

Santiago, diez de octubre de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos Rol Corte Suprema N° 84.187-2021, seguidos ante el Ministro en Visita Extraordinaria don Vicente Hormazábal Abarzúa, investigación relativa al delito de secuestro calificado de don Pedro Segundo Mella Vergara, por sentencia de treinta de enero de dos mil veintiuno se condenó a [REDACTED] en calidad de autor del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en grado consumado, cometido en la persona de don Pedro Segundo Mella Vergara, en la ciudad de Arica, a partir del día 14 de mayo de 1977, a sufrir una pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias legales.

En su parte civil, acogió la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, condenando al Fisco de Chile a pagar a doña Nilda Clementina Caqueo Olcay -*cónyuge de la víctima*- la suma de \$100.000.000 (cien millones de pesos); y a los hijos del ofendido, Sras. Solange Marcela Mella Caqueo y Mariela del Carmen Mella Caqueo, además de don Pedro Alfonso Mella Caqueo, la cantidad de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para cada uno de ellos.

Impugnada esa decisión por la vía de recurso de apelación, la Corte de Apelaciones de La Serena, por sentencia de veinte de septiembre dos mil veintiuno, la confirmó, con declaración de que se eleva la extensión de la sanción corporal que se impone al sentenciado [REDACTED] en su calidad de autor del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado en el artículo 141, incisos 1° y 3°, del Código Penal, en grado consumado, cometido en perjuicio de don Pedro Segundo Vella



Vergara, en la ciudad de Arica, a partir del día 14 de mayo de 1977, a la pena de quince (15) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio, manteniendo las accesorias decretadas por el juez de la instancia.

En contra de ese fallo, la defensa del acusado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Por decreto de fecha tres de noviembre de dos mil veintiuno, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

I.- Respecto del recurso de casación en la forma:

PRIMERO: Que la defensa del acusado, hizo valer el motivo de nulidad formal contemplado en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 500 N°s 4 y 5, del mismo cuerpo de normas, en cuanto estima que el fallo impugnado omitió desarrollar las consideraciones aptas y suficientes, para desestimar las alegaciones planteadas en el escrito de contestación de la acusación fiscal, relativas a que la participación de su representado debió ser calificada como de encubridor y no como de autor.

Expone que, en el considerando vigésimo del pronunciamiento de primer grado – *hecho suyo por la sentencia recurrida-*, no se analiza dicha alegación, limitándose los juzgadores de la instancia a sostener que “*no se advierte que figura de encubrimiento pudo aplicársele, desde que ha indicado no saber qué pasó con Pedro Mella, y culpando a un muerto, sostuvo que fue informado que había sido puesto en libertad*”, no cumpliendo dicha argumentación los estándares legales y jurisprudenciales, construidos acerca de dicha temática.



Finaliza solicitando que se invalide solo el fallo recurrido y que se dicte una sentencia de reemplazo por la que se confirme el laudo de primer grado con declaración de que el acusado queda condenado como encubridor del delito investigado a una pena de presidio menor en su grado medio y accesorias pertinentes, con costas.

SEGUNDO: Que, de la lectura del fallo recurrido, surge que los juzgadores del grado se hicieron cargo de todas y cada una de las alegaciones planteadas por el recurrente en su arbitrio. Es así como, en los motivos vigésimo y vigésimo primero de la sentencia de primer grado, éstos efectuaron una valoración de las probanzas rendidas en autos *–testimonial y documental–*, estableciendo los hechos de participación respecto del acusado, descartando además, las protestas exculpatorias alzadas por su defensa, concluyendo que éste no solo detuvo al ofendido al interior de un local nocturno, sino que también, momentos después, lo retiró desde la Primera Comisaría de Carabineros, siendo esa la última oportunidad en que se tuvo noticia de la víctima, asistiéndole, en consecuencia, participación en calidad de autor del ilícito investigado.

TERCERO: Que así las cosas, las alegaciones planteadas por el impugnante están dirigidas a exponer, con mayor o menor énfasis, su desacuerdo o disconformidad con las consideraciones vertidas por los jueces en el fallo, que en absoluto está huérfano de ellas, de modo que la causal de nulidad formal invocada no concurre. A este respecto, no está de más recordar que *“lo que la ley sanciona es la falta de considerandos, ya sea que éstos no existan realmente o que, existiendo, aparezcan contradictorios los unos con los otros en términos que se destruyan o que sean incongruentes con la conclusión, pero la extensión que debe darse a los distintos razonamientos que se formulan respecto a la prueba examinada queda entregada al*



criterio del tribunal hasta formarse la convicción que se propone adquirir” (SCS,11.11.1964, R., T. 61, secc.4ª, p.453).

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

II.- En lo tocante al arbitrio de casación en el fondo:

CUARTO: Que, el impugnante dedujo como causal de nulidad sustancial, aquella contenida en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 1, incisos 1° y 2°, 2, 11 N° 6, 12 N° 8, 14 números 1 y 3, 15 Nos. 1 y 3, 16,



17 N° 2, 18 inciso 1°, 28, 30, 50 incisos 1° y 2°, 52, 63, 67, inciso final, 68 inciso 2° e inciso final y 141 incisos 1° y 3°, del Código Penal.

Expone, en un primer orden de ideas, que el acusado no tuvo participación ni como autor ni como cómplice, sino que, como encubridor pues inició su actuación con posterioridad al delito, toda vez que, de acuerdo con la sentencia, la participación del señor ██████████ se limitó a entregar al ofendido a Carabineros, el cual fue retirado, posteriormente, por terceros, sin que en parte alguna el fallo le atribuya tal conducta.

Razona que, tampoco el fallo ha dado por establecido que el señor ██████████ hubiese facilitado los medios para llevar a efecto el hecho, sin dejar de considerar que en tal situación también debe haber concierto previo, por lo que al no haberse podido determinar quiénes fueron los autores del delito y sin que se le atribuya al señor ██████████ alguna forma de autoría del artículo 15 del Código Penal, como tampoco alguna actuación simultánea, su conducta es recogida en el artículo 17 N° 3 del Código Penal.

Explica que, por otra parte, la sentencia impugnada comete un error de derecho al estimar aplicable en la especie el artículo 12 N° 8 del Código Penal, al estimar concurrente la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, ello por cuanto es sabido que *“existen algunas agravantes que no tienen la virtud de agravar la pena, ya aquellas que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley; las que hayan sido comprendidas en la descripción del delito; y aquellas tan inherentes al delito que sin su concurrencia no podría cometerse. En el segundo caso, la circunstancia agravante no lo es, porque constituye un elemento del tipo penal. Como señala don Mario Garrido, el artículo 63 se fundamenta en la aplicación estricta del principio non bis in ídem; no puede dársele doble valoración a*



una misma situación: como elemento del tipo penal y como circunstancia de agravación del delito, que es, precisamente, el error de derecho de la sentencia”. (Sic)

Finaliza solicitando que se invalide solo el fallo recurrido y que se dicte una sentencia de reemplazo por la que se confirme la de primer grado con declaración de que el acusado queda condenado como encubridor del delito investigado a una pena de presidio menor en su grado medio y accesorias pertinentes, con costas.

QUINTO: Que, atendida la causal de nulidad sustancial que ha sido interpuesta por los recurrentes, resulta relevante conocer los hechos que dieron por acreditados los sentenciadores del grado, en el motivo décimo sexto del fallo de primera instancia, reproducidos por el pronunciamiento impugnado, y que son los siguientes:

“Que Pedro Segundo Mella Vergara el día 14 de mayo de 1977 se encontraba en compañía de su cónyuge Nilda Caqueo Olcay y su amigo Sergio Oviedo Sarria al interior de la boite Manhattan de la ciudad de Arica, siendo detenido y trasladado a la Primera Comisaría de Carabineros a petición de efectivos del Ejército pertenecientes a la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA que cambió de nombre a Central Nacional de Informaciones en agosto de 1977), tras haberlo sindicado como espía y experto en explosivos, lugar desde el cual fue retirado por uno de dichos efectivos, no siendo posible determinar su paradero desde esa fecha hasta el momento actual”.

SEXTO: Que, una vez determinadas las hipótesis fácticas fijadas por los sentenciadores del grado, es menester visualizar que el recurso de casación en el fondo deducido en autos, redundará –en un primer orden de argumentaciones–, en que se habría incurrido en un yerro por el fallo recurrido, al imputarle al acusado participación en calidad de autor en el delito investigado, pese a que no concurrían los supuesto



legales para aquello, motivo por el cual debió castigársele como encubridor de dicho ilícito.

SEPTIMO: Que, sobre el particular, es menester señalar que el fallo impugnado, en su motivo sexto, expresamente señaló que: *“esta Corte comparte las conclusiones a las cuales ha arribado el sentenciador de la instancia para arribar al veredicto condenatorio y desestimar cualquier pretensión de reforma en su beneficio, estimándose que las probanzas allegadas a estos antecedentes permiten tener por acreditado el cuerpo del delito y la participación culpable que en aquel corresponde al encartado, como asimismo, la concurrencia de las circunstancias que permiten calificar el hecho punible como secuestro calificado, teniendo para estos efectos en consideración la abundante prueba reunida en el proceso, en especial la de los testigos presenciales tanto de la detención de Pedro Mella como del posterior retiro de la víctima desde la Primera Comisaría de Arica, sin perjuicio de los demás medios probatorios analizados latamente en el fallo en alzada, así como las propias declaraciones del acusado”.* (Sic)

OCTAVO: Que, en ese entendido, los hechos relativos a la participación del acusado –contenidos en los considerandos vigésimo y vigésimo primero de la sentencia de primer grado, reproducidos por el fallo en revisión-, se mantienen a firmes, atendida la naturaleza jurídica del motivo de casación en el fondo en estudio, el cual impide modificar los supuestos fácticos fijados en autos, máxime si no se denunciaron como infringidas las normas reguladoras de la prueba.

Tales hechos, dan cuenta que el acusado [REDACTED] en su calidad de Comandante de la Brigada Millaray de la DINA, con sede en Arica, el días 14 de mayo de 1977, detuvo al ofendido al interior de la Boite Manhattan de la ciudad de



Arica, para luego requerir del apoyo de funcionarios de Carabineros de Chile a fin de trasladarlo a la Primera Comisaría de Carabineros de dicha ciudad, lugar en el que la víctima no fue formalmente ingresada como detenida, y desde el que, momentos después fue retirada con su vista vendada por el propio acusado, siendo aquella la última vez en que se tuvo noticia de su paradero.

Así las cosas, la participación de autor que le fue atribuida al encartado [REDACTED] se ajusta plenamente a lo preceptuado por el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en cuanto éste tomó parte en la ejecución del hecho de una manera directa e inmediata, lo que descarta la infracción de ley denunciada por el impugnante y necesariamente, conlleva al rechazo de la protesta en análisis.

NOVENO: Que, en lo referente a la protesta contenida en el segundo capítulo de la causal de casación en el fondo objeto de estudio, consistente en la imposibilidad de determinar como concurrente en la especie la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, la de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, es preciso señalar que los sentenciadores del grado la tuvieron por configurada, teniendo en consideración los siguientes argumentos:

“Cuarto: Que del mérito del proceso es posible constatar que el acusado de autos efectivamente detentaba la calidad de funcionario público a la época de ocurrencia de los hechos, en concreto, era miembro de las Fuerzas Armadas y de Orden, habiéndose agregado a fojas 903 del expediente la hoja de vida de [REDACTED], en la que existe constancia de su designación el 10 de enero de 1977, como Comandante de la Brigada Millaray de la Dirección de Inteligencia Nacional, con asiento en Arica.

En cuanto a la existencia de un abuso o aprovechamiento de su calidad de funcionario público, más allá de su mera pertenencia al aparato represivo estatal,



consta de los testimonios de los testigos presenciales de la detención de don Pedro Mella, y en especial de la declaración de los funcionarios de carabineros Eduardo Soto y Roberto Mühlembrock, así como de la diligencia de reconstitución de escena, y de las propias declaraciones del encartado, que éste se valió de su jerarquía y pertenencia a una unidad especial del Ejército, para ordenar al personal policial la detención de Pedro Mella Vergara y su traslado a la Primera Comisaría de Arica. Adicionalmente, nuevamente se advierte un prevalimiento de su investidura al momento de retirar al detenido del establecimiento policial, según el testimonio de los aprehensores ya referidos y del funcionario Manuel Valdés Miranda, obteniendo adicionalmente que su detención no fuera ingresada a los registros respectivos, cual es precisamente una de las hipótesis que la doctrina considera comprendidas en el tipo penal, toda vez que también “se prevale” quien usa las ventajas otorgadas por su función pública para asegurar mejor la impunidad u obtener más provecho de la perpetración del hecho punible (entre otros, Cury, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 503). En el caso concreto, a través de la intervención de personal de Carabineros en la detención, y con la posterior omisión del registro de la misma, logradas por la invocación de su carácter de funcionario público, claramente se buscaba dificultar la vinculación entre el secuestro y posterior desaparición de la víctima con los verdaderos autores del crimen materia de este proceso (...). (Sic)

DÉCIMO: Que, como lo ha señalado con anterioridad esta Corte, entre otros en los pronunciamientos Rol N° 8.945-2018, de 08 de febrero de 2021; y Rol N° 361-2020, de 14 de diciembre de 2022, para que se estime concurrente la agravante contenida en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, consistente en prevalerse del carácter público que tenga el culpable, el autor debe “servirse, valerse de la calidad que posee para sus



finés” (Cury, Derecho Penal, Pte. General, 7ª Edic., p. 503), “aprovechar su carácter de funcionario público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables, o para procurar la impunidad.” “Prevalerse” de su carácter público, esto es, “servirse para sus propósitos de la calidad que inviste... emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido, para otros fines.” (Texto y Comentario del Código Penal, T.I, Libro Primero, Parte General, Comentario del Art.12, pág. 202). Sea que se halle en el fundamento de esta agravante un mayor injusto o un incremento de la culpabilidad (criterio mayoritario), el núcleo reside en determinar si el funcionario abusó de una posición de poder en un ámbito diverso al que corresponde a la función y en el que la finalidad es un beneficio para el funcionario o un tercero (Ortiz/Arévalo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Edit. Jdca., 2013, p. 398).

UNDÉCIMO: Que, en parecer de estos sentenciadores, los hechos que se han tenido por acreditados en autos, además de la calificación jurídica atribuida a los mismos *–delito de secuestro calificado en contexto de lesa humanidad–* no permiten concluir que el acusado haya realizado las acciones que se le atribuyen, prevaliéndose de un influjo *–“predominio o fuerza moral”–* especial otorgado por su carácter de militar.

Lo anteriormente afirmado, se encuentra justificado toda vez que, no obstante ostentar el acusado [REDACTED] *–al momento de perpetrar el ilícito–*, la calidad de miembro de las Fuerzas Armadas, en cuanto estaba destinado como Comandante de la Brigada Millaray de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), al tratarse en la especie de un ilícito de lesa humanidad, en el que el abuso de la calidad de agente estatal constituye un elemento integrante del tipo penal, no resulta posible tener por concurrente dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, por expresa disposición del artículo 63, inciso 2º, del Código Penal, precepto que expresamente



dispone que no producen el efecto de aumentar la pena, las circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse, cuyo es el caso de autos.

DUODÉCIMO: Que, así las cosas, al haber tenido por configurada por los sentenciadores de la instancia, la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, la de prevalerse del carácter público que tenga el culpable respecto del acusado, pese a tratarse de una circunstancia agravante de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella no puede cometerse – *conforme dispone el artículo 63 del Código punitivo-*, se ha incurrido en un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en cuanto su aplicación les permitió aumentar en un grado la pena a imponer, en un caso no permitido por la ley, motivo por el cual el recurso de casación el fondo en estudio será acogido parcialmente, solo en lo relativo al segundo capítulo del mismo, desestimándose en lo demás.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 541, 546, 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I.- Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del acusado [REDACTED] en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, con fecha veinte de septiembre dos mil veintiuno.

III.- Que **se acoge parcialmente** el recurso de casación en el fondo formalizado por la asistencia letrada del acusado en contra del fallo antes aludido, solo en cuanto por éste se tuvo por configurada la agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal a su respecto.

Regístrese.



Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Ruz.

Rol N° 84.187-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante Sr. Gonzalo Ruz L. No firma el Abogado Integrante Sr. Ruz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, diez de octubre de dos mil veintitrés.

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

