Santiago, uno de marzo de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

En los autos N°15-14, denominada "Episodio Francisco Javier Santoni Díaz", Rol Corte de Apelaciones de La Serena N° 828-2021, por sentencia de primera instancia, dictada por el Ministro de Fuero señor Vicente Hormazábal Abarzúa el treinta de octubre de dos mil veinte, escrita de fojas 1.886 y siguientes, y su complementaria dictada el día veintitrés de noviembre siguiente, a fojas 1.948, condenó a **Ariosto Francisco Alberto Lapostol Orrego, Fernando Guillermo Polanco Gallardo, Milton Leonardo Torres Rojas, René Patricio Orchard y José Electo Flores Gallardo**, a sufrir cada uno la pena de **diez (10) años y un (1) día** de presidio mayor en su grado medio, accesorias inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y pago de las costas, como **autores** del delito de homicidio calificado de **Francisco Santoni Díaz,** previsto y sancionado en el inciso tercero del artículo 391 N°1 del Código Penal, ocurrido en esta ciudad el 27 de noviembre de 1973.

La misma sentencia condenó a **Luis Humberto Fernández Monjes y Juan Daniel Marambio López,** a sufrir cada uno la pena de **cinco (5) años y un (1) día** de presidio mayor en su grado mínimo, 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, y pago de las costas, como **autores** del mismo delito.

Impugnada esa decisión, una sala de la Corte de Apelaciones de La Serena, por sentencia de doce de septiembre de dos mil veintidós, en su aspecto

NWXDXMDWGKC

penal, **revocó** la sección del fallo que condenaba como **autor** de homicidio calificado de Francisco Javier Santoni, al acusado Fernando Guillermo Polanco Gallardo; y se decide, en cambio, que se le **absuelve** de la acusación formulada en su contra.

Se confirmó, en lo demás apelado, y aprobó en lo consultado, la aludida sentencia, con las siguientes declaraciones:

a) Se aumenta la pena impuesta al sentenciado Luis Humberto Fernández Monjes**,** a la de **quince (15) años** de presidio mayor en su grado medio y a las penas accesorias legales correspondientes, como **autor** del delito de homicidio calificado que se menciona en la sentencia impugnada.

b) Se condena a **Milton Leonardo Torres Rojas, René Patricio Orchard Díaz y José Electo Flores Gallardo,** a la pena de **siete (7) años** de presidio mayor en su grado mínimo, y al sentenciado **Juan Daniel Marambio López**, a la pena de **cinco (5) años** de presidio menor en su grado máximo; más las accesorias legales correspondientes, en calidad de **cómplices** del delito consumado de homicidio calificado del Sr. Santoni Díaz.

Se dispuso, además, que la pena privativa de libertad impuesta a los sentenciados debía ser cumplida de manera efectiva, a excepción del sentenciado Juan Daniel Marambio López, a quien le fue sustituida por la de Libertad Vigilada Intensiva.

Asimismo, se aprobó el sobreseimiento parcial y definitivo de esta causa, por fallecimiento, respecto del acusado Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego de fojas 2.121.

NWXDXMDWGKC

Contra dicha sentencia, el abogado Luis Núñez Muñoz, en representación del sentenciado Luis Humberto Fernández Monje y el profesional Maximiliano Murath Mansilla, en representación de José Flores Gallardo, formalizaron recursos de casación en el fondo; en tanto que el abogado Marco Romero Zapara, en representación del sentenciado René Patricio Orchard Díaz, dedujo recurso de casación en la forma.

Por su parte, dedujo recurso de casación en el fondo el abogado Felipe Alemparte Croxatto, en representación de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Por decreto de fojas 2.142, de nueve de diciembre de dos mil veintidós, se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°) Que la defensa del sentenciado **Luis Humberto Fernández Monje,** dedujo recurso de casación en el fondo, fundado en las causales previstas en el artículo 546 numerales 1° y 7° del Código de Procedimiento Penal, denunciando que la sentencia incurre en un error de derecho, al haberse calificado la participación de su representado en calidad de autor, sin que concurran los requisitos previstos en el artículo 15 del Código Penal.

Refiere que a la época de ocurrencia de los hechos era un cabo del Ejército y cumplía funciones en el Regimiento Arica de la ciudad de La Serena, bajo las órdenes del sargento Vallejos, contexto en el que debió concurrir a la cárcel pública, junto a una patrulla y sacar a la víctima de autos, para conducirla al

NWXDXMDWGKC

polígono de tiro, sin que en estas acciones su representado haya tenido algún poder de decisión, mando o dominio del hecho.

Añade que de la declaración de su representado, reseñada en el fundamento 33° de la sentencia de primer grado, no es posible establecer como una presunción judicial del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que éste haya disparado su arma en contra de Francisco Santoni, no existiendo hechos graves, precisos y concordantes, como tampoco reales y comprobados en los que debe apoyarse las presunciones judiciales utilizadas para tener por acreditada su participación en los hechos.

Asegura que la sentencia objetada, al confirmar con declaración la de primer grado, ha infringido las leyes reguladoras de la prueba, previstas entre los artículos 451 y 488 del Código de Procedimiento Penal, desde que no existe prueba que acredite la participación que le fue atribuida en la sentencia, resultando condenado únicamente por haber estado en el lugar en que ocurrió el ilícito, en una época coetánea. Denuncia, además, la infracción a los artículos 109, 110, 111, 456 bis y 488 del Código antes referido, al habérsele condenado como autor del ilícito, sin que exista prueba o indicio que conduzca a acreditar su intervención en los hechos.

Solicitan se acoja el recurso de nulidad sustancial impetrado, se invalide el fallo y dicte una sentencia de reemplazo que aplique correctamente el artículo 68 del Código Penal, concediéndole en definitiva los beneficios de la Ley 18.216 (sic).

2°) Que, a continuación, la defensa del sentenciado **José Flores Gallardo** deduce recurso de casación en el fondo, invocando las circunstancias séptima y primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por haberse violado

NWXDXMDWGKC

las leyes reguladoras de la prueba, con influencia en lo dispositivo del fallo, en relación a la errónea determinación de la participación de su defendido, en calidad de cómplice.

En cuanto a la primera de las causales de nulidad invocadas -546 N°7- se denuncia que la sentencia impugnada ha infringido las normas reguladoras de la prueba, previstas en los artículos 488 N° 1 y 2, 109 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 1, 14, 16 y 391 del Código Penal, desde que se estimó configurada la participación de su representado en el ilícito, por el hecho de haber concurrido ese día en la patrulla, lo que el Tribunal de segundo grado estimó que configura un acto de cooperación en relación al autor material del hecho y respecto de aquellos autores que tenían el dominio del hecho. Por tanto, el sentenciador tuvo por acreditada la conducta cooperativa de su representado, mediante presunciones judiciales, según lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, tomando como un hecho base, real y probado, el que su representado conformó la patrulla aquél día. Sin embargo, del mérito del proceso, ese hecho base no reviste el carácter de hecho real, cierto, probado e indiscutido, sino que, por el contrario, es un hecho controvertido, el que no fue acreditado a través de los medios de prueba legal, de manera que esa circunstancia, impide concluir su participación o construir una presunción judicial, vulnerándose necesariamente lo previsto en los cardinales 1 y 2 del artículo 488 antes referidos.

Añade que las declaraciones prestadas por Orlando Hatte Castillo y Víctor Alegre Rodríguez no resultan suficientes para ese propósito, pues si bien sindican a su representado José Flores Gallardo como reservista integrante de la Sección II

NWXDXMDWGKC

del área de inteligencia, nada señalan sobre su concurrencia el día de los hechos y respecto a la víctima del proceso, circunstancias que no permiten acreditar el hecho base sobre el cual se construyó erróneamente la presunción judicial. Misma omisión observa el recurrente en la declaración prestada por José Antonio Márquez Vega y Luis Araos Flores, además de las imprecisiones incurridas por Luis Fernández Monje y Juan Marambio López al prestar declaración, quienes ni siquiera mencionan a su defendido como integrante de la patrulla que participó en el operativo, refiriendo únicamente “fuimos todos”, “deberíamos haber ido todos”.

Asegura que en el proceso no hay testigo que haya declarado en contra de su representado durante el plenario, lo que impide que puedan ser utilizados por el sentenciador. Tampoco hay una declaración de su representado que sirva como una confesión judicial en los términos previstos en el artículo 481 y 482 del Código de Procedimiento Penal.

Entonces, concluye, al vulnerarse las leyes reguladoras de la prueba de presunciones, por trasgresión del artículo 488 N° 1 y 2 antes aludido, se configura la causal de casación prevista en el artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, relacionada con calificar erradamente y producto de lo anterior, la participación de su representado como cómplice de homicidio calificado, incurriendo también en la causal prevista en el numeral primero del mismo artículo.

Solicita, se anule la sentencia y se dicte una en su reemplazo que lo absuelva, por no haberse acreditado su participación en el hecho ilícito investigado.

NWXDXMDWGKC

3°) Que el querellante Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y en contra de la misma sentencia, deduce recurso de casación en el fondo fundado, en primer lugar, en la circunstancia séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, al haberse vulnerado las leyes reguladoras de la prueba, previstas en el artículo 488 N° 1 y 2 del mismo Código, en relación al artículo 391 del Código Penal, que condujo a la absolución del acusado Fernando Polanco Gallardo.

Sobre el particular, los numerosos medios probatorios analizados en el fundamento 32° de la sentencia de primer grado, dan cuenta de los distintos hechos en base a los cuales se construye la presunción de responsabilidad determinada en la especie. Entre ellas, están las declaraciones judiciales de los miembros de la Sección II de inteligencia, sus propias indagatorias e incluso prueba documental que da cuenta de sus responsabilidades como Jefe de la Sección II, por lo que resulta inverosímil que, estando de servicio en la unidad policial, acuartelado, el Capitán Polanco, en cumplimiento de sus funciones propias, no haya advertido lo que ocurría en su territorio jurisdiccional. Por consiguiente, los sentenciadores de segundo grado, al negar valor probatorio a los medios de prueba aceptados por la ley y reconocidos por el tribunal de primer grado, ha infringido en las leyes reguladoras de la prueba que han sido denunciadas.

A continuación, invoca la causal prevista en el cardinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por errónea aplicación de los artículos 15 y 16 del Código Penal, que condujo a imponer una pena menos grave de la que

NWXDXMDWGKC

con arreglo a la ley correspondía, al recalificar la participación de los encartados de coautores a cómplices.

Refiere que, en consideración al principio de imputación recíproca, en la especie hubo una decisión y coordinación necesaria para cometer el homicidio del Sr. Santoni Díaz, pues ha quedado establecido en el proceso que éste era un preso de difícil trato, razón por lo que varios efectivos de la Sección II debieron ir a buscarlo a la cárcel, siendo inverosímil pensar que sólo Héctor Vallejos Birtriola (fallecido), quien se encontraba a cargo de la cuadrilla, fue el único que tuvo la intensión subjetiva de cometer el ilícito y solo él tuvo el dominio del hecho, máxime si éste no era quien tomaba la decisión respecto de quién debían ir a buscar o interrogar, sino que sus jefaturas, conformadas por Fernando Polanco Gallardo o Ariosto Lapostol Orrego (fallecido). En esas circunstancias, el recurrente refiere que necesariamente debió haber una acción coordinada, que denotan un actuar común, y una unidad subjetiva en aras de poder sacarlo desde la cárcel, transportarlo bajo custodia al lugar que sería ejecutado, y luego de una serie de acciones para poder bajarlo del vehículo y resguardar el sitio, darle ejecución, evitando cualquier riesgo de fuga, de lo que se desprende el acuerdo previo o coetáneo de voluntades en orden a ejecutar a la víctima.

La complicidad, en cambio, el partícipe conoce que su aporte se encuentra subordinado a la conducta típica del autor, siendo inverosímil que los soldados conscriptos que acompañaban a Vallejos Birtriola realizaban los hechos como si fueran ajenos, toda vez que eran parte de la misma Sección operativa y actuaban en conjunto y coordinadamente.

NWXDXMDWGKC

Por último, se invoca la causal de casación en el fondo prevista en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, al haberse impuesto a los condenados una pena menos grave que la designada en la ley, al haberse desestimado la concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad prevista en el artículo 12 N°8 del Código Penal, desde que la calidad de funcionario público o agente del Estado, no es un requisito para satisfacer la definición de un crimen contra la humanidad, por lo que, en consecuencia, debió ser reconocida respecto de todos los sentenciados, máxime si para la comisión del ilícito utilizaron vehículos e inmuebles públicos, iban a retirar a los presos de la Cárcel Pública de La Serena con uniforme y armamento militar, prevaleciéndose del carácter de funcionarios públicos para lograr a impunidad.

Por lo anterior, solicita se anule la sentencia recurrida, dictando una en reemplazo que confirme la de primer grado, con declaración de que se elevan las penas privativas de libertad impuestas a los acusados.

4°) Que, finalmente, la defensa letrada del acusado **René Patricio Orchard Díaz**, dedujo recurso de casación en la forma, fundado en la causal contemplada en el artículo 541, numerales 9, en relación al requisito cuarto del artículo 500 y artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y 15 del Código Penal, denunciando que la sentencia no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley, por no contener las consideraciones por las cuales se dan por probados o no probados los hechos atribuidos a su representado.

Estima que el fallo tiene por establecido la participación de su representado, por el solo hecho de haber pertenecido a una agrupación en algún momento indeterminado, sin atribuirles acción alguna en los hechos objeto del proceso,

NWXDXMDWGKC

decidiendo condenarle como cómplice, solo en base a un supuesto, pero no en consideración a un indicio o presunción de participación.

Expone que el declarar cuáles fueron sus funciones hasta 1979, no permite colegir participación como autor en los hechos que produjeron la muerte del Sr. Santoni Díaz, la que en definitiva se tuvo por comprobada, luego que el sentenciador de primer grado invirtiera la carga de la prueba, al imponer a su defendido la obligación de justificar por qué no integró la patrulla militar el día 26 de noviembre de 1973, entre las 18:00 y las 06:00 del día siguiente.

Solicita se anule la sentencia y se dicte una en su reemplazo conforme a la ley y al mérito del proceso.

5°) Que, para la adecuada resolución de los arbitrios interpuestos, como cuestión preliminar, conviene recordar los hechos que el fallo de primer grado, en su considerando 27°, tuvo por establecidos y que el de alzada hizo suyos.

Estos son los siguientes:

"…el día 26 de noviembre de 1973, Francisco Javier Santoni Díaz se encontraba cumpliendo condena y estaba procesado y siendo investigado, por un delito común en la Ex Cárcel Pública de la ciudad de La Serena; y que por informaciones que surgieron en el penal el día 23 de noviembre de 1973, comenzaron a hacer indagaciones sobre una planificación de una fuga masiva desde dicho recinto, la Sección II del Regimiento "Arica" de la ciudad de La Serena, dirigida por Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, la que actuaba bajo las órdenes del entonces Coronel Ariosto Lapostol Orrego, Comandante del Regimiento. Es así que durante la tarde y noche del día 26 de noviembre se estuvo interrogando, mediante la tortura, al prisionero político Juan

NWXDXMDWGKC

Eliseo González Herrera, a quien amenazaron con fusilamiento y al día siguiente un funcionario del Ejército refirió a los detenidos y particularmente a González Herrera que durante la noche habían dado de baja a "su socio", aludiendo a lo que estimaban una organización para la fuga. En horas de la noche de ese día 26 de noviembre de 1973, una patrulla militar a cargo del suboficial Héctor Omar Vallejos Birtiola (fallecido) junto a miembros de dicha Sección II, entre ellos, el suboficial Luis Humberto Fernández Monjes y los soldados reservistas Juan Daniel Marambio López, Milton Leonardo Torres Rojas, René Patricio Orchard Díaz y José Electo Flores Gallardo, sacaron de la Cárcel Pública a Francisco Santoni Díaz. Lo trasladaron en un vehículo de uso de esa Sección II a dependencias del Regimiento "Arica" de esta ciudad, procediendo a dispararle, causándole la muerte alrededor de las 00:30 horas del 27 de noviembre de 1973. El Comandante del Regimiento, Ariosto Lapostol Orrego, mediante un documento denominado "Acta de Baja", de 27 de noviembre de 1973, comunicó acerca de la muerte de la víctima a la Fiscalía Militar de la Provincia de Coquimbo que tramitaba el proceso en contra de varios sujetos, entre ellos Francisco Santoni Díaz, por el delito de maltrato de obra a carabinero de servicio y el deceso fue inscrito, según consta del acta de inscripción, en el año 1975, por orden de la Fiscalía Militar en los autos Rol N° 2.913-72.

Por último cabe tener en cuenta que con el oficio de fojas 1643, del Segundo Juzgado Militar de Santiago de 25 de septiembre de 2017, número 688-C, se informó que conforme a los antecedentes aportados y revisados los Libros de Ingreso de documentación, Estado de Causas e Índice de Causas Judiciales de los años 1972 y 1973, además del Archivo Judicial de ese tribunal, no fue

NWXDXMDWGKC

posible encontrar antecedentes que digan relación con la existencia de algún proceso instruido para investigar la muerte de Francisco Aquiles Santoni Díaz; lo mismo comunicó el Estado Mayor General del Ejército de Chile, mediante el oficio EMGE AUGE SCI f(R) N° 1595/9046, donde se indica que revisada la base de datos computacional relacionada con los procesos instruidos por los Tribunales Militares en Tiempo de Guerra, iniciados a partir de septiembre de 1973, bajo custodia del Departamento Cultural, Histórico y Extensión del Ejército, se constató que no figura ningún antecedente o causa caratulada con el nombre de Francisco Aquiles Santoni Díaz".

6°) Que los hechos así establecidos, fueron calificados en el fundamento 28° de la sentencia de primer grado, como constitutivo del delito de homicidio calificado perpetrado en la persona de Francisco Javier Santoni Díaz, previsto en el numeral primero del artículo 391 del Código Penal, de la época, concurriendo las calificantes de alevosía, en su variante obrar sobre seguros, y ensañamiento, al haber aumentado deliberadamente el dolor al ofendido, desde que *"se demostró que se (le) sacó… desde la Cárcel Pública de esta ciudad donde estaba recluido al haber sido procesado y en prisión preventiva por un delito común … por una patrulla militar que se encontraba armada, y lo subieron a un vehículo en el que se desplazaban, trasladándolo al Regimiento donde le dispararon dándole muerte, esto es, un grupo fuertemente armado, dentro de las dependencias de esa unidad militar absolutamente vigilada,… actuaron sobre seguro en contra de una víctima indefensa y sin opción alguna de poder defenderse y repeler el ataque"* según se concluyó en el aludido fundamento.

NWXDXMDWGKC

7°) Que, el hecho ilícito que se hizo referencia en el fundamento 5° precedente, fue calificado como de Lesa Humanidad. En efecto, el fundamento 44° del fallo de primer grado, refrendado en el considerando 25° de la sentencia de segunda instancia, señaló: "*se trató de un homicidio que se enmarca en un ataque generalizado de los agentes del Estado a la población civil, que no exige que la víctima haya tenido una militancia u opción política definida, o que el delito se haya cometido a causa de tal militancia. De este modo, la muerte de la víctima se dio en el contexto de una política estatal de control del orden público que autorizó a los agentes del Estado para detener e incluso privar de la vida a los ciudadanos, lo que "es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda" (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil seis, párr. 105) ya que "[…] trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen contra la humanidad es el concepto de la humanidad como víctima" (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoeslavia. Fiscalía vs. Erdemovic, sentencia de condena, veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis, párr. 28)".*

8°) Que, sin perjuicio de la oportunidad en que han sido deducidos los recursos de autos, por razones de coherencia y orden, se abordará, en primer lugar, el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del sentenciado René Orchard Díaz, a continuación, se examinarán los recursos de nulidad sustancial deducidos por las defensas de Fernández Monje y Flores Gallardo, los que serán analizados en forma conjunta en la medida que se funden en idénticas causales y similares fundamentos, y, finalmente, el deducido por el Programa de

NWXDXMDWGKC

Derechos Humanos del Ministerio del ramo, representado por el abogado Felipe Alemparte Croxatto.

I. Recurso de casación en la forma:

9°) Que, la causal de nulidad formal alegada, prevista en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, se configura cuando la resolución no contiene los basamentos en cuya virtud se dan por comprobados o no los hechos atribuidos al incriminado, o los que éste alegó en sus descargos, ya para negar su participación, eximirse de responsabilidad o atenuar ésta; vale decir, cuando no se desarrollan los razonamientos por los cuales se emite pronunciamiento en relación al asunto sometido a la decisión del tribunal. Por ello, el motivo de invalidación que se alega, tiene un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo para comprobar si existen o no los requerimientos que compele la ley (SCS Rol N° 20616-18 de 14 de enero de 2021; Rol N° 33547-18 de 23 de agosto de 2021; Rol N° 28310-18 de 21 de septiembre de 2021 y 33661-19 de 25 de junio de 2022).

10°) Que no está de más recordar, que la exigencia del legislador respecto de la inclusión de los razonamientos del juez fallador en sus dictámenes cumple el objetivo de evitar arbitrariedades en sus resoluciones, y es a la luz de este pensamiento que se han contemplado las normas relativas a los contenidos de las sentencias y, sobre todo, la sanción a su vulneración a través del artículo 541 Nº 9 del Código de Procedimiento Penal, por ser la fundamentación de las sentencias una garantía de la correcta administración de justicia.

11°) Que, de un atento estudio de la sentencia impugnada, se constata que ella no adolece de las falencias denunciadas, en los términos acotados en la

NWXDXMDWGKC

reflexión anterior, pues en el fundamento 28°), se explicitan los razonamientos que le sirven de soporte.

En efecto, en el aludido fundamento, se señaló, en síntesis, que en los considerandos 33°, 37°, 38°, 39° y 40° de la sentencia de primera instancia, se estableció que Orchard Díaz *"…formaba parte de la unidad operativa de la Sección II y, en particular, de la patrulla militar que acudió a la cárcel pública de La Serena y retiró al prisionero Santoni Díaz el día veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y tres, pues se trataba de un reo peligroso que se encontraba planificando una fuga, por ende, fue retirado del penal a fin de interrogarlo. En dichas actividades, practicadas casi siempre de noche, participaba todo el grupo operativo, del cual formaba parte René Patricio Orchard Díaz"*, encuadrando su participación en los hechos a la de cómplice, por estimar que éste no tenía dominio del hecho.

12°) Que, en relación al vicio denunciado, es conveniente recordar que lo que estatuyen las normas que se dicen infringidas por el recurrente, en relación a la forma de extensión de las sentencias, es que el pronunciamiento contenga las reflexiones de hecho que le sirven de apoyo, sobre la base de la discusión planteada en el proceso. De esta manera, no resulta posible admitir la solicitud de nulidad de la sentencia dictada con miras a obtener una nueva estimación de los hechos para obtener una conclusión distinta a la de la instancia, ya que ello escapa a un motivo de nulidad como el presente.

Por lo expuesto y dado que el fallo que se impugna ha cumplido con las exigencias que se denuncian omitidas, lo que se advierte de su examen, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, resulta que los defectos en que descansa la

NWXDXMDWGKC

motivación de nulidad del libelo no la conforman, porque no existen, no siendo entonces exactas las transgresiones imputadas al fallo en estudio, desde que más que la ausencia de consideraciones, se reprueba la fundamentación de los jueces de la instancia para decidir de la forma en que lo han hecho, por lo que no ha podido configurarse la causal de invalidación formal esgrimida por la defensa de Orchard Díaz, la que habrá de ser desestimada.

II. Recurso de casación en el fondo:

13°) Que antes del examen de los arbitrios de nulidad sustancial deducidos, resulta oportuno consignar desde ya que el recurso de casación constituye una vía de impugnación de derecho estricto en cuanto impone al recurrente el cumplimiento de determinadas formas legales. Así lo establece el artículo el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, aplicable según la remisión expresa que contiene el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal a las disposiciones previstas en el párrafo 1º y 4º del Título XIX del Libro III del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, según la primera de estas disposiciones, el libelo que contenga el recurso deberá expresar en qué consiste el o los errores de Derecho, en los que se afirma habría incurrido la sentencia, y además, de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. No bastará, en consecuencia, la mera aseveración del error de Derecho reclamado, ni tampoco, la sola enunciación de normas legales, sino que debe precisarse con suficiente claridad y concatenamiento lógico-argumental en qué consiste la aplicación errónea de la ley penal, y exponerse, además, cómo el vicio denunciado

NWXDXMDWGKC

constituye una o más de las causales taxativas que designa el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Esta exigencia obliga entonces a los impugnantes no sólo a expresar ordenada y lógicamente los presupuestos indicados, sino además, les impedirá proponer motivos de nulidad contradictorios unos de otros, pues ello implicaría trasladar indebidamente al fallador, la referida carga procesal a efectos de determinar si existe uno o más de los vicios alegados.

Un recurso de casación en el fondo que incurra en tales omisiones o contradicciones procesales, nunca podrá prosperar.

14°) Que, como se señaló, los recursos de casación en el fondo deducidos por las defensas de los sentenciados **Luis Humberto Fernández Monje y José Flores Gallardo,** esgrimen -en rigor- de manera conjunta y simultáneamente, las circunstancias primera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, vicios de nulidad que se configurarían al habérseles condenado como autor y cómplice, respectivamente, del delito de homicidio calificado, en circunstancia que –alegan- la prueba no cumple lo previsto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 109, 110, 111 y 456 bis del mismo Código, por lo que debieron ser absueltos por falta de participación en el ilícito.

La circunstancia primera de la norma ya citada, supone necesariamente que los hechos fueron correctamente establecidos y que los mismos resultan constitutivos de delito, para sostener igualmente la causal prevista en el 546 N° 7, esto es, haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, desconociendo los hechos asentados por el juzgador, que -por el contrario- los acepta al esgrimir el primer motivo de invalidación.

NWXDXMDWGKC

Como se ve, cada postulado supone el abandono de la tesis anterior, condiciones en las que los arbitrios no pueden ser atendidos, 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, los que, por tal motivo, serán rechazados (SCS N° 19.165-17, de 27 de septiembre de 2017 y N° 35.788 de 20 de septiembre de 2018; 13877-2019, de 24 de diciembre de 2021; 12820-2019 de 8 de noviembre de 2021, entre otros).

En efecto, los vicios que constituyen las hipótesis 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.

15°) Que tal forma de fundar la abrogación, esgrimiendo hechos, razones y consecuencias legales incompatibles, no resulta aceptable tratándose de un recurso extraordinario y de derecho estricto como lo es el de casación en el fondo, en el cual cabe demandar, para que esta Corte pueda entrar al estudio y decisión del mismo, que se señale y explique con precisión y fundamento los errores de derecho que se advierten en el fallo, así como su influencia sustancial en su parte dispositiva, todo ello en correspondencia con las solicitudes efectuadas en su petitorio, características de las que carece un arbitrio que, como los revisados, presentan fundamentos y peticiones alternativas y excluyentes, defectos que constituyen un óbice insalvable siquiera para su estudio;

16°) Que la jurisprudencia a este respecto es, como se ha visto, numerosa y sostenida, contando con decisiones muy recientes, que otorgan sólido respaldo a lo que se resuelve en estos casos, que es el rechazo de los recursos por razones

NWXDXMDWGKC

que si bien son formales, no pueden ser obviadas por esta Sala, atendida la función que le está encomendada como tribunal de casación.

Sabido es que este tribunal no es una instancia de apelación, en que proceda revisar uno a uno todos los hechos establecidos, aunque su apreciación conduzca a conclusiones contradictorias. A este respecto no es necesario añadir nada más, que no sea el parecer de la doctrina procesalista divulgada a través de los textos conocidos;

17°) Que las contradicciones anotadas, resultan suficientes para desestimar los recursos deducidos. Sin embargo, se han incurrido en otros yerros en su formalización, puesto que en ambos recursos se han esgrimido como infringidos los artículos 109, 456 bis y 488 del Código de Procedimiento Penal, en circunstancia que solo la última disposición tiene el carácter de normas reguladoras de la prueba, precepto que, en el recurso deducido en favor del sentenciado Fernández Monje, se denuncia como íntegramente afectado, en circunstancias que solo sus números 1 y 2, primera parte, tienen la calidad de reguladoras de la prueba, carácter que no es posible asignarles a los demás ordinales de ese precepto, arbitrio que además omite denunciar como violentada la disposición sustantiva que rige el tipo penal por el cual habría resultado erradamente condenado en opinión de ese recurrente; en tanto que las peticiones que finalmente plantea es el otorgamiento de una pena sustitutiva, en circunstancia que en el cuerpo del recurso postula a la absolución de su defendido por falta de participación.

De otra parte, si bien en el recurso deducido en favor del sentenciado Flores Gallardo se denuncian como infringidos los cardinales del artículo 488 del

NWXDXMDWGKC

Código de Procedimiento Penal que tienen la calidad de reguladoras de la prueba, su lectura no muestra la imputación de haber sido violentada, pues plantea la presunta transgresión en que habrían incurrido los jueces, al haber tenido por comprobado que aquél conformó la patrulla militar que retiró de la cárcel pública a la víctima de autos y colaboró en su traslado al interior del Regimiento Militar donde fue ultimado, en circunstancia que –sostiene- fue un hecho controvertido por la defensa, no siendo admisible por tal razón, que fuera utilizado como base de una presunción judicial, manifestando a continuación su discrepancia en torno a la valoración que se confiere a los elementos de convicción reunidos y relacionados en el fallo –que en su concepto- no constituyen presunciones judiciales que reúnan los requisitos del artículo 488 ya citado, al incumplir con la exigencia de multiplicidad, como tampoco sustentarse en hechos reales y probados, disintiendo de sus conclusiones, cuestión ajena a este recurso extraordinario, de naturaleza sustantiva y de derecho estricto.

18°) Que, dadas las consideraciones precedentes, representativas de graves imprecisiones en la formalización del individualizado libelo, contrarias a la naturaleza y fines de este recurso de nulidad, procede desestimar, los promovidos en autos en representación de los condenados Luis Humberto Fernández Monje y José Electo Flores Gallardo.

19°) Que, en relación al recurso promovido por el querellante **Unidad Programa de Derechos Humanos** y, particularmente, en cuanto al primer capítulo del mismo, como se reseñó, se sustenta en la causal de nulidad prevista en el numeral 7° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el cual se denuncia la infracción a las normas reguladoras de la prueba contenida en el

NWXDXMDWGKC

artículo 488 N°1 y 2 del mismo Código, por la no valoración en la sentencia impugnada de los diversos testimonios que constan en el proceso, de los que surgen múltiples hechos reales y probados, que sirvieron de base a las presunciones judiciales utilizadas por el sentenciador de primer grado para tener por acreditada la participación de Fernando Polanco Gallardo en el delito, yerro que condujo a su absolución.

20°) Que de la lectura del capítulo del recurso en análisis se desprende que se trata de un arbitrio algo impreciso en su construcción, ya que se invoca únicamente la causal de casación del numeral 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal -haberse violado las leyes reguladoras de la prueba-, alegando haberse acreditado la responsabilidad penal, omitiéndose por el impugnante deducir el motivo de nulidad sustancial contemplado en el numeral 4° del citado precepto, consistente en que la sentencia califica como lícito un hecho que la ley penal considera como tal, lo que resultaba indispensable para el éxito de su pretensión, y la subsecuente infracción a las normas de carácter sustantiva que se habrían vulnerado al absolver al acusado Polanco Gallardo de los cargos enderezados en su contra. Lo anterior, por cuanto de acogerse la infracción de las normas reguladoras de la prueba y, consecuencialmente modificarse los hechos de participación atribuidos al recurrente, necesariamente debería arribarse a una decisión condenatoria respecto del referido acusado, siendo indispensable para ello que su asistencia letrada hubiere hecho valer la causal de casación en el fondo del artículo 546 N°4 del Código de Procedimiento Penal, puesto en ese caso esta Corte estaría en condiciones de dictar una sentencia de reemplazo que contenga tal pronunciamiento, teniendo en especial consideración para ello la

NWXDXMDWGKC

naturaleza de derecho del arbitrio en análisis, cuya finalidad, como se señaló, es la de examinar la correcta interpretación y aplicación de la ley en el caso concreto, dentro de los limites severos trazados por el código del ramo, que podrán ser objetables -*de lege ferenda*- pero son los que rigen en estos procedimientos y han de ser aplicados por las instancias judiciales competentes, incluido este Tribunal, so pena de infringir la ley en caso de no darles aplicación (SCS Rol N° 8945-2018, de 08 de febrero de 2021).

21°) Que, por lo demás, la jurisprudencia a este respecto es, como se ha visto, numerosa y sostenida, contando con decisiones muy recientes, que otorgan sólido respaldo a lo que se resuelve en estos casos, que es el rechazo de los recursos por razones que si bien son formales, no pueden ser obviadas por esta sala, atendida la función que le está encomendada como tribunal de casación. Sabido es que este tribunal no es una instancia de apelación, en que proceda revisar uno a uno todos los hechos establecidos, aunque su apreciación conduzca a conclusiones contradictorias.

A este respecto no es necesario añadir nada más, que no sea el parecer de la doctrina procesalista, divulgada a través de los textos conocidos. Por estos motivos el primer capítulo del recurso de nulidad en estudio será desestimado.

22°) Que, en cuanto al segundo capítulo del recurso de casación sustancial invocado por la parte querellante, fundado en la causal prevista en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal por infracción de los artículos 15 N°3 y 16 del Código Penal, al haberse calificado la participación de los sentenciados Milton Leonardo Torres Rojas, René Patricio Orchard Díaz, José Electo Flores Gallardo y Juan Daniel Marambio López, como cómplice del ilícito, y no habérseles

NWXDXMDWGKC

condenado en calidad de coautores como fue resuelto por la judicatura de primer grado; resulta pertinente recordar que en el fundamento 40° del fallo de primera instancia, que la sentencia objetada mantiene, se tuvo por establecido que los acusados antes referidos, en el periodo de ocurrencia del ilícito objeto del proceso, eran personal de Reserva del Ejército, en el grado de Sargento Segundo (Orchard Díaz), Cabo Primero (Torres Rojas) y Cabo Segundo (Marambio López y Flores Gallardo), desempeñándose en el Regimiento Militar “Arica” de La Serena, como agentes operativos de la Sección II de Inteligencia que funcionaba en su interior, quienes, el día 26 de noviembre de 1973, junto a los Suboficiales Vallejos Birtiola (fallecido) y Fernández Monje, concurrieron a la cárcel pública de la ciudad a retirar a la víctima Francisco Santoni Díaz para trasladarlo al Regimiento, donde le dieron muerte.

23°) Que, por otro lado, como ya se ha esbozado, adicionalmente los sentenciadores estimaron, según da cuenta el considerando 7°) que antecede, que los hechos fueron cometidos en un contexto de ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil, lo que determinó que los ilícitos establecidos fueran además considerados como crímenes de lesa humanidad, por atentar contra normas *ius cogens* del Derecho Internacional Humanitario, y por lo mismo, sometidos a dicho estatuto jurídico internacional.

Respecto a las características de estos delitos, la doctrina ha señalado que el sujeto activo comprende tanto a los funcionarios estatales (con independencia de su jerarquía o cargo), como a los miembros de una organización; pueden cometerse en tiempo de guerra o de paz; no es necesario que exista orden

NWXDXMDWGKC

expresa de la autoridad política para perpetrarlo. El sujeto pasivo, es la población civil, contra quien se dirige el ataque;

24°) Que, es bajo este contexto, que el fallo de primer grado, les atribuyó participación a los mencionados acusados a título de coautores, por tratarse de personal de Reserva del Ejército, que pasaron a formar parte de la Sección II de Inteligencia, como agentes operativos, que estaban destinados al cumplimiento de funciones represivas contra aquellas personas que eran contrarias al régimen instaurado y que participaron de la patrulla que trasladó a la víctima desde la Cárcel Pública de La Serena donde se encontraba recluida, al recinto militar donde fue ultimado, hecho en el que estuvieron presentes;

25°) Que, para analizar la especial forma de autoría en que se pueden cometer estos delitos, resulta relevante analizar si los partícipes tuvieron 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 en 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,

NWXDXMDWGKC

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.

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 co-dominio 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);

NWXDXMDWGKC

26°) Que, sobre la coautoría, Roxin señala que *"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).

Por ello, los coautores intervienen 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;

27°) Que, en consideración a las reflexiones antes efectuadas, y en lo relativo a la participación de los acusados Milton Leonardo Torres Rojas, René

NWXDXMDWGKC

Patricio Orchard Díaz, José Electo Flores Gallardo y Juan Daniel Marambio López, la sentencia impugnada incurre en el yerro jurídico denunciado en el recurso de casación en examen –fundado en la causal prevista en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal-, desde que los hechos establecidos, mencionados en el fundamento 5° *ut supra*, se ha podido determinar que al haberse desempeñado como soldados reservistas del Ejército, realizando labores operativas en la Sección II de Inteligencia, en el Regimiento "Arica" de La Serena, en cumplimiento de las directrices entregadas por la oficialidad, con conocimiento que allí se mantenían a personas detenidas por ellos, sometidos a interrogatorios bajo tortura, y haber conformado la patrulla que en horas de la noche del día 26 de noviembre de 1973, trasladó al interno Francisco Javier Santoni Díaz desde la cárcel pública de la ciudad donde se encontraba recluido, hasta las dependencias del aludido recinto militar, lugar donde fue ultimado por los mismos agentes, disponían del co-dominio del hecho, contribuyendo de manera funcional a la ejecución del hecho en su totalidad, formando parte de la agrupación represiva que ideó y decisión la ejecución de la víctima, como agente operativo de la misma, colaborando de esa manera y en forma determinante con su muerte, pues esas labores permitieron someter a la víctima y perpetrar el homicidio;

No se trata, entonces, de una intervención periférica en el ilícito o de cooperación del acto ilícito de otro, propia de la complicidad, sino más bien de la realización de actos ejecutivos, aportando cada uno de estos acusados de manera funcional a la realización mancomunada o colectiva del plan en su conjunto, aceptada expresa o tácitamente, con conocimiento y voluntad de participar en

NWXDXMDWGKC

ellos, los que bajo el principio de imputación recíproca, resultan constitutivos de coautoría, en los términos previstos en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

28°) Que, en consecuencia, se acogerá la causal de nulidad en el fondo, fundada en el numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, impetrada por el querellante Unidad Programa de Derechos Humanos, toda vez que los jueces del fondo al condenar a los acusados Torres Rojas, Orchard Díaz, Flores Gallardo y Marambio López, en calidad de cómplices, les impuso una pena menos grave que la asignada en la ley, al determinar con error de derecho, la participación que les ha correspondido en el delito, por lo que se invalidará la sentencia impugnada en este aspecto, dictándose en su reemplazo, sin nueva vista, pero separadamente, una ajustada a la ley;

29°) Que, finalmente, en lo referente a la protesta contenida en el tercer capítulo del recurso de **casación en el fondo deducido por la parte querellante**, fundado en la causal prevista en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, por la no aplicación de la agravante prevista en el artículo 12 N°8 del Código Penal, respecto a los sentenciados Torres Rojas, Marambio López, Flores Gallardo y Orchard Díaz, esto es, la de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, es preciso señalar que sobre el particular, la judicatura de segundo grado, en el fundamento 14° de la sentencia objetada, tuvieron en consideración los siguientes argumentos:

"…se encuentra establecido en el proceso que al momento de la ocurrencia de los hechos todos los encartados se desempeñaban como funcionarios del Ejército de Chile, por ende, detentaban la calidad de funcionarios públicos.

NWXDXMDWGKC

Que también está comprobado que el día veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y tres, Francisco Javier Santoni Díaz se encontraba cumpliendo condena por un delito común en la ex cárcel de la ciudad de La Serena, recinto al cual ingresó el día veintiséis de agosto de mil novecientos setenta y dos, y que, ante sospechas de estar planificando una fuga masiva desde dicho recinto, comenzó a ser investigado por la Sección II del Regimiento Arica de la ciudad de La Serena.

Asimismo, que en horas de la noche una patrulla militar a cargo del suboficial Vallejos Birtiola (fallecido) junto a miembros de dicha Sección II, entre ellos, el suboficial Fernández Monjes y los soldados reservistas Marambio López, Torres Rojas, Orchard Díaz y Flores Gallardo, sacaron de la cárcel pública a Francisco Santoni Díaz, lo trasladaron en un vehículo para luego proceder a dispararle, causando su muerte, alrededor de las 00:30 horas del veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres.

Además, de acuerdo con las declaraciones de Juan González Herrera y Vicente Gatica Barahona, la víctima Santoni Díaz fue retirado desde el recinto penitenciario por funcionarios del Ejército el día veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y tres en horas de la tarde. Dichas declaraciones son corroboradas por Eduardo Lizana Negrete, jefe de la guardia interna de la cárcel, quien declaró a fojas 876 que "cada vez que Vallejos retiraba detenidos lo hacía sin ninguna orden escrita, solo daba cuenta de una supuesta orden verbal de la Fiscalía Militar", es decir, tal acción fue realizada sin mediar orden lícita ni justa causa tal como se detalla en el considerando 25°.

NWXDXMDWGKC

Asimismo, consta de los antecedentes del proceso que quienes se bajaron del vehículo y accedieron a dependencias de la cárcel pública a fin de retirar a Francisco Santoni Díaz fueron los suboficiales Vallejos (fallecido) y Fernández Monjes y el resto de los integrantes de la patrulla esperaron en la camioneta.

De acuerdo con lo que se viene razonando, estos sentenciadores estiman que estos antecedentes son suficientes para determinar que estos dos funcionarios militares actuaron prevaliéndose de su calidad de tales, pues al solicitar la presencia de un reo, el personal de Gendarmería de Chile -en el contexto que vivía el país en esos momentos- no tenía ninguna posibilidad de negarse, lo que les confería una ventaja que les facilitaba la perpetración de actos ilícitos como el que afectó a Francisco Santoni Díaz. Además, tampoco consta que estuvieran ejecutando una orden de la Fiscalía Militar de La Serena, pues no hay registro de su egreso en los antecedentes remitidos por Gendarmería de Chile.

Conforme con lo anterior, es que se accederá a aplicar la circunstancia agravante establecida en el artículo 12 N°8 del Código Penal, modificándose con ello la pena en la parte resolutiva del presente fallo, respecto del condenado Luis Fernández Monjes".

30°) Que, como lo ha señalado con anterioridad esta Corte, entre otros, en los pronunciamientos Rol N° 8.945-2018, de 08 de febrero de 2021, Rol N° 361-2020, de 14 de diciembre de 2022 y Rol N° 84.187-2021, de 10 de octubre de 2023; para que se estime concurrente la agravante contenida en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, consistente en prevalerse del carácter público que tenga el culpable, el autor debe *"servirse, valerse de la calidad que posee para sus fines"*

NWXDXMDWGKC

(Cury, Derecho Penal, Pte. General, 7ª Edic., p. 503), *"aprovechar su carácter de funcionario público para cometer el delito o ejecutarlo en condiciones más favorables, o para procurar la impunidad. Prevalerse de su carácter público, esto es, servirse para sus propósitos de la calidad que inviste, emplear como medio el influjo especial que le da el carácter de que está investido, para otros fines"*. (Texto y Comentario del Código Penal, T.I. Libro Primero, Parte General, Comentario del Art.12 , pág. 202).

Sea que se halle en el fundamento de esta agravante un mayor injusto o un incremento de la culpabilidad (criterio mayoritario), el núcleo reside en determinar si el funcionario abusó de una posición de poder en un ámbito diverso al que corresponde a la función y en el que la finalidad es un beneficio para el funcionario o un tercero (Ortiz/Arévalo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Edit. Jdca., 2013, p. 398).

31°) Que, en parecer de estos sentenciadores, los hechos que se han tenido por acreditados en autos, además de la calificación jurídica atribuida a los mismos - delito de homicidio calificado en contexto de lesa humanidad - no permiten concluir que los acusados hayan realizado las acciones que se le atribuyen, prevaliéndose de un influjo -predominio o fuerza moral- especial otorgado por su carácter de militar.

Lo anteriormente afirmado, se encuentra justificado toda vez que, no obstante ostentar los acusados -al momento de perpetrar el ilícito-, la calidad de miembro del Ejército, en cuanto estaban destinados como Reservistas a la Sección II de Inteligencia del Regimiento "Arica" de La Serena, al tratarse en la especie de un ilícito de lesa humanidad, en el que el abuso de la calidad de

NWXDXMDWGKC

agente estatal constituye un elemento integrante del tipo penal, no resulta posible tener por concurrente dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, por expresa disposición del artículo 63, inciso segundo, del Código Penal, precepto que expresamente dispone que no producen el efecto de aumentar la pena, las circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse, cuyo es el caso de autos.

32°) Que, en consecuencia, los sentenciadores de segundo grado, al haber desechado la aludida agravante respecto de los acusados Torres Rojas, Marambio López, Flores Gallardo y Orchard Díaz, no han incurrido en el yerro jurídico denunciado, por lo que esta sección del recurso será desestimada.

III.- Casación de oficio.

32°) Que no obstante el rechazo del arbitrio de casación en el fondo deducido por la defensa de Fernández Monje por defectos de formalización, esta Corte ha observado la incorrecta aplicación de la ley, al haberse tenido por configurada por la judicatura de segundo grado, respecto de este sentenciado, la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, pese a tratarse –como antes se señaló- de una circunstancia agravante de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella no puede cometerse -conforme dispone el artículo 63 del Código punitivo-, error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en cuanto su aplicación les permitió efectuar una compensación racional con una de las circunstancias atenuantes que le favorece (del artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal), en un caso no permitido por la ley y, con ello, imponerle una pena mayor a la que resultaba procedente, motivo por el cual, de conformidad a lo previsto en el artículo 785 del Código de

NWXDXMDWGKC

Procedimiento Civil, esta Corte actuará de oficio para corregir la incorrecta aplicación de la ley, casando de oficio la sentencia recurrida, como se dispondrá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 14, 15, 16 y 391 N° 1 del Código Penal, 10, 500, 535, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se decide que:

I. Se **rechaza el recurso de casación en la forma** deducido por el abogado Marco Romero Zapara, en representación del sentenciado René Patricio Orchard Díaz.

II. Se **rechazan los recursos de casación en el fondo** deducidos por el abogado Luis Núñez Muñoz, en favor del sentenciado Luis Humberto Fernández Monje y el profesional Maximiliano Murath Mansilla, en representación de José Flores Gallardo, así como el recurso deducido por la parte querellante Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en lo que respecta sus capítulos I y III.

III. Se **acoge el recurso de casación en el fondo**, formalizado por el abogado Felipe Alemparte Croxatto, en representación de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, el doce de septiembre de dos mil veintidós, **sólo en cuanto en ella se condena en calidad de cómplices** a los acusados Milton Leonardo Torres Rojas, René Patricio Orchard Díaz, José Electo Flores Gallardo y Juan Daniel Marambio López; y en su reemplazo se dicta a continuación, sin

NWXDXMDWGKC

nueva vista, pero separadamente, la sentencia que se conforme a la ley y al mérito del proceso.

IV. Se anula de oficio la referida sentencia, sólo en cuanto en ella se **acoge la agravante de responsabilidad penal, prevista en el artículo 12 N°8 del Código Penal**, respecto del sentenciado Luis Humberto Fernández Monje, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

V.- En consecuencia, la sentencia dictada en estos autos por la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha doce de septiembre del 2022, es parcialmente válida, con la sola anulación de lo referido en los acápites III y IV de esta decisión.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 134.116-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L. y Ricardo Abuauad D. No firman los Abogados Integrantes Sres. Munita y Abuauad, no obstante haber estado en la vista y en el acuerdo del fallo, por haber ambos cesado en sus funciones.

NWXDXMDWGKC

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 01/03/2024 13:26:01

LEOPOLDO ANDRES LLANOS SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 01/03/2024 13:26:02

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 01/03/2024 13:26:02

NWXDXMDWGKC

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, uno de marzo de dos mil veinticuatro.

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

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

NWXDXMDWGKC

Santiago, uno de marzo de dos mil veinticuatro.

En cumplimiento de lo ordenado por el fallo de casación que antecede y lo prescrito en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce de la sentencia en alzada, de treinta de octubre de dos mil veinte, rectificada por resolución dictada el veintitrés de noviembre de dos mil veinte, de fojas 1.886 y 1.948, respectivamente, reemplazando en los considerandos que se indican, lo que se señala:

a) En el considerando 29° se reemplaza la palabra “secuestro” por “homicidio”;

b) En el considerando 31° se reemplaza la palabra “supe vigilancia” por “supervigilancia” y la palabra “reglamente” por “reglamento”;

c) En el considerando 32°, se reemplaza la palabra “subordinas” por “subordinados”.

Del fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, de doce de septiembre de dos mil veintidós, se mantienen su parte expositiva y los considerandos 1°, 2° de su sección I.-; los fundamentos 1°, 2°, 3° 4°, 5°, 6°, 7° y 8° de su apartado II.; y de su capítulo III., los considerandos 1° a 13°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22°, 24°, 25°, 26°, 27°, 29°, 30° y 31°, así como sus resolutivos I., II. y III.

Se reiteran, asimismo, los fundamentos 5°, 6°, 7°, 22°, 23°, 24°, 25°, 26°, 27°, 28° y 32° de la sentencia de casación que antecede.

Y SE TIENE, EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

1° Que, en cuanto a la participación de los acusados Milton Leonardo Torres Rojas, René Patricio Orchard Díaz, José Electo Flores Gallardo y Juan Daniel Marambio López, esta Corte comparte las conclusiones alcanzadas por el sentenciador de primer grado, en los fundamentos 34°, 35°, 36° y 37°, calificando su participación en calidad de coautores en los términos previstos en el artículo 15 N°1 del Código Penal, al haberse desempeñado como soldados reservistas del

BXXXXMLYGKC

Ejército, realizando labores operativas en la Sección II de Inteligencia, en el Regimiento “Arica” de La Serena, en cumplimiento de las directrices entregadas por la oficialidad, con conocimiento que allí se mantenían a personas detenidas por ellos, sometidos a interrogatorios bajo tortura, y haber participado en horas de la noche del día 26 de noviembre de 1973, en el traslado del interno Francisco Javier Santoni Díaz desde la cárcel pública de la ciudad donde se encontraba recluido, hasta las dependencias del aludido recinto militar, lugar donde fue ultimado por los mismos agentes, por lo que todos ellos disponían del co-dominio del hecho, contribuyendo de manera funcional a la ejecución del ilícito en su totalidad, formando parte de la agrupación represiva que ideó y decisión la ejecución de la víctima, como agente operativo de la misma, colaborando de esa manera y en forma determinante con su muerte, pues esas labores permitieron someter a la víctima y perpetrar el homicidio, por lo que la sentencia apelada será confirmada en este tópico;

2° Que, finalmente, respecto de la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal, es preciso señalar que los hechos que se han tenido por acreditados en autos, además de la calificación jurídica atribuida a los mismos –*delito de homicidio calificado en contexto de lesa humanidad*- no permiten concluir que el acusado Fernández Monje haya realizado las acciones que se le atribuyen, prevaliéndose de un influjo –“*predominio o fuerza moral*”- especial otorgado por su carácter de militar.

Lo anteriormente afirmado, se encuentra justificado toda vez que, no obstante ostentar el acusado Fernández Monje – *al momento de perpetrar el ilícito* -, la calidad de miembro de las Fuerzas Armadas, en cuanto estaba destinado como Suboficial, a la Sección II del Regimiento Arica de La Serena, al tratarse en la especie de un ilícito de lesa humanidad, en el que el abuso de la calidad de agente estatal constituye un elemento integrante del tipo penal, no resulta posible tener por concurrente dicha circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, por expresa disposición del artículo 63, inciso segundo, del Código Penal,

BXXXXMLYGKC

precepto que expresamente dispone que no producen el efecto de aumentar la pena, las circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse, cuyo es el caso de autos.

3° Que, en consecuencia, favoreciendo a los acusados Torres Rojas, Orchard Díaz, Flores Gallardo una circunstancia atenuante –*la prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal*- y no perjudicándole agravantes, la pena que a la fecha de ocurrencia de los hechos (noviembre de 1973) traía aparejada el delito de homicidio calificado, a saber, la de presidio mayor en su grado medio a perpetuo, por disposición del artículo 68 del mismo cuerpo de normas la misma no podía ser aplicada en su grado máximo, de lo que se sigue que la pena determinada en el fallo apelado –*la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio*- fue correctamente impuesta.

De igual forma, teniendo presente que a los acusados Fernández Monje y Marambio López les fue reconocida dos morigerantes de responsabilidad – las previstas en el artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal-, y no afectándoles agravantes, en virtud de similares consideraciones a las antes expresadas y conforme lo resuelto en el fundamento 54° de la sentencia apelada, al haberse rebajado la pena asignada al delito en un grado desde el mínimo, no cabe más que concluir que la pena corporal impuesta a estos encartados ha sido correctamente determinada.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 509 y siguientes del Código del Procedimiento Penal**, se confirma en lo apelado y aprueba en lo consultado,** la sentencia dictada el treinta de octubre de dos mil veinte, rectificada el veintitrés de noviembre del mismo año, escritas a fojas 1.886 y 1.948, respectivamente, dictadas por el Ministro en Visita Extraordinaria don Vicente Hormazábal Abarzúa.

Rija en todo lo demás no invalidado, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, dictada con fecha doce de septiembre de dos mil veintidós.

BXXXXMLYGKC

Regístrese y devuélvase, con sus tomos y agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 134.116-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., y Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L. y Ricardo Abuauad D. No firman los Abogados Integrantes Sres. Munita y Abuauad, no obstante haber estado en la vista y en el acuerdo del fallo, por haber ambos cesado en sus funciones.

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 01/03/2024 13:26:03

LEOPOLDO ANDRES LLANOS SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 01/03/2024 13:26:04

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 01/03/2024 13:26:04

BXXXXMLYGKC

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

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

BXXXXMLYGKC