

Santiago, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos Rol Corte Suprema N° 21.037-2020, por sentencia de veinticuatro de diciembre de dos mil dieciocho, dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria don Jaime Arancibia Pinto, se condenó a los acusados Pedro Victorio Frioli Otonel, Manuel Alejandro Buch López, Arístides León Calffas y Guillermo Retamales Ruz, como autores de los delitos de secuestro simple, de detención ilegal y de aplicación de tormentos ocurridos en el mes de agosto de 1974, en la localidad de El Belloto, comuna de Quilpué, a sufrir cada uno de ellos una pena de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado, más accesoria legales y; al encartado Germán Patricio Valdivia Keller, como cómplice de los antes aludidos ilícitos, a purgar una sanción de sesenta días de prisión en su grado máximo y accesorias legales, disponiéndose únicamente en el caso de Retamales Ruz y Valdivia Keller, el cumplimiento efectivo de las penas corporales impuestas.

El citado fallo además, absolvió a los acusados Juan Fernando Vásquez Huidobro, Jorge Benjamín Ginouves Contreras, Miguel Juan Gallegos Solé y Jaime Miguel Urdagarín de los cargos formulados en su contra.

Impugnado vía recurso de apelación dicho pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por fallo de veintiuno de enero de dos mil veinte, lo revocó, en cuanto por él se condenaba a los acusados Pedro Victorio Frioli Otonel, Manuel Alejandro Buch López, Arístides León Calffas, Germán Patricio Valdivia Keller y Guillermo Retamales Ruz, de los cargos que los sindicaban como autores de los delitos de detención ilegal y aplicación de tormentos, absolviéndolos de los



mismos –*quedando condenados únicamente por el ilícito de secuestro simple*- y; lo confirmó con declaración que el encartado **Valdivia Keller** queda sentenciado a la pena de tres (3) años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas, como autor del delito de secuestro simple ocurrido en el mes de agosto de 1974, en la localidad de El Belloto, comuna de Quilpué, sanción corporal de cumplimiento efectivo.

Contra ese fallo la defensa común a los sentenciados Retamales Ruz y Valdivia Keller, dedujo recurso de casación en el fondo.

Con fecha cinco de marzo de dos mil veinte, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

1º) Que tanto el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa de los acusados Retamales Ruz y Valdivia Keller, se funda únicamente en la causal N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar; 10 N° 10, 11 N° 6, 12 N° 16, 15, 16, 17, 103 y 68 inciso 3° del Código Penal.

En síntesis, los impugnantes sostienen –*respecto de la minorante de la obediencia debida*- que la falta del requisito de la representación del subalterno y de la insistencia del superior cuando la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, debía hacer responsable al inferior como coautor del delito y que no obstante ello, por disposición expresa del Artículo 214 del Código de Justicia Militar, se le hace responsable de una pena inferior en un grado a la que le corresponde como autor del delito aunque técnicamente tenga una participación de autor, en cuanto ha querido el legislador aminorar la pena al



subalterno en razón que su voluntad está influenciada por la del superior jerárquico, ósea, está sujeta a los efectos de la subordinación.

En un segundo orden de ideas, plantea *-respecto del sentenciado Valdivia Keller-* que la irreprochable conducta anterior debe concurrir a la fecha de comisión del delito y no a la de la sentencia y que, en el mismo sentido, la reincidencia específica se refiere a cometer el delito con posterioridad a haber sido condenado por otro de la misma especie, por lo que no puede entenderse que una persona es reincidente por el solo hecho que una causa avanzó más rápido o se inició antes que la otra toda vez que ese criterio es técnicamente equivocado.

Finalmente, y en lo tocante a la minorante de la prescripción gradual del artículo 103 del Código Punitivo, sostiene que la misma es independiente y diversa de la situación de la prescripción propiamente tal, en cuanto se trata de instituciones diversas, con características fines y efectos distintos e incompatibles

Por todo ello, solicitan se acoja el recurso, invalidando la sentencia recurrida, dictando en acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, una sentencia de reemplazo por la que se declare que deben considerárseles además a los recurrentes, las atenuantes de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, la del 11 número 6 del Código Penal al encartado Valdivia Keller, eliminando asimismo la agravante declarada concurrente, y las muy calificadas derivadas del artículo 103 del Código Penal, por lo que haciendo una correcta aplicación de la norma del artículo 68 del Código Penal, en definitiva se les condene a una pena no superior a la prisión en su grado medio, declarando asimismo que se les conceden los beneficios de la Ley N° 18.216;



2º) Que, una vez sentado lo anterior, es menester señalar de los juzgadores de la instancia tuvieron como probados los siguientes hechos:

“Que durante el mes de agosto de 1974, alrededor de las 00:00 horas, la casa de las víctimas, menores de edad a esa época, ubicada en el Séptimo Sector de Belloto Sur, fue allanada por un gran número de funcionarios de la Armada de Chile, provenientes de la Base Aeronaval de El Belloto. Que el propósito del allanamiento fue para buscar y detener a la hermana mayor de las víctimas, de quien se decía que pertenecía a las juventudes comunistas. Al momento que ocurren los hechos, las víctimas estaban a cargo de su hermana mayor, por encontrarse su madre trabajando de enfermera particular en la ciudad de Viña del Mar. A pesar de ello, ésta fue llevada por los uniformados a la Base Aeronaval de El Belloto. Que al momento de que la patrulla naval ingresó al domicilio, produjo diversos destrozos a la vivienda, además de sustraer las especies de valor que en ésta se encontraban. En diversas ocasiones, durante la detención de las víctimas, ellas fueron golpeadas con el arma que portaban los uniformados, mientras éstos revisaban y registraban las habitaciones buscando armas. La patrulla naval estuvo apostada al interior del domicilio hasta el día siguiente, después de haber dormido y consumido todo el alimento que había en la casa, manteniendo con ello secuestradas a las víctimas al interior de su propio hogar”;

3º) Que los hechos así establecidos fueron calificados como constitutivos del delito de secuestro simple, en contexto de lesa humanidad, previsto y sancionado en el artículo 141 inciso 1º del Código Penal, en el que a los impugnantes se le atribuyó participación en calidad de autores;



4º) Que, en lo que respecta a la alegación de la defensa de los encartados, en orden a la procedencia de las atenuantes de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar y de la minorante del artículo 103 del Código Penal, en relación al artículo 68 inciso 3º del mismo cuerpo de normas, se sigue que todas las argumentaciones giran en torno a una disminución de la sanción penal impuesta, que sería obligatoria para el tribunal en la tarea concreta de aplicar las normas respectivas, en particular, el citado artículo 68 inc.3º del código punitivo.

Tanto el artículo 103 del Código Penal como el artículo 211 del Código de Justicia Militar, se remiten, para la concreta operatividad de los posibles efectos atentatorios de la magnitud de la pena a las normas generales, encabezadas por el artículo 65 del Código Penal. Por su parte, el artículo 103 del mismo cuerpo de normas reconduce expresamente a los artículos 65, 66, 67 y 68 el mecanismo jurídico conducente a la disminución de la pena impuesta.

En el mismo sentido, los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar solo hablan de la existencia de una circunstancia atenuante, debiendo entenderse, como se dijo y en el evento de ser acogida, remitido *-para los efectos de la posible rebaja del quantum de la pena-* a las reglas de la ley penal común. En todo caso, los sentenciadores desestimaron la concurrencia de esta atenuante;

5º) Que sobre el particular, conviene tener presente que la posición doctrinaria dominante le reconoce carácter meramente facultativo a la rebaja de pena contemplada en los artículos 65 a 68 del Código Penal, lo que se ve reflejado en el comentario de los profesores Matus y Van Weezel, referido al artículo 65, pero que extienden al artículo 68: *“el juez puede aplicar o no aplicar la rebaja y, si decide aplicarla, puede extenderla uno o dos grados, desde el mínimo. Aunque*



existe alguna doctrina (cfr. Schweitzer, Revista de Ciencias Penales, Vol. VI, nro. 2, p. 202) –e incluso alguna jurisprudencia (cfr. SCS 22.04.1943, GT. 1943-1-169) que ha sostenido una tesis diferente (solo sería facultativo el monto de la rebaja, pero no la rebaja misma) respecto de similar prescripción del art. 68, hoy la doctrina y la jurisprudencia se han unificado en estimar como facultativos para el juez tanto la rebaja como el monto de ella” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero, Parte General, p. 360). Apuntan estos comentaristas y la mayoría de los demás que abordan el tema –Labatut, Novoa, Etcheberry- como principales razones a favor de esta interpretación: primera, el sentido literal de la norma que utiliza la palabra “podrá”, que no puede ser sustituida por “deberá”; segunda: la historia fidedigna de su establecimiento, emanada de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, cuyos integrantes quisieron modificar el sistema imperativo de rebaja establecido en el Código Penal Español. (Actas Sesiones C.R., nro. 19 y 136) y dejar entregada esta determinación al criterio de los jueces. Ya Ricardo Cabieses, a inicios del siglo XX, advertía en su Derecho Penal que se trata de una atribución facultativa del tribunal, “podrá”, “dice la lei”, (Apuntes tomados en clase por Pedro Gandulfo Guerra y Roberto Belmar Puelma, Imprenta Estrella Del Pacífico, Stgo., 1918, p. 207).

De los fallos recaídos en procesos sustanciados por otro tipo de delitos, pueden citarse SCS, de 31.03.1976, Fallos del Mes 208, pp. 29-31; SCS 22.05.1986, RDJ, 1986-119 y los varios citados en la conocida obra de Etcheberry, “*El Derecho Penal en la Jurisprudencia*” (T. III, p. 296).

El carácter facultativo de la rebaja de la pena en su cuantía, autorizada a los jueces, impide –*como reiteradamente lo ha dicho esta Corte-* la configuración



de un error de derecho sancionable con la nulidad de la sentencia respectiva, por ausencia de la imprescindible influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Con el mérito de lo expuesto, el recurso será desestimado en lo que a dichas alegaciones respecta;

6°) Que, por lo demás, y como anteriormente lo ha sostenido esta Corte *-entre otros en el pronunciamiento Rol N° 8.945-2018, de 8 de febrero de 2021-*, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, fuera de los casos en que se ha omitido la representación de la orden que le fuera impartida al inferior, será circunstancia atenuante el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico. La frase *“será circunstancia atenuante”* no releva al juez de apreciar si concurren o no los supuestos de hecho que conforman la minorante, ni menos impone el deber de rebajar la cuantía de la pena en caso de ser reconocida, correspondiendo aplicar las reglas generales sobre influencia de las circunstancias modificatorias.

En cuanto al artículo 214 del Código de Justicia Militar, éste dispone que en caso de concierto previo entre los perpetradores del o los delitos, serán responsables todos los concertados. La intención común que unificó el actuar de todos los involucrados *-identificándose el de uno con el de los otros-* dirigiéndolo de modo previamente planificado en todos sus detalles hacia una meta común (Garrido, “Etapas de Ejecución del Delito, Autoría y Participación”, Edit. Jdca., p. 316), siendo ésta la detención de la hermana mayor de los niños secuestrados, es un elemento que se encuentra plenamente acreditado en la causa, no desconocido por las defensas. En consecuencia, está correctamente desestimada la causal de que se trata;



7°) Que, en lo que respecta a la minorante de la prescripción gradual, es menester referir además *–para reafirmar el rechazo de la pretensión de los impugnantes–* que la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, 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, consecuentemente, 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;

8°) Que, en lo tocante a la protesta de la defensa en orden a que respecto del sentenciado Valdivia Keller no solo no se le reconoció la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, sino que se tuvo por configurada la agravante del artículo 12 N° 16 del mismo cuerpo normativo, pese a que la fecha de la ocurrencia de los hechos su extracto de filiación y antecedentes se encontraba libre de máculas, es preciso señalar que la justificación dada por los sentenciadores del grado para proceder de tal modo es errada en cuanto cita, como fundamento para desestimar su irreprochable conducta anterior *–y de paso para tener por configurada la agravante de la reincidencia específica–* una condena que data del año 2014, esto es, un reproche penal determinado cuarenta años después del acontecimiento que ha sido juzgado en estos autos;

9°) Que, así las cosas, surge que las razones esgrimidas por el tribunal para descartar la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal de la irreprochable



conducta anterior *–prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal–* y, consecuentemente, para tener por configurada la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Punitivo, resultan contrarias a derecho, toda vez que de la lectura los preceptos en cuestión se colige que la exigencia de mantener una conducta anterior intachable *–así como también la de haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie–* dicen relación con el comportamiento previo a la comisión del hecho punible que se encuentra en actual juzgamiento, de modo tal que al haber procedido los juzgadores de la instancia de la forma en que lo hicieron, incurrieron en una infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en cuanto configuraron respecto del encartado Valdivia Keller una agravante de responsabilidad penal que no procedía, negándole de paso la minorante de irreprochable conducta anterior, que si era plenamente aplicable, e incurriendo en una errada y más gravosa determinación de la penalidad atribuida a dicho encartado.

Por lo antes expuesto, el arbitrio de nulidad será acogido en lo que a dicha alegación respecta.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 541, 544, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que se **acoge parcialmente** el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa común de los sentenciados Guillermo Retamales Ruz y Germán Patricio Valdivia Keller, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha veintiuno de enero de dos mil veinte, la que en consecuencia es nula *–únicamente en lo que dice relación con la determinación de la pena impuesta al acusado Valdivia Keller–*, y se la reemplaza por la que a continuación se dicta.



Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos

Rol N° 21.037-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firman los Ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con permiso.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 27/02/2023 11:29:02

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 27/02/2023 11:29:03

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 27/02/2023 11:29:03



En Santiago, a veintisiete de febrero 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.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.



Santiago, veintisiete de febrero de dos mil veintitrés.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones:

i.- Se suprimen sus fundamentos undécimo, vigésimo noveno, trigésimo, trigésimo séptimo y cuadragésimo;

ii.-De su fundamento vigésimo tercero se elimina el párrafo final;

iii.-En su motivo trigésimo quinto, se suprime el párrafo tercero;

iv.-Se elimina el párrafo tercero del considerando trigésimo octavo.

Del fallo anulado se transcriben los fundamentos primero a décimo quinto y décimo séptimo a décimo octavo.

Finalmente, de la sentencia de casación se reproducen sus motivos octavo y noveno.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1º) Que, tal y como se determinó en el fallo de casación, al acusado Germán Patricio Valdivia Keller le favorece la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, prevista en el numeral 6 del artículo 11 del Código Penal, sin que le perjudique ninguna circunstancia agravante de responsabilidad;

2º) Que, para la determinación de la sanción a imponer al acusado antes individualizado, se tendrá presente que la pena establecida *–a la fecha de ocurrencia de los hechos–* para el delito de secuestro, era la de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Así las cosas, al beneficiarle una sola circunstancia atenuante y no perjudicarle agravantes, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 68 del Código Penal, se descarta la imposición de la sanción en su



grado máximo, quedando en definitiva en la de presidio menor en su grado medio, la que podrá ser recorrida en toda su extensión por esta Corte.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes del Código del Procedimiento Penal y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil se decide:

I.- Se confirma la sentencia apelada de cinco de diciembre de dos mil diecisiete, **con declaración** que se condena a los acusados Germán Patricio Valdivia Keller, Pedro Victorio Frioli Otonel, Manuel Alejandro Buch López, Arístides León Calffas y Guillermo Retamales Ruz, como autores del delito consumado de secuestro simple, descrito y penado en el artículo 141 inciso 1° del Código Penal, ocurrido en el mes de agosto de 1974, en la localidad de El Belloto, comuna de Quilpué, a sufrir cada uno de ellos una pena de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado, más accesorias legales.

II.- Reuniéndose respecto de los encartados Germán Patricio Valdivia Keller, Pedro Victorio Frioli Otonel, Manuel Alejandro Buch López, Arístides León Calffas y Guillermo Retamales Ruz, los requisitos previstos en el artículo 4 de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603, se les sustituye el cumplimiento de la sanción corporal impuesta, por la pena de remisión condicional por igual término que el de la sanción privativa de libertad impuesta –*quinientos cuarenta y días*-, quedando sujetos los condenados a la discreta observación y asistencia ante la autoridad administrativa durante dicho lapso de tiempo.

Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase, con sus Tomos y agregados.



Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 21.037-2020

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firman los Ministros Sr. Valderrama y Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con permiso.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 27/02/2023 11:29:05

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 27/02/2023 11:29:05

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 27/02/2023 11:29:06



En Santiago, a veintisiete de febrero 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.

