

Santiago, catorce de diciembre de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos N° 11.844 Tomo G, rol del Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de doce de noviembre de dos mil ocho, que se lee de fojas 1.321 a 1.360, dictada por el Ministro de en Visita Extraordinaria, señor Juan Eduardo Fuentes Belmar, se castigó a **Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda** a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas del juicio, como autor del delito de **desecuestro calificado** cometido en la persona de Ariel Dantón Santibáñez Estay, perpetrado en Santiago, el 13 de noviembre de 1974. A su turno, fueron sancionados **Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Ricardo Víctor Lawrence Mires**, a sufrir sendas penas de tres años de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y el pago de las costas de la causa en calidad coautores del ilícito antes reseñado, concediéndole a éste último, el beneficio de remisión condicional de la pena.

Impugnado dicho fallo por la vía del recurso de apelación, una de las salas de la referida Corte, previo Informe del Fiscal Judicial quien estuvo por confirmarlo, con declaración de aumentar las penas a los convictos, por sentencia de siete de mayo de dos mil nueve, escrita de fojas 1.408 a 1.413, lo confirmó.

En contra del mencionado laudo, doña Karinna Fernández Neira, en representación del Programa Continuación de la Ley 19.123 del Ministerio del Interior formalizó un arbitrio de nulidad sustancial.

Declarado admisible el recurso, se ordenó traer los autos en relación a fojas 1.429.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO: Que en lo principal de fojas 1.414, el Programa Continuación de la Ley 19.123 del Ministerio del Interior form aliza un recurso de casación en el fondo, sustentado exclusivamente en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque califica el delito con arreglo a la ley, le ha impuesto a los enjuiciados una pena menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, y al fijar la naturaleza y grado de la pena; denunciando como norma conculcada el artículo 211 del Código de Justicia Militar.

SEGUNDO: Que el defecto reclamado se produjo -a entender del compareciente- tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, al imponer la pena de tres años de presidio menor en su grado medio a dos de los tres acusados- Moren y Lawrence- motivada por la errónea aplicación de la atenuante de obediencia indebida consagrada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar. Asevera que esta minorante tiene lugar cuando el inferior comete un delito militar o común, por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico y siempre y cuando ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 335 del mismo cuerpo legal.

Al efecto, invoca doctrina y abundante jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que declara la improcedencia de aceptar esta morigerante cuando en el proceso no concurre la existencia de una orden de un superior jerárquico a un inferior, presupuesto que en el caso de los condenados aludidos tampoco se configura, ya que ellos han negado siempre toda participación en el injusto de autos. De esta forma, al considerar el

fundamento vigésimo séptimo del veredicto de primer grado, reproducido por el de segunda instancia, que favorecen a ambos encartados dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, sin que les perjudique agravante alguna, imponiéndoles una pena inferior en dos grados al mínimo del señalado en la ley para el delito, esto es, presidio menor en su grado medio, los sentenciadores yerran jurídicamente al hacer una calificación equivocada de las atenuantes, procediendo a sancionarlos con una pena menor a la asignada al ilícito. Asimismo, atendida la extensión de las penas impuestas, favoreció a uno de los encartados con el beneficio de remisión condicional de la pena, lo que a su juicio es muy grave porque en la práctica deja en libertad a uno de los autores de un gravísimo delito, violando el principio de proporcionalidad que rige el sistema penal.

TERCERO: Que para terminar, se expresa por la parte recurrente que el error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que al acoger incorrectamente la aplicación del artículo 211 del Código de Justicia Militar, y amparar a ambos sentenciados con la atenuante mencionada, se les ha impuesto una pena menor a la asignada por ley al delito de secuestro, ya que de haberse desestimado esa minorante, el castigo que correspondía a los condenados, partía de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y por aplicación de la única atenuante procedente en esta causa, llegaba a los quince años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales correspondientes.

CUARTO: Que e en definitiva recurrente solicita acoger el recurso, invalidar la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo, mediante la cual confirme la sentencia de primera instancia, con declaración que los acusados Manuel Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Ricardo Víctor Lawrence Mires, quedan condenados a la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, más accesorias legales, por su responsabilidad de autores del secuestro calificado de Ariel Dantón Santibáñez Estay, todo con costas.

QUINTO: Que el fallo que se revisa reprodujo el motivo vigésimo quinto del de primera instancia, en el cual se establece que los procesados Marcelo Luis Manuel Moren Brito y Ricardo Víctor Lawrence Mires, a la época de ocurrencia de los hechos por los que se les condenó -calificados como constitutivos del delito de secuestro descrito en el artículo 141 del Código Penal- se encontraban sometidos a la jerarquía y al cumplimiento de las órdenes que su superior jerárquico -el Director de la Dirección de Inteligencia Nacional, DINALE- les impartía, dirigida a la detención y destino de las personas contrarias al régimen militar de la época.

SEXTO: Que a juicio del juez del grado, la circunstancia que los sentenciados hayan negado su participación en el injusto, no es óbice para favorecerlos con la minorante establecida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar en concordancia con el artículo 214 de ese mismo cuerpo de leyes, toda vez que su subordinación al cumplimiento de órdenes superiores, se encuentra debidamente acreditada con los otros elementos incriminatorios ponderados en el fallo; sin embargo, estos sentenciadores, discrepando de lo manifestado por el juez de primera instancia en el considerando ya analizado, mantenido por el Tribunal de Alzada, estiman que no es posible favorecer a los imputados aludidos en el fundamento anterior, con la morigerante del citado artículo 211, por cuanto en el proceso no se ha logrado establecer la existencia de alguna

orden de un superior jerárquico recibida por parte de los dos enjuiciados que fueron beneficiados con aquella circunstancia, menos aún si aquellos han negado sistemáticamente su responsabilidad en el secuestro de Ariel Dantón Santibáñez Estay, y por tanto, no reconocen haber obrado en cumplimiento de alguna instrucción superior.

Al respecto, es dable precisar que esta minorante, denominada "obediencia indebida", tiene lugar- como lo explica Renato Astrosa en su obra Código de Justicia Militar Comentado, 3a edición, p. 340- fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214 del Código de Justicia Militar, tanto en los delitos militares como en los comunes, respecto de quien comete un hecho delictual, en cumplimiento de un mandato de actuación emanado de un superior jerárquico. Es decir, esta causal de atenuación opera cuando el inferior comete un delito militar o común, en virtud del acatamiento de una orden de un superior jerárquico, siempre y cuando ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida, previsto en el artículo 334 del texto legal citado.

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, el artículo 214 se aplica de manera subsidiaria, para el caso que el delito se ejecute en virtud de una orden de jefatura, respecto de la cual no se cumple con alguno de los demás requisitos de la eximente de responsabilidad penal, los cuales, según lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Código de Justicia Militar, son los siguientes:

- 1) Que emane de un superior.
- 2) Que sea relativa al servicio.
- 3) Que sea dada en uso de atribuciones legítimas.
- 4) Que si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, haya sido representada por el inferior e insistida por el superior.

Si bien a partir del carácter subsidiario de la atenuante, podría concluirse que esta opera cuando un subordinado comete un delito y falta alguno de los cuatro requisitos anteriores, ello no es así, en razón de que no puede faltar el presupuesto esencial en el que ella descansa, a saber, la existencia de la orden del superior jerárquico. (Astrosa, cit.,p.340)

De este modo, probar la existencia de la orden resulta indispensable para poder determinar la procedencia de esta minorante residual, pues sólo a partir del cumplimiento de ese presupuesto es factible ponderar la no concurrencia de los requisitos que la hacen plausible como eximente. En este contexto, no cabe duda alguna que la negativa de los hechos, en cuanto a su participación en el delito y responsabilidad consiguiente, impide conocer no sólo la existencia y términos precisos de la orden requerida por la atenuante en cuestión, sino también si aquellos representaron dicho mandato al superior o si al menos, estuvieron en condiciones de reclamarlo.

En este sentido, cabe tener en consideración lo expresado por el profesor Kai Ambos, en el comentario intitulado "Sobre el efecto eximente del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional", contenido en su obra Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, Aspectos del Derecho Penal Alemán y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2007, en cuanto refiere que: *"De las fuentes pertinentes del derecho internacional penal, se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico -crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad- es permitida en casos individuales, si la justicia así lo requiere?"* (p. 138).

A fin de concretar lo anterior, plantea dos situaciones en las que es posible

aceptar una culpabilidad menor: cuando el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto del mandato o bien cuando su resistencia frente a la orden criminal es muy reducida. Y en relación a este último caso, agrega que *si el subordinado, habiendo reconocido la antijuricidad de la orden, sin embargo, la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden*. Asimismo, postula que en ambos casos, *se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución* (cit., pp. 138 - 139).

Sin embargo, todas estas condiciones de orden fáctico y particular relevancia jurídica, que constituyen presupuestos indispensables para discutir la procedencia o improcedencia de la atenuación, tal como ya se ha dicho precedentemente, no han podido ser establecidas como ciertas en este proceso, de modo que no se cumplen los requisitos conducentes al reconocimiento de la circunstancia alegada por los hechores mencionados.

OCTAVO: Que, según lo discernido, como los sentenciados Moren Brito y Lawrence Mires niegan toda participación en los hechos delictivos materia de la imputación, y ni siquiera insinúan que las conductas ilícitas acreditadas a su respecto fueron ejecutadas en obediencia a órdenes de superiores jerárquicos, aparece de manifiesto que la sentencia atacada ha incurrido en error de derecho al tener por concurrentes los requisitos de la minorante de que se trata y reconocerla a dichos procesados.

NOVENO: Que la infracción de ley detectada afecta sustancialmente la decisión adoptada como quiera que, producto de ese error, se impone a los referidos procesados una pena inferior en dos grados al mínimo asignado por la ley para el ilícito por el que se les reprime, atendido el reconocimiento de dos circunstancias atenuantes de responsabilidad y la inexistencia de agravantes que les perjudiquen, según se explicita en el fundamento vigésimo séptimo del laudo recurrido, yerro que al infringir lo preceptuado en el ya mencionado artículo 211 del Código de Justicia Militar, ha dado origen a la causal de nulidad contemplada en el artículo 546 N° 1 del Código de Enjuiciamiento Criminal, por lo que necesariamente habrá que dar lugar al arbitrio deducido.

Por estos fundamentos y de acuerdo con lo previsto en los artículos 535, 546 N° 1, y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto en lo principal de fojas 1.414, en contra de la sentencia de siete de mayo de dos mil nueve, escrita de fojas 1.408 a 1.413, **la que es nula** y se reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redactó el Ministro señor Künsemüller.

Rol N° 3.807-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

En Santiago, a catorce de diciembre de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.