

Santiago, trece de septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos antecedentes rol de Ingreso Corte Suprema N°1655-17, por sentencia de nueve de agosto del año pasado, escrita a fojas 768 y siguientes, dictada por el Ministro de Fuero don Mario Carroza Espinosa, se decretó el sobreseimiento definitivo y total de la causa, por la causal prevista en el artículo 408 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por haber operado la cosa juzgada.

La referida sentencia fue apelada por la apoderada del Programa Continuación Ley 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, recursos de los cuales conoció una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que por fallo de doce de diciembre pasado, que se lee a fojas 835, resolvió confirmar la sentencia apelada.

Contra esta última decisión, el Programa Continuación Ley 19.123 y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, parte querellante en la causa dedujeron, a fojas 836 y 848, sendos recursos de casación en el fondo, que se trajeron en relación por resolución de fs. 888.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Programa Continuación Ley 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública se funda en la causal 6ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, señalando que el yerro que acusa se habría cometido al aplicarse la circunstancia contemplada en el artículo 408 N° 7 del mismo cuerpo de leyes, sin haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 413 del Código de

Procedimiento Penal, y en que la posible cosa juzgada es simulada o fraudulenta, acorde al derecho internacional.

Indica que el fundamento de lo alegado reside en lo resuelto en la causa Rol 2404-86 de la Sexta Fiscalía Militar, seguida por el Segundo Juzgado Militar en contra de Patricio Cancino Cancino, por la cual el 8 de marzo de 1994, se lo condenó a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de violencias innecesarias causando la muerte de Hernán Santander Zúñiga, hecho acontecido el 20 de octubre de 1986, en la ciudad de Santiago, sentencia que fue revocada por la Corte Marcial, el 13 de diciembre de 1994, declarando que se absuelve al mencionado Cancino Cancino por concurrir a su favor la eximente de legítima defensa, sentencia que se encuentra firme y ejecutoriada desde el 6 de enero de 1995.

Explica el recurrente que la sentencia incurre en dos errores jurídicos, primero, en aplicar la excepción de cosa juzgada, no obstante que no concurren los presupuestos legales para ello; y segundo, invocar como antecedente para la resolución impugnada el pronunciamiento de la justicia militar, del que no emana otra cosa juzgada que una meramente aparente.

En cuanto al primer yerro denunciado, el recurrente refiere que no existe identidad de hecho punible, considerando que la causa tramitada ante la justicia militar lo fue por el delito de violencias innecesarias causando muerte, en tanto el actual es por el delito de Homicidio Calificado y Crimen de Lesa Humanidad. Afirma que tampoco existe identidad en cuanto al sujeto activo, pues la causa anterior se refirió a la autoría de Cancino Cancino, en cambio en ésta además se investiga la participación como cómplice de German Caravantes.

Luego, el recurrente analiza lo dispuesto en el artículo 413 Código de Procedimiento Penal y concluye que en la especie no se esclareció el modo en que se desarrollaron los hechos. Menciona que el informe pericial balístico de la diligencia de reconstitución de escena afirma que las versiones de los carabineros no son coincidentes con los hallazgos objetivos del protocolo de autopsia. Tales circunstancias le permiten sostener que la investigación no se encuentra agotada y determinan la práctica de una nueva reconstitución de escena en la que participen todos los involucrados, ya que a la efectuada no asistieron todos.

Defiende además, como segundo error de derecho, que los hechos investigados en la causa Rol 2404-86 de la Sexta Fiscalía Militar producen cosa juzgada aparente o fraudulenta conforme lo establece el artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pues tenían como objeto sustraer de la justicia a los responsables y no fueron revisados por la justicia ordinaria.

Termina describiendo la influencia que este yerro ha tenido en lo dispositivo del fallo, y solicita acoger el recurso, anulando la resolución impugnada y en la sentencia de reemplazo, se reponga la causa al estado de sumario y se disponga la práctica de la diligencia solicitada y de todas las que se deriven hasta agotar la investigación.

**SEGUNDO:** Que a su turno la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos deduce recurso de casación en el fondo en contra de *“la sentencia dictada por la primera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual confirma la sentencia absolutoria de 9 de agosto de 2016, por la cual se absolvió a Patricio Cancino Cancino y Germán Caravante Álvarez de los cargos de autor y cómplice respectivamente del delito de homicidio de Omar Santander Zuñiga”*, fundado en la causal 5ª del artículo 546 del Código de

Procedimiento Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 433 N°4 del mismo cuerpo legal, *“al establecer la sentencia definitiva absolutoria que existió cosa juzgada”*.

Estima que la errónea aplicación del derecho radicaría en que no existió cosa juzgada, o al menos no existió una real cosa juzgada. Indica que *“la absolución de uno de los inculpados Patricio Cancino”* fue en un contexto que no se respetó el debido proceso, la idoneidad jurisdiccional y en definitiva el estado de derecho. Afirma que existen diferencias en los relatos de los Carabineros, respecto de la ubicación de los jóvenes y las dinámicas producidas, así como lo referido por el autor del disparo que no coincide con la autopsia y la trayectoria balística, disparo que fue realizado cuando estaba de espalda al tirador y a corta distancia, todo lo que lo lleva a concluir que se trata de una de las hipótesis de cosa juzgada fraudulenta. Por otro lado, el segundo inculpado German Caravante no fue parte del proceso anterior, es decir, respecto de aquel no existe cosa juzgada alguna.

Finaliza solicitando que *“se anule la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo conforme a derecho y al mérito de los hechos como se han dado por establecidos en el fallo de primera instancia”*.

**Tercero:** Que una adecuada resolución de los recursos impone tener en cuenta que la presente causa se inició mediante requerimiento realizado por doña Beatriz Pedrals a fin de que se investigaran los hechos y circunstancias de la muerte de Omar Santander Zúñiga, acontecida el 20 de octubre de 1986, en la ciudad de Santiago, supuestamente víctima de la violencia política imperante en aquellos años, a la que se acumularon querellas criminales deducidas por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior.

**Cuarto:** Que los jueces de segundo grado hicieron suya la sentencia de primera instancia que estableció que la víctima de este proceso Omar Hernán Santander Zúñiga muere el 20 de octubre de 1986, a las 2:30 horas, en la comuna de Estación Central, a causa de un traumatismo craneo encefálico por bala con salida de proyectil, en circunstancias que éste se encontraba en la vía pública en el pasaje Atahualpa frente al N° 1808, comuna de Estación Central y recibió un impacto único mientras huía en el contexto de un procedimiento policial, disparado por el funcionario de Carabineros Patricio Edgardo Cancino Cancino.

Conforme a lo anterior, la resolución de primera instancia concluyó, que en relación al hecho que es denunciado ya existió un pronunciamiento judicial que se encuentra firme y ejecutoriado al haber sido revisado por las instancias competentes y; no logrando dirigir la investigación contra otros sujetos distintos por estos hechos, procede aplicar la causal de cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento a su respecto, razón por la cual se sobresee total y definitivamente la causa, resolución fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Quinto:** Que, previo al análisis de los recursos deducidos, resulta necesario tener en consideración que esta Corte Suprema ya ha señalado que el medio de impugnación que se revisa ha sido instituido para enmendar los errores cometidos en la aplicación de la ley y no puede extenderse a otras materias, por ser de derecho estricto, menos aún si ellas escapan al ámbito delimitado por las causales de nulidad sustantiva que el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal consagra. Así, entonces, en su conocimiento y estudio, este tribunal debe atenerse a los hechos sentados en la resolución

impugnada y, sobre la base de ellos, deducir si el fallo ha transgredido la ley que el recurso aduzca como violada al aplicarla o no aplicarla a esos hechos.

**Sexto:** Que, en cuanto al recurso de casación en el fondo invocado por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos la causal propuesta no puede ser admitida. En efecto, en materia penal la designación del error de derecho que se atribuye al fallo exige que éste encuadre en alguna de las causales que taxativamente contempla la ley en el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, y que se indique la que corresponde.

Así, entonces, la lectura de la hipótesis esgrimida – causal 5ª del artículo 546- permite concluir que ella autoriza la casación respecto de las sentencias interlocutorias que admitan con error de derecho, las excepciones que allí se señalan y también en contra de las sentencias definitivas que admitan o desechen cualquiera de estas excepciones, situación que tal como se explicitó no corresponde al mérito de autos.

De esta manera, al no guardar conformidad los argumentos del recurso con la causal que se hace valer, el error queda insuficientemente determinado, por lo que la impugnación deducida no cumple con los requisitos de procedencia que consagra el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de acuerdo a lo que dispone el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

**Séptimo:** Que, por su parte el motivo de invalidación propuesto en el recurso de casación deducido por el Programa Continuación Ley 19.123 consiste, como lo señala el artículo 546 de Código de Procedimiento Penal “*En haberse decretado el sobreseimiento incurriendo en error de derecho al calificar la circunstancia prevista en el número 7º del artículo 408;*”, norma esta última que, en lo pertinente al recurso, se refiere a la extinción de la

responsabilidad penal por lo establecido en el número 4° del artículo 433 del mismo cuerpo legal, esto es, por cosa juzgada.

Tal causal precisa, entonces, que la resolución atacada consigne los elementos conforme los cuales se ha determinado la excepción de cosa juzgada que se impugna, lo que en la especie ocurre pero de una manera diversa a la que pretende el recurrente.

En efecto, la sentencia atacada consigna que el pronunciamiento judicial de la causa 2404-86 de la Sexta Fiscalía Militar, seguida por el Segundo Juzgado Militar, condenó a Patricio Cancino Cancino como autor del delito de violencias innecesarias causando la muerte a Hernán Santander Zúñiga, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, el cual fue revocado por la Corte Marcial el 13 de diciembre 1994 y en su lugar se lo absolvió de dicho cargo, por concurrir a su respecto la eximente de legítima defensa, fallo que quedó ejecutoriado con fecha 6 de enero de 1995.

Que dichos elementos de juicio fueron analizados por el tribunal en alzada bajo el prisma de lo dispuesto, por el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal que prescribe: *“El sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente. Si en el sumario no estuvieren plenamente probadas las circunstancias que eximen de responsabilidad o los hechos de que dependa la extinción de ella, no se decretará el sobreseimiento sino que se esperará la sentencia definitiva”*, y lo llevó a concluir que en relación al hecho que es denunciado, ya existió un pronunciamiento judicial que se encuentra firme y ejecutoriado al ser revisado por las instancias competentes y no logrando dirigir la investigación contra otros sujetos distintos por estos hechos, estimó procedente aplicar la causal de

cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento a su respecto, conclusiones que la recurrente impugna.

**Octavo:** Que, conforme lo expresado, la pretensión del recurrente no puede ser admitida sin haber impugnado el referido marco fáctico, toda vez que los tipos penales conforme a los cuales se intenta atribuir responsabilidad penal descansan sobre una base de hecho que ha de ser analizada y desentrañada para permitir su invocación, de manera que si los hechos tenidos en cuenta con el recurso no se corresponden con los asentados en la causa, estos últimos han de ser modificados para admitir el éxito de la impugnación que se propone.

Tal labor, sin embargo, demanda, como lo ha dicho reiteradamente esta Corte, la denuncia de la causal prevista para tales fines, mediante la cual se sostenga la efectiva infracción de las leyes reguladoras de la prueba en el establecimiento de los hechos de la causa, ya que la demostración del quebrantamiento de dichas disposiciones es condición sin la cual no pueden modificarse los sustratos fácticos de la decisión que se ataca. Como tal carga no ha sido satisfecha por el recurso, la pretensión impugnadora no puede prosperar, ya que los hechos asentados dan adecuado soporte a lo decidido y no permiten la configuración de la causal propuesta.

**Noveno:** Que, de esta manera resulta insuficiente para los fines propuestos por el recurrente el centrarse sólo en la práctica de una diligencia de reconstitución de escena incompleta y en el contexto de la época ya que el éxito de la imputación penal ha de verificarse sobre una base de hechos funcionales a la pretensión acusadora, aspecto que en este caso falta, lo que permite concluir la corrección de las conclusiones de los jueces del grado.



Por lo mismo, no resulta efectiva la infracción que se denuncia a los artículos 408 y 413 del Código de Procedimiento Penal en la decisión del sobreseimiento de autos, toda vez que no impugnados correctamente los hechos materia de la denuncia de autos, resultaba imperativo el cierre del proceso.

**Decimo:** Que, entonces, la conclusión a la que arribaron los jueces del grado sobre la base de los hechos ya reseñados aparece como correcta para este tribunal, desde el momento en que ella es fruto del estudio pormenorizado de los antecedentes del proceso y del aquilatamiento de los medios de convicción aportados al sumario, que los llevó a determinar la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, por lo que no se advierten los errores de derecho denunciados.

**Undécimo:** Que, en este estado de las cosas, los recursos serán rechazados, al no haberse demostrado los errores de derecho denunciados, con influencia en lo dispositivo de lo resuelto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 535, 546, Nro.6 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de casación en el fondo promovidos por don David Osorio Barrios y doña Ylenia Hartog García, en representación de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y del Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fojas 836 y 848, respectivamente, en contra de la sentencia de doce de diciembre de dos mil dieciséis que rola a fojas 835, la que, por consiguiente, no es nula.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller concurre a rechazar al recurso de casación deducido, teniendo especialmente en cuenta que una vez cerrado el sumario, por resolución firme, sin existir procesado en la causa, la

única vía procesal disponible para el tribunal es el sobreseimiento, toda vez que sólo cabe elevar a plenario un proceso en contra de quien tiene la calidad de reo, de acuerdo al artículo 403 del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y de la prevención su autor.

**Rol N° 1655-17**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Carlos Cerda F., Manuel Valderrama R., y la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C.

