C/ Berngeher Rojas, Kenneth Adolf
Homicidio
Rol N° 781-2021.- (73-2020 del Tribunal de juicio Oral en Lo Penal de La Serena)

La Serena, veinticinco de octubre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Que se ha deducido por el abogado don Carlo Iván Silva Muñoz, en representación del condenado Kenneth Adolf Berngeher Rojas, recurso de nulidad en contra de la sentencia de fecha 22 de agosto de 2021, dictada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de La Serena, en virtud de la cual se condenó al mencionado Berngeher Rojas, como autor de un delito consumado de homicidio simple, en la persona de Tania Larisa Morgado Cortés, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor de un delito de homicidio simple en grado de frustrado, en la persona de José Manuel Alejandro Rivera Pizarro, ilícitos perpetrados en la comuna de Andacollo, el día 16 de febrero de 2019, y a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, disponiéndose que por no reunirse los requisitos para la sustitución de la pena corporal, deberá cumplir real y efectivamente las penas corporales impuestas, registrando 906 días de abono que considerar.

Funda el recurso en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, señalando que el derecho erróneamente aplicado consiste en la calificación jurídica a que arriba el tribunal calificando estos hechos constitutivos de dos ilícitos de homicidio simple, uno en grado de desarrollo consumado y uno frustrado, entendiendo la defensa que son constitutivos de los ilícitos del artículo 330 N° 1 y 3 del Código de Justicia Militar, y en la no concesión de las atenuantes de los artículos 11 N° 7 y N° 9 del Código Penal.

XDNTKVXJTN

Sostuvo que la finalidad de la causal es que se anule el fallo y se dicte sentencia de reemplazo que recalifique el ilícito que dio por acreditado el tribunal, a la figura del artículo 330 N° 1 y 3 del Código de Justicia Militar y se reconozcan las atenuantes de los artículos 11 N° 7 y N° 9 del Código Penal, regulándose una pena privativa de libertad de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por el primer delito y de 41 días de prisión por el segundo, concediéndole al condenado el beneficio de libertad vigilada intensiva.

Declarado admisible el recurso, se llevó a efecto la audiencia correspondiente y se fijó para la lectura del fallo el día 25 de octubre de 2021, a las 13 horas.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa ha deducido la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, argumentando que la errónea aplicación del derecho consiste en la calificación jurídica a que arriba el tribunal que ha calificado estos hechos como constitutivos de dos ilícitos de homicidio simple, uno en grado de desarrollo consumado y uno frustrado, entendiendo que son constitutivos de los ilícitos del artículo 330 N° 1 y 3 del Código de Justicia Militar, y en la no concesión de las atenuantes de los artículos 11 N° 7 y N° 9 del Código Penal.

Sostuvo que los hechos que se dieron por acreditados, conforme se estableció en el considerando décimo de la sentencia recurrida, de acuerdo a la prueba de cargo, debían subsumirse en el ilícito del artículo 330 del Código de Justicia Militar, en su numeral primero, respecto a la víctima Tania Morgado y del numeral 3°, respecto a la víctima José Manuel Rivera Pizarro, y que, además, concurrían las minorantes del artículo 11 N° 7 y N° 9 del Código Penal.

XDNTKVXJTN

Señaló que difiere de las argumentaciones señaladas por el tribunal a quo para desestimar aplicar la norma contenida en el artículo 330 del cuerpo normativo antes señalado, precisando que cuando ocurrieron estos hechos el acusado pertenecía a las filas de Carabineros de Chile, ostentando el grado de Subteniente y que la persecución del automóvil Volkswagen PPU ZX-6746, se inicia al eludir una fiscalización por los funcionarios de carabineros por la comisión de una infracción de tránsito, haciendo caso omiso a las advertencias para que detuviera su marcha, agregando que después de estos avisos el acusado hace uso de su arma de servicio en tres oportunidades impactando el primer disparo en el parachoques trasero del automóvil, el segundo en José Pizarro y el tercero en Tania Morgado, añadiendo que este delito se comete en ejercicio de sus funciones y debe preferirse la aplicación de esta norma que tiene carácter especialísima establecida por el legislador ante el tipo penal general que es el homicidio simple, precisando que la decisión de ejecutar los disparos tenía como objetivo detener la huida de este vehículo.

Sostuvo que el uso irracional del arma de fuego se circunscribe en lo descrito en la figura base de este ilícito del artículo 330 del Código de Justicia Militar, el que carece de cualquier calificación por el resultado consistente solo en emplear violencias innecesarias para la ejecución de los actos que el militar debe practicar sin motivo racional, agregando que la sentencia en el considerando vigésimo cuarto, desecha la hipótesis que estos hechos fuesen cometidos con dolo directo entendiendo que existió dolo eventual por parte del acusado. Asevera que el actuar doloso debe enmarcarse en el momento en que el actor toma la decisión de hacer uso del arma de fuego para detener el vehículo que eludió los llamados de carabineros para que detuviera su marcha, añadiendo que denotan un exceso en su actuar permitido de acuerdo a la normativa de la institución y que es lo que castiga el delito previsto en el artículo 330 del Código antes señalado, precisando que no se espera que no ejecutara ninguna acción y lo dejara huir, agregando que las

XDNTKVXJTN

acciones que decide emprender fueron desmedidas, irracionales y desproporcionadas, lo que trajo como consecuencia la muerte de Tania Morgado Cortés y las lesiones de José Manuel Rivera, producto de los disparos efectuados por el sentenciado.

Refiere que la sentencia recurrida en su considerando trigésimo tercero rechaza la circunstancia atenuante del articulo 11 N° 7 del Código Penal, agregando que lo planteado por el tribunal a quo no puede ser motivo de rechazo por parte de los sentenciadores de esta circunstancia atenuante, sosteniendo que su representado está siendo objeto de un sumario administrativo para desvincularlo de la institución, agregando que por resolución de 25 de abril de 2019, se resuelve su retiro temporal, lo cual implica que su última remuneración fue la del mes de mayo de 2019, precisando que ha estado privado de libertad desde el 01 de marzo de 2019 y que ha realizado desde el 24 de abril de 2019 hasta el 31 de mayo del mismo año, 24 consignaciones en la cuenta corriente del tribunal para reparar celosamente el mal causado. A partir de esa fecha, dice, se realizaron 204 consignaciones por un total de $4.070.000., precisando que se cumple con los criterios objetivos y subjetivos indicados por la doctrina en relación a esta atenuante. Respecto a la insuficiencia de los montos, en relación al ilícito de homicidio simple consumado, hace presente que el bien jurídico afectado con el ilícito no resulta posible de reparar por la pérdida irrecuperable y que ello no obsta a la satisfacción por equivalencia de los perjuicios que ello ha significado para sus deudos, argumentando que el monto de $3.052.500., aparece como un real y denodado esfuerzo económico del condenado privado de libertad desde hace dos años y cinco meses y que realizo 228 consignaciones. En relación a la víctima del delito de homicidio simple en grado frustrado, señaló que el abogado querellante no se opuso y manifestó que aceptaba el monto consignado ascendente a la suma de $1.017.500.

En cuanto a la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, manifestó que el sentenciado desde el inicio de la causa prestó colaboración con la investigación, participando en la reconstitución de escena, entre otras

XDNTKVXJTN

diligencias, lo que posteriormente fue replicado en el Juicio Oral luego de haber renunciado a su derecho a guardar silencio. Agregó que concurre esta circunstancia atenuante ya que el imputado reconoció los hechos y su participación, se sitúa en el lugar de los hechos, no discute su autoría respecto de los tres disparos que impactaron al vehículo, colaboró con las pericias balísticas, prestó auxilio a las víctimas y da cuenta inmediatamente a sus superiores y al Ministerio Público de lo sucedido, entendiendo que si el tribunal da por acreditados los hechos, esto resulta en base a que no se pudo acreditar la versión alternativa planteada por la defensa y que el fundamento de tal minorante es de tipo utilitaria, de ayudar en la tarea de hacer justicia. Renunciar a guardar silencio, dice, reconociendo participación, implica una gran contribución a la exigencia de certeza, el vencimiento de la duda razonable, precisando que no se puede validar la confusión de la exigencia de que la colaboración sea sustancial con la exigencia de que ella sea imprescindible, pues se estaría distorsionando el sentido de la norma. Sostuvo que la versión entregada por el condenado en todas las etapas del proceso es suficiente para entender la concurrencia de esta minorante de responsabilidad consagrada en el artículo 11 N° 9 el Código Penal.

Finalmente solicitó que se declare nula la sentencia recurrida y se dicte una sentencia de reemplazo que recalifique el ilícito que el tribunal a quo dio por acreditado a la figura del artículo 330 N° 1 y N° 3 del Código de Justicia Militar y se reconozcan las atenuantes del artículo 11 N°s. 7 y 9 del Código Penal, regulando la pena en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por el delito del 330 N° 1 y de 41 días de prisión por el delito del 330 N° 3, y se cumplan a través de la pena de libertad vigilada intensiva y de remisión condicional, respectivamente.

De mantenerse la figura de homicidio simple en grado consumado previsto en el 391 N° 2 del Código Penal, solicitó que se regule la pena en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo. En cuanto al delito de homicidio simple

XDNTKVXJTN

en grado frustrado, se regule en 541 días de presidio menor en su grado medio.

SEGUNDO: Que, a objeto de resolver sobre de la procedencia de la causal de nulidad invocada por la defensa del sentenciado, fundada en el artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal, preciso resulta tener en consideración que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, en relación con lo previsto en el 342 letra c) del mismo texto legal, la fijación que se hace de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables al acusado, corresponde al ejercicio de una labor soberana de los jueces del fondo, aunque forzosamente ella debe ir precedida de la debida valoración de toda la prueba producida en el juicio, sea de cargo o descargo, lo cual conduce a que los juzgadores deban examinar y ponderar cada uno de los medios de prueba aportados por los intervinientes, valorándolos libremente, pero sujetos a las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

TERCERO: Que, al respecto, necesario es tener presente que el régimen probatorio adoptado por el sistema procesal penal vigente y que comprende por una parte, la libertad de prueba y por la otra, la libre valoración de la misma, aspectos imprescindibles para su adecuada funcionalidad, no puede sino tener otros límites que las normas citadas en el motivo precedente, expresamente establecidas por el legislador, todo lo cual debe materializarse en la fundamentación de las decisiones judiciales, de tal forma que éstas guarden la correspondiente armonía con los extremos señalados, en términos de satisfacer los fines del proceso, manera en que se legitiman las resoluciones judiciales, en particular aquellas contenidas en una sentencia definitiva, en el contexto de la seguridad jurídica y de la paz social.

CUARTO: Que tal como se ha dicho por los tribunales superiores de justicia, el recurso de nulidad es de derecho estricto y está concebido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, cuando concurren

XDNTKVXJTN

las causales expresamente señaladas por la ley, respecto de errores que son capaces de generar una nulidad y que influyan en la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Así, los errores susceptibles de nulidad están indicados en forma taxativa en los artículos 373 y 374, ambos del Código Procesal Penal. En el caso de la causal consignada en la letra b) del artículo 373, la misma puede concretarse de tres formas: vulnerando el juez de forma evidente el texto legal; vulnerando el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica; o bien, dejando de aplicar una norma jurídica que debió observar.

QUINTO: Que, analizado el fallo recurrido, se infiere que los elementos de convicción ponderados estuvieron sometidos a los principios de contradicción, oralidad e inmediación que constituyen la garantía fundamental para el derecho de defensa, conforme lo determinan los artículos 296 y 340 inciso 2° del Código Procesal Penal y cuya valoración cae, como se señaló, en el ámbito de las atribuciones que le son privativas a los jueces del grado, debiéndose tener en consideración, además, que la sentencia los examina a través de una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por establecidos, y que, asimismo, fueron apreciados libremente, conforme a lo dispuesto en el artículo 297 del citado Código, todo lo cual permitió a las juzgadoras del tribunal de juicio oral determinar, en primer término, la forma de ocurrencia de los hechos, los cuales, según su fundado y convincente razonamiento, satisfacen íntegramente los elementos propios del tipo penal del delito de homicidio simple consumado y homicidio simple en grado frustrado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal y la participación culpable que le ha correspondido al acusado en calidad de autor de los referidos ilícitos.

SEXTO: Que, al respecto, se advierte que las juzgadoras a quo procedieron a efectuar la valoración de los elementos probatorios allegados al juicio, reseñados en los motivos séptimo, octavo y noveno, que consideraron relevantes y suficientes para establecer los hechos y los elementos de los

XDNTKVXJTN

delitos de homicidio simple consumado y de homicidio frustrado, razonando fundadamente que con la prueba testifical, unida a la prueba experta, evidencia material, gráfica y videográfica exhibida y documental de cargo, se terminaron de configurar elementos de convicción que en su conjunto se demostraron consistentes, armónicos y precisos en cuanto a establecer, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, que:

"El día 16 de febrero de 2019, a las 23 horas aproximadamente, el acusado Kenneth Adolf Berngeher Rojas, ejercía labores preventivas en la vía pública de la ciudad de Andacollo, en su condición de Subteniente de Carabineros de Chile, a cargo de la patrulla que circulaba a bordo del furgón policial PPU Z.7440, sentado en el asiento del copiloto, acompañándolo como conductor el cabo primero, Christian Vera Sánchez, mientras que en el habitáculo trasero, se mantenían el cabo segundo, Héctor Miranda Garrido y el carabinero Guilllermo Godoy Rojas. En los momentos en que el vehículo policial circulaba en dirección norte por calle Matadero al llegar a la intersección de calle Colón, el acusado se percató que se desplazaba en sentido contrario el automóvil Volkswagen, modelo Golf A4 1.6, color plateado metálico, PPU ZX.6746, instantes en que su conductor, José Manuel Alejandro Rivera Pizarro, a fin de evitar su fiscalización lo condujo por calle Colón hacia el oriente. En tales circunstancias, el acusado ordenó al piloto del vehículo policial efectuar el seguimiento al vehículo conducido por Rivera Pizarro por los caminos de tierra aledaños al sector de La Coipa, hasta llegar a la calle asfaltada El Toro, siguiendo por esta vía hacia el oriente. Al llegar al cruce con la avenida Chepiquilla, el seguimiento continuó en dirección hacia el sur. Luego de hacer uso de sirenas, aparato sonoro y voceo por parte de Carabineros para que el vehículo pudiera ser fiscalizado, tras avanzar por esta última vía, el acusado Kenneth Adolf Berngeher Rojas, haciendo uso de su arma de servicio, Pistola marca Taurus 9 mm, modelo PT 917 C, número de serie TEZ03361, disparó desde

XDNTKVXJTN

el furgón policial en dirección al Volkswagen Golf, estando ambos vehículos en movimiento. El primer impacto alcanzó el parachoques trasero derecho del referido vehículo. Luego decidió disparar en una segunda oportunidad, impactando en el parabrisas trasero, proyectándose la munición hacia el asiento del piloto José Rivera Pizarro, traspasando la butaca de su asiento, lo que le provocó una herida de proyectil balístico, anterior y posterior de tórax, con salida de proyectil, que tardará en sanar, salvo complicaciones, entre 15 a 20 días, sin perjuicio de eventuales secuelas. Acto seguido y en las mismas condiciones antes descritas el acusado decidió disparar una tercera munición, cuyo proyectil balístico traspasó el mismo parabrisas trasero e impactó la cabecera del asiento del copiloto, para alojarse en definitiva en la zona cervical posterior de su ocupante, Tania Larisa Morgado Cortés, causándole una herida de bala cervical sin salida de proyectil/traumatismo raquimedular C3, lo que le provocó la muerte, el día 20 de febrero de 2019, a las 17,48 horas, en el Hospital de Coquimbo. Al momento de los disparos, ni el conductor del vehículo menor ni sus ocupantes ejecutaban acto directo alguno de ataque en contra de Carabineros de servicio o terceros, que justificase el uso de armas fuego en un procedimiento de fiscalización de tránsito.

Que los hechos precedentemente descritos configuran dos delitos de homicidio simple, previstos y sancionados en el artículo 391 N° 2 del Código Penal. Un delito de homicidio en grado de consumado, en perjuicio de Tania Larisa Morgado Cortés y un delito de homicidio, en grado de frustrado, en perjuicio de José Manuel Rivera Pizarro".

SEPTIMO: Que, continuando, las sentenciadoras del tribunal oral, reflexionan que resultó suficientemente acreditado que el deceso de Tania Larisa Morgado Cortés, de 22 años de edad, fue a causa de una herida de bala cervical sin salida de proyectil, siendo la causa originaria un traumatismo raquimedular C3, lesiones vitales, necesariamente mortales aún con socorros oportunos y eficaces, de tipo homicida, hechos que en su génesis y desarrollo causal

XDNTKVXJTN

resultaron explicados con la declaración de la víctima José Manuel Rivera Pizarro, quien sufrió una herida en la pared posterior del tórax, lesiones producidas por proyectil de arma de fuego, clínicamente de mediana gravedad, que sanarán salvo complicaciones entre 15-20 días, con igual tiempo de incapacidad, precisando que corroboran sus dichos, los asertos del Inspector de la Policía de Investigaciones a cargo del caso Sebastián Urbina Salas, la prueba experta del perito balístico Michael Jonas Oemick, estableciéndose que de la pistola Taurus utilizada por el acusado el día de los hechos provinieron tres disparos y que un impacto dio en el costado derecho del parachoques trasero del vehículo Voslkswagen, el otro impacto siguió por el apoyacabeza del asiento trasero costado izquierdo alcanzando al conductor José Manuel Rivera Pizarro y el otro disparo dio en la luneta y continuo su recorrido en el apoyacabeza del respaldo del asiento delantero y alcanzó a Tania Morgado Cortés que ocupaba el asiento del copiloto.

OCTAVO: Que, en el basamento décimo sexto del fallo, las sentenciadoras de base, señalan que también se llevó a cabo la diligencia de reconstitución de escena, desde el punto de inicio de la persecución hasta el término de esta en la que participaron la mayoría de los intervinientes en el juicio, incluyendo la defensa del acusado, el perito balístico y fotográfico, argumentando que se acreditó que el día de los hechos el acusado se desempeñaba como jefe de patrulla, que se movilizaba a bordo del retén móvil Z-7440 y que el subteniente tenía asignada una pistola con 30 municiones, precisando que se contó con la declaración del mayor de carabineros Patricio Valenzuela Quiñones, a quien le correspondió ejecutar la orden de investigar del acusado, quien concluyó que fue separado del servicio debido al uso irracional del arma de fuego y que para hacerlo debía existir un peligro inminente, no advirtiendo ningún elemento que diera cuenta de ese riesgo ni para carabineros ni para terceros.

NOVENO: Que en relación a los hechos establecidos en el motivo sexto, las juzgadoras razonan que configuran un delito

XDNTKVXJTN

de homicidio simple en grado de consumado y un homicidio frustrado, previstos y sancionados en el art 391 N° 2 del Código Penal, toda vez que el hechor realizó una conducta idónea para quitar la vida a otro, consistente en haber disparado tres veces al vehículo en que se movilizaba la víctima Tania Morgado Cortés, como copiloto, alcanzándola uno de esos proyectiles en la zona cervical posterior y un segundo proyectil balístico alcanzó a la víctima José Manuel Rivera Pizarro en la zona toráxica posterior y anterior, existiendo un nexo causal entre la acción desplegada por el agente y el resultado producido, precisando que el tribunal ha acogido la teoría del querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, en cuanto a que, luego de una extensa persecución durante 2,7 kilómetros, iniciada por el acusado en el retén móvil de carabineros, originada en la fiscalización de tránsito cuyo objetivo era cursar una infracción ante la presencia de vidrios polarizados en que se trasladaban las víctimas y una tercera persona, en el momento en que el encartado decide disparar en contra del vehículo menor, creó un riesgo no permitido. Reflexionan que siendo una medida extrema el uso de la fuerza, que únicamente se autorizaba en circunstancias excepcionales, de acuerdo a la Circular N° 1756, emanada de la Dirección General de Carabineros, el acusado hizo uso del arma de servicio en condiciones de no haber recibido ataque alguno con arma de parte de los ocupantes del vehículo menor, de modo que nunca existió peligro de muerte o lesiones graves ni para los carabineros ni para cualquier otra persona. Contexto al que debe adicionarse la nocturnidad reinante al momento de los hechos y que disminuía la visibilidad del automóvil objeto de la persecución por tener este además vidrios polarizados, la circunstancia que ambos vehículos estaban en movimiento, que el acusado empleó solo una mano, la derecha, inhábil para él que tiene lateralidad izquierda al ejecutar el disparo, persona que es un profesional en el uso de armas de fuego naturalmente, con su actuar provocó un resultado concreto, la muerte de la joven Tania Morgado Cortés y el homicidio frustrado de José Manuel Rivera, por lo que debe responder de

XDNTKVXJTN

estos resultados por la creación de dicho riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico.

Argumentan las juzgadoras que con la instrucción suficiente, el acusado empleó una pistola de 9 milímetros y apuntó hacia el vehículo menor a una corta distancia impactando una vez en el parachoques trasero y dos veces en el parabrisas posterior alcanzando uno de ellos al conductor del móvil, al que le provocó una herida en la pared posterior y anterior del tórax y el tercer proyectil alcanzó a quien ocupaba el asiento del copiloto provocándole una herida sin salida de proyectil en la zona cervical, concluyendo el tribunal que es posible inferir en tales circunstancias, con la suficiencia necesaria, que el acusado actuó con dolo eventual, precisando que habiendo adoptado la resolución de ejecutar tres disparos direccionados al vehículo perseguido, necesariamente debió representarse la posibilidad de causar la muerte a lo menos a uno de los ocupantes del automóvil y no obstante ello, actuó aceptando su resultado, arribando el tribunal a la plena convicción de que el acusado frente a la representación del resultado lesivo actuó a todo evento, con una actitud de "pase lo que pase, hago lo que pretendo hacer", que era lograr la detención del automóvil, resultando acreditado en la comisión de ambos delitos de homicidio, la concurrencia de dolo eventual.

En definitiva, razonan que el acusado no pudo justificar el empleo del arma de fuego de 9 milímetros en contra de un vehículo en que se movilizaban tres personas al cual persiguió durante tres kilómetros únicamente por tener los vidrios polarizados, resultando desprovisto de toda lógica que haya disparado a dicho automóvil y provocado la muerte de una persona a la que le impacto el proyectil balístico en la zona cervical posterior y haber herido a otra víctima en el tórax con otro proyectil balístico, precisando que el acusado de manera voluntaria y consciente en la noche apuntó y disparo con la mano inhábil por lo que claramente tal conducta no puede quedar comprendida en un actuar negligente como se fundamentó en los motivos vigésimo cuarto y vigésimo

XDNTKVXJTN

quinto, sino que necesariamente quedan comprendidos en un actuar doloso.

DECIMO: Que, a continuación, las sentenciadoras desestiman la petición de la defensa de aplicar la normativa contenida en el artículo 330 del Código de Justicia Militar, habida consideración que tal como lo señaló el querellante Instituto Nacional de Derechos Humanos, en este caso no hubo de parte del subteniente de carabineros a esa época dolo de violentar innecesariamente a las víctimas para luego aceptar negligentemente la muerte de una víctima y las lesiones de la otra, toda vez que el disvalor de la conducta del hechor es mayor, debe el dolo subsumirse en el delito de homicidio toda vez que el resultado no fue causado con culpa sino dolosamente. Explican que el delito de violencias innecesarias se estructura en base a un delito simple, como el referido en el artículo 330 del código antes mencionado, esto es, si a consecuencia de tales actos, no causare lesiones o si estas últimas fueren leves y a tres delitos calificados en atención al resultado provocado, artículo 330, 1°, 2° y 3°, esto es, si causare la muerte del ofendido, lesiones graves, lesiones menos graves. La figura general carece de calificación por el resultado y consiste en emplear violencias innecesarias para le ejecución de actos que el militar debe practicar; estando configurado dicho ilícito recién es posible analizar la calificación en atención al resultado Se exige además un elemento subjetivo relativo al estado de ánimo del autor. De lo que se extrae que se exige dolo en el empleo de violencias innecesarias, pero imprudencia en la causación de los resultados.

Argumentan que resultó suficientemente establecido que en la comisión de los dos ilícitos de homicidio, el acusado actuó con dolo, con lo que se descarta la culpa, de modo que el artículo 330 del Código de Justicia Militar no le es aplicable por exceder el contenido de la descripción típica de dicha norma, concluyendo que los antecedentes probatorios permiten arribar al resultado que le correspondió al acusado una participación culpable en calidad de autor de conformidad a lo previsto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

XDNTKVXJTN

UNDECIMO: Que enseguida el tribunal a quo desestimó la circunstancia atenuante contemplada en el 11 N° 9 del Código Penal invocada por la defensa, razonando que las declaraciones del acusado, particularmente en lo que dice relación con su forma de intervención en los delitos, no tendieron al esclarecimiento de los hechos sino a minimizar su responsabilidad pretendiendo un rol secundario propio de una figura jurídica como lo es el cuasidelito de homicidio, añadiendo que su participación resultó categóricamente determinada sin que su acomodaticia declaración contribuyera en la determinación fáctica de la misma, precisando que cuando participó en la reconstitución de escena dio una versión totalmente distinta a la forma en que resultaron acreditados los hechos, agregando que tal como se analizó en los motivos vigésimo y vigésimo primero, pretendió confundir al tribunal. Concluyen que no concurre la atenuante, pues no cualquier ayuda es apta para producir el efecto morigerador, desde que la norma predica que la misma debe ser sustancial, es decir, se requiere que de modo considerable, decisivo, aporte a la aclaración del delito, lo que no aconteció con el acusado.

DUODECIMO: Que luego el tribunal señala que la defensa invocó para ambas víctimas la concurrencia de la atenuante de reparación celosa del mal causado contemplada en el artículo 11 N° 7 del código punitivo, fundada en los depósitos efectuados ascendentes a la suma de $4.070.000., sosteniendo que refleja el carácter de ser una reparación celosa, lo que solicita se distribuya en una proporción de 1 a 3, siendo el extremo más bajo para José Rivera y la mayor cantidad para los padres de Tania Morgado, precisando que el único que no se opuso fue el querellante por la víctima José Rivera. Reflexionan que considerando que el acusado no ha sido desvinculado de manera definitiva de Carabineros de Chile, en su condición de Subteniente, resulta pertinente la exigencia de un mayor esfuerzo para mitigar los daños causados resultando la cantidad de $4.070.000. insuficiente para alcanzar el celo requerido Destacan que la víctima del delito de homicidio consumado tenía 22 años y estaba matriculada

XDNTKVXJTN

para iniciar estudios de Fonoaudiología y contaba con un título técnico a Nivel Superior de Odontología y con un curso de Protección Radiológica, cuya vida se vio truncada por el actuar doloso del acusado. En esta perspectiva para las víctimas indirectas, sus padres, el dolor que les ha significado la pérdida de su hija no encuentra consuelo, el que no puede ser atenuado con la suma ofrecida de $3.052.500., estimándola insuficiente para alcanzar el celo requerido en el delito de homicidio consumado, pues el bien jurídico más preciado y que merece la mayor protección en nuestro ordenamiento es precisamente la vida humana. En el caso del homicidio frustrado, igualmente se estimó insuficiente, precisando que no se satisface con $1.017.500., tomando en cuenta el daño que ha sufrido la víctima José Rivera a nivel psicológico y orgánico.

DECIMO TERCERO: Que, en consecuencia, no cabe sino concluir que en la sentencia recurrida las juzgadoras del tribunal oral, han dado cabal cumplimiento al deber de fundamentación y análisis de la prueba que le impone el artículo 297 del Código Procesal Penal, expresando las razones que las condujeron a establecer la forma de ocurrencia de los hechos, su calificación jurídica y el convencimiento de la participación del acusado en los ilícitos incriminados, no avizorándose, tampoco, incongruencia alguna en sus reflexiones, toda vez que los elementos de prueba debidamente analizados, resultaron coherentes y armónicos entre sí, permitiendo establecer un cuadro conexo acerca de la reconstrucción de lo ocurrido.

Por tanto, no resulta posible admitir las alegaciones del recurrente en cuanto asevera que se ha hecho una errada aplicación del derecho, solo porque los jueces al apreciar el contenido del material probatorio allegado al juicio, razonadamente y con el análisis integral de los elementos de convicción, arriban a una conclusión divergente con aquella a que pueda haber apuntado la defensa.

DECIMO CUARTO: Que, sin perjuicio de lo razonado en los fundamentos precedentes, menester es dejar establecido que de

XDNTKVXJTN

la lectura del recurso de nulidad deducido, se advierte, de manera manifiesta, que mediante la causal invocada, se ha pretendido reprochar la actividad ponderatoria del material probatorio efectuado por las jueces del grado; por tanto, la impugnación de la apreciación de los elementos de convicción efectuada por el tribunal a quo, en ejercicio de la actividad intelectual propia de sus facultades jurisdiccionales, atendidas las argumentaciones formuladas por el recurrente para sustentar el arbitrio en estudio, a juicio de estos sentenciadores, más bien aparecen orientadas a modificar las conclusiones fácticas asentadas en el fallo recurrido, revelando un propósito de que este tribunal superior, por medio del recurso intentado, valoren nuevamente la prueba, lo que resulta jurídicamente improcedente, por cuanto a esta Corte le está vedado revisar o alterar los hechos asentados en el fallo, puesto que la determinación de los mismos, según se ha señalado, corresponde a una labor soberana de los jueces del grado.

DECIMO QUINTO: Que, en el caso sub lite, como se ha sostenido, de la revisión de los consideraciones de la sentencia recurrida, se colige que las juzgadoras del tribunal oral, efectuaron la ponderación de las pruebas producidas en el juicio, valorando los contenidos que han estimado relevantes para formar su convicción, realizando, asimismo, un análisis global de las mismas, concatenado el contenido de la prueba documental, testimonial y pericial incorporada al juicio, de lo cual concluyen, según su fundado razonamiento, la existencia de los delitos imputados, así como la participación culpable del condenado.

DECIMO SEXTO: Que, de acuerdo con los términos del libelo recursivo el recurrente ha señalado que la errónea aplicación del derecho además, se manifiesta respecto de la aplicación del artículo 11 N° 7 y N° 9 del Código Penal, en relación a los artículos 67 y 69 del mismo código, en relación a los delitos de homicidio simple en grado de desarrollo consumado y frustrado.

XDNTKVXJTN

DECIMO SEPTIMO: Que en lo que interesa a esta controversia, el artículo 67 del Código Penal, en lo pertinente, establece:

"Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla"

En su inciso 2° señala: "Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum, y en el segundo en su máximum".

En su inciso 4° dispone: "Siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias".

Por su parte, el artículo 69 del cuerpo legal antes señalado, establece: "Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito".

DECIMO OCTAVO: Que, analizadas las normas precedentemente citadas, cabe consignar que no se divisa por estos sentenciadores vulneración alguna a lo estipulado en los artículos 67 y 69 del Código Penal. En efecto, tal como razonan las sentenciadoras en el motivo trigésimo, se logró acreditar la concurrencia de la atenuante establecida en el numeral sexto del artículo 11 del Código Penal. Luego, reflexionan en los motivos trigésimo segundo y trigésimo tercero, que se desestiman las minorantes previstas en el artículo 11 N°s 7 y 9 del código punitivo. Enseguida, en el considerando trigésimo quinto, precisan que corresponde al delito consumado de homicidio simple, la pena de presidio mayor en su grado medio y beneficiándole al acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad penal, sin que le perjudiquen agravantes, el tribunal impondrá la pena en el mínimum conforme lo establece el inciso segundo del artículo

XDNTKVXJTN

67 del Código Penal, cuyo quantum será fijado en lo resolutivo, en atención a las circunstancias del hecho, así como también atendido como se estableció, concurrió en el actuar del acusado, dolo eventual y no directo.

En relación con el delito de homicidio simple, en perjuicio de José Rivera Pizarro, razonan que encontrándose éste en grado de frustrado, la pena deberá ser rebajada en un grado, de conformidad a lo previsto en el artículo 51 del Código Penal, quedando en la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Concurriendo en favor del acusado una circunstancia atenuante sin que le perjudiquen agravantes, la pena deberá ser impuesta en su mínimum, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 inciso segundo del citado Código, cuyo quantum será fijado en lo resolutivo, en atención a las circunstancias del hecho y a haberse acreditado que el acusado actuó con dolo eventual y no directo.

Luego, en el motivo trigésimo octavo, precisan que no concurriendo los requisitos legales, atendido el quantum de las penas impuestas, no se concederá al sentenciado ninguna pena sustitutiva, por lo que deberá cumplir real y efectivamente las penas corporales que se impondrán.

DECIMO NOVENO: Que, a mayor abundamiento, es preciso señalar que estos sentenciadores comparten el criterio en cuanto a que la rebaja del grado de la pena por la concurrencia de más de una atenuante y no habiendo ninguna agravante, siempre es facultativa y no imperativa para los sentenciadores.

La Excma. Corte Suprema uniformemente ha expresado que la rebaja del grado de la pena por la concurrencia de más de una atenuante, siempre es facultativa y no imperativa para los sentenciadores, así en la causa Rol N° 244-20, de 14 de febrero de 2020, señaló que "la opinión dominante estima que, dada la expresión "podrá" que utilizan las reglas de los artículos 65 y siguientes del Código Penal, en relación a la concurrencia de dos o más atenuantes y ninguna agravante, estas normas otorgan una mera facultad a los jueces y no contienen un imperativo legal. La Comisión Redactora del

XDNTKVXJTN

Código Penal cambió los términos imperativos del modelo español –sesiones 77, 78 y 136- sustituyendo las expresiones "impondrán" por "podrá", dejando testimonio del propósito de sus miembros de dejar latitud en este punto a la prudencia y arbitrio de los tribunales (Etcheverry, Derecho penal, T. II, 3 edición, p. 187). En opinión de Politoff, Matus y Ramírez, hoy la doctrina y la jurisprudencia se han unificado en estimar como facultativas para el juez tanto la rebaja como el monto de ellas (Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica 2004, p. 529, nota al pie). En igual sentido, Matus en Texto y Comentario del Código Penal Chileno T- I Editorial Jurídica 2002 p-360. De acuerdo con el criterio presente en la doctrina, es facultativo para el tribunal hacerlo, lo que se deduce del empleo del verbo "poder" y de la historia de la ley. (Cury, Derecho Penal Parte General, 7 edición, 2005 p.769). Novoa señala al respecto que las rebajas de penas que contemplan los artículos 67 y siguientes, son puramente facultativas para el tribunal y cita la sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 1949, publicada en la Gaceta del mismo año, 2° semestre, p. 348 (Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, tercera edición Editorial jurídica de Chile 2005.p 414). Son numerosos los fallos de la Corte Suprema que han ratificado esta tesis, sobre determinación judicial de la pena, otorgando una mera facultad para disminuir la pena en estos casos, entre otros Rol N°s 97.613-2016, de 13 de diciembre de 2016; 5.000-2017, de 29 de mayo de 2017 y 94.972-16, de 17 de diciembre de 2018". En el mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina nacional, entre ellos los autores Eduardo Novoa y Gustavo Labatut en sus Tratados de Derecho Penal General.

VIGESIMO: Que, en consecuencia, conforme a lo razonado en los motivos que anteceden, el motivo de nulidad absoluta en examen, deberá ser desestimado, porque en la sentencia recurrida de manera alguna se ha infringido la normativa establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, que el recurrente estima vulnerada.

XDNTKVXJTN

VIGESIMO PRIMERO: Que, como resultado de lo concluido, solo cabe desestimar el recurso de nulidad intentado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 352, 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA**, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por el abogado don Carlo Iván Silva Muñoz, en representación de Kenneth Adolf Berngeher Rojas, en contra de la sentencia definitiva de fecha veintidós de agosto de dos mil veintiuno, dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de La Serena, declarándose que dicha sentencia no es nula, como así tampoco el juicio.

Redacción del ministro suplente, don Jorge Corrales Sinsay.

Regístrese, notifíquese y comuníquese por correo electrónico.

Rol N° 781-2021-Penal.

Pronunciado por la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por el Ministro titular señor Christian Le-Cerf Raby, el Ministro suplente señor Jorge Corrales Sinsay y el Fiscal Judicial señor Miguel Montenegro Rossi. *No firma el señor Le-Cerf y señor Corrales, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse haciendo uso de su feriado legal y por haber cesado en su cometido.*

XDNTKVXJTN

En La Serena, a veinticinco de octubre de dos mil veintiuno, notifiqué por el estado diario la resolución que antecede.

Miguel Antonio Montenegro Rossi
FISCAL
Fecha: 25/10/2021 10:40:25

Proveído por la Presidenta de la Primera Sala de la C.A. de La Serena.

En La Serena, a veinticinco de octubre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

XDNTKVXJTN

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 05 de septiembre de 2021, 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.