

Santiago, veintiocho de junio de dos mil veintidós.

Vistos:

En los autos Rol N° 22.962-19, se deducen recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha dieciocho de julio de dos mil diecinueve, que confirma la pronunciada el veinticuatro de enero de dos mil diecinueve, por la ministra en visita extraordinaria, Sra. Marianela Cifuentes Alarcón, la que condena a HÉCTOR FERNANDO OSSES YÁÑEZ y AQUILES BUSTAMANTE OLIVA, en calidad de autores del delito de sustracción agravada de un mayor de 10 años y menor de 18 años, cometido en contra de Víctor Fernando Maldonado Núñez, el 22 de septiembre de 1973, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales. Por el mismo delito, pero en calidad de cómplice, se condena también a SEGUNDO BALDOMERO LLANOS AMARILES, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más accesorias legales.

Se ordenaron traer los autos en relación.

Y considerando:

1º) Que el recurso de casación en la forma deducido por la defensa de Bustamante Oliva se sostiene en la causal N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, al omitirse señalar quién imputa al encartado alguna orden para la ejecución del delito por el cual se le condena como autor del artículo 15 N° 2 del Código Penal.

Por esta causal solicita que se anule la sentencia y se dicte la correspondiente de reemplazo, que acoja las excepciones y alegaciones opuestas.

2º) Que el arbitrio de casación en la forma interpuesto por el apoderado de Osses Yáñez, se funda también en la causal N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los numerales 4 y 5 del artículo 500 del mismo código.

En lo concerniente al citado N° 4 del artículo 500, explica que el fallo señala



como fundamento para la condena de Osses Yáñez, que sus labores eran indelegables, conclusión errada al tenor del Reglamento de Carabineros de Chile. Añade que la sentencia no contiene ninguna imputación fáctica relacionada con el artículo 15 N° 2 del Código Penal. También protesta porque no se menciona cuáles son los elementos de cargo, sin hacer imputación fáctica alguna. Además, el fallo no acredita que la patrulla dirigida por Sáez Pérez e integrada por Llanos Amariles, haya detenido y dado muerte a Maldonado Núñez.

En otro orden, acusa una infracción al Derecho Internacional Humanitario (*sic.*), por rechazar la solicitud para que la pena privativa de libertad se cumpla en su domicilio.

En cuanto al N° 5 del artículo 500, denuncia la infracción del artículo 12 N° 11 del Código Penal, desde que no se recurrió para la ejecución del delito al auxilio de gente armada, pues todos los potenciales actores pertenecen a una misma organización.

Solicita se invalide el fallo recurrido y se dicte uno de reemplazo conforme a la ley y al mérito del proceso.

3°) Que en favor de Bustamante Oliva se ha planteado recurso de casación en el fondo por las causales N°s. 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por la primera causal se denuncia la infracción de los artículos 15 N° 2, 103, 142 y 391 N° 1 del Código Penal, al haber condenado a Bustamante Oliva sin haber determinado fehacientemente su participación como inductor, desde que no se ha establecido un autor material y, por ende, no se ha acreditado a quien se forzó o indujo.

Asimismo, aduce la infracción del artículo 142, inciso 2°, del Código Penal, al no haberse acreditado el sujeto activo de ese delito y del artículo 103 del mismo código, por no dar lugar a la rebaja que esta disposición contempla. Expresa que también constituye un error de derecho la aplicación de la agravante del artículo 12 N° 11 del Código Penal, toda vez que no se presentan los presupuestos



fácticos para su aplicación.

Por la segunda causal refiere el quebrantamiento de los artículos 456 bis y 488 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, ya que no se divisan medios de prueba concretos que vinculen a Bustamante Oliva al forzamiento o inducción respecto de algún autor material para que se cometiere el delito de sustracción de menores. Además, no se ponderan adecuadamente los elementos probatorios en autos y los sentenciadores llegan a la errada conclusión de que, por ser Bustamante Oliva un oficial, es el autor inductor del delito investigado, no obstante que en el expediente no existe ninguna referencia a ello.

Por último, se conculca el artículo 488 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, porque no se hace ningún desarrollo de sus exigencias y requisitos al tenor de la prueba de autos.

Al finalizar, solicita que se anule la resolución impugnada y se dicte la correspondiente de reemplazo, que absuelva a Bustamante Oliva o, en subsidio, se aplique la atenuante especial del artículo 103 del Código Penal, rebajando la pena en tres grados, concediéndole los beneficios de la Ley 18.216.

4°) Que como se consigna en el motivo décimo de la sentencia del *a quo* -no alterada en alzada-, ésta tuvo por demostrados los siguientes hechos:

“1° Que el día 22 de septiembre de 1973, en horas de la noche, Víctor Fernando Maldonado Núñez, de 17 años, fue detenido, sin derecho, por una patrulla de funcionarios policiales de dotación de la Subcomisaría de Carabineros de La Granja, integrada, entre otros, por el Sargento 2° Armando Sáez Pérez -actualmente fallecido- y el Carabinero Segundo Baldomero Llanos Amariles.

2° Que, en esa época, la Subcomisaría de Carabineros de La Granja se encontraba a cargo del Capitán Héctor Fernando Osses Yáñez y del Teniente Aquiles Bustamante Oliva.

3° Que, posteriormente, la referida patrulla trasladó al adolescente Maldonado Núñez, en una camioneta marca Chevrolet, modelo C 10, de color blanco, conducida por Segundo Llanos Amariles, a un sitio eriazo en avenida



Américo Vespucio y disparó en su contra, causándole la muerte a causa de una herida a bala tóraco pulmonar.”

Estos hechos fueron calificados en la sentencia como delito de sustracción agravada de un mayor de 10 años y menor de 18 años, contemplado en el artículo 142, inciso 2°, del Código Penal, en grado consumado.

5°) Que sobre la responsabilidad de los acusados Osses Yáñez y Bustamante Oliva, en sus considerandos 14° a 20° el fallo de primer grado, no modificado en alzada, señala lo siguiente:

“DÉCIMO CUARTO: Que en el delito cometido en contra de Víctor Fernando Maldonado Núñez se atribuyó a Héctor Fernando Osses Yáñez y Aquiles Bustamante Oliva participación en calidad de autores, en los términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal (...)

DÉCIMO SEXTO: Que de las declaraciones transcritas en el considerando que precede se desprende que el acusado Héctor Osses Yáñez reconoció que en la época de los hechos, septiembre de 1973, era el oficial de más alto rango de la Subcomisaría de Carabineros de La Granja.

Pero, tratando de eludir su responsabilidad en el ilícito que se le imputa, cometido la noche del 22 de septiembre de 1973, alegó desconocer lo ocurrido con Víctor Fernando Maldonado Núñez.

Sin embargo, de la prueba documental, testimonial y pericial referida en los motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, que no ha sido objeto de reproche, se desprende que en el mes de septiembre de 1973 la Subcomisaría de Carabineros de La Granja se encontraba bajo el mando del Capitán Héctor Fernando Osses Yáñez, quien, al igual que el resto de los funcionarios a su cargo, se encontraba acuartelado.

Por lo anterior, resulta inverosímil que, estando acuartelado en la Subcomisaría de Carabineros de La Granja, no haya advertido lo que ocurría en el interior de la referida unidad policial o en su territorio jurisdiccional, en el que, según sus dichos, efectuaba rondas de día y de noche.



Es más, en el ejercicio del mando que ostentaba, tenía la obligación de asumir por entero las responsabilidades emanadas de dichas funciones, no pudiendo eludirlas ni transferirlas a sus subordinados, salvo, de manera excepcional y sólo en caso de ausencia, situación en la que, por sucesión de mando, podía transferirlas temporalmente al funcionario más antiguo, en este caso, al Teniente Aquiles Bustamante Oliva.

Por ello, no es posible que Osses Yáñez pretenda eximirse de responsabilidad penal, pues estuvo en condiciones de advertir el actuar ilícito de sus subordinados y de tomar todas las medidas posibles para impedir o reprimir dichos crímenes.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, en estos hechos cupo al Capitán Héctor Fernando Osses Yáñez responsabilidad por mando, atendida su calidad de superior jerárquico de quienes detuvieron sin derecho y posteriormente ejecutaron a Víctor Fernando Maldonado Núñez, toda vez que, en el ejercicio de su deber de dirección, que no podía ser eludido, debió evitar que sus subordinados afectaran o pusieran en peligro la libertad, la seguridad individual y la vida de la víctima, velando por una actuación conforme a derecho, adoptando de manera diligente las providencias necesarias para ejercer un control apropiado sobre las fuerzas a su cargo y, por cierto, procurando que la víctima fuera puesta a disposición de la autoridad judicial o administrativa correspondiente.

Sin embargo, nada de eso ocurrió, derivándose de su comportamiento que las acciones directas de sus subordinados no sólo afectaron la libertad ambulatoria de la víctima sino que su seguridad individual y su vida, ya que Víctor Maldonado Núñez, en lugar de ser puesto a disposición de la autoridad competente, fue ejecutado mediante un disparo con arma de fuego y su cuerpo abandonado en la vía pública.

En razón de lo anterior, a juicio de esta sentenciadora, correspondió a Héctor Fernando Osses Yáñez participación en calidad de autor del delito de sustracción agravada de un mayor de 10 años y menor de 18 años, cometido en



contra de Víctor Fernando Maldonado Núñez, la noche del 22 de septiembre de 1973, en los términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal (...)

DÉCIMO NOVENO: Que de las declaraciones transcritas se desprende que el acusado Aquiles Bustamante Oliva reconoció que en la época de los hechos, septiembre de 1973, era el segundo oficial de más alto rango de la Subcomisaría de Carabineros de La Granja.

Pero, tratando de eludir la responsabilidad que le cupo en los hechos que nos ocupan, ocurridos la noche del 22 de septiembre de 1973, esgrimió que en ese período se ocupó de labores administrativas, tales como la revisión de los libros de registro de la unidad policial, entre ellos, el libro de guardia y el libro de población y la confección de los servicios del personal y que ninguna participación le cupo en los hechos materia de esta causa.

Sin embargo, de la prueba documental, testimonial y pericial referida en los motivos cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, que no ha sido objeto de reproche, se desprende que en el mes de septiembre de 1973 la Subcomisaría de Carabineros de La Granja se encontraba a cargo del Capitán Héctor Fernando Osses Yáñez; pero, que, de acuerdo a lo dispuesto por el Reglamento de Servicio para Jefes y Oficiales de Fila de Carabineros N° 7, Aquiles Bustamante Oliva, en su calidad de Teniente más antiguo de la dotación de la Subcomisaría de Carabineros de La Granja, tenía la obligación de desempeñarse como Oficial de Órdenes y, en razón de ello, no sólo subrogar al Subcomisario y colaborar con la administración y mando de la unidad sino que turnarse con él en el rol de rondas nocturnas a la unidad, compartir con dicho oficial la vigilancia y responsabilidad de la instrucción al personal, fiscalizar los servicios policiales de la unidad, tomando nota de las deficiencias que notare y, por último, controlar la actuación del personal.

Por tanto, resulta inverosímil que el Teniente Bustamante, ya sea subrogando al Subcomisario Osses o en cumplimiento de sus funciones propias, no haya advertido lo que ocurría en su territorio jurisdiccional.



En razón de lo expresado, no es posible que Bustamante Oliva pretenda eximirse de responsabilidad penal, pues estuvo en condiciones de advertir el actuar ilícito de sus subordinados y de tomar todas las medidas posibles para impedir o reprimir dichos crímenes.

VIGÉSIMO: Que, en consecuencia, en estos hechos cupo al Teniente Aquiles Bustamante Oliva responsabilidad por mando, atendida su calidad de superior jerárquico de quienes detuvieron sin derecho y posteriormente ejecutaron a Víctor Maldonado Núñez, toda vez que, en el ejercicio de su deber de fiscalización, debió evitar que sus subordinados afectaran o pusieran en peligro la libertad, la seguridad individual y la vida de la víctima, velando por una actuación conforme a derecho, adoptando de manera diligente las providencias necesarias para ejercer un control apropiado sobre las fuerzas a su cargo y, por cierto, procurando que la víctima fuera puesta a disposición de la autoridad judicial o administrativa correspondiente.

Pero, nada de eso ocurrió, derivándose de su comportamiento que las acciones directas de sus subordinados no sólo afectaron la libertad ambulatoria de la víctima sino que su seguridad individual y su vida, ya que, en lugar de ser puesto a disposición de la autoridad competente, fue ejecutado mediante un disparo con arma de fuego y su cuerpo abandonado en la vía pública.

En razón de lo anterior, a juicio de esta sentenciadora, correspondió a Aquiles Bustamante Oliva participación en calidad de autor del delito de sustracción agravada de un mayor de 10 años y menor de 18 años, cometido en contra de Víctor Fernando Maldonado Núñez, la noche del 22 de septiembre de 1973, en los términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal.”

Al final del considerando 15° de la sentencia de alzada, específicamente respecto de la participación de Bustamante Oliva, se señala “efectivamente, como lo dice la defensa del acusado, no se ha podido acreditar que ha tenido participación de conformidad con el N° 1 del artículo 15 del Código Penal, como tampoco la concertación que exige el N° 3 de la misma norma. Sin embargo, sí se



probó que los jefes policiales tenían el control de la Subcomisaría, y particularmente Bustamante Oliva como el segundo a mando, el que aparte de sus propias responsabilidades, debe asumir cuando el primero no se encuentre a cargo, por lo que no puede excusarse de no conocer la planificación del trabajo que realizaban al interior de la Subcomisaría, como tampoco las razones que permitían tomarlas. Entonces, la prueba rendida en la causa permite concluir que se encontraba en pleno conocimiento de la labor que desarrollaban sus subordinados, en una época especialmente conflictiva, lo que se deriva de la estructura de mando que existe en Carabineros de Chile.”

6°) Que dada la similitud de los fundamentos en que se basa la imputación a los acusados Osses Yáñez y Bustamante Oliva, así como de los cuestionamientos que plantean los recurrentes, inevitable será, en lo que corresponda reiterar lo ya razonado por esta Corte en la causa Rol N° 14.594-19, de siete de octubre de dos mil veintiuno.

7°) Que la correcta decisión de las problemáticas traídas al conocimiento de esta Corte hace menester el estudio y reflexión previo de algunas materias que resultarán indispensables para lo que más tarde se resolverá, lo cual se llevará a cabo apegándonos a los hechos que se tuvieron por acreditados en la sentencia en estudio -en cuyo establecimiento, como se explicará después, no se ha infringido norma reguladora de la prueba alguna-, así como también en base a los antecedentes que fueron valorados para arribar a esas conclusiones factuales, esto último, a fin de ir sincrónicamente evidenciando que, contra lo que postulan los recursos, sí existen elementos probatorios que dan soporte a esas conclusiones.

8°) Que, en un primer orden, hay ciertos supuestos en que la imputación de la conducta de una persona puede hacerse directamente al tipo penal respectivo, pero no por su realización inmediata, sino por haberlo realizado mediante otro, que ha sido utilizado como instrumento de su obrar. Son los casos de la llamada autoría mediata, que entre nosotros se encuentra ya mayoritariamente aceptada



como categoría independiente de la inducción (que corresponde sólo a una forma de participación criminal en el hecho de otro). Luego, a efectos de aplicación de la ley, no hay diferencias en el nivel de responsabilidad del autor inmediato con el del mediato: ambos son autores, esto es, realizan el hecho punible, mediante una conducta directamente subsumible en el tipo penal. La diferencia radica únicamente en que el autor inmediato realiza la acción típica personalmente, mientras el mediato hace ejecutar el hecho mediante otro (Politoff, S., Matus, J., Ramírez, M. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 402).

9°) Que, entre los casos de autoría mediata se incluye la dirección del intermediario ("instrumento doloso") a través de un aparato organizado de poder. El factor decisivo que funda esta autoría es la naturaleza absolutamente fungible o intercambiable del ejecutor quien, aunque actúe de manera libre y consciente, con plena culpabilidad, es para el individuo de atrás simplemente una persona anónima y sustituible a voluntad. Ellos serían ruedecillas en el funcionamiento del aparato, sin que importe la persona individual del ejecutor (Roxin, C. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Cuello, J. y Serrano, J. (trad.), Marcial Pons, 2000, pp. 271-273).

La situación en examen se daría, paradigmáticamente, en los crímenes dispuestos por los aparatos de un Estado no democrático (Cury, E. "Artículos 14 a 17", en Politoff, S., y Ortiz, L. (dir.), Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 243).

10°) Que en el estado actual de la historiografía nacional, ratificada por innumerables investigaciones y sentencias judiciales, es un hecho público y notorio -que, por tanto, dispensa de probarlo-, que en nuestro país, desde el 11 de septiembre de 1973 y por varios años después, diversos organismos e instituciones estatales, estuvieron al servicio, o actuaron como parte, brazos o auxiliares, de una estructura destinada a la represión generalizada de miles de compatriotas, principalmente por su pensamiento político adverso al régimen



militar imperante, pero también por diversas otras incomprensibles razones.

Sin perjuicio de lo dicho, la existencia de esta política generalizada de represión fue desarrollada en el motivo 13° de la sentencia de primer grado, no alterado en alzada, con ocasión de la calificación de los hechos de marras como crimen de lesa humanidad.

11°) Que dichos organismos e instituciones estatales a los que antes se ha hecho mención, dada su presencia en todo el país, permitían a través de sus agentes, concretar a nivel local, esa política general de represión en personas de carne y hueso, contribuyendo en su identificación como opositores al régimen, ubicación, detención, tortura y muerte, según el caso.

12°) Que en parte del sector sur de la ciudad de Santiago, la realización de esa política general en dicho territorio, correspondió, entre otras instituciones, a la Subcomisaría de Carabineros de La Granja.

En efecto, la sustracción y muerte de Maldonado Núñez y de otras personas que se investigaron en expedientes separados, ocurre días después del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, encontrándose el país en estado de sitio y con toque de queda, y llevándose a cabo a lo largo del territorio cientos de ejecuciones y desapariciones de personas opositoras al régimen militar instaurado, por miembros de las fuerzas armadas y de orden y seguridad. Concordantemente, ya se ha dictado sentencia condenatoria contra los recurrentes por el secuestro y homicidio de Joaquín Montecinos Rojas, ocurrido el día 8 de octubre de 1973 (SCS Rol N° 14.594-19 de 7 de octubre de 2021), y contra Osses Yáñez por el secuestro de Jeremías Jara Valenzuela, a partir del 19 de octubre de 1973 (SCS Rol N° 19.203-19 de 24 de diciembre de 2021). Asimismo Segundo Llanos Amariles a fs. 260, 414 y 727, y Julio Yáñez Illanes a fs. 504 y 729, en este expediente, reconocen su participación en diversas detenciones y ejecuciones realizadas clandestinamente por funcionarios de esta unidad. Por tanto, mal podría postularse que lo obrado al interior de la Subcomisaría de la Granja obedece a hechos aislados y desconectados de ese



actuar colectivo y organizado que se desenvolvía en todo el país.

13º) Que, en el caso *sub judice*, ejecutar a nivel local esta política general de represión requirió designar un contingente fijo o rotativo de agentes de la respectiva unidad territorial para su cumplimiento -que algunos testigos y los propios acusados recurrentes denominan “comisión civil” o “comisión especial”-, asignarles un encargado o responsable directo de su operación -Sargento Sáez Pérez, según mencionan varios testigos-, y dotarlos de medios materiales para la detención, traslado y atentados contra las víctimas -“camionetas requisadas” y armas-. Todo lo anterior, requería, huelga explicar, la intervención y aprobación de los jefes o superiores de la unidad policial en examen.

14º) Que, empero, mucho más relevante y determinante para la real y efectiva ejecución de esa política general de represión a nivel local, era asegurar a los agentes ejecutores, que los delitos que se cometieren en el cumplimiento del encargo, no serían “realmente” investigados ni sancionados, ni administrativa ni penalmente, precisamente porque éstos constituirían una manifestación y materialización de dicha política, de la que se ha hecho parte la institución a la que pertenecen y, en particular, la unidad que integran. En ese orden de ideas, en una institución jerarquizada y militarizada como Carabineros, el agente que se encuentra en el último peldaño del escalafón, únicamente actuará para cumplir esa política general, más aún si involucra la comisión de graves delitos, si la misma es ratificada y refrendada, expresa o tácitamente, por sus superiores directos -los jefes de la unidad-, única garantía de que luego no serán perseguidos por su ejecución.

Con ese proceder, conviene despejar, los jefes de la unidad policial no sólo comunican o transmiten una orden que proviene de muy arriba en la estructura burocrática, sino que la hacen propia y, por ende, el agente que la desobedece, no sólo se subleva frente al lejano y difuso jerarca que desde las oficinas centrales de la institución distribuye las infames instrucciones generales, con improbables concretas consecuencias adversas, sino desafía directamente al cercano jefe de



su unidad, exponiéndose a claras e inminentes represalias.

15°) Que, en este contexto, contrario a lo que creen los recurrentes, la imputación que se realiza a los jefes de la Subcomisaría de La Granja, no se edifica en sus omisiones, pasividad o inactividad, esto es, por no haber detenido e impedido que se siguieran cometiendo delitos por funcionarios bajo su mando y con medios materiales a cargo de su administración, pese a saber o no poder no saber que ello ocurría, sino que aquí se observa responsabilidad por una conducta activa o positiva, esto es, la implementación de una política nacional de represión en el ámbito local, para lo cual, como ya se reseñó, se destina un grupo de personas a cargo de un sargento, se permite el uso de vehículos y armas a disposición de la unidad policial para ese efecto, y se supervisa diariamente su ejecución mediante los reportes diarios matutinos.

16°) Que las consideraciones precedentes conducen a calificar la conducta de los jefes de la Subcomisaría de La Granja, a la época de los hechos, como autoría mediata por dirección del instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder, pues autor mediato no sólo es el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la instrucción delictiva con poder de mando autónomo, pudiendo ser autor incluso cuando él actúa por encargo de una instancia superior, formándose así una cadena de autores mediatos (Montoya, M. citado por Ríos, J. "De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpresividad legal constituye una laguna de punibilidad". Polít. crim. n° 2. A4, p.1-23).

En razón de tal carácter, es que los jefes de la Subcomisaría de La Granja, podrían no haber dado directamente a el o los agentes ejecutores la orden de detener y matar a nadie en particular, dejando la determinación de a quién y cuándo hacerlo, así como por qué miembro de la comisión formada al efecto, al jefe asignado a ésta -Sargento Sáez Pérez en este caso-. De esta suerte, el concreto ejecutor de la detención y muerte de las víctimas deviene en irrelevante para el autor mediato, pues aquél no es más que una pieza fungible de este



aparato organizativo, en el cual ante la negativa u oposición de un funcionario policial para ejecutar el delito, puede ser sustituido fácilmente por alguno de los tantos otros que integraban la unidad, circunstancia que demuestra el dominio del hecho que posee el autor mediato, en este caso, los jefes de la Subcomisaría de La Granja.

17°) Que, entonces, conviene ser enfático en esto, dicha intermediación en nada aminora la responsabilidad de los jefes de la Subcomisaría de La Granja, sino que muy por el contrario, la agrava, pues como acertadamente se ha dicho, en esta clase de crímenes, masivos no sólo desde el punto de vista de las víctimas, sino también de los victimarios, *"la medida de la responsabilidad no disminuye, sino crece, con la mayor distancia del lugar de los hechos"* (Schröder, citado por Politoff/Matus/Ramírez, ob. cit., p. 412).

18°) Que, la opinión mayoritaria se decanta por atribuirle al "hombre de atrás" sólo la calidad de inductor (Así lo manifiestan Hernández, H., "Artículo 15", en Couso, J. y Hernández, H. Código Penal Comentado, Legal Publishing Chile, 2011, p. 393, y Politoff/Matus/Ramírez, ob. cit., pp. 414-415, del examen de la doctrina nacional), tal como lo hace la sentencia recurrida que encasilla la participación de los acusados en el N° 2 del artículo 15 del Código Penal. Pero aun de considerarse ello equivocado, por postularse el encuadre de la autoría mediata en otro numeral del mencionado artículo 15, o directamente en el tipo penal pertinente de la parte especial, o estimarla una coautoría, cualquiera sea la posición dogmática a que se adhiera, ello no altera la conclusión de que se debe sancionar al responsable con la pena prevista para el autor del delito en cuestión y, de ahí, la falta de trascendencia e influencia en lo dispositivo del fallo de tal eventual desavenencia (Ríos, ob. cit., explica que no hay coautoría porque falta entre la persona de la cúspide y el instrumento el carácter conjunto de la resolución del hecho y de la ejecución, ni tampoco inducción porque el autor de despacho sólo tiene que dar una orden y, en cambio, el inductor debe buscar un autor, contactarlo, y finalmente vencer su resistencia y enrolarlo para su plan, todo



lo cual puede ahorrárselo quien manda en una organización jerárquica. Desestima también la inducción Politoff/Matus/Ramírez, *ob. cit.*, pp. 414-415. Mientras, Cury, *ob. cit.*, p. 243, considera que, el que ordena una ejecución masiva es inductor del artículo 15 N° 2 del Código Penal, el que la ejecuta autor del artículo 15 N° 1, y los que se encuentran en medio de la maquinaria responderán como autores-cómplices del artículo 15 N° 3 o como cómplices del artículo 16).

19°) Que igualmente carece de incidencia en lo resolutivo del fallo en examen, el que éste aluda al equívoco concepto de “responsabilidad por mando”, derivado en la especie de lo que los jefes de la Subcomisaría de La Granja no hicieron, pudiendo hacerlo, para impedir o evitar la detención y muerte de Maldonado Núñez, pues aun prescindiendo de dichas afirmaciones y reflexiones de los sentenciadores, la sentencia igualmente se apoya en diversos testimonios, y establece hechos, que permiten afirmar la autoría mediata en la forma ya latamente explicada.

Con todo, y a mayor abundamiento, conviene tener presente que tratándose de delitos contra los derechos humanos, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales han considerado que tratándose de estructuras jerarquizadas –como las militares–, existe, junto al autor ejecutor, un autor particular de la infracción internacional, que es el superior jerárquico, forma de participación que emana de las órdenes que dio, estando comprometida su responsabilidad en calidad de superior jerárquico, y siempre que forme parte de la cadena de mando. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, que ha señalado que los elementos constitutivos para la responsabilidad del superior provienen del artículo 86-2 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra, además de otros instrumentos internacionales, siendo tales elementos: 1. La existencia de un vínculo de subordinación entre el ejecutor y el superior jerárquico; 2. El conocimiento o el conocimiento implícito del superior de que el crimen iba a ser cometido o era cometido o se había cometido;



3. La omisión por parte del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para impedir la perpetración del crimen o para castigar al autor.

20°) Que Osses Yáñez y Bustamante Oliva a la época de estos hechos estuvieron a cargo de la Subcomisaría de La Granja y, por ende, constituyeron ese eslabón imprescindible, para que esa política estatal de represión con un horizonte nacional se materializara en el ámbito local, lo que permite calificar su responsabilidad de autoría mediata.

La dirección de la mencionada unidad por los encartados es un hecho establecido en el N° 2 del motivo 10° de la sentencia, conclusión fáctica que tiene pleno asidero en diversos testimonios de funcionarios policiales que se desempeñaron allí a la sazón, los que se extractan en el considerando 8° del fallo de primer grado, todos los que, pese al distinto grado jerárquico de Osses Yáñez -capitán- y Bustamante Oliva -teniente-, coinciden en atribuirles indiferenciadamente el mando de la mencionada unidad policial.

21°) Que esa igualdad o equiparación de Osses Yáñez y Bustamante Oliva, en los hechos, en el mando de los subalternos de la Subcomisaría de La Granja, en su responsabilidad como autores mediatos, aparece de lo declarado por Luis Baeza Sanhueza a fs. 271, Óscar Barra Montoya a fs. 610, Héctor Cancino Zambrano a fs. 490 y 495, Horacio Godoy Ojeda a fs. 218, Rodolfo Gutiérrez Díaz a fs. 391, Juan Herrera Muñoz a fs. 310, Juan Manríquez Palacios a fs. 225, Leonardo Moya Huerta a fs. 328, Gregorio Palma Arias a fs. 339, Gabriel Palma Otárola a fs. 319, Héctor Sanzana Carrasco a fs. 312, Arnaldo Villarroel Martínez a fs. 614, y Julio Yáñez Illanes a fs. 504 y 729, quienes de manera conteste expresan que la referida unidad policial se hallaba bajo el mando de Osses Yáñez y Bustamante Oliva.

22°) Que algunos de estos testigos además entregaron relevantes antecedentes -todo ello contenido en el fallo recurrido- para descartar que se tratara de acciones ilícitas realizadas únicamente fuera de la unidad policial, en desconocimiento, por tanto, de los superiores -como insinuó uno de los letrados en



sus alegatos ante esta Corte-, menos aún en el caso de Osses Yáñez que habría participado de algunos de los patrullajes.

De esa manera, Cancino Zambrano menciona que después del 11 de septiembre de 1973, por un período de 3 o 4 meses, todo el personal estuvo acuartelado, por lo que permanecían en la unidad policial las 24 horas del día. Señala también que escuchó que el Capitán Osses ordenó la conformación de una comisión especial a cargo del Sargento Armando Sáez Pérez y después supo que en una oportunidad dicha comisión detuvo y ejecutó a unas personas. Por su parte Godoy Ojeda adiciona que los detenidos eran trasladados a la unidad policial y, posteriormente, al Estadio Nacional, que escuchó que algunos detenidos eran sacados de la unidad policial por la noche y ejecutados. Mientras que Manríquez Palacios refiere que el Capitán Osses, junto a personal de su confianza, entre ellos Armando Sáez Pérez, apodado "el manchado", realizaba patrullajes en las poblaciones del sector. Que vio al Capitán Osses, acompañado de Sáez y de otros funcionarios policiales, sacar detenidos de la unidad policial, después de la medianoche, en la referida camioneta, con destino desconocido. Por su lado Moya Huerta indica que se usaron dos camionetas requisadas para labores operativas, por lo que existían dos patrullas encargadas de estos móviles. Una de ellas estaba bajo el mando de Sáez Pérez, y en más de una oportunidad, vio que las patrullas detenían a pobladores del sector con antecedentes delictuales, los trasladaban a los calabozos de la unidad policial y, en horas de la noche, los sacaban para ejecutarlos. Que por comentarios supo que las patrullas actuaban por orden del Capitán Osses Yáñez. Y el testigo Palma Otárola ratifica que el Capitán Osses con cuatro funcionarios más, entre ellos Armando Sáez Pérez, apodado "el manchado" y Llanos Amariles, realizaban patrullajes.

23°) Que este extenso pero inexcusable preámbulo se compensará en el análisis de los recursos deducidos, pues gran parte de los defectos que ellos acusan ya han sido tratados.

24°) Que el recurso de casación en la forma deducido por la defensa de



Bustamante Oliva se sostiene en la causal N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 500 N° 4 del mismo código, como se dijo, por no existir prueba de que Bustamante Oliva indujo o forzó a otro para cometer los hechos punibles investigados, de conformidad al artículo 15 N° 2 del Código Penal.

Como se colige de todo lo ya discurrido, en especial en los considerandos 15° a 18°, tratándose de autoría mediata por utilización de instrumento doloso a través de un aparato organizado de poder, resulta impertinente esperar, en el caso *sub lite*, que para la sanción del autor se demuestre el forzamiento o inducción directa -entendidos estos actos en el sentido restringido y tradicional-, de aquél sobre el autor ejecutor, debiendo sólo demostrarse la realidad de ese aparato organizado de poder para implementar, a nivel local, la política generalizada de represión, así como el rol que en dicho aparato tuvieron a quienes se endilga el rótulo de autor mediato, todo lo que se demostró y asentó en la especie, como ya fue explicado en relación a Osses Yáñez y Bustamante Oliva.

Por esa razón, el recurso de casación en la forma interpuesto en favor de Bustamante Oliva será desestimado.

25°) Que el arbitrio de casación en la forma deducido por el apoderado de Osses Yáñez, se funda en la misma causal N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 500 N°s. 4 y 5 del mismo código.

26°) Que, en primer término, el recurso arguye que el fallo no contiene ninguna imputación fáctica relacionada con el artículo 15 N° 2 del Código Penal ni menciona cuáles son los elementos de cargo útiles para sostenerla.

Respecto de estas alegaciones por no demostrar el fallo el forzamiento o inducción de persona determinada con concretos elementos de cargos, bastará para desestimarlas remitirse a lo explicado en los motivos 15° a 18° y 24° *at supra*.

27°) Que, por otra parte, arguye que el fallo no acredita que la patrulla dirigida por Sáez Pérez e integrada por Llanos Amariles, haya detenido y dado muerte a Maldonado Núñez.



Al contrario de lo postulado por el recurso, en el motivo 7° del fallo de primer grado se explica que *“si bien Llanos Amariles no se refirió a la identidad de las personas ejecutadas por la patrulla a cargo de Sáez Pérez, proporcionó antecedentes que permiten determinarla”*, y luego de extractar parte de sus dichos, concluye que Llanos Amariles *“refirió que la patrulla intervino en un hecho ocurrido en circunstancias fácticas similares a aquellas en que se ejecutó a Víctor Fernando Maldonado Núñez”*.

De esa manera, la sentencia en análisis sí contiene las consideraciones en cuya virtud se dan por probados los hechos atribuidos a los procesados, sin que pueda por medio del recurso deducido, examinarse si, al tenor de lo declarado por Llanos Amariles, es legalmente correcto el tener por demostrado que la persona detenida y ejecutada por el grupo integrado por éste corresponde a Maldonado Núñez, pues ello importaría revisar la correcta aplicación de las normas que reglan la valoración de la prueba, asunto que escapa a los defectos que por la vía recursiva elegida puede esta Corte revisar.

28°) Que sobre la errónea aplicación de normas reglamentarias de Carabineros de Chile, en relación con el artículo 270 del Código de Procedimiento Penal (*sic.*), y más allá que se invoca la infracción de una norma sin rango legal, lo decisivo es que de ser efectivo el error, no es uno atinente a una norma *ordenatoria litis*, que es el campo propio del recurso de casación en la forma deducido. La última norma aludida -artículo 270-, actualmente derogada y que disponía el apercibimiento del citado en el texto original, ninguna pertinencia reviste aquí.

29°) Que en lo atinente al artículo 12 N° 11 del Código Penal, el arbitrio no reclama en verdad por la falta de consideraciones de hecho y de derecho para sustentar la consideración de esa agravante, las que se leen en los motivos 47° del fallo de primer grado y 18° del de segundo grado, sino de la errónea aplicación de esa modificatoria por estimar que no se presentan los requisitos legales para estimarla concurrente, defecto cuya enmienda debió intentarse mediante el arbitrio



correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso 3° del artículo 768 autoriza para desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo, supuesto que se presenta en la especie, desde que incluso de prescindir de la referida agravante los sentenciadores se encontraban facultados para imponer la sanción determinada.

30°) Que, finalmente, este recurso se queja por cuanto el fallo no entrega razones para rechazar la solicitud de que, en caso de ser condenado Osses Yáñez a una pena efectiva, dada su edad, de conformidad al *ius cogens* recogido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, cumpla la pena en su domicilio.

Suficiente para rechazar este reclamo es constatar que esas razones se entregan en el motivo 49° del fallo de primer grado, al explicar que la proporcionalidad de la pena impuesta por la violación de derechos humanos debe considerarse igualmente al determinar la forma de cumplimiento de la sanción, precisando a continuación que *“no existen en autos antecedentes graves y calificados que permitan sostener que el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad que se impondrá a Osses Yáñez, en un establecimiento penitenciario dependiente de Gendarmería de Chile, importa para él un peligro para su integridad física o psicológica”*.

A mayor abundamiento, la decisión sobre la forma de cumplimiento de la pena impuesta, aun cuando se expresa junto o en la sentencia definitiva, no tiene esa naturaleza conforme al artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, pues no es la que pone fin a la instancia mediante la resolución del asunto que fue objeto de este juicio, razón por la cual esta materia no puede ser revisada a instancias del presente arbitrio.

31°) Que por todo lo razonado precedentemente, el recurso de casación en la forma formulado por la defensa de Osses Yáñez no podrá prosperar.



32°) Que en lo concerniente al recurso de casación en el fondo deducido en favor de Bustamante Oliva, como se adelantó, éste se afinca en las causales N°s. 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

33°) Que por la primera causal se denuncia la infracción de los artículos 15 N° 2, 103, 142 y 391 N° 1 del Código Penal (*sic.*), al condenar a Bustamante Oliva sin haber determinado fehacientemente su participación como inductor.

Respecto de estas alegaciones, bastará para desestimarlas remitirse a lo explicado en los motivos 15° a 18° y 24° *at supra*.

34°) Que también bajo la primera causal se denuncia la inaplicación de la rebaja prevista en el artículo 103 del Código Penal, disconformidad que no será subsanada, al compartir esta Corte lo razonado por el fallo en examen, debiendo nada más agregar que esta Corte ya se ha inclinado por el entendimiento de la media prescripción como una “especie” de prescripción total -y no una mera regla especial de determinación de la pena-, desde que ambas tienen igual fundamento, esto es, la necesidad de la pena disminuye con el tiempo hasta desaparecer. En otras palabras, ambas son una misma cosa, pero en estadios diversos.

Lo anterior conlleva que a la media prescripción le sean aplicables, de modo consecuencial, todas las instituciones y prohibiciones que reglan la prescripción total y, en lo que aquí interesa, en aquellos delitos en que no puede haber prescripción total porque no disminuye la necesidad de pena con el transcurso del tiempo, como los de lesa humanidad de autos, tampoco puede operar la media prescripción.

35°) Que, en efecto, la calificación de crimen de lesa humanidad dada en el razonamiento 13° del fallo a los hechos ilícitos cometidos, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuencialmente, contrarios a las regulaciones de *ius cogens* provenientes de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la



imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo.

36°) Que, junto a todo lo anterior, debe subrayarse que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103 en estudio, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes, por lo que los vicios denunciados carecen de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado (entre otras, SSCS Rol 35.788-2017, de 20 de marzo de 2018; 39.732-2017, de 14 de mayo de 2018; y, 36.731-2017, de 25 de septiembre de 2018).

37°) Que en lo tocante a la errónea aplicación del artículo 12 N° 11 del Código Penal, como se explicó ya en el motivo 29° *at supra*, este supuesto yerro no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, desde que incluso de prescindir de la referida agravante los sentenciadores se encontraban igualmente facultados para imponer la sanción determinada.

38°) Que por la segunda causal de casación en el fondo se acusa el quebrantamiento de los artículos 456 bis y 488 N°s. 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que no se divisan medios de prueba concretos que vinculen a Bustamante Oliva al forzamiento o inducción respecto de algún autor material para que se cometiere el delito de autos.

Como se observa, las quejas planteadas mediante esta causal giran en torno a supuestas deficiencias del fallo para establecer que Bustamante Oliva forzó o indujo directamente a personas determinadas para la comisión del ilícito que se le imputa, defectos que no resultan relevantes tratándose de la autoría mediata que se presenta en el caso *sub lite*, como ya fue fundamentado en los basamentos 15° a 18° y 24° *at supra*.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo referido al artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, no está de más insistir en que ese precepto no consagra una norma reguladora de la prueba, toda vez que sólo indica a los jueces el grado



de convicción que deben lograr para dictar sentencia condenatoria, lo cual no puede ser controlado por este tribunal, sino sólo el que esa convicción se haya adquirido por los medios de prueba legal, lo que se ha constatado en el caso *sub lite*.

39°) Que por todo lo razonado precedentemente, el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Bustamante Oliva tampoco será acogido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 767 y siguientes del de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el apoderado de Aquiles Bustamante Oliva, y el recurso de casación en la forma deducido por la defensa de Héctor Fernando Osses Yáñez, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha dieciocho de julio de dos mil diecinueve en el Rol N° 402-2019, la que por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 22.962-19

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L., y Sra. Pía Tavorari G. No firma el Ministro Sr. Llanos y la Abogada Integrante Sra. Tavorari, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.





SBWJXXVYXSB

En Santiago, a veintiocho de junio de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

