

Santiago, veintinueve de agosto de dos mil veinticinco.

VISTOS:

En estos autos, el Ministro en Visita Extraordinaria, don Vicente Hormazábal Abarzúa, con fecha diez de enero de dos mil veintitrés, dicta sentencia definitiva en la cual, en la parte recurrida, condena a Adolfo Fernando Born Pineda a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, por su responsabilidad en calidad de autor de tres delitos de homicidio calificado, en carácter de reiterado, de las personas de Francisco Valdivia Valdivia, Luis Busch Morales y Andrés Rojas Marambio, cometido en la ciudad de Calama el día 6 de octubre de 1973.

Recurrida dicha decisión, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de La Serena, rechazó el recurso de casación en la forma presentada por la defensa del sentenciado y, junto con ello, confirmó el fallo en el ámbito penal, con declaración que se aplica una pena única de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, con sus correspondientes accesorias legales.

En contra de esta última sentencia, se dedujo un recurso de casación en el fondo, el cual pasa a examinarse y respecto del cual se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con la finalidad de analizar el recurso planteado, necesario resulta destacar aquellos hechos asentados en la instancia y que son objeto de juzgamiento:

“1) Que, en el Departamento de El Loa, el Comandante del Regimiento de Infantería N°15 de Calama, Coronel Eugenio Rivera Desgroux (fallecido), a raíz de los sucesos acaecidos en el país el 11 de septiembre de 1973, pasó a ocupar, además, el cargo de Gobernador del mismo Departamento y Juez



Militar de la Zona en Estado de Sitio y, junto al Prefecto de Carabineros de Calama, decidieron crear una unidad operativa de inteligencia con funcionarios de Carabineros de la Primera Comisaría de Calama, unidad policial que estaba al mando del Comisario Raúl Aránguiz Muñoz (fallecido), destinada a reprimir y detener a los partidarios del depuesto Gobierno de la Unidad Popular, pudiendo detener sin orden judicial o administrativa y torturar a las personas que tuvieren militancia política, demostraran simpatía con partidos o movimientos de izquierda, o hubiesen desempeñado alguna dirigencia sindical proclive al depuesto régimen y, en el desarrollo de esa función, ejecutaron prisioneros sin otorgarle la posibilidad de un proceso justo y racional. Esa unidad operativa adoptó el nombre de Servicio de Inteligencia de Carabineros, conocida también como SICAR, y estuvo a cargo del Teniente de Carabineros Manuel Wladimiro Cuadra (fallecido), lo componían otros oficiales de la misma rama, así como personal subalterno y funcionó en el Retén Dupont, que era dependiente de la Primera Comisaría de Calama, cuyo Mayor Comisario era Raúl Aránguiz Muñoz, sin perjuicio que además muchos de los detenidos estuvieron en los calabozos de la Primera Comisaría de Calama, fueron interrogados y torturados en ese lugar, según ellos mismos han narrado y los vieron familiares.

2) Que, en este orden de ideas, el 20 de septiembre de 1973, a la hora de almuerzo, funcionarios de Carabineros del SICAR procedieron a detener a Francisco Valdivia en su lugar de trabajo Planta de Explosivos Dupont, donde fue interrogado y torturado, sacándole las uñas de manos y pies, le reventaron los oídos y le pusieron corriente en los genitales, luego lo fueron a dejar a su domicilio alrededor de las 21 horas.

3) Posteriormente, el 4 de octubre de 1973, alrededor de las 20 horas,



nuevamente fue detenido por funcionarios de Carabineros del SICAR desde su domicilio, fue llevado al Regimiento y de ahí a la cárcel de Calama, desde donde lo sacaron alrededor de las 15 horas del día 6 de octubre de 1973 en dirección al Regimiento N° 15 de Calama.

4) Que a Andrés Rojas Marambio lo detuvieron funcionarios de Carabineros del SICAR el 4 de octubre de 1973, lo trasladaron al Reten Dupont donde fue torturado y el día 6 de octubre de 1973 fue llevado al Regimiento N°15 de Calama.

5) Que Luis Busch Morales también fue detenido por funcionarios de Carabineros del SICAR el 5 de octubre de 1973, fue interrogado y torturado e ingresado a la cárcel el mismo día y el día 6 de octubre de 1973 fue llevado al Regimiento de Calama.

6) Que el día 6 de octubre de 1973, en horas de la tarde, aproximadamente a las 18:30 horas, las tres personas fueron fusiladas en el Cerro Topáter, indicándose en la prensa afín al nuevo Gobierno que: “según un comunicado oficial del Jefe de Zona en Estado de Sitio, de Calama, Coronel Eugenio Rivera Desgroux, el sábado 6, a las 18,30 horas, fueron ajusticiados los extremistas Luis Busch Morales, ciudadano boliviano y ex guerrillero en su país; Francisco Javier Valdivia Valdivia, ex presidente del Sindicato Industrial de la Empresa Nacional de Explosivos, Río Loa y Andrés Rojas Marambio, ex chofer del Servicio Nacional de Salud, quien tenía a su cargo una de las ambulancias del Hospital Carlos Cisternas. Los ajusticiados, junto con Ricardo Pérez Marambio, alias “El Toro”, quien fue muerto cuando intentaba asesinar a un suboficial de Carabineros; Manuel Gallardo Gallardo y Luis Mamani Mamani, ex presidente del Sindicato Profesional de la Empresa Nacional de Explosivos, Río Loa, proyectaban realizar en el Loa un siniestro plan de



sabotaje y asesinato en masa a Carabineros". Agregándose que lo anterior se hizo en cumplimiento de una sentencia dictada por un Consejo de Guerra.

7) Que la versión del Consejo de Guerra no pudo comprobarse durante la etapa investigativa, resultando por lo demás inverosímil su constitución, teniendo en consideración todos los antecedentes que profusamente se han colacionado al proceso que impiden arribar a la convicción que ello hubiere sucedido, atendiendo a la época en que se detuvo a las víctimas y su fusilamiento, sin que tampoco exista rastro alguno de la sentencia que allí se hubiere dictado y, esa información, se contrapone también con otras noticias publicadas en esos días que daban cuenta que recién el 6 de octubre de 1973 estaban en las etapas preliminares de las declaraciones y que el consejo de guerra debería conformarse en los días posteriores.

8) Que el pelotón de fusilamiento fue integrado por suboficiales del ejército comandado por un teniente de las mismas filas." (sic).

SEGUNDO: Que, lo anterior, atento a lo resuelto en la sentencia de primera instancia, corresponde a tres delitos de homicidio calificado, en grado consumado, reiterado, en las personas de Francisco Valdivia Valdivia, Luis Busch Morales y Andrés Rojas Marambio, en su carácter de lesa humanidad, cuyos aspectos se mantuvieron en la revisión ejecutada por el Tribunal de Alzada.

TERCERO: Que, por parte del apoderado del sentenciado, Adolfo Fernando Born Pineda, se dedujo un recurso de casación en el fondo, el cual se basó en la causal del numeral 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, atribuyendo al fallo la vulneración de los artículos 1, 15 y 391 del Código Penal, ello al no aplicar a los hechos la eximente de responsabilidad del error de prohibición.



Al efecto, según explica el recurrente, para que cualquier sentenciador penal pueda realizar un juicio de culpabilidad de un acusado, este juicio debe descansar en dos presupuestos fundamentales, cuales son: a) la capacidad de comprender la ilicitud del acto, y; b) la capacidad de auto determinarse de acuerdo con esa comprensión. Luego, si falta cualquiera de ellos, no se puede realizar un juicio de responsabilidad penal en contra del agente, entonces, el aspecto negativo del juicio de exigibilidad se traduce en el análisis concreto de los casos que inhiben al Estado atribuirle a una persona responsabilidad penal, dentro de los cuales encontramos la figura y eximente de responsabilidad penal del error de prohibición.

En este sentido, entiende la defensa, que la conducta ejecutada por el sentenciado responde precisamente a aquello, un *error de prohibición* que, en este caso, es *indirecto*, el que describe a quienes saben que la conducta desplegada es antijurídica, pero piensan erróneamente que existe en su caso una causa de justificación, sea la existencia de una justificante, sea los límites de ella o sobre la existencia de circunstancias fácticas de la misma. Así, concibe que se cumplen con todos y cada uno de los presupuestos de esta institución, lo cual se concreta con los elementos de prueba que detalla, dando cuenta de la existencia de un error de prohibición padecido por el inculpado, el cual se volvió inevitable dada las constantes validaciones de la orden inicial.

En este orden de cosas, considera un desacierto el sustentar como razón para descartar el error de prohibición, la existencia o no del mentado Consejo de Guerra, pues la procedencia de la eximente sólo descansa en la creencia del hechor de que dicho Consejo se verificó, siendo irrelevante si el mismo se ejecutó o no. De igual forma, considera una equivocación las otras razones que se apuntan para rechazar este instituto, insistiendo en la



procedencia de éste y que, en definitiva, estima que no se encuentra acreditada su responsabilidad criminal ya que, en este caso, opera la eximente de responsabilidad penal del error de prohibición.

En consecuencia, solicita acoger el recurso presentado y se proceda a invalidar el fallo recurrido, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, en que se declare que se absuelve al acusado por la eximente del error de prohibición señalada.

CUARTO: Que, conforme a lo reclamado, la causal propuesta corresponde al numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la cual identifica como aplicación errónea de la ley penal: *“1° En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena”*.

En este caso, las alegaciones que conforman el centro de la causal giran en torno a un *error de prohibición invencible* que habría afectado al encausado, quien actuó convencido que su accionar respondía a actos del servicio y ello, además, estaba respaldado por una decisión de un Consejo de Guerra, en el que se determinó la muerte de las víctimas, todo lo cual trasunta en que su responsabilidad penal se encuentra dispensada a raíz de la eximente o exculpación indicada.

Al respecto, cabe indicar que el *error de prohibición* es un instituto jurídico que no encuentra una definición legal en nuestro ordenamiento, sino que ha sido una construcción dogmática y jurisprudencial la que lo ha instalado



en nuestro país como una circunstancia que afecta la reprochabilidad de la conducta. No obstante, en legislaciones comparadas, el tratamiento es algo más claro, aun cuando persiste la falta de una definición expresa del mismo.

Así, por ejemplo, en España, reza el artículo 14 de su texto penal, dice que: *“1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”*. En Alemania, de igual forma, el párrafo 17 versa sobre el error de prohibición, señalando: *“Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar, entonces actúa sin culpa si él no pudo evitar el error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al artículo 49 inciso 1°”*. De la misma manera, en Argentina, el Código Penal de la Nación, en el título sobre la Imputabilidad, señala el numeral 1° del artículo 34 que, *“No son punibles: N°1. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”* (referencias efectuadas por el autor, Carlos Künsemüller L. Notas sobre el error de prohibición. Gaceta Jurídica. Año 2004. Octubre. N° 292).

Con lo dicho, sin ahondar en las atrayentes disquisiciones doctrinarias sobre el particular, sobre todo lo que en ellas inciden los distintos criterios de la



culpabilidad, diremos que el *error de prohibición se produce, como ya se ha visto, cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuestos de la prohibición y, sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento y, por tanto, no razonable para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta* (Luzón Peña, PG. I, 1996, 462, citado por Olaizola Nogales, Inés. *Error de Prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. Ed. La Ley. 1ª Ed. 2007. Pg. 53).

QUINTO: Que, dicho lo anterior, siguiendo la doctrina planteada, existen diferentes formas en que este error se representa, siendo la más tradicional la que reconoce el *error de prohibición directo*, en donde el sujeto no es consciente del carácter injusto de su hecho; y, el *error de prohibición indirecto*, en el cual el individuo yerra sobre la existencia o los límites de una causa de justificación. Este último es el que propone la defensa en este caso, y que el Tribunal de segundo grado rechaza, dado que, a grandes rasgos, yendo a la normativa militar, entiende que una *orden del servicio* jamás puede estar referida a la ejecución de un crimen de lesa humanidad como es el asesinato de opositores de un gobierno de facto, añadiendo que, en este caso, tampoco concurrían los elementos suficientes para considerar que dicha orden pudiese emanar de un Consejo de Guerra, tal como lo sostuvo la asistencia letrada. Además, esta circunstancia no fue acreditada en el proceso, tal como lo afirman los jueces de instancia (considerandos noveno a décimo quinto de la sentencia de segunda instancia), haciendo un extenso análisis sobre la *vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición* alegado, razonamiento que esta Corte comparte.



En este sentido, aun cuando esa circunstancia debe ponderarse en cada caso según las circunstancias concurrentes a la época de los hechos, poniéndose en el lugar y condiciones en que adopta la decisión de interés criminal, y no en el tiempo presente de normalidad institucional y plena vigencia del Estado de Derecho, como parece entenderlo la apoderada del Programa de Derechos Humanos, ello no impide descartar su concurrencia, considerando la entidad del error, la gravedad de la conducta seguida por el condenado y la falta de elementos probatorios que permitan dar por establecida esta circunstancia.

SEXTO: Que, en este orden de cosas, el fallo repasa ciertos indicios que marcaron la decisión y llega a la conclusión que el error alegado no se verifica, lo que resulta acertado dado que, por la *naturaleza del delito*, era esperable que una decisión que afectaba un derecho tan elemental, como es la vida, se viese corroborado con algo más de rigor que el empleado puesto que su ilicitud resultaba notoria y un Consejo de Guerra era una situación del todo excepcional, incluso en el marco de un régimen dictatorial recientemente instalado. Enseguida, también cobra relevancia el *modus operandi* utilizado en este caso ya que, como se razona, aun cuando existían visos de que se estaba cumpliendo un dictamen militar, igualmente concurrían otros que, objetivamente, permitían desconfiar que ello no era así, entre ellos, el *lugar de ejecución*, alejado de un recinto militar, de por sí irregular, pero, además, resaltaba el infausto *estado en que las víctimas se encontraban*, con evidentes signos de torturas; para luego, posterior a su ejecución, ser *sepultados* en un lugar del cementerio, también anómalo.

Es decir, puesto en el escenario descrito, en un cuadro de las capacidades y circunstancias en que se encontraba el sujeto, es posible



concluir que el error de prohibición alegado no era invencible, estando el inculpado en posición de conocer o al menos imponerse del hecho que el destino de las víctimas no se definió por medio de una sentencia militar, sino que respondió a la concreción de un crimen de lesa humanidad.

Es más, ello se refuerza con una de las declaraciones indagatorias del inculpado, no las primeras, en las que niega todo conocimiento sobre los hechos, sino que en las dos posteriores, en donde, pese a entregar detalles de lo sucedido, no se vislumbra un intento por conocer detalles o un respaldo sobre la mentada decisión, sino que sólo se aludió a una falta de preparación propia de la edad (23 años), del grado militar (teniente) y la nula experiencia para ejecutar el funesto encargo, lo cual conduce a refrendar la inferencia anticipada ante el escaso esfuerzo de conciencia en dilucidar los motivos de la ejecución y la falta de reflexión que se advierte en su proceder.

En este razonar, como explica el autor Enrique Bacigalupo, *“la exclusión de la punibilidad en los casos sobre error sobre la antijuridicidad depende de si el autor pudo evitar o no el error, es decir, de si estuvo a su alcance adquirir un conocimiento correcto de la situación jurídica en la que obró”* (Bacigalupo, Enrique. Tipo y Error. 2ª Ed. Ampliada. Pg. 178), con lo cual, por los antecedentes que rolan en el proceso, es posible concluir que el sentenciado estaba en posición de vencer el error de prohibición propuesto, debiendo así descartar la causal de casación planteada.

SÉPTIMO: Que, en las condiciones y por las razones indicadas, el recurso deducido no podrá prosperar.

Y, de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se **RESUELVE:**

Que, se **RECHAZA** el recurso de casación en el fondo, interpuesto por



el apoderado del sentenciado Adolfo Fernando Born Pineda, deducido en contra de la sentencia definitiva de fecha seis de octubre de dos mil veintitrés, pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de La Serena.

Redacción a cargo de la Ministra Suplente, señora Lusic.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Rol N° 244.166-2023

Pronunciado por la Segunda Sala de esta Corte Suprema integrada las Ministras Suplentes Sra. Eliana Quezada M., Sra. Dobra Lusic N., Sra. María Carolina Catepillán L., y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavolari G., y Sr. Juan Carlos Ferrada B. No firman las Ministras Suplentes Sras. Lusic y Catepillán, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido ambas su período de suplencia.



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

