, Carlos, “Artículos 12 y 13”, en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica (2002), p. 202.

⁴⁷ BUSTOS, Francisco, *La circunstancia agravante...*, ob. cit., pp. 108-114.

⁴⁸ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch (2017), pp. 555-556.

Internacional. Puede agregarse también, que la propia Corte de Apelaciones al interpretar sistemáticamente el artículo 509 CdPP emplea como argumento a la Ley N° 20.357⁴⁹, sin reparar en que esa misma norma no exige un sujeto activo calificado al definir los crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, el artículo 12 N° 8 del Código punitivo –y en general otras agravantes– han sido muy poco consideradas por la jurisprudencia, al punto de que solo ha sido aplicada cuatro veces entre 1995 a 2018, lo que equivale a casi un 1,1%⁵⁰ de los procesos por crímenes de derecho internacional sustanciados en Chile.

En el caso concreto, a diferencia de ocasiones anteriores, la sala penal de la Corte Suprema parece dispuesta a entrar en el fondo del recurso (en lugar de rechazarlo por motivos formales), aunque mantiene una concepción de esta agravante como una modificatoria basada en agentes que buscan beneficio personal⁵¹, sin atender a las particulares circunstancias de una dictadura en la cual los agentes buscarán facilitar o posibilitar tanto la comisión de delitos, como la impunidad por los mismos, traicionando los deberes propios de su cargo.

Si bien el máximo tribunal resuelve rechazar el recurso del querellante en este capítulo, por un tema probatorio⁵², esto debe servir como llamado de atención para recordar la importancia que debe tener el efectuar un análisis detallado de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal en las sentencias, para determinar la pena exacta que debe corresponder a los intervinientes de cualquier ilícito, y especialmente de quienes tomaron parte en algunos de los crímenes más estremecedores que han ocurrido en Chile, al existir especiales exigencias en materia de investigación, juzgamiento y sanción efectiva de esos crímenes.

No resulta suficiente, entonces, un ejercicio declarativo o la afirmación de la importancia de la proporcionalidad. Esta debe ser tomada mucho más en serio.

2. CORTE SUPREMA DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Delitos reiterados de secuestro calificado y delitos reiterados de homicidio calificado. I. Violaciones a los derechos humanos. Rebaja de pena por atenuante

⁴⁹ CA Santiago, rol N° 1552-2016, cons. 2° (apelaciones).

⁵⁰ BUSTOS, Francisco, La circunstancia agravante..., ob. cit., conclusiones.

⁵¹ CS, ob. cit., cons. 27°.

⁵² *Ibid.*

hace no recurrible de casación esta materia. II. Presupuestos de la configuración de los delitos reiterados. Secuencia temporal establecida de los delitos de secuestro calificado y de homicidio calificado. Improcedencia de aplicar la prescripción tratándose de crímenes de lesa humanidad. III. Concepto de la orden relativa al servicio. Improcedencia de la aplicación de la “ley de fuga” para justificar el fusilamiento.

HECHOS

Defensa de condenados por el delito de secuestro y homicidio calificados interponen recursos de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones. La Corte Suprema rechaza los recursos de casación en el fondo deducidos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en la forma y en el fondo (acogido)*

ROL: *8945-2018, de 8 de febrero de 2021*

PARTES: *Roberto Antonio Ampuero Alarcón y otros*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Leopoldo Llanos S., Sr. Diego Munita L. y Sr. Ricardo Abuauad D.*

DOCTRINA

- I. *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, 8.07.2010, rol N° 2596-2009; SCS, 4.10.2019, rol N° 3322-18; SCS, 24.10.2019, rol N° 3524-2018 y; SCS, 15.06.2020, rol N° 8914-2020). 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, N° 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., N°s. 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 ley”, (Apuntes tomados en clase por Pedro Gandulfo Guerra y Roberto Belmar Puelma, Imprenta Estrella del Pacífico, Stgo., 1918, p. 207) (considerando 10° de la sentencia de Corte suprema).

- II. 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 N° 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 una 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° 35788-2017, de 20 de marzo de 2018 y rol N° 39732-2017, de 14 de mayo de 2018), de modo que el no ejercicio de esa atribución no puede configurar una infracción de ley (considerando 13° de la sentencia de Corte suprema).

III. *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 (considerando 14° de la sentencia de juzgado de Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/67433/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 103 del Código Penal; 211, 334, 335, 421 del Código de Justicia Militar; 509 y 546 del Código de Procedimiento Penal.