

Santiago, cinco de octubre de dos mil veintiuno.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° 33.551-2018, por sentencia de primera instancia de dieciséis de abril de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1.247 y siguientes, se condenó a Marco Augusto Aguirre Mendiboure a la pena de catorce años de presidio mayor en su grado medio y a las accesorias legales correspondientes, más el pago de las costas de la causa, por su participación como autor del delito de Homicidio Calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N°1 del Código Penal. En lo civil, se acogió la demanda interpuesta por José Lidier, Cornelio Emiliano, Victoria Loreto, Isidro Heitamar, José Mercedes, Luis Arturo y Héctor Arnoldo, todos de apellido Carreño Zuñiga, condenándose a la parte demandada a pagar como indemnización de perjuicio, por concepto de daño moral producto del ilícito de homicidio calificado de Víctor Carreño Zuñiga, la suma de \$ 45.000.000.- para cada uno de los hermanos demandantes civiles, lo que da un total de \$ 315.000.000.

Impugnada tal decisión, una Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de catorce de noviembre de dos mil dieciocho, confirmó, con costas la sentencia apelada, con declaración de que la pena impuesta a Marco Augusto Aguirre Mendiboure, en calidad de autor del delito de homicidio calificado en la persona de Víctor Carreño Zuñiga, se reduce a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Contra ese último fallo la defensa del sentenciado dedujo recurso de casación, basado en las causales que indica y que se desarrollarán.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:



Primero: Que el abogado Mauricio Scheuch Araya, por el acusado Aguirre Mendiboure, deduce recurso de casación en el fondo, fundado en tres causales, fundando la primera en el artículo 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 15 y artículo 11 N°1,6 y 9 del Código Penal. La segunda la funda en el artículo 546 N°2 en relación con la calificación del delito cometido como de lesa humanidad y, por último, la tercera la basa en la causal contemplada en el artículo 546 N°7, por infracción a los artículos 108, 109,456 bis, 459, 464 y 485 del Código de Procedimiento Penal.

En primer término, alega, en relación a la primera causal invocada, que los jueces del fondo incurrieron en un error de derecho en cuanto a atribuir participación de autor a su representado en el delito de homicidio calificado de que fue víctima Víctor Carreño Zúñiga, porque en hipótesis factual alguna ha obrado bajo los términos de autoría del artículo 15 del Código Penal, aseverando que el mérito probatorio arroja otra realidad sobre la participación, pudiendo sólo atribuírsele alguna, como único autor confeso, a Alejandro Kraemer.

Sostiene así, que el difunto señor Kraemer confesó ser el único responsable de los disparos que habrían quitado la vida al occiso, hecha la salvedad que él también dirigía la patrulla militar y arrestó al extinto Víctor Carreño.

Expresa que la única prueba que sindicó a su representado como autor es la feble declaración de un testigo, dando cuenta además, que en la sentencia no existe un solo acápite que pondere el valor probatorio del informe balístico ni de sus conclusiones, lo que instala un escepticismo sobre la participación culpable del condenado , cuestión que cabe ponderar bajo la



exigencia del artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, ya que si ha habido celo para establecer y agravar la responsabilidad, también debe haberla para extinguirla o atenuarla.

Como segunda alegación respecto de la misma causal del artículo 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, sostiene que yerra la sentencia en relación a los hechos modificatorios de responsabilidad, debiendo aplicarse respecto de su representado las atenuantes del artículo 11 numerales 1,6 y 9 del Código Penal, como consecuencia de no configurarse todos los elementos de la eximente del artículo 10 N°1 del mismo texto legal; y por haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos. Lo anterior permitiría ponderar la concurrencia de todas las atenuantes antes señaladas y, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, rebajar la pena a imponer.

En virtud de lo expuesto, solicita absolver por falta de participación o rebajar la pena impuesta por concurrencia de tres atenuantes respecto del acusado.

Como segunda causal de casación, invoca la contemplada en el numeral 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por errada calificación del ilícito como de lesa humanidad, toda vez que lo anterior supone una calificación normativa penal inexistente en nuestro ordenamiento a la época de ocurrencia de los hechos.

Por último, invoca como causal, la del artículo 546 N°7 al haberse violado las leyes reguladoras de la prueba , alegando inexactitudes y falta de un cabal análisis de los antecedentes cuya ponderación racionalizada encaminan necesariamente a la exculpación por falta de participación criminal, estimando que resulta imposible del mérito del proceso la autoría delictiva de



homicidio calificado, más aún en el rótulo de lesa humanidad, a partir de los testimonios de cargo, presenciales y directos, todavía más aun la conclusión pericial que se invoca para suplir el silencio del sentenciador en esta prueba.

Concluye solicitando se anule el fallo recurrido absolviéndose a su defendido y si fuese de derecho, sancionarlo a la mínima penalidad, o bien aplicar la amnistía o declarar prescrita la acción penal o decretarla de oficio.

Segundo: Que, en primer término, cabe precisar que el tribunal del fondo tuvo por establecido el siguiente hecho: “El día 5 de octubre de 1973, una patrulla integrada por dos oficiales, Marco Augusto Aguirre Mendiboure y Alejandro Héctor Kraemer Pinochet y alrededor de 5 conscriptos, concurren al domicilio de Víctor Carreño Zúñiga, a quien subieron en la parte posterior de una camioneta Pick Up en la que iban los soldados aludidos y, luego de realizar otros patrullajes, Carreño Zúñiga, fue llevado hasta el aeropuerto Las Marías de la ciudad de Valdivia, lugar donde lo hicieron bajar y el oficial militar Marco Augusto Aguirre Mendiboure le efectuó diversos disparos que causaron la muerte, específicamente como consecuencia heridas a bala corporales múltiples, transfixiantes complicadas con rotura de órganos, vísceras y esqueleto, disparos que fueron efectuados por terceros con arma de grueso calibre y a corta distancia, siendo posteriormente llevado a la morgue local”.

Tercero: Que, los hechos así establecidos fueron calificados como homicidio calificado, delito previsto y sancionado en el artículo 391 N°1 del Código Penal, en los que a Marco Augusto Aguirre Mendiboure se le atribuyó participación en calidad de autor.

Cuarto: Que, conviene hacer presente que el recurso de casación en el fondo tiene por objeto velar por la correcta interpretación y aplicación de las normas llamadas a dirimir la controversia, con el objeto de que este tribunal



pueda cumplir con la función uniformadora del derecho que le asigna la ley. Para el desarrollo de tal propósito, la ley ha señalado que deben explicitarse los yerros jurídicos que se han cometido en la decisión de lo resuelto, los que deben tener influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, exigencia que se traduce en la necesidad de demostrar la concurrencia de las hipótesis invocadas, con un efecto trascendente, concreto y vinculado específicamente con el defecto que se acusa, de suerte que su verificación otorgue competencia a este tribunal para determinar lo correspondiente, en el ámbito privativo de este recurso de carácter sustantivo.

Quinto: Que, teniendo en vista lo anterior, de la lectura del recurso de casación en el fondo promovido por la defensa del condenado Aguirre Mendiboure, aparece de manifiesto que éste envuelve planteamientos incompatibles y subsidiarios. En efecto, los vicios que constituyen las causales invocadas no pueden proponerse en forma simultánea, pues ello importa que, ante la pluralidad, sea este Tribunal quien opte por alguno de los motivos de nulidad, función que inequívocamente no le corresponde a la Corte. Lo anterior se hace más evidente, al solicitar en una sola causal, alternativamente la absolución y la aplicación de minorantes de responsabilidad penal.

Sexto: Que, en efecto, el segmento inicial del recurso se extiende al error de derecho cometido al estimar equivocada la decisión de condena, pues no habría tenido el acusado la intervención que se le atribuye en el delito. Enseguida y en subsidio, argumenta que deben ser consideradas a su respecto las circunstancias minorantes de responsabilidad del artículo 11 numerales 1,6 y 9 del Código Penal, que conllevaría la imposición de una pena de menor entidad, pero que ciertamente supone aceptación de culpabilidad.

Como se puede observar, cada postulado supone el abandono de la tesis anterior, condiciones en las que el arbitrio no puede ser atendido, porque



no cabe dejar subordinada la efectividad de unos vicios a la existencia o inexistencia de otros, desatendiéndose la ritualidad que es propia de este recurso de derecho estricto.

Lo anterior se replica al desarrollar las otras dos causales que contempla el recurso, transitando el recurrente entre la absolución y la disminución del reproche posible de efectuar a su representado._

Séptimo: Que, a mayor abundamiento, y en relación a la tercera causal contemplada en el arbitrio de casación en el fondo deducido, si bien se invoca infracción a las reglas reguladoras de la prueba, no se menciona como vulnerado al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, regla que según reiterada jurisprudencia de esta Corte, constituye la norma reguladora de la prueba requerida por la causal, lo que en la especie no ha sido precisado, constando además, de la lectura del recurso, que el recurrente imputa en definitiva el 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 participación en carácter de autor de Aguirre Mendiboure en los hechos, discordando de sus conclusiones, cuestión ajena a este recurso de naturaleza sustantiva.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 775, 781 y 786 del Código de Procedimiento Civil, 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 767, 772, 776, 782, 785, del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

Se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado don Mauricio Scheuch Araya, en representación de Marco Augusto Aguirre Mendboure.



Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 33.551-18.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. No firma el Ministro Sr. Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.



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

