

Santiago, ocho de agosto de dos mil veintitrés.

Vistos:

En los autos Rol N° 43.974-2020 de esta Corte Suprema, el Ministro de Fuero señor Mario Carroza Espinosa, por sentencia de 24 de enero de 2018, escrita a fojas 2333, decidió:

a.- Que se absuelve a Patricio Silva Garín de la acusación judicial y particular que se dedujera en su contra de ser autor del delito de secuestro calificado de Gonzalo Marcial Toro Garland, ocurrido a contar del 4 de abril de 1974, en la ciudad de Santiago;

b.- Que se condena a Manuel Andrés Carevic Cubillos y a Patricio Alberto Silva Abarca como cómplices del delito de secuestro calificado en la persona de Gonzalo Marcial Toro Garland, ocurrido desde el 4 de abril de 1974, en la ciudad de Santiago, a la pena de quinientos cuarenta y un día de presidio menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

Se les otorgó el beneficio de la remisión condicional de la pena por el término de tres años.

En la parte civil, se accedió a la demanda, fijándose un monto de sesenta millones de pesos por concepto de daño moral respecto de Gonzalo Toro Fernández.

Apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de cinco de marzo de dos mil veinte, que rola a fojas 2559, la confirmó en lo que se refiere a la parte penal, la revocó en lo concerniente a la condena en



costas al Fisco y respecto a la parte civil, modificó el monto de la indemnización a la suma de 1.219 Unidades de Fomento.

Contra ese último pronunciamiento, los condenados Patricio Silva Abarca y Manuel Carevic Cubillos, la Unidad del Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo, y el querellante, dedujeron recursos de casación en el fondo.

Con fecha diecinueve de mayo de dos mil veinte, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la defensa del acusado Manuel Carevic Cubillos dedujo recurso de casación en el fondo fundado en la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 16, 68, 103 y 141 del Código Penal.

Arguye que la sentencia recurrida establece que es improcedente aplicar la prescripción gradual, contemplada en el artículo 103 del Código Penal, lo que resulta errado atendido que en la causa no hay antecedentes que la víctima siga viva, habiéndose agotado toda la investigación a este respecto, lo que permite contabilizar el período que exige la disposición legal citada, sea desde la fecha de su última noticia, sea desde la fecha de su desaparición o sea desde la fecha en que se estima el delito de secuestro como “calificado”, y así aplicar de manera correcta esta atenuante, toda vez que desde la fecha de los hechos investigados, esto es, 1974, ya han transcurrido más de cuarenta años.

Agrega que en este caso concreto, desde que la víctima abandona el Hospital Militar, es posible contabilizar el plazo, porque desde ese momento cesa



la conducta de secuestro calificado, teniendo entonces un plazo cierto para su cómputo.

Hace presente que la aplicación del artículo 103 del Código Penal resulta obligatoria para los jueces sentenciadores, en virtud del principio de legalidad que rige en el Derecho Penal, estipulado de manera expresa en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, pues es una norma que favorece a los sentenciados.

Añade que esta circunstancia tiene una naturaleza jurídica distinta a la prescripción, puesto que es una circunstancia que atenúa la responsabilidad penal, la otra es una eximente de responsabilidad que busca dejar sin sanción a aquellas personas que han sido condenadas por delitos de esta clase, sin que exista en los tratados internacionales una prohibición de su aplicación en delitos de lesa humanidad.

Manifiesta que conforme al artículo 5, párrafo segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sustenta el principio de humanidad en materia penal y evidentes razones de justicia, atendido el tiempo transcurrido, hace aplicable plenamente a este caso lo prescrito en el artículo 103 del Código Penal.

Por ello, si se reconoce, debe aplicarse el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, teniendo presente que respecto del acusado concurre la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y la minorante de cumplimiento de órdenes del artículo 211 en relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar, ya que al ser más de dos, en este caso tres las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal está facultado para imponer la pena inferior en uno, dos o



tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Concluye solicitando que la Corte invalide el fallo y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, aplicando una pena igual o menor a quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, manteniéndose la remisión condicional de la pena.

Segundo: Que previo al análisis del recurso, es conveniente recordar que en el motivo séptimo del fallo de primer grado –hecho suyo por la sentencia impugnada-, se tuvieron por establecidos los siguientes hechos:

“a.- Que en el período 1974-1977, la represión política estuvo a cargo principalmente de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), lapso en que se dio el mayor número de desapariciones forzadas de personas, método de eliminación practicado principalmente por este organismo. Los casos de detenidos desaparecidos del período 1974-1977 responden a un patrón de planificación previa y coordinación central que revelan, en su conjunto, una voluntad de exterminio de determinadas categorías de personas: aquéllas a quienes se atribuía un alto grado de peligrosidad política;

b.- Que a fines de 1973 y luego de la fase de toma del poder, el gobierno militar comenzó a pensar en llevar a cabo transformaciones profundas, por lo que la Junta de Gobierno aceptó como necesario crear un organismo de inteligencia del Estado, para asistirle en ese proceso y combatir los obstáculos que se percibían, entre ellos, principalmente, la existencia de fuerzas políticas con potencial de reorganizarse, tanto en la clandestinidad como fuera de Chile. Así nació la DINA;



c.- *Que la DINA fue creada formalmente en el mes de junio de 1974. Sin embargo los comienzos de este organismo se remontan a noviembre de 1973 o incluso a una fecha anterior. La DINA fue disuelta en el mes de agosto de 1977.*

d.- *Que durante 1974, la acción represiva de los servicios de inteligencia con resultado de desaparición forzada de personas, la gran mayoría de las cuales se atribuyen a la DINA, se dirigió preferentemente en contra del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR).*

e.- *Que mediante el Decreto Ley N° 521, de junio de 1974, se creó la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA). En uno de sus tres artículos secretos este Decreto Ley señala que la DINA será la continuadora de la Comisión denominada con la misma sigla, organizada en noviembre de 1973.*

El Decreto Ley N° 521 calificaba a la DINA como un "organismo militar de carácter técnico profesional, dependiente directamente de la Junta de Gobierno y cuya misión será la de reunir toda la información a nivel nacional, proveniente de los diferentes campos de acción, con el propósito de producir la inteligencia que se requiera para la formación de políticas, planificación y para la adopción de medidas que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país." El mismo decreto le entrega a la DINA, en uno de sus artículos secretos, ciertas facultades para allanar y detener."

Para luego establecer en el motivo octavo de ese mismo fallo "Que en este contexto, Gonzalo Toro Garland, profesor de Artes Musicales de la Universidad de Chile y Militante del Movimiento de Izquierda Revolucionario, el día 4 de abril de 1974, alrededor de las 19:30 horas, es detenido en la vía pública, presumiblemente en la plaza pública ubicada en calle Nueva de Matte con Huasco



o en su caso, en el frontis de la casa central, por agentes de la DINA, quienes al aprehenderle le provocan heridas de bala que lo dejan en estado de gravedad y en virtud de esas condiciones, se ven obligados a trasladarlo al Hospital Militar, donde estuvo hospitalizado hasta el día 1 de agosto de 1974, fecha en que se certifica por el Subdirector Médico en un documento oficial, que recibe el alta -fojas 61-, y presumiblemente efectivos de la DINA lo retiran del establecimiento y desde ese momento, se desconoce su paradero y hasta la fecha no se tienen noticias de su persona”.

Los sucesos así descritos fueron calificados por la sentencia como constitutivos del delito de secuestro calificado –al que además, se le dio el carácter de lesa humanidad-, previsto y sancionado el artículo 141 incisos 1º y 3º del Código Penal.

Tercero: Que, en relación al argumento contenido en el libelo deducido por el encartado Carevic Cubillos, consistente en la contravención al artículo 103 del Código Penal, la sentencia declara que el delito de que se trata constituye un crimen de lesa humanidad, lo que determina su imprescriptibilidad, por ende, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza a la gradual, porque la reparación integral de las víctimas y de sus familias solo será posible con la determinación de sanciones ajustadas a este tipo de ilícitos y que es concordante con el derecho internacional de los derechos humanos.

Cuarto: Que, sin perjuicio de lo señalado por el fallo, la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal del recurso, en tanto se afinca en el artículo 103 del Código Penal.



Por una parte, 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.

Pero junto con ello, se subraya 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, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes (Sentencias Corte Suprema Rol N° 35.788-17, de 20 de marzo de 2018 y Rol N° 39.732-17, de 14 de mayo de 2018).

En tales condiciones, el recurso ante aludido, debe ser desestimado.

Quinto: Que el acusado Silva Abarca dedujo recurso de casación en el fondo fundado en la causal del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 488 numerales 1° y 2° primera parte y artículo 456 bis, ambos del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 16 y 141 del Código Penal.

Señala que los sentenciadores para dar por establecida la participación del acusado como cómplice del delito de secuestro calificado se basan únicamente en el medio de prueba de la presunción judicial, habiéndose dado por acreditado un



hecho base que no está comprobado y, además, sería erróneo, para luego construir la presunción judicial de su culpabilidad.

Explica que cuando Toro Garland fue llevado al Hospital Militar, el encartado se encontraba de vacaciones, y por lo tanto, no estuvo como jefe del recinto durante un período de la duración de la estadía de la víctima en el recinto asistencial. Además, un clase o suboficial no puede ser jefe, siempre es un oficial, y si no está el titular se nombra un reemplazo, por lo al ser el acusado un sargento, como está acreditado en su hoja de vida, no tenía mando o jefatura, conforme al artículo 73 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

Añade que el encartado tenía el cargo de auxiliar de inteligencia, no de jefatura, lo que queda acreditado con el Oficio de respuesta del Estado Mayor General del Ejército, con las Lista de Revista Comisario del año 1974. Así, tal situación consta del oficio de respuesta del Estado Mayor General del Ejército, de fecha 25 de febrero de 2014, en el cual se indica que el acusado se desempeñó en ese cargo y grado, lo que fue ratificado con los testimonios de Raúl Toro, Hugo Córdova, Jorge Luís Chavan, Gonzalo Dueñas, y el inculpado Patricio Silva Garín.

Indica que respecto a las declaraciones de Roberto Merino Merino, utilizadas por el sentenciador para acreditar el hecho base, cabe señalar que expresó que el jefe de seguridad era él, sin aportar antecedentes respecto al encartado, y atribuyéndole a la DINA la custodia de los detenidos y su traslado, quedando fuera de dichas actividades el personal de seguridad del Hospital.

Arguye en lo referente a las declaraciones de Juan Cabello Leiva, Nildo Caro y Sigifredo Lara, quienes por ser parte de la Oficina o Departamento de Seguridad del Hospital reconocerían como segundo jefe de ésta al acusado, cabe



señalar que ellos jamás cumplieron funciones en dicha oficina de seguridad, puesto que eran enfermeros dependientes de la sub dirección médica del Hospital Militar, conforme al mérito de los antecedentes.

Agrega que, en consecuencia, la presunción judicial utilizada como único medio de prueba por el sentenciador no cumple el requisito de basarse en un hecho real y probado, vulnerando el número 1 del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, como tampoco cumple el requisito del numeral 2º primera parte de la misma disposición.

Por lo expuesto, además, se vulneró el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, transformando entonces al medio por el cual ha adquirido convicción en un medio de prueba no reconocido por la ley.

Concluye pidiendo se invalide el fallo y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, en la que se resuelva que se absuelve al acusado por falta de participación.

Sexto: Que, en cuanto a la impugnación de fondo formulada por la defensa del encartado Silva Abarca, los hechos de participación declarados por el fallo se enfrentan con los consignados en el recurso, por lo que se ha reclamado que en su establecimiento se vulneraron las leyes reguladoras de la prueba. Sin embargo, el yerro del libelo, es que las disposiciones que se citan no satisfacen el fin pretendido.

En efecto, y en relación a la infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, si bien se cita la sección del precepto que reviste la condición de norma reguladora de la prueba -números 1º y 2º, primera parte-, en rigor, la lectura del recurso no demuestra la imputación de haberse vulnerado tal



disposición, pues únicamente se plantea una discrepancia en torno a la valoración que el fallo confiere a los elementos de convicción reunidos y relacionados en la sentencia conforme a los cuales se estimó acreditada la intervención de su mandante en los hechos, discordándose solo de sus conclusiones, cuestión ajena a este recurso de naturaleza sustantiva.

Finalmente y respecto del artículo 456 bis del mismo cuerpo de normas, es necesario señalar que dicho precepto alude a la convicción que debe tener el Juez para condenar, lo que no lo obliga a valorar las pruebas realizadas del modo como lo requiere el recurrente, pues éste, en virtud de la ley tiene un amplio margen para estimarlas o desestimarlas en su actividad de valoración de aquellos medios, por lo que mal podría configurarse la vulneración denunciada.

Por estas reflexiones, el arbitrio en análisis, será también rechazado.

Séptimo: Que, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y el abogado de la parte querellante interpusieron recursos de casación en el fondo fundados en la infracción del artículo 546 números 1 y 7 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 15 N° 1 del Código Penal; 488 N° 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, 211 y 214 del Código de Justicia Militar, agregando el primer recurrente la infracción a los artículos 16 y 51 del Código Punitivo y al artículo 5 de la Ley N° 18.216.

Explican que la determinación de la participación de los encartados Silva Abarca y Carevic Cubillos como cómplices del secuestro calificado de Gonzalo Toro Garland es errada, pues los antecedentes reunidos en la causa evidencian que la intervención de los referidos acusados reviste los caracteres de la autoría, en los términos establecidos en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.



Explican que en lo referente a Patricio Silva Abarca, tanto de sus declaraciones indagatorias como de las deposiciones de testigos se establece que integraba el grupo de funcionarios a cargo de la seguridad del recinto hospitalario y, además, efectuaban rondas por sus dependencias para constatar las condiciones en que se encontraban los detenidos que estaban internados en el centro asistencial, efectuando labores de coordinación con los agentes de la DINA, que también permanecían en el lugar, lo que es corroborado por la documentación agregada en el expediente que da cuenta que en los períodos de calificaciones correspondiente a los años 1973, 1974 y 1975, el inculpado se desempeñó en el Hospital Militar de Santiago como auxiliar de inteligencia, en el área de seguridad.

Por ello concluyen, que en tales condiciones tenía dominio respecto de la situación de privación de libertad en la que se encontraba Gonzalo Toro Garland al interior del Hospital Militar de Santiago, lugar en el cual, permaneció privado de libertad durante casi dos meses, sin poder ser ubicado hasta el día de hoy.

En lo referente a Manuel Carevic Cubillos, también existen antecedentes que acreditan su autoría directa e inmediata, pues ellos demuestran que mientras estaba a cargo de la Brigada Purén, perteneciente a la DINA, envió a funcionarios bajo su mando al Hospital Militar de Santiago, para efectos que desarrollaran labores de custodia de detenidos en el sector donde se encontraba Gonzalo Toro Garland privado ilegalmente de su libertad, con la instrucción de mantener aislados e incommunicados a los detenidos.

Invocan como segundo error de derecho el reconocimiento de la circunstancia atenuante establecida en el artículo 211 en relación al artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar, en favor de ambos condenados, por cuanto



ambos encartados no admiten haber intervenido directamente en acciones vinculadas con la privación ilegal de la libertad de Gonzalo Toro Garland, sino que Silva Abarca solo describe acciones de supervisión de turnos de la guardia del sector donde se encontraba detenida la víctima, siempre supeditadas a las acciones de Roberto Merino, mientras que Carevic Cubillos decididamente niega cualquier tipo de intervención en los hechos objeto de la presente causa. Por consiguiente, se desconoce la existencia y el contenido de las órdenes superiores que determinaron sus acciones. Tampoco se acreditó la representación que ellos hubieren hecho a sus superiores jerárquicos.

Finalmente, consideran del todo improcedente reconocer, en el caso de crímenes de lesa humanidad, como el de autos, la concurrencia de la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, por cuanto la misma, como se ha señalado previamente, resulta aplicable a delitos militares o comunes, pero no a delitos de lesa humanidad.

Concluyen solicitando se anule la sentencia impugnada y se proceda a dictar, acto seguido y sin nueva vista, la correspondiente sentencia de reemplazo, en que se condene a los sentenciados Manuel Carevic Cubillos y Patricio Silva Abarca como autores del delito de secuestro calificado perpetrado en contra de Gonzalo Toro Garland, a la máxima pena establecida por el legislador; y se rechace el reconocimiento de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 214 del mismo código respecto de los referidos condenados.

Octavo: Que, el fallo de primer grado, confirmado por el tribunal de alzada, atribuyó participación a título de cómplice a los encartados Silva Abarca y Carevic



Cubillos, en atención que el primero era el segundo jefe del Departamento de Seguridad del Hospital Militar, prestando cooperación para mantener encerrado sin derecho a Gonzalo Toro Garland, encargándose que se mantuviera su custodia, así como el acceso de los agentes de la DINA, pudiendo éstos retirarlo del establecimiento. Respecto del segundo, dirigía y formaba parte del grupo de la DINA que custodiaba a la víctima en su estadía en el centro hospitalario, por lo que se estimó por los sentenciadores que sus conductas se vinculaban con una cooperación en la ejecución del ilícito.

Noveno: Que, en relación a la autoría y participación en análisis, cabe destacar que existe dominio del hecho: a. En la conducta del autor inmediato que realiza y controla objetiva y subjetivamente el hecho de propia mano; b. En el dominio de la voluntad como sucede en los casos de autoría mediata; c. En los casos de dominio funcional como ocurre en el caso de la coautoría.

Será autor inmediato o directo, quien realiza directa, materialmente o de propia mano, en todo o en parte, la conducta descrita en el tipo penal, siéndole objetiva y subjetivamente imputable el hecho punible. El autor inmediato es el señor del hecho, porque conserva el poder de decidir autónomamente sobre la prosecución del acontecimiento delictivo hasta su consumación.

Así, en todo delito comisivo doloso como el investigado en estos autos, debe considerarse como autor inmediato o de propia mano, a quien realiza materialmente todos los presupuestos que contiene la descripción del tipo penal, como asimismo, lo será quien ejecuta materialmente el encargo de otro, si concurren en dicha ejecución todos los presupuestos del hecho típico.



Por su parte, el autor mediato es quien ejecuta un hecho propio a través de otro cuya conducta instrumentaliza. Es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona denominada instrumento, para ejecutar la conducta típica. En la autoría mediata el dominio del hecho presupone que el acontecimiento global se presenta como obra de la voluntad directiva del hombre de atrás y que éste controla la conducta del ejecutor por medio de su influencia sobre él.

Así, uno de los casos de autoría mediata por dominio de la voluntad consiste en el empleo de un aparato organizado de poder, en el cual el sujeto de atrás dispone de una maquinaria perfectamente ordenada, de carácter estatal, paramilitar o mafiosa, con cuya ayuda puede cometer multiplicidad de delitos a través del intermediario, quien realiza la conducta plenamente consciente, sin coacción o error. En estos casos el “instrumento” que posibilita al hombre de atrás la ejecución de las órdenes del autor mediato, es el aparato como tal, que está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide, de manera que el autor mediato puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos casi unánimemente como casos de autoría mediata (Roxin, “El dominio de



organización como forma independiente de autoría mediata”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, 2006, pp. 14-15).

Siguiendo al mencionado autor, el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos reside en la fungibilidad del ejecutor. En efecto, el mencionado jurista germano en su libro refiere que hay una manifestación del dominio mediato del hecho, cual es, el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas, aludiendo, así, a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer crímenes (Roxin, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. Séptima edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 270).

En tal sentido, doctrina nacional autorizada ha señalado que autor mediato, es quien para ejecutar el hecho típico se sirve de otro, cuya voluntad domina, y que es quien lo realiza materialmente.

La autoría mediata exige que el instrumento se encuentre en una posición subordinada frente al “hombre de atrás” que es quien, por consiguiente, ostenta el señorío del hecho y a quien deben reconducirse todos los presupuestos de la punibilidad. En términos muy generales, puede decirse que ello ocurre así cuando el hombre de tras domina la voluntad del ejecutor, sea sirviéndose directamente de coacción, para doblegarlo, sea ocultándole el significado concreto del hecho mediante un error, e impidiéndole así orientar el acontecimiento conforme a su verdadera finalidad (CURY U. Enrique, Derecho Penal, Parte General, 8° edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, Santiago, pp. 597-598).



Finalmente, serán coautores, quienes ejecutan conjuntamente y de mutuo acuerdo (expreso o tácito) el hecho, dividiéndose la realización del plan, en términos tales que disponen del codominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto, porque cada una de las contribuciones separadamente consideradas es funcional a la ejecución del hecho en su totalidad. En la coautoría existe un dominio funcional, porque los autores se reparten la realización del hecho, se “dividen el trabajo”, de manera que ninguno de ellos dispone de su total realización, sino que lo cometen entre todos. En palabras de Bacigalupo "el elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin como un dominio funcional del hechor en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo" (Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 2da, edición renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, p. 501).

Décimo: Que, en las condiciones anteriormente descritas, cabe tener en consideración que los sujetos que formaban parte de este aparato organizado de poder son responsables de las acciones antijurídicas que este desarrollaba, según su intervención funcional a la realización del hecho, conforme a las hipótesis normativas de autoría y participación previstas en el ordenamiento jurídico nacional, en el cual si bien no existe una definición explícita de coautoría, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en señalar que dicha forma de participación se encuentra debidamente consignada en el artículo 15 N°1 del Código Penal, al señalar que: “Se consideran autores: 1° Los que toman parte en



la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”.

Sobre la materia Roxin señala, “lo peculiar de la coautoría es que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás (...) el dominio completo (del hecho) reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global” (ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal, 7° edición, Marcial Pons Librero Editor, Madrid, 2000, p. 307-308).

Por su parte el profesor Cury ha manifestado que, “para que exista coautoría, es indispensable que los distintos intervinientes presten a la realización del hecho una contribución que haga “funcionar” el plan conjunto que sea funcional a la realización del hecho, de tal manera que si uno de ellos la retira el proyecto fracasa; pero, al mismo tiempo, la actividad de cada cual es, a su vez, dependiente de que los restantes realicen la suya, porque por sí sola es incapaz de conducir a la consumación”. “No es necesario que el coautor intervenga directamente en el hecho típico, [...] basta que su contribución sea decisiva para la consumación...” (Enrique Cury, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, pp. 611-613).

Lo anterior también ha sido sostenido por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIEY), en el caso The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3121-Red. Sentencia apelación Fallo. (01 de diciembre de 2014), en el cual la Sala de Apelaciones considera que, “en circunstancias en las que una pluralidad de personas estuvo involucrada en la comisión de crímenes previstos en el Estatuto, la cuestión de si un acusado ‘cometió’ un delito -y, por lo



tanto, no solo contribuyó al delito cometido por otra persona-, no puede responderse únicamente por referencia a qué tan cerca estuvo el acusado del delito real y si él o ella llevó a cabo directamente la conducta incriminada. Más bien, lo que se requiere es una evaluación normativa del papel de la persona acusada en las circunstancias específicas del caso”, añadiendo además “que la herramienta más adecuada para realizar tal apreciación es una evaluación de si el imputado tenía control sobre el delito, en virtud de su contribución esencial al mismo y el poder resultante para frustrar su comisión, incluso si ese aporte esencial no se realizó al momento de la ejecución del delito (...)”.

Por ello, los coautores intervienen en un hecho propio ejecutando un aporte funcional a la realización mancomunada o colectiva del plan en su conjunto, por lo que les será aplicable el principio de imputación recíproca, conforme al cual, todo lo que haga cada uno de los coautores dentro del marco del acuerdo de voluntades, les es imputable a los demás.

Undécimo: Que, conforme a lo que se viene razonando y a los hechos establecido por el juez *a quo*, los que no fueron modificados por el tribunal de segunda instancia, permiten tener por configurada la participación en calidad de coautores de los sentenciados Silva Abarca y Carevic Cubillos, pues cada uno de ellos, previo concierto, colaboró directamente a la ejecución del delito, en su calidad el primero de encargado de la seguridad del recinto y detenidos del Hospital Militar, y el segundo como jefe del grupo que custodiaba a la víctima, respectivamente, ejerciendo control sobre el ofendido cuando esta se hallaba en cautiverio, privándolo de trasladarse libremente de un lugar a otro y obligándolo a



permanecer en un determinado sitio o espacio cerrado contra su voluntad, asegurando con ello la mantención de su condición o destino.

Duodécimo: Que, en este punto del análisis, resulta claro que los acusados Manuel Carevic Cubillos y Patricio Silva Abarca, ejecutaron, voluntariamente, conductas que no sólo encuadran en los verbos rectores del tipo penal de secuestro calificado, sino que además lo hicieron bajo los parámetros de la coautoría funcional y sucesiva, que implica que ambos efectuaron dentro de su esfera de actuación y en un contexto grupal, individualmente, un aporte funcional necesario para llevar a cabo la operación delictiva, mediante una determinada función y cuya ejecución implica la continuidad del tipo penal, de suerte que su calidad es de coautores.

Por las razones expresadas, este capítulo del recurso de casación en estudio será acogido.

Décimo tercero: Que en lo que atañe a los preceptos del Código de Justicia Militar que se dicen infringidos, es dable precisar que esta minorante, denominada “obediencia indebida”, tiene lugar -como lo explica Renato Astrosa en su obra Código de Justicia Militar Comentado, 3a edición, p. 340- fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214 del Código de Justicia Militar, tanto en los delitos militares como en los comunes, respecto de quien comete un hecho delictual, en cumplimiento de un mandato de actuación emanado de un superior jerárquico. Es decir, esta causal de atenuación opera cuando el inferior comete un delito militar o común, en virtud del acatamiento de una orden de un superior jerárquico, siempre y cuando ese cumplimiento no constituya un caso de obediencia debida, previsto en el artículo 334 del texto legal citado.



Décimo cuarto: Que, en consecuencia, el artículo 214 se aplica de manera subsidiaria, para el caso que el delito se ejecute en virtud de una orden de jefatura, respecto de la cual no se cumple con alguno de los demás requisitos de la eximente de responsabilidad penal, los cuales, según lo dispuesto en los artículos 334 y 335 del Código de Justicia Militar, son los siguientes:

- 1) Que emane de un superior.
- 2) Que sea relativa al servicio.
- 3) Que sea dada en uso de atribuciones legítimas.
- 4) Que si la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, haya sido representada por el inferior e insistida por el superior.

Si bien a partir del carácter subsidiario de la atenuante, podría concluirse que ésta opera cuando un subordinado comete un delito y falta alguno de los cuatro requisitos anteriores, ello no es así, en razón de que no puede faltar el presupuesto esencial en el que ella descansa, a saber, la existencia de la orden del superior jerárquico. (Astrosa, cit., p.340)

De este modo, probar la existencia de la orden resulta indispensable para poder determinar la procedencia de esta minorante residual, pues sólo a partir del cumplimiento de ese presupuesto es factible ponderar la no concurrencia de los requisitos que la hacen plausible como eximente. En este contexto, no cabe duda alguna que la negativa de los hechores, en cuanto a su participación en el delito y responsabilidad consiguiente, impide conocer no sólo la existencia y términos precisos de la orden requerida por la atenuante en cuestión, sino también si aquellos representaron dicho mandato al superior o si al menos, estuvieron en condiciones de reclamarlo.



En este sentido, cabe tener en consideración lo expresado por el profesor Kai Ambos, en el comentario intitulado “Sobre el efecto eximente del actuar bajo órdenes desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional”, contenido en su obra Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal , Aspectos del Derecho Penal Alemán y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2007, en cuanto refiere que: “De las fuentes pertinentes del derecho internacional penal, se desprende que la reducción de la pena en el caso de crímenes cometidos durante un conflicto bélico -crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad- es permitida en casos individuales, si la justicia así lo requiere” (p. 138).

A fin de concretar lo anterior, plantea dos situaciones en las que es posible aceptar una culpabilidad menor: cuando el subordinado es incapaz de reconocer lo injusto del mandato o bien cuando su resistencia frente a la orden criminal es muy reducida. Y en relación a este último caso, agrega que si el subordinado, habiendo reconocido la antijuricidad de la orden, sin embargo, la ejecutó, sólo se puede justificar la atenuación de la pena si temía sanciones considerables al rechazar la orden. Asimismo, postula que en ambos casos, se tendrá que probar especialmente la naturaleza y el contenido de la orden, así como las posibilidades fácticas con que contaba el subordinado para examinar la orden en la situación concreta de su ejecución (cit., pp.138 - 139).

Sin embargo, todas estas condiciones de orden fáctico y particular relevancia jurídica, que constituyen presupuestos indispensables para discutir la procedencia o improcedencia de la atenuación, tal como ya se ha dicho precedentemente, no han podido ser establecidas como ciertas en este proceso,



de modo que no se cumplen los requisitos conducentes al reconocimiento de la circunstancia reconocida por el tribunal de la instancia.

Décimo quinto: Que, según lo discernido, como los sentenciados Silva Abarca y Carevic Cubillos niegan toda participación en los hechos delictivos materia de la imputación, y ni siquiera insinúan que las conductas ilícitas acreditadas a su respecto fueron ejecutadas en obediencia a órdenes de superiores jerárquicos, aparece de manifiesto que la sentencia atacada ha incurrido en error de derecho al tener por concurrentes los requisitos de la minorante de que se trata y reconocerla a dichos procesados.

Décimo sexto: Que la infracción de ley detectada afecta sustancialmente la decisión adoptada como quiera que, producto de ese error, se impone a los referidos procesados una pena inferior, atendido el reconocimiento de dos circunstancias atenuantes de responsabilidad y la inexistencia de agravantes que les perjudiquen, según se explicita en el fundamento trigésimo séptimo del laudo recurrido, yerro que al infringir lo preceptuado en el ya mencionado artículo 211 del Código de Justicia Militar, ha dado origen a la causal de nulidad esgrimida, por lo que necesariamente habrá que dar lugar al arbitrio deducido.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal; 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

1.- Que se rechazan los recursos de casación en el fondo, formalizados por los encausados Silva Abarca y Carevic Cubillos, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha cinco de marzo de dos mil veinte.



2.- Que **se acogen** los recursos de nulidad sustancial interpuestos por el querellante Gonzalo Edmundo Toro Fernández y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, respecto del pronunciamiento antes individualizado, la que se anula solo en cuanto condena a los encartados Silva Abarca y Carevic Cubillos como cómplices del delito de secuestro calificado en la persona de Gonzalo Marcial Toro Garland, ocurrido desde el 4 de abril de 1974, en la ciudad de Santiago, anulándose dicha sección del fallo, dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo al efecto.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Valderrama.

Rol N° 43.974-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Suplente Sra. Dobra Lusic N., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 08/08/2023 12:12:04

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 08/08/2023 12:12:05



DOBRA FRANCISCA LUSIC NADAL
MINISTRO(S)
Fecha: 08/08/2023 10:32:54



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 08/08/2023 15:40:02

En Santiago, a ocho de agosto 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.

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 08/08/2023 15:40:02



Santiago, ocho de agosto de dos mil veintitrés.

En cumplimiento de lo prescrito en los artículos 544 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 785 del Código de Procedimiento Civil, y lo ordenado por la decisión precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo del que se ha anulado en estos antecedentes.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos décimo séptimo, vigésimo noveno, trigésimo quinto, trigésimo sexto y trigésimo séptimo.

Asimismo, se eliminan la palabra “aunque”, la expresión “no” antes del enunciado “fue de la de autor” y la frase “, que ella se vincula y articula con una cooperación en la ejecución del ilícito, que se asemeja a la complicidad” en el considerando décimo quinto; la frase “, esto es, ellos fueron cómplices en el delito” del motivo décimo sexto; las expresiones “si bien no” y “de cooperación” del párrafo segundo del basamento vigésimo sexto y la palabra “cómplice” luego de la proposición “se le sindicó como” en el párrafo tercero del mismo fundamento, la que se sustituye por el vocablo autor.

Del fallo casado se reproducen sus fundamentos primero a sexto, octavo a décimo séptimo.

Asimismo, de la decisión de casación que antecede, se dan por reiteradas las reflexiones efectuadas en los motivos noveno a décimo quinto.

Y teniendo en su lugar y además presente:

Primero: Que tal como se señaló en el fundamento segundo del fallo de casación que antecede, los hechos configurados y que dan cuenta los



razonamientos séptimo y octavo de la sentencia en alzada, luego de ponderar diversos antecedentes probatorios, tuvo por configurado el delito secuestro calificado de Gonzalo Marcial Toro Garland, previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo 141 del Código Penal, en relación con el inciso primero del mismo artículo, toda vez que la privación de libertad o encierro de la víctima se ha prolongado por más de noventa días y por ende produjo un daño grave en la persona de ésta.

Segundo: Que el delito de secuestro castiga al que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, impidiéndole de esta manera ejercer su facultad de cambiar de un lugar a otro libremente. Las conductas del tipo penal consisten en “encerrar” y “detener”, contra la voluntad del sujeto afectado. “La “detención” consiste en la aprehensión de una persona, obligándola a estar en un lugar contra su voluntad, privándosela de su libertad ambulatoria, siendo indiferente el medio empleado para ello; y el “encierro” se refiere a la acción de mantener a una persona en un lugar donde no pueda escapar, a pesar de que este lugar tenga salidas, que el encerrado no conoce o que su utilización para éste sea peligrosa o inexigible” (Politoff, Matus y Ramírez, Delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual, pág. 201).

Tercero: Que, en relación a los sentenciados Patricio Silva Abarca y Manuel Carevic Cubillos fueron condenados como cómplices del ilícito, que es un grado de participación criminal, que conforme al artículo 16 del Código Penal, tiene lugar respecto de personas que sin reunir las exigencias legales requeridas para tener la calidad de autor, cooperan en la ejecución del hecho por actos



anteriores o simultáneos; en consecuencia, son aquellos que careciendo del dominio del hecho, actúan con dolo, aunque el autor desconozca su presencia.

Con lo narrado por los propios acusados y los demás elementos de prueba que obran en autos, se ha podido determinar que Silva Abarca era el segundo jefe del Departamento de Seguridad del Hospital Militar, prestando cooperación para mantener encerrado a Gonzalo Toro Garland, encargándose que se mantuviera su custodia y también llevaba a cabo la coordinación con los agentes de la DINA en lo referente a la vigilancia de los detenidos que permanecían en el recinto asistencial y, en lo que respecta a Carevic Cubillos, era quien dirigía y formaba parte del grupo de la DINA que custodiaba a la víctima en su estadía en el centro hospitalario, por lo que ejecutaron conductas que se encuadran en los verbos rectores del tipo penal de secuestro calificado, bajo los parámetros de la coautoría, de suerte que su responsabilidad en la comisión del ilícito es de coautores.

Cuarto: Que en mérito de lo razonado en los fundamentos décimo tercero a décimo quinto de la sentencia de casación precedente -que se reproduce en lo pertinente para estos efectos-, corresponde desestimar la petición invocada por la defensa de Silva Abarca, en orden a favorecer a su representado con la minorante de responsabilidad penal estatuida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar.

Por estas consideraciones, y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 528 del Código de Procedimiento Penal; 178, 180 y 186 del Código de Procedimiento Civil, se declara respecto de la sentencia definitiva de fecha veinticuatro de enero de dos mil dieciocho, dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria Sr. Mario Carroza Espinosa, lo siguiente:

En su sección penal:



I.- Que **se confirma** la aludida sentencia, con declaración que se condena a los encartados Manuel Andrés Carevic Cubillos y a Patricio Alberto Silva Abarca como autores del delito de secuestro calificado en la persona de Gonzalo Marcial Toro Garland, ocurrido desde el 4 de abril de 1974, en la ciudad de Santiago, a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, sanción corporal de cumplimiento efectivo, en cuanto no se reúnen los requisitos exigidos por la Ley N° 18.216 para el otorgamiento de penas sustitutivas.

En su sección civil:

II.- Que **se revoca**, la antes referida sentencia en cuanto condena en costas al Fisco, por estimar que existieron motivos plausibles para litigar.

III.- Que **se confirma** en lo demás el fallo apelado.

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

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Valderrama.

N° 43.974-2020

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Suplente Sra. Dobra Lusic N., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr.



Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 08/08/2023 12:12:06

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 08/08/2023 12:12:07

DOBRA FRANCISCA LUSIC NADAL
MINISTRO(S)
Fecha: 08/08/2023 10:32:55



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 08/08/2023 15:40:03

En Santiago, a ocho de agosto 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.

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 08/08/2023 15:40:03

