

Santiago, seis de febrero de dos mil veintitrés.

Vistos:

En los autos Rol N° 14.980-2020 de esta Corte Suprema, el Ministro de Fuero señor Vicente Hormazábal Abarzúa, por sentencia de diez de mayo de dos mil diecinueve, escrita a fojas 993, condenó a Fermín Del Carmen Cheuquenao Contreras en calidad de autor del delito de homicidio simple, en grado consumado, de Justo Benedicto Cortés Díaz, cometido el día 2 de enero de 1975, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a las de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa. Se le otorgó el beneficio de la libertad vigilada.

En la parte civil se acogió la demanda interpuesta por la abogada Mirna Angélica Herrera Varela, en representación de Nancy del Carmen Órdenes Díaz, Laura Elvira Gallardo Órdenes, Betsie Liliana Gallardo Órdenes y Nancy del Carmen Gallardo Órdenes, en contra del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, por concepto de daño moral causado por el homicidio de su hermano y tío Justo Benedicto Cortés Díaz, fijándose para doña Nancy Órdenes Díaz una indemnización de \$ 30.000.000 y para cada una de las sobrinas de la víctima la suma de \$10.000.000.

Apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de La Serena, por sentencia de seis de enero de dos mil veinte, que rola a fojas 1150, la confirmó.

Contra ese último pronunciamiento, la Unidad del Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría del ramo y la parte querellante interpusieron



recursos de casación en el fondo, que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 1188.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en el fondo deducido por el Programa de Derechos Humanos.

Primero: Que el recurso de casación sustancial del Programa de Derechos Humanos se funda en la causal prevista en el artículo 546 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 391 N° 1 y 2 del Código Penal, atendido que la sentencia debió establecer que los hechos descritos en ella constituían un delito de homicidio calificado, de conformidad al artículo 391 N° 1, circunstancia primera.

Expresa que, conforme a los medios de pruebas rendidos, se establece una situación material de indefensión de la víctima y el aprovechamiento mismo por parte del inculpado Fermín Cheuquenao, cuestión que fuera erróneamente desestimada por el sentenciador, pues el encartado perpetró un homicidio alevoso al actuar con plena conciencia de su posición y aprovechándose de la indefensión de la víctima.

Señala que el ánimo alevoso, en la dimensión de obrar sobre seguro, en este caso, se manifestó en el aprovechamiento de parte del acusado de las circunstancias concretas que evitaron que el ofendido pudiera oponer alguna defensa, pues el encartado, con pleno dominio de los acontecimientos en el momento preciso en que representaba con vehemencia su autoridad frente a la víctima y terceros, le disparó en dos oportunidades en el cráneo, mientras el



afectado se encontraba materialmente a su merced, desarmado, situación agravada por la circunstancia que el encausado era su superior.

Arguye que al aplicarse erradamente a los hechos una calificación de homicidio simple, en lugar de considerar que se trata de un homicidio calificado, conlleva una sanción manifiestamente inferior a la que en derecho corresponde.

Luego interpone la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 12 N° 8 del Código Penal, señalando que la errónea aplicación del derecho radica en que, para el juzgamiento de este crimen, debió ser considerada como circunstancia agravante la descrita en esa disposición y que es compatible con la circunstancia de tratarse de un crimen de lesa humanidad, por lo que debió elevarse la sanción del condenado.

Finaliza solicitando se anule el fallo impugnado y se proceda a dictar, acto seguido y sin nueva vista, la correspondiente sentencia de reemplazo, en que se disponga que se condena a Fermín Cheuquenao Contreras como autor del delito de homicidio calificado cometido en contra de Justo Cortés Díaz, con la concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad penal de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, a la máxima pena establecida en la ley.

Segundo: Que, el abogado de la Unidad del Programa de Derechos Humanos en la audiencia en que se procedió a la vista del recurso, se desistió expresamente de la causal establecida en el artículo 546 N° 1 del Código del Procedimiento Penal, en relación al artículo 12 N° 8 del Código Penal, invocada en el recurso de casación en el fondo.



Tercero: Que, como se consigna en el basamento décimo tercero de la sentencia de primer grado, confirmada por el tribunal de alzada, ésta tuvo por demostrados los siguientes hechos:

“a) Que, en horas de la noche del día 1 de enero de 1975, el cabo Justo Benedicto Cortés Díaz se encontraba en servicio de guardia en el Retén Cogoti 18 de la comuna de Combarbalá.

b) Que, en la madrugada del día 2 de enero de ese año 1975, llegó al lugar el jefe del Retén, el Sargento 2º Fermín del Carmen Cheuquenao Contreras, bajo los efectos del alcohol, llevando consigo a dos personas detenidas, ordenándole al Cabo Cortés que procediera a eliminarlos, sin embargo éste hizo caso omiso a dicha orden.

c) Que, pasadas unas horas desde dicho suceso, el referido Sargento 2º regresó a la unidad policial, y ante la presencia de los detenidos en el lugar, reprochó a Cortés Díaz el incumplimiento de la orden; luego, tomando un revolver le propinó dos disparos en la cabeza a éste, provocando su fallecimiento en el lugar por "conjunto de dos heridas de bala cráneo encefálico";

d) Que, una vez que los demás funcionarios de carabineros del Retén se enteraron del deceso de Cortés Díaz, y previo a la llegada de las autoridades y policías al lugar, Cheuquenao Contreras les ordenó modificar el sitio del suceso, entregar versiones falsas sobre los hechos ante las investigaciones sumarias que se desarrollarían, sosteniendo que la causa de muerte fue un suicidio”.

Los hechos fueron calificados como un delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, consumado, acaecido el 2 de enero de 1975.



Cuarto: Que en tales acontecimientos es posible establecer la presencia de un homicidio alevoso, por la especial concurrencia de la modalidad de ejecución de obrar sobre seguro.

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina entienden que la alevosía constituye un modo o forma de ejecución del delito que requiere por parte del agente el ocultamiento de su intención criminal, para ejecutar el homicidio con seguridad, sin riesgos para él, procediendo con cautela y sobre seguro, en forma pérfida e insidiosa, atacando de improviso, a traición o por sorpresa, cuando la víctima se halle desprevenida o indefensa, siendo indispensable que esta situación de ventaja haya sido buscada, procurada o aprovechada por el agresor.

También se ha sostenido que el actuar sobre seguro “es la acechanza, emboscada, o el agguato en el Código Penal Italiano, que deviene del español aguaitar”, aun cuando entre nosotros es más amplio, pues se “comprende también los casos en que se ocultan los medios y no necesariamente la persona del hechor”. “La nota de reprobación moral surge cuando las condiciones de aseguramiento han sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela también la existencia del ánimo alevoso” (Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal”, Editorial Jurídica de Chile, año 1998 T.III, páginas 60 y 61).

Obrar sobre seguro importa crear o aprovechar condiciones fácticas que permitan al agente descartar todo riesgo para su persona en la comisión del hecho. Hay dos modalidades de obrar sobre seguro, ambas constitutivas de alevosía. El agente puede crear una situación especialmente destinada a dar seguridad a su acción o a marginar todo riesgo para su persona. Puede ocurrir también que el agente simplemente aproveche las condiciones concretas en que



se encuentre la víctima y que le ofrezcan seguridad en su acción, no preparadas o determinadas por él. (Mario Garrido, “El Homicidio y sus Figuras Penales”, Editorial Jurídica Conosur, segunda edición, año 1994, páginas 157 y 158).

Quinto: Que las circunstancias antes referidas se encuentran presentes en los hechos en examen. En el momento y lugar adecuado, escrutando conveniente y deliberadamente el instante propicio, con la víctima indefensa, quien se encontraba bebido, escuchando la reprimenda del acusado, quien era su superior jerárquico y desarmado, sin que estuvieran presentes otros funcionarios del recinto policial, asegurando de esta forma un actuar exento de riesgos provenientes de una eventual defensa del atacado, se le dispara, con las consecuencias conocidas. Justo Cortés Díaz no tenía ninguna posibilidad de repeler o evitar un eventual ataque, hechos conocidos por el sentenciado, así como el contexto político que vivía el país y que lo dejaba a salvo de todo peligro, asegurándole impunidad. Todos estos elementos no dejan ningún margen de duda a la concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos que exige la calificante de alevosía en este delito.

Sexto: Que, en consecuencia, la sentencia adolece del vicio de nulidad contemplado en el ordinal segundo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, pues haciendo una calificación equivocada del delito se aplicó la pena en conformidad a esa calificación, desde que los hechos declarados como probados satisfacen las exigencias del tipo penal del artículo 391 N° 1, circunstancia 1ª, del Código Penal, y no de su numeral 2°, como erróneamente se señaló.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo deducido por la parte querellante.



Séptimo: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la parte querellante se funda en la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 69 del Código Penal, señalando que los sentenciadores realizaron una errónea aplicación de esta última norma, pues debieron aplicar la pena en el máximo del grado determinado judicialmente, es decir debió haberse sancionado al sentenciado a una pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, en razón de la extensión del mal causado.

Explica que el encausado registra su extracto de filiación libre de toda mácula y anotación prontuarial pretérita, ello en razón que se encontraba revestido de impunidad, toda vez que en las circunstancias que vivía el país (régimen de facto), además gozaba de una posición de privilegio en su calidad de sargento segundo y también era el jefe del Reten de Cogotí 18, es decir, la máxima autoridad en aquella época. Además, para no asumir su responsabilidad en los hechos, mintió y ocultó información, haciendo creer a sus superiores que Justo Cortes Díaz se habría suicidado.

Concluye solicitando que se invalide el fallo impugnado y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo, que confirme la sentencia con declaración que se eleva la pena impuesta al condenado Fermín del Carmen Cheuquenao Contreras a quince años de presidio mayor en su grado medio, y se aumente el monto de la indemnización en cuya virtud se condena al Fisco de Chile a la cifra que estime en justicia.

Octavo: Que el artículo 69 del Código del Ramo, cuya inobservancia reclama el recurrente, es norma imperativa sólo en cuanto a que los jueces, al decidir la cuantía de la pena, deben atender al número y entidad de las



circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en el caso, como asimismo a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, siempre que con ello no excedan los límites que la ley asigna al delito, considerando, obviamente, las facultades que les otorgan los artículos 68, 68 bis y demás pertinentes contemplados en el párrafo cuarto del Título III del Libro I del Código Penal. Consiguientemente esas ponderaciones son privativas y facultativas para los sentenciadores, de suerte que respecto a ello no es procedente impetrar infracción de derecho, a menos que en definitiva excedan los márgenes superiores o inferiores de las penas, lo que no es el caso de autos.

Noveno: Que, en consecuencia, y conforme se advierte del examen de los antecedentes, no ha llegado a configurarse la infracción que se denuncia en el libelo, de manera que tampoco se ha concretado la causal que constituye su fundamento, todo lo cual conduce a su rechazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 546 y 548 del Código de Enjuiciamiento Criminal, se decide:

I.- Que **se rechaza** el recurso de casación en el fondo, deducido a lo principal de la presentación de fojas 1.176, por la parte querellante, contra el aspecto penal de la sentencia de seis de enero de dos mil veinte, escrita a fojas 1.150, pronunciada por la Corte de Apelaciones de La Serena.

II.- Que **se acoge** el recurso de casación en el fondo, deducido a fojas 1.158, por la Unidad Programa Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en lo referente a la calificación jurídica de los hechos y, en consecuencia, se invalida la sentencia en referencia y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.



Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Dahm.

Rol N° 14.980-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Ministro Sr. Llanos 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.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 06/02/2023 13:45:08

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 06/02/2023 13:45:09

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER
RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 06/02/2023 13:45:09



En Santiago, a seis 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.



Santiago, seis de febrero 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 el fallo apelado de diez de mayo de dos mil diecinueve, que se lee a fojas 993, con excepción de los considerandos décimo cuarto, décimo quinto, párrafo primero del considerando vigésimo sexto, vigésimo octavo y vigésimo noveno, que se suprimen.

Se reproducen, además, los considerandos cuarto y quinto de la sentencia de casación que antecede.

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

1º) Que la pena asignada al delito de homicidio calificado previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, era de presidio mayor en su grado medio a muerte.

2º) Que beneficia al sentenciado Cheuquenao Contreras una atenuante de responsabilidad muy calificada sin que le perjudique agravante alguna, por lo que la pena habrá de rebajarse en un grado al mínimo, quedando en definitiva en el presidio mayor en su grado mínimo.

3º) Por las razones expuestas, este Tribunal disiente parcialmente del informe de la Fiscalía Judicial.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal se resuelve que:



I.- Que **se confirma**, en lo apelado, la sentencia de diez de mayo de dos mil diecinueve, escrita a fojas 993 y siguientes, pronunciada por el señor Ministro en Visita Extraordinaria don Vicente Hormazábal Abarzúa, con declaración que Fermín del Carmen Cheuquenao Contreras, ya individualizado, queda condenado, como autor de un delito de homicidio calificado en la persona de Justo Benedicto Cortés Díaz, perpetrado el día 2 de enero de 1975, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y, la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Atendida la entidad de la pena impuesta, no resulta procedente la concesión de ninguno de las penas sustitutivas establecidas en la Ley N° 18.216, debiendo cumplirla efectivamente, sirviéndole de abono el tiempo que haya permanecido privado de libertad en estos antecedentes, lo cual deberá ser certificado en la etapa de ejecución.

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 Dahm.

N° 14.980-2020



Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Ministro Sr. Llanos 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.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 06/02/2023 13:45:11

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN
MINISTRO
Fecha: 06/02/2023 13:45:11

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER
RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 06/02/2023 13:45:12



En Santiago, a seis 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.

