

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil dieciocho.

Vistos:

Se han deducido contra la sentencia definitiva dictada por el Ministro de Fiero señor Mario Carroza, diversos recursos de casación en la forma y de apelación. Estos últimos, por el Programa de Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Fisco de Chile, el sentenciado Roberto Ampuero Alarcón, del sentenciado Manuel Rogelio del Carmen Vega Collao, el sentenciado Sergio Alfonso Benavides Villarreal, el sentenciado Miguel Chile Aguirre Alvarez y el sentenciado Arturo Alberto Contador Rosales. Los recursos de casación en la forma fueron interpuestos por el sentenciado Gabriel Guerrero Reeve y el condenado Arturo Contador Rosales en conjunto con el recurso de apelación, en cada caso, y por el apoderado del sentenciado Ampuero, quien ya había interpuesto apelación al ser notificado.

En cuanto a los Recursos de Casación en la Forma:

1°) Que el abogado Juan Carlos Manns Giglio, en representación del condenado Gabriel Guerrero Reeve, funda su recurso de casación en el artículo 541 N°9 en relación con el artículo 500 Números 4 y 5 del Código de Procedimiento Penal. Argumenta que la sentencia no da cumplimiento a la exigencia de contener las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados o los que éstos alegan en sus descargos, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta; tampoco a aquella que obliga a exponer las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio.

Se refiere el recurso a la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal. Al respecto dice que el considerando 33° se hace cargo “indirecta y parcialmente y sólo para rechazarla, de nuestras alegaciones de



concurrir en la especie la atenuante...” Expone lo que el fallo considera en relación a los secuestros y a los homicidios, concluyendo que nada contiene en torno a la alegación de media prescripción, como para entender los motivos que llevaron a su rechazo en la sentencia. Dice que la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que se cita, no prohíbe una reducción gradual de la pena. Continúa diciendo que ningún estatuto internacional impide la concurrencia de la atenuante en comento, y su aspecto humanista lo vincula con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados y el artículo 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Cita alguna jurisprudencia de 1961 y de 1998.

Plantea, finalmente, que el vicio que denuncia ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por la severidad de la pena impuesta;

2°) Que, por su parte, el recurso de casación en la forma deducido por Arturo Contador Rosales, se funda también en la causal del artículo 541 N°9, en relación con los requisitos contemplados en los numerales 4 y 5 del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. Pero, además, en la causal del N°10 del artículo 541 citado, esto es, haber sido dada ultra petita. En cuanto a lo primero, no se tomó en cuenta la alegación de que el procesado era un subteniente que siguió las órdenes de sus superiores, y que de no hacerlo ponía en peligro su vida. No tuvo en cuenta el fallo la norma del artículo 214 del Código de Justicia Militar; todo ello porque no se valoró correctamente la prueba rendida que acreditaba cada uno de los hechos que implican la inocencia del imputado. Es el caso que se omitió el análisis de toda la prueba, salvo la que sirviera para condenarlo. Cuando esto ocurre, se configura la causal en estudio como lo ha sentenciado la Corte Suprema en fallo que cita de 2011. En lo que se refiere a la causal de ultra petita, señala que el juez calificó el secuestro como permanente en la acusación, sin embargo en el motivo décimo de la sentencia expuso que el delito de secuestro se agravaría por el hecho de que habría sido



por más de 90 días y por “constituir un grave daño a las personas de los ofendidos”.

En relación a la acusación fiscal, puntualiza que los delitos de carácter permanente son aquellos en donde la conducta delictiva se prolonga en el tiempo. Cita también doctrina y un fallo de la Corte Suprema de 2007 en cuanto a lo que se debe entender por delito permanente. Dice que la circunstancia que expone el juez en la acusación y el Programa en su acusación particular, sería el hecho de tener el carácter de permanente el delito, cuestión que no concurre en autos, en tanto “los cuerpos de Michel Selin Nash Sáez, Jesús Nolberto Cañas Cañas y Juan Jiménez Vidal no están desaparecidos sino que fueron encontrados en su oportunidad. Hay incongruencia cuando se condena por un delito de distinta especie, lo que se vincularía al bien jurídico, conforme la jurisprudencia a que alude, pero puntualiza que el objeto del proceso se define por el hecho punible.

No debió, en consecuencia, sancionarse a su representado por secuestro calificado por el hecho de que habría sido por más de noventa días y por el hecho de constituir un grave daño a las personas de los ofendidos, si en la acusación se imputó secuestro calificado por el hecho de ser un delito de carácter permanente. Es decir, se le habría condenado por un delito por el que no fue acusado;

3°) Que, el recurso de casación presentado por la defensa de Roberto Ampuero, invoca la causal del artículo 541 N°9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los ordinales cuatro y cinco del artículo 500 del mismo, que determina los requisitos de la sentencia definitiva en materia penal. Se refiere largamente al fallo de instancia en lo tocante a los delitos por los que viene condenado y a la responsabilidad y modificatorias (noveno, décimo, undécimo, décimo tercero, décimo octavo, vigésimo tercero). Asimismo, en cuanto aborda las defensas (vigésimo cuarto, vigésimo quinto, vigésimo sexto,



vigésimo octavo, trigésimo, trigésimo quinto) y a la determinación de la pena (cuadragésimo).

A continuación, se refiere a “las causales invocadas”, al razonamiento de la sentencia que, por la vía de la confesión, da por acreditada la participación de su representado, afirmando que lo único que está acreditado y confeso es que él participó en el acto de fusilamiento de tres personas. Por lo tanto, arguye, el error estriba en que la sentencia estima que su defendido es autor del secuestro de tres personas, añadiendo que no expresa cómo acredita esa participación. Estima que el procesado no ha hecho una confesión de secuestro; que no se dan los requisitos del artículo 481 N°4 del Código de Procedimiento del ramo. El acusado sólo se refirió a que integró un pelotón de fusilamiento que termina con la colocación de los cuerpos de las seis víctimas en una fosa previamente preparada por personas que ignora, y ubicadas en el sector del cementerio. Que el propio sentenciador refiere el fusilamiento de esas seis personas y el hecho de que no hayan estado los cuerpos de tres de esas víctimas no cambia el tipo de delito.

Después expone que al contestar la acusación se solicitó la absolución porque no estuvo en situación de no cumplir la orden de integrar el pelotón de fusilamiento y ahonda de aquí en más, en esta circunstancia que impediría su condena en general (trátase de homicidios o de secuestros, que la defensa plantea son homicidios). Es en este sentido que abre un capítulo bajo la denominación de “Contexto General en el Campamento Pisagua”, donde se refiere al clima de terror, temor y miedo existente que se traducía al interior del ejército en que no había alternativa frente a las órdenes emanadas por los superiores, que había que cumplirlas. Explica que se desarrolló por parte del alto mando durante las primeras semanas, una sostenida acción psicológica, destinada a persuadir y amedrentar al personal de oficiales y tropas que pudieran estar no completamente comprometidos con la causa. Ilustra lo anterior remitiéndose a un libro publicado por periodistas, y a la declaración de



un ex conscripto en la causa, además de otra que cita. Y así pasando por una especie de perfil del Coronel Oscar Larraín, de la custodia de los detenidos, de la conformación del pelotón de fusilamiento del día 29 de septiembre de 2013 (debe leerse, 1973), de lo que sería la actuación del sentenciado Ampuero, del análisis de sus declaraciones hecho por el abogado defensor y de la afirmación de un abogado querellante de que el general Carlos Forestier sería el principal responsable de los hechos ocurridos en Pisagua, entre otras, llega a la conclusión de que Ampuero debería ser abuelto.

Luego de todo lo anterior, el recurrente arriba a la causal del artículo 541 (dice 451) N°9, esta vez en relación al N°5 del artículo 500, ambos del Código de Procedimiento Penal. Señala que la sentencia no contendría las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio. Esto en relación a no considerar como atenuante del artículo 11 N°1 del Código Penal, lo alegado como eximente del N°9 (debe referirse al artículo 10 de ese código). La sentencia nada diría; en el considerando 28° se limitaría a rechazarla “acorde con los antecedentes que obran en el proceso, tuvieron posibilidades reales de evitar cometer estos ilícitos y someterse a las exigencias jurídicas a las que estaban obligados como autoridades que eran...”, aparte cuestiona que se usara el vocablo “autoridades”. Forma parte de esta causal que no se calificara la atenuante de irreprochable conducta anterior, lo que ameritaría la hoja de vida del procesado.

Después de la letra B referida a la omisión en relación con el rechazo de la calificación de la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, plantea que el fallo dice que se esté en presencia de un delito de homicidio calificado y señala una agravante que compensa con la atenuante. Dice que esto es un error y para eso cita un fallo de la octava sala de esta Corte, en que se rechaza la calificante de alevosía. Además, menciona que otros ministros de fuero en



sus fallos han rechazado la agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal que sí acogió la sentencia.

Por último discute que se esté frente a delitos reiterados. Para ello vuelve a transcribir un fallo judicial;

4°) Que, el recurso de casación deducido por el abogado Juan Carlos Manns Giglio en representación de Gabriel Guerrero Reeve, debe ser desestimado, puesto que su fundamento excede absolutamente el marco de los vicios de forma que autoriza la causal del numeral 9 del artículo 541 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los números 4 y 5 del mismo estatuto, y en modo alguno los configuran. Es así, que señala que el fallo no se haría cargo de su alegación de media prescripción o prescripción gradual contenida en el artículo 103 del Código Penal, porque, en su decir, no expondría los motivos del rechazo. Sobre este punto, lo cierto es que, independientemente de la aceptación de la parte, el considerando Trigésimo Tercero de la sentencia impugnada expone esas razones, tanto a propósito de los secuestros calificados reiterados que tuvo por acreditados, como respecto de los delitos de homicidio calificados, también reiterados, que tuvo por comprobados. En un caso por estimar que no hay pruebas del término de la retención o de la fecha de la muerte de la víctima, lo que impide todo inicio de cómputo y, en el otro, porque en este tipo de atentados contra la humanidad impera el principio de derecho internacional de la imprescriptibilidad, de tal suerte que una figura como la media prescripción no cabe aplicarla separada de lo que es la prescripción, particularmente porque cree el sentenciador no se estaría aplicando una pena proporcional al crimen o crímenes cometidos, de admitirse una disminución de la pena por esta vía.

Resulta evidente, que esto que apuntamos no es una omisión del fallo, que por ende de lugar a la causal por defectos en la forma de extensión de la sentencia. Existe consideración específica sobre la materia y la razón doctrinal de que esta institución no procede tratándose de delitos de lesa humanidad.



Igualmente lo es, que si se pretende no se trate de delitos de esa especie, a los cuales está ligado el efecto señalado, es una cuestión que hace al fondo de la discusión y no a vicio de forma de la sentencia. La referencia en el recurso al artículo 26 de la Convención de Viena sobre Los Tratados, así lo demuestra: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Y del mismo modo, la que hace del artículo 5° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que se refiere a las disposiciones del Pacto no pueden interpretarse –ningunas de ellas- en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertados reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él (N°1). El artículo también estatuye que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. El mencionado acuerdo internacional, hace mención expresa de otros derechos pero es evidente -ni siquiera razonable- que si lo que se pretende es que por formar parte del derecho interno aquella institución, no puede sufrir restricción o menoscabo, es nuevamente una cuestión de fondo, en que obviamente habrá que dilucidar primero si ello es un derecho humano fundamental, y naturalmente, ante los derechos estatales y los tratados y convenciones en el derecho internacional o la costumbre jurídica en el derecho de gentes;

5°) Que, con respecto al recurso de casación presentado por el abogado Nelson Contador Rosales por el sentenciado Arturo Contador Rosales, se basó en la causal del artículo 541 N°9 del Código de Procedimiento Penal, vinculado al artículo 500 Nos. 4 y 5 del mismo código. El fallo no contendría las consideraciones en virtud de las cuales dio por probados los hechos atribuidos a su representado. Simplemente no considera lo dicho en orden a que se



trataba de un subteniente que siguió las órdenes de sus superiores; de lo contrario corría peligro su vida y no haber tenido en cuenta la norma del artículo 211 del Código de Justicia Militar, todo porque no valoró el tribunal correctamente la prueba rendida en autos.

En este punto, que es el primero a que se refiere el recurso, cabe señalar que el requisito de la sentencia que se contiene en el numeral 4 del artículo 500 alude a las consideraciones que llevan a dar por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta. En cuanto al número 5, éste dice, la sentencia contendrá: “Las razones legales o doctrinales que sirvan para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes,...”.

El recurso no discute haber tenido participación criminal el procesado, lo que hace es echar de menos la consideración acerca de su alegación de ser un subteniente que siguió u obedeció las órdenes impartidas por sus superiores y no haberse tenido en cuenta una disposición sobre una atenuante en la ley de fuero militar lo que atribuye a una incorrecta valoración de la prueba. Sobre el particular, la correcta valoración de la prueba o su contracara, es una cuestión absolutamente de fondo que eventualmente en materia procesal penal del sistema que gobierna la tramitación de las causas o procesos por hechos anteriores al inicio e implementación de la reforma, debería atacarse como causal de casación en el fondo. Y como a ello se vincula por el recurrente no haber tenido en cuenta la atenuante o la alegación sobre la obediencia debida, hay un reconocimiento de que no hay en esta cuestión un defecto formal, sino sustantivo. No obstante, después de consignar su declaración en el considerando Décimo Quinto, en el motivo Décimo Octavo, en relación a éste y a otros procesados, se lee, en lo atinente, que el día 29 de septiembre procedió a dar cumplimiento a las órdenes dadas el día anterior a las ejecuciones por el Comandante del Campo de Prisioneros Ramón Larraín, sin haberla



representado, toda vez que se les ordenaba cometer ilícitos (según él mismo, no hubo Consejo de Guerra); que por el contrario contestes de lo que cada uno tenía que hacer concurren hasta la Cárcel a buscar a los prisioneros, los sacan de sus celdas con el pretexto de realizar trabajos en el exterior del campo de Prisioneros, los trasladan hasta el sector Norte de Pisagua y cerca del Cementerio, los colocan en fila con su vista vendada y sus manos amarradas y acto seguido, ante la orden del Oficial de Mando, les disparan. A continuación todos ayudan a colocar los cuerpos en sacos de arpillera y hecho, les tiran en una fosa. Después reciben la instrucción de Larraín de justificar las muertes ante todos con la aplicación de la ley de la fuga. Fluye de lo anterior expresado en la sentencia, que el juez estimó sobre el hecho cierto de que la orden era de cometer ilícitos penales, y que no existió representación de la orden antes de proceder a cumplirla, y que más aún se siguieron todas las instrucciones hasta ultimar todos los detalles, que la obligación del subordinado existía aún en la situación descrita, tanto así, que el considerando Vigésimo Quinto, refiriéndose a ésta y otras defensas, expone que se trató de una represión arbitraria e injusta en contra de todas las personas que profesaran o hubieran profesado una determinada idea política que fuera contraria al Gobierno Militar, y que aquellos que fueron considerados en dicha lógica para materializarla, actuaron siempre bajo un mismo común denominador que se manifestó en diversas formas y situaciones que la misma sentencia indica.

En otras palabras, no hay falta de consideración, sólo que hay consideraciones que se oponen absolutamente a lo alegado por ésta y otras defensas. Y eso no es una cuestión formal. Específicamente en lo relativo a la atenuante del artículo 211 alegada por la defensa de Contador, el considerando Trigésimo Octavo razona que no procede porque carece del elemento esencial de la circunstancia contemplada en el artículo 214 del mismo cuerpo legal, la denominada orden de servicio, aquella relativa a las funciones militares, la cual no puede incluir la comisión de ilícitos y tal como también se señalara en el



motivo Trigésimo Segundo, el cumplimiento de órdenes no puede considerar la representación para una disminución de responsabilidad, si ella dice relación con delitos tan graves como el asesinato. Esto como puede verse, es cuestión de fondo.

El mismo recurso, después de tratar conjuntamente la causal en estudio por los dos defectos formales en que se apoya, invoca la causal 10 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, esto es, haber sido dada ultra petita, extendiéndola a puntos inconexos con los que hubieren sido materia de la acusación y de la defensa.

El punto en que se sitúa es éste: El considerando Décimo fundamenta que el secuestro se agravaría por el hecho de que habría sido por más de noventa días y por “el hecho de constituir un grave daño a las personas de los ofendidos”, mientras que en la acusación calificó el secuestro de permanente.

Luego señala que delito permanente es aquel donde la conducta delictiva se prolonga en el tiempo, lo que no concurriría en la especie porque los cuerpos de Michel Nash, Jesús Cañas y de Juan Jiménez, no se hallan desaparecidos, sino que fueron encontrados en su oportunidad y constaría del proceso.

La infracción al principio de congruencia, propio de la causal, es justamente ésa, que se le sancione por secuestro calificado por las dos razones antes anotadas cuando se le acusó por secuestro calificado por el hecho de ser un delito permanente.

Esta causal debe ser desestimada sin más, por cuanto este delito siempre es un delito permanente por definición, vale decir, en cuanto a su consumación se prolonga mientras dure la privación de libertad. De manera que no se advierte con claridad lo que plantea en tal sentido el recurrente. Más, en la acusación y acusación del Programa, atendido que pese a que la autoridad militar reconoció haber ejecutado y enterrado los cuerpos de Miguel Nash Sáez, Juan Jiménez Vidal y de Norberto Cañas Cañas, en el Cementerio de Pisagua,



no se calificó de homicidio, sino de secuestro calificado de los números 1 y 4 del artículo 141 del Código Penal, dado que no fueron encontrados los cadáveres, estando desaparecidos hasta la fecha.

En buenas cuentas, cuando la sentencia se refiere al efecto de calificación por la extensión de más de noventa días del secuestro, esto es congruente con la expresión hasta la fecha que emplea la acusación de fojas 2661, sobre la base de no haberse encontrado los cuerpos de las víctimas de secuestro. Lo relativo al grave daño, no añade agravación al delito pues ya estaba agravado. En todo caso, se comparta o no, la sentencia al referirse, además al grave daño, alude a la plena certeza del crimen alevoso e inhumano de que fueron objeto por los oficiales encargados del Campamento de Prisioneros de Guerra de Pisagua;

6°) Que, en lo tocante al recurso de casación presentado por el abogado Mauricio Unda en representación de Roberto Ampuero Alarcón, éste si bien se basa en la causal del artículo 541 N°9 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los números 4 y 5 del artículo 500 del Código antes citado, no contiene en su larga extensión nada que tenga que ver con la causal, aparte sus defectos de forma, como se verá. En primer término y, en síntesis, pues ya ha sido latamente expuesto el recurso, no es efectivo que el fallo no contenga las consideraciones en cuya virtud se dan por probados los hechos atribuidos al procesado, o que se refieran a los alegados en su descargo en cualquiera de los sentidos que contempla la norma en cuestión.

Así, cuestiona que se dé por acreditada la participación del acusado con su confesión, cuando solo confesó haber formado parte del pelotón de fusilamiento y tomado parte en la acción de fusilamiento. Es evidente, que el fallo tuvo por acreditada su participación culpable y, en consecuencia, no es que no exista razonamiento en ese sentido, sino que no coincidió con la defensa en su forma de apreciación de esa confesión. Por eso dice la defensa, que la confesión no reúne el requisito del N°4 del artículo 481 del Código de



Enjuiciamiento Penal, y eso es una cuestión de fondo que hace a la valoración de la prueba, en que cabe siempre discutir si se trata de una regla reguladora o no, lo que jamás ha sido causal de casación en la forma, antes jurisprudencialmente y luego legalmente, en el artículo 546 N° 7 del código mencionado, se constituye en una cuestión sustantiva.

Alegó como parte de la causal, que se califique de secuestro el de tres personas fusiladas cuyos cadáveres no aparecieron, añadiendo que no explica la sentencia cómo es que participó en los secuestros. Bien, sobre lo primero es un asunto relativo a la calificación jurídica de los hechos establecidos que en nada se vincula con la causal esgrimida. Lo anterior, queda más claro aún si se considera, como antes ha fallado esta Corte, que La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –que entró en vigencia el 29 de marzo de 1996 habiendo sido suscrita por Chile el 6 de octubre de 1994- prescribe “se considerará desaparición forzada de privación de libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (Artículo II) El artículo III se refiere a la extrema gravedad de este ilícito y a su carácter continuado o permanente, mientras no se establezca el paradero de la víctima (del Rol 1719-2014).

En cuanto a lo segundo, es el considerando Décimo Octavo que explica la participación de éste y de otros encausados en estos delitos de secuestro, en relación con lo expresado a propósito de la calificación que de estos hechos entrega el considerando Décimo, y lo dicho en el párrafo f N°1 del motivo anterior. A ello se suma el considerando Décimo Tercero sobre la participación de este imputado.



Se refirió igualmente a que no podía “no obedecer” lo que importa una causal de exculpabilidad, suerte de inexigencia de otra conducta. Sin embargo, todo esto que desarrolla bajo el punto de vista del terror existente al interior del ejército en las primeras semanas del gobierno militar, en la idea de que si no acataban las órdenes de matar serían fusilados, son cuestiones de fondo. Si la prueba es débil o fue mal valorada no es asunto que haga a esta causal. Lo cierto es que la sentencia se hizo cargo. Ello se puede observar en los considerandos Vigésimo Quinto, Vigésimo Sexto y Vigésimo Octavo especialmente. Todos ellos “tuvieron posibilidades reales de evitar cometer estos ilícitos y someterse a las exigencias jurídicas a las que estaban obligados como autoridades que eran, sin embargo en el caso de todos ellos sus conductas fueron encausadas sin ninguna duda y de manera directa a segar la vida de esas personas, y lo que resulta más grave aún, es que este obrar delictivo fue reiterativo, por lo que mal podría llegarse a acogerse una eximente como ésta ni aún como eximente incompleta, como lo pretenden las defensas de los aludidos procesados”.

En lo que hace a la causal de anulación en relación con el requisito 5° del artículo 500, no habría razones legales ni doctrinales para calificar respecto de la atenuante del artículo 11 N°1 vinculada al N°9 del artículo 10 del Código Penal; pero ello no es así, desde que como se acaba de señalar las explicaciones están principalmente en el motivo Vigésimo Octavo. También el recurso se refiere a que no se dice en el fallo por qué no se va a calificar la atenuante de la irreprochable conducta anterior que se reconoció. Esto obviamente, como en todo el recurso, al modo de un recurso ordinario de apelación. La verdad es que la defensa se limitó a decir que la atenuante sería muy calificada por la hoja de vida y por el extracto del imputado, pero sin aportar ningún razonamiento que fuera más allá de la pura irreprochable conducta anterior, que en otros casos ha sido rechazada con iguales antecedentes. A ello puede agregarse que en el Código de Justicia Militar (Art.



209), la consideración de la hoja militar es para el solo efecto de la atenuante, respecto de un delito militar. Es, pues, una petición agregada a la atenuante, pero sin que exista ningún desarrollo real de que hacerse cargo. Por lo demás, es una facultad del juez, que evidentemente si no existe un pronunciamiento expreso, está ínsito el rechazo, ya que lo que exige desarrollo es el ejercicio de esa facultad.

Además, en este punto discute la existencia de alevosía, que también es cuestión de fondo y que además no es desarrollo del recurso sino de una sentencia que cita. Sobre la agravante del artículo 12 N°8 del Código punitivo, vuelve a ampararse en un fallo judicial, que sea como fuere, en primer término, no implica en absoluto desarrollo o explicación del vicio que se atribuya a la sentencia. Si no bastaría con citar fallos favorables sin sujeción alguna a las normas que gobiernan la casación y que hacen de éste un recurso extraordinario y eminentemente formalista por la precisión que se le exige por la ley a un recurso de derecho puro y duro.

Olvida el recurrente, además, que la independencia de los jueces es punto cardinal de la administración de justicia y que tiene consagración constitucional y legal orgánica, y que hasta el juez de menor jerarquía es soberano para decidir conforme su propia convicción acerca de las cuestiones de hecho como de derecho, por mucho que se pueda discordar de ella o que la más consagrada de la jurisprudencia enseñe. Por supuesto, los recursos están para exponer estas consideraciones a otras consideraciones, lo que en modo alguno priva a lo dicho de toda su fuerza.

Por último, en torno a si los delitos son o no son reiterados o cuál es su naturaleza, una vez más, es una cuestión enteramente ajena a la casación de forma;

En cuanto a las apelaciones:

Se reproduce la sentencia en alzada con las modificaciones que se señalan a continuación: en el considerando Vigésimo Tercero, se elimina la



frase “con la salvedad del numeral 8,…” hasta el final del período; en el motivo Vigésimo Sexto, suprímese el adverbio “no” quedando la frase en que se insertaba :”ni aun así fueron capaces de considerar que atentaban…”; en el fundamento Vigésimo Octavo se reemplaza el verbo “sesgar”, por “segar”; en el Trigésimo Primero, se reemplaza la palabra “imposible”, por “inverisímil”; en el apartado Trigésimo Tercero, se sustituye “reglón”, por el sustantivo “renglón”; en el considerando Trigésimo Quinto, se elimina la oración final que comienza así: “La aludida atenuante se les compensará…”, hasta su término; en el razonamiento Cuadragésimo, se elimina el apellido “Figuroa” entre los procesados “Contador Rosales, Guerrero Reeve y Ampuero Alarcón” y se reemplaza “dos atenuantes”, por “tres atenuantes” y la frase final del acápite primero “podrá recorrerse toda la extensión de las penas aplicables, porque no los benefician atenuantes ni los perjudican agravantes”, por la siguiente: “que les favorece una atenuante, salvo el caso de Figuroa, a quien favorecen dos circunstancias aminorantes”, anteponiéndole una coma (,); y

Teniendo además presente:

1°) Que las apelaciones del programa de Continuación de la Ley 19.123 (fojas 3574 y 3833), del Fisco de Chile (fojas 3580), de los querellantes y demandantes (fojas 3613), verbal de Roberto Ampuero de fojas 3632, de Manuel del Carmen Vega Collao (fojas 3746, verbal), de Sergio Banavides Villarreal (fojas 3838, verbal), de Miguel Chile Aguirre Alvarez (fojas 3849 y 3878, verbales) de Arturo Alberto Contador Rosales (fojas 3919 verbal, y escrita a fojas 3750) y de Gabriel Guerrero Reeve (fojas 3620, escrita), en síntesis, pretenden, respectivamente, revocación del fallo en cuanto absuelve a Ampuero, Guerrero, Figuroa y Contador respecto de los homicidios cometidos el 11 de octubre de 1973; se revoque la sentencia en cuanto absuelve a los acusados Ampuero, Guerrero, Figuroa y Contador de los homicidios calificados cometidos el 11 de octubre de 1973, y en lo civil, se rechacen las demandas civiles y en subsidio se rebajen sustancialmente sus montos; se



revoque en la parte que concede la atenuante del artículo 11 n°7 del Código Penal a Contador, Guerrero, Figueroa y Ampuero, se aumenten las indemnizaciones y se ordene que los reajustes e intereses se devenguen desde la notificación de la sentencia o desde un momento distinto al de la ejecutoria; se absuelva a Guerrero, se aplique la media prescripción, y se rechace la agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal; se considere, en el caso de Contador Rosales, que no hay secuestro sino detención ilegal, en materia de calificación del secuestro alega que no hay participación directa del procesado. También objeta la alevosía y la premeditación conocida en los homicidios, que no tenía alternativa para oponerse a las órdenes impartidas (era un oficial subalterno). Dice haber obrado el procesado en el cumplimiento de un deber o bien, que no le era exigible otra conducta, que habría prescripción o media prescripción y no existiría reiteración de delitos;

2°) Que en los considerandos Sexto y Séptimo del párrafo I denominado “Excepciones de Previo y Especial Pronunciamiento”, el tribunal se hace cargo de la excepción de prescripción en los secuestros y en los homicidios, argumentando sobre su rechazo; los hechos los establece, analizada la prueba, en el considerando Noveno; el considerando décimo califica los hechos como constitutivos de los delitos de secuestro calificado y de homicidio calificado, estos últimos, cometidos el 29 de septiembre y el 11 de octubre, respectivamente, de 1973 en Pisagua; en materia de responsabilidades se hacen cargos los considerandos Undécimo al Vigésimo Primero, por confesión en los casos que se menciona y en los demás casos, en virtud de los elementos de prueba de cargo que se precisan (Benavides, Vega, Aguirre) y que los incriminan. En el motivo Décimo Octavo, igualmente se contienen las razones de prueba por la que se acogió la petición de absolución de Figueroa, Guerrero, Contador y Ampuero en los hechos del 11 de octubre de 1973.



En los considerandos Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero se refiere el fallo a las agravantes pedidas por el Programa, aceptando sólo una de ellas, que esta instancia deja sin efecto.

En cuanto a las defensas, se hace cargo la sentencia de las alegaciones de falta de participación (Contador, Guerrero, Ampuero, Vega, Figueroa, Benavides y Aguirre), desestimándolas fundadamente.

Sobre las alegaciones hechas por las defensas de Contador, Ampuero y Vega, sobre la inexistencia de elementos que componen las figuras de los delitos de secuestro y homicidio, estimando atípicas sus conductas o bien no antijurídicas, el considerando Vigésimo Sexto, en relación al Noveno y al Décimo, las contestan,

Acerca de la inexigibilidad de otra conducta alegada por algunas defensas, las refuta el considerando Vigésimo Octavo, el Vigésimo Noveno, el Trigésimo, el Trigésimo Primero y el Trigésimo Segundo.

Sobre la media prescripción, alegada subsidiariamente, la sentencia razona su rechazo en el fundamento Trigésimo Tercero y en el Trigésimo Cuarto.

En cuanto a las alegaciones de los procesados Vega y Contador respecto de la atenuante del artículo 211 del Código de justicia Militar, el motivo Trigésimo Octavo se hace cargo de ello.

En tanto el Trigésimo Noveno abarca la eximente incompleta que alegó la defensa de Benavides;

3°) Que, esta Corte comparte los fundamentos antes indicados y por eso, no se adentrará en cada uno de estos temas, comoquiera que esta es una sentencia de segunda instancia y no de primera o de única instancia. Sin perjuicio de esto, cree necesario hacer algunas reflexiones. Desde ya, los homicidios cometidos el 29 de septiembre y el 11 de octubre de 1973 en el Campamento de Prisioneros de Pisagua, no son fruto de una acción surgida en el momento mismo o instantes previos al hecho. Lo cierto es que son muertes



ordenadas y ejecutadas sin ninguna representación o reserva, con modalidades que no dejan duda alguna sobre la premeditación con que se actuó y tampoco de la alevosía concurrente, pues se trataba de víctimas en absoluta indefensión, sin que ellas siquiera se colocaran en esa situación, que a estos efectos sería lo mismo, sino que son los victimarios los que los colocan en esa situación. No hay prueba, de que como se pretendió en estrados, quienes dispararon, todos oficiales, no supieran y no quisieran el resultado, o que estuvieran bajo el terror de ser puestos al otro lado del pelotón de fusilamiento. Ya se ha dejado establecido en otros fallos, que el hecho de que exista una orden superior no descarta necesariamente la coautoría o la coparticipación. El denominado hombre de atrás puede contar con la fungibilidad de los ejecutores materiales, pero no significa que la figura no pueda darse aun frente a un actuar plenamente delictivo del intermediario (cita hecha de Maurach en el rol de esta Corte N°2143-2015). No puede dejar de acudirse al inciso final del artículo 207 del Código de Justicia Militar, que dispone que lo dispuesto en él no se aplica a oficiales. Ni deja de llamar la atención, que se argumente, en algunos casos, que no era posible no cumplir de inmediato la orden delictual (inexigibilidad de otra conducta), y que se argumente asimismo la concurrencia de circunstancias del Código de Justicia Militar que, se refieren a la ejecución de una orden del servicio o que independientemente de ello, exigen representación u obediencia reflexiva (Arts.214 y 211, en relación al artículo 335 y artículo 421, todos del CJM).

No puede dejar de señalarse que el concierto previo (la coautoría o la coparticipación a que recién aludíamos con la cita de un autor), excluye la aplicación del artículo 214, y que como lo concluye probatoriamente el Ministro de Fuego, la VI División del Ejército organizó con posterioridad al 11 de septiembre de 1973, una represión en contra de todas las personas que profesaran o hubiesen profesado una determinada idea política que fuera contraria al Gobierno Militar, y para lograr su objetivo, aquellos que fueron



considerados en dicha lógica para materializarla, actuaron siempre bajo un mismo común denominador que les permitía detener, interrogar bajo apremios físicos y psicológicos a los presos; luego trasladan a las víctimas hasta el Campo de Prisioneros de Guerra de Pisagua, donde se les encierra ilegalmente y en ocasiones, procedieron mediante subterfugios (los casos indagados en esta causa) a eliminarlos y hacer desaparecer sus cuerpos. Años después fueron hallados en sacos en fosa clandestina. Lo anterior constituye una cadena delictual de hechos (Considerando Vigésimo Quinto). Por otro lado, ya se ha fallado reiteradamente que estos son delitos que conciernen al derecho internacional humanitario donde no es posible asilarse en auto exoneraciones, pero también donde difícilmente puede alegarse ignorancia, no sólo por tratarse de delitos qui a mala prohibita, sino porque ofenden directamente a la naturaleza humana y a su dignidad intrínseca. A su vez, el considerando Trigésimo, asienta “agentes del Estado de organismos de las Fuerzas Armadas actuaron de manera violenta e ilícita frente a la población civil, con intención de reprimirlos por ser militantes de partidos políticos que sus superiores determinaron, en base a lo cual llegaron a efectuar detenciones sin orden competente de autoridad administrativa o judicial, de personas inocentes solamente por cumplir las instrucciones impartidas por sus superiores, que nada tuvieron que ver con el servicio y que tendían a interrogar bajo tortura, que tampoco tiene que ver con el servicio, y finalmente reciben la orden de ejecutarlos, y no obstante la ilegalidad del mandato, igualmente los procesados que solicitan tal circunstancia, lo aceptan y sin sutileza alguna la cumplen”. Más adelante, se lee que no hay evidencia de representación del mandato recibido y que por el contrario, se prueba que todos ellos actuaron en la consumación de estos ilícitos, llegando algunos a cooperar para colocar los cuerpos en los sacos de arpillera para proceder a su inhumación ilegal;

4°) Que, en lo que atañe a la media prescripción, a pesar del rechazo de las casaciones por los motivos largamente expresados bajo el epígrafe



correspondiente, es claro que la prescripción gradual no es diferente de la extintiva; el artículo 103 se limita a regular los efectos de que haya transcurrido más de la mitad del tiempo de la acción penal o de la pena, sin que se haya completado y lo mismo que la prescripción, depende únicamente del tiempo transcurrido hasta que sea habido o se presente el imputado. No hay forma de malentender lo anterior. La regulación de efectos es obvia, no puede darse el efecto extintivo por no haberse completado el tiempo y eso es todo. Así, en el derecho interno había que buscar la forma de mitigar la pena. Empero, en delitos de lesa humanidad como son los que preocupan en este caso, morigerar la pena en virtud de no haber transcurrido la totalidad del tiempo, cuando no existe ningún efecto a favor de los hechores así haya transcurrido en exceso, es una imposibilidad lógica y jurídica lo que se pretende. De otra parte, pero ligado íntimamente a lo anterior, 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. Es la humanidad la que se protege de atentados que aspiran destruirla.

En este punto, no sólo cabe mencionar los Convenios de Ginebra de 1949, vigentes desde 1951 en Chile, es importante también citar la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, de 26 de noviembre de 1968, que entró a regir el 8 de noviembre de 1970, que en su artículo 1° incluye los crímenes de guerra, los contemplados en el Estatuto del Tribunal Militar de N[uremberg, de 8 de agosto de 1945 y las “Infracciones Graves” enumeradas precisamente en los Convenios de Ginebra. Lo expresado fue recogido por nuestra Corte Suprema en el rol N° 2664-04, reputándola norma de ius cogens;

5°) Que, acerca de la alegación de no ser reiterados los delitos de autos, la verdad es que salvo casos de laboratorio en que el segundo resultado, apuntado el *ánimus necandi* del delito inicial, el segundo resultado de una sola y única acción, podría ser constitutiva de delito preterintencional, lo que no ha



estado en modo alguno presente en las argumentaciones de las defensas en tal sentido. Aquí las víctimas enfrentaron en la hora final, a un pelotón de fusilamiento, habiéndose mandado a divulgar la idea de que se había aplicado la ley de la fuga, lo que no es cierto según los propios imputados; y nuevamente otro grupo frente a otro pelotón de fusilamiento que dispara para dar muerte a cada una de las víctimas, invocándose un Consejo de Guerra inexistente. Esto no puede no constituir sino varias muertes y una suma de acciones para ultimar a aquellos que habían sido elegidos para que sus vidas fueran extinguidas. No hay posibilidad de hechos de esta naturaleza y que se repiten, además, en ocasiones diversas, no constituyan delitos reiterados, que por lo demás, a efectos de la pena, no son desfavorables a los condenados. Poco se puede agregar, en el caso de los hechos calificados como secuestro calificado del artículo 141 incisos 1 y 4 del Código Penal. Todo lo que rodeó a la victimización de Nash, Cañas y Jiménez (el hecho final es del 29 de septiembre de 1973), es idéntico substancialmente a lo ocurrido con las demás víctimas; si se calificó de secuestro, es porque lo hubo –jamás pudo haber detenciones ilegales sin cumplirse con la más mínima formalidad de una detención- y si se estimó calificado es porque los cuerpos nunca aparecieron, de manera que no podía considerarse jurídicamente homicidios, y tal calificación se conforma con la normativa internacional a que se ha hecho ya referencia al tratar de los recursos de casación. Se trata de secuestros individuales, que a fuer de ser profundamente obvios, afectaron a distintas personas, que lo sufrieron (sin perjuicio de los tormentos). Tampoco hay forma de no considerarlos reiterados;

6°) Que para estos sentenciadores no concurre en la especie la agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal, 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 desde el punto de vista de la autoridad que asumió de facto en esa época, se entendía “Estado de Tiempo de Guerra”;

7°) Que, para la determinación de las penas, debe tenerse en cuenta lo siguiente: a) que a todos los encausados los beneficia la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal; b) a Contador, Guerrero y Ampuero, se les reconoció además la atenuante del artículo 11 N° 7 del mismo código; c) a estos tres últimos, se les reconoció también la atenuante del artículo 11/9 del mencionado código; d) al acusado Figueroa se le reconoció del mismo modo la atenuante del artículo 11 N° 9 ya citada.

De esta forma, Contador, Guerrero y Ampuero tienen 3 atenuantes y ninguna agravante independiente. Por su parte, Figueroa tiene dos atenuantes y no le perjudican agravantes independientes. Los demás, esto es, Benavides, Vega, y Aguirre, son favorecidos por una sola atenuante (11 N° 6);

8°) Que, Benavides y Vega vienen condenados a la pena única de presidio perpetuo por los delitos reiterados de secuestro calificado de Miguel Nash Sáez, Jesús Nolberto Cañas Cañas y de Juan Jiménez Vidal y como autores de delitos de homicidio calificado de Marcelo Guzmán Fuentes, Juan Calderón Villalón, Luis Lizardi Lizardi, cometidos el 29 de septiembre de 1973, y Julio Cabezas Gacitúa, José Rufino Córdova Croxato, Mario Morris Barrios, Humberto Lizardi Flores y Juan Valencia Hinojoza, perpetrados el 11 de octubre de 1973, en Pisagua.

Por lo tanto, quedan en la misma situación.

El sentenciado Aguirre Álvarez, con una atenuante no puede ser penado en el grado superior de la pena de tres grados que contemplaba la figura del secuestro calificado a la fecha de los delitos, y si bien hay reiteración como se le está aplicando la regla del inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, se estima como un solo delito y si ya se consideró la atenuante, la pena aun con la reiteración no puede subir del grado medio (diez años y un día a quince años).



Por ende, queda en igual situación.

Los sentenciados Ampuero, Guerrero, Figueroa y Contador vienen condenados a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo como autores de secuestro calificado y de homicidio calificado reiterados, todos del día 29 de septiembre de 1973, porque en los homicidios del 11 de octubre de 1973, todos ellos vienen absueltos. Como a Ampuero, Guerrero y Contador le favorecen tres atenuantes, sin nada que compensar, se les impondrá la pena en el grado de presidio mayor en su grado medio, esto es, rebajando dos grados la penalidad en mérito de las tres atenuantes ya dichas desde el mínimo, aumentando la sanción en un grado por la reiteración, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 68 del Código Penal y 509 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal; y dentro del grado se tendrá en cuenta no sólo la entidad de ellas sino la extensión del mal causado.

En el caso de Figueroa, la rebaja de grado será en un grado;

9°) Que los ministros tienen en cuenta para no aplicar dos penas únicas ante la reiteración de delitos de secuestro y homicidios calificados, como resultaría del inciso final del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por tratarse de figuras penales que se encuentran en títulos distintos del Código Penal, a la época de perpetración de los hechos conocidos en esta causa, la especial situación de estos hechos, en que pese al fusilamiento los cuerpos de Nash, Cañas y Jiménez, jamás aparecieron. Contribuye también a lo anterior, la circunstancia de que en las posteriores leyes que han modificado el artículo 141 del Código Penal sobre el secuestro, se incorpora el homicidio, entre otros, como figura agravada y que en la Ley N°20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, también se hace referencia al secuestro, y a las figuras agravadas de éste, en que se incluye el homicidio, lo que no eliminaría por completo la regla final del artículo 509 ya citado, pero sí en casos de concursos, lo que obliga a tener presente lo dispuesto en el artículo 18 inciso segundo del Código Penal.



10°) Que el señor Fiscal Judicial, don Jorge Luis Norambuena Carrillo, en su dictamen de fojas 3.978 (T.X) expone detalladamente por qué concuerda con el establecimiento de los hechos, las calificación jurídica, que estima congruente con lo anterior, pero indicando que deben complementarse con el señalamiento de que son delitos de lesa humanidad, precisando que los homicidios calificados lo son en virtud de las circunstancias primera y quinta del artículo 391 N°1 del Código Penal. Está de acuerdo también con lo relativo a la participación criminal de los encausados y en definitiva pide el rechazo de los recursos de casación en la forma, por adentrarse en verdad en el fondo del asunto y, asimismo, confirmar la sentencia de primeras instancia en lo apelado, no obstante se manifiesta en contra del acogimiento de la atenuante de procurar reparar el mal causado;

11°) Que de esta forma, se disiente de lo opinado por el señor Fiscal Judicial sólo en lo relacionado con la agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal, y en cuanto a la atenuante del artículo 11 N° 7 del mismo. En lo demás la Sala está de acuerdo con el dictamen.

Por estos fundamentos y lo dispuesto, además, en los artículos 510, 514, 527 y 534, 535, 541 y 543 del Código de Procedimiento Penal, se decide:

A.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma interpuestos por las defensas de los sentenciados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Guerrero Reeve y Arturo Contador Rosales;

B.- Que **se confirma**, en lo apelado y **se aprueba**, en lo consultado, la sentencia definitiva de doce de agosto de dos mil dieciséis, escrita a fojas 3.486 y rectificadas por la de veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, escrita a fojas 3.571, prescindiéndose de la cita del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil y 43 del de Procedimiento Penal, por no tratarse de nulidad procesal, sino de una mera rectificación que no afecta el desasimio que es efecto propio de las sentencias interlocutorias y definitivas notificadas Ello, con las siguientes declaraciones:



I.- Que los sentenciados Roberto Antonio Ampuero Alarcón, Gabriel Alfonso Guerrero Reeve y Arturo Alberto Contador Rosales, quedan condenados a la pena única de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, como coautores de los delitos de secuestro calificado, en carácter de reiterados, en las personas de Miguel Selin Nash Sáez, Jesús Nolberto Cañas Cañas y Juan Jiménez Vidal, y como coautores de los delitos de homicidio calificado en carácter de reiterados de Marcelo Omar Guzmán Fuentes, Juan Calderón Villalón y Luis Alberto Lizardi Lizardi, perpetrados el 29 de septiembre de 1973 en la localidad de Pisagua, manteniéndose las accesorias consideradas;

II.- Que Sergio Eduardo Figueroa López, queda condenado a la pena única de doce años de presidio mayor en su grado medio, como autor de los mismos delitos de secuestro calificado reiterados y de los homicidios calificados reiterados señalados en el numeral anterior, y en lo resolutivo de la sentencia de primer grado;

III.- 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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Silva Cancino.

Rol Corte N° 1552-2016.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma la Ministra señora Book, por ausencia.





YCSYERTTRCX

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Mauricio Silva C., Jessica De Lourdes Gonzalez T. Santiago, veintinueve de marzo de dos mil dieciocho.

En Santiago, a veintinueve de marzo de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.