

Santiago, ocho de mayo de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos autos Rol Corte Suprema N° 125.434-2020, por sentencia de veintisiete de enero de dos mil veinte, dictada por la Ministro en Visita Extraordinaria doña Marianela Cifuentes, se condenó a Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Capitán de Ejército de dotación del Regimiento “Arica” de la ciudad de La Serena en la época de los hechos, en calidad de autor del delito de secuestro calificado, en grado consumado, cometido en contra de Gregorio Mimica Argote, el 14 de septiembre de 1973, a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Asimismo condenó a Fredy Alejandro Tornero Deramond, Subteniente de Ejército de dotación del Regimiento “Arica” de la ciudad de La Serena en la época de los hechos, en calidad de autor del delito de secuestro calificado, en grado consumado, cometido en contra de Gregorio Mimica Argote, el 14 de septiembre de 1973, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas.

Impugnado vía recurso de apelación dicho pronunciamiento, la Corte de Apelaciones de San Miguel, por fallo de uno de septiembre de dos mil veinte, lo confirmó con las siguientes declaraciones:

Que Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Capitán de Ejército de dotación del Regimiento Arica de la ciudad de La Serena, en la época de los



hechos, queda condenado en calidad de co-autor de homicidio calificado, en grado de consumado, de Gregorio Mimica Argote, cometido el 14 de septiembre de 1973, en la ciudad de Santiago de Chile, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, así como también a la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas.

Asimismo Fredy Alejandro Tornero Deramond, Subteniente de Ejército de dotación del Regimiento Arica de la ciudad de La Serena, en la época de los hechos, queda condenado en calidad de co-autor de homicidio calificado de Gregorio Mimica Argote, cometido el 14 de septiembre de 1973, en la ciudad de Santiago de Chile, a la pena cinco años de presidio menor en su grado máximo, así como también a la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas.

Considerando:

1º) Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del acusado **Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo**, se funda únicamente en la causal N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar; 103 y 68 inciso 3° del Código Penal.

En síntesis, el impugnante sostiene respecto de la infracción a los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, que los sentenciadores incurren en un error al desestimar la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, ya que en la especie, no solo existió una orden de carácter militar de carácter específico, sino que además, existía una orden de



carácter general como la señalada en el Bando N° 24, publicado el 12 de septiembre de 1973, que establecía precisamente la facultad que tenía la jefatura militar para ejecutar a personas y que ciertamente don Fernando Polanco Gallardo no podía representar.

De lo señalado fluye la absoluta falta de fundamentos que se han tenido en consideración para negar la aplicación de la minorante de responsabilidad de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar.

Finalmente, y en lo tocante a la minorante de la prescripción gradual del artículo 103 del Código Punitivo, sostiene que la misma es independiente y diversa de la situación de la prescripción propiamente tal, en cuanto se trata de instituciones diversas, con características fines y efectos distintos e incompatibles

Por todo ello, solicitan se acoja el recurso, invalidando la sentencia recurrida, dictando en acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, una sentencia de reemplazo por la que se declare que deben considerársele además al recurrente, las atenuantes de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar y las muy calificadas derivadas del artículo 103 del Código Penal, por lo que haciendo una correcta aplicación de la norma del artículo 68 del Código Penal, en definitiva se les condene a una pena no superior a la presidio menor en su grado máximo, declarando asimismo que se les conceden los beneficios de la Ley N° 18.216;

2°) Que, una vez sentado lo anterior, es menester señalar de los juzgadores de la instancia tuvieron como probados los siguientes hechos:

“1° Que Gregorio Mimica Argote, estudiante de Ingeniería de Ejecución Mecánica de la Universidad Técnica del Estado, Presidente del Centro de Alumnos de Ingeniería de Ejecución y militante de las Juventudes Comunistas



(J.J.CC.), ala juvenil del Partido Comunista, fue detenido el día 12 de septiembre de 1973, al interior de la Universidad Técnica del Estado, por militares del Regimiento “Arica” de La Serena, bajo el mando del Mayor Marcelo Luis Manuel Moren Brito -actualmente fallecido- y, luego, trasladado al Estadio Chile, lugar en que permaneció encerrado hasta el día 14 de septiembre de 1973, en horas de la mañana.

2° Que, tras recuperar su libertad, Gregorio Mimica Argote se dirigió a su domicilio, ubicado en avenida San Ignacio N° 4.694 de la comuna de San Miguel, lugar en que fue nuevamente detenido, alrededor del mediodía, esta vez por militares del Regimiento “Coraceros” de Viña del Mar, quienes, acto seguido, lo trasladaron a la Universidad Técnica del Estado y lo entregaron al Mayor Marcelo Moren Brito –oficial del Ejército de Chile a cargo del Batallón del Regimiento “Arica” de La Serena que aún se encontraba instalado en dicha universidad-.

3° Que el día 14 de septiembre de 1973, en horas de la tarde, en circunstancias que Gregorio Mimica Argote se encontraba en una sala de clases de la Escuela de Artes y Oficios de la Universidad Técnica del Estado, privado de su libertad ambulatoria, absolutamente indefenso, atado de pies y manos, fue interrogado por el Mayor Marcelo Moren Brito, acompañado por los oficiales Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Daniel Alfredo Verdugo Gómez -fallecido-, Jaime Fernando del Villar Chaigneau -fallecido-, Pedro Rodríguez Bustos -fallecido- y Fredy Tornero Deramond, acerca de la existencia de armas ocultas al interior de la Universidad.

4° Que, en el contexto del referido interrogatorio, por orden de Moren Brito, Gregorio Mimica Argote fue ejecutado mediante múltiples impactos balísticos y, tras su muerte, su cuerpo fue introducido a un horno en el laboratorio de metalurgia de la misma universidad, siendo en definitiva encontrados sus restos



óseos, parcialmente carbonizados, en 1991, en la tumba N° 2.699 el Patio 29 del Cementerio General”.

3°) Que los hechos así establecidos fueron calificados como constitutivos del delito de homicidio calificado, en contexto de lesa humanidad, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, en el que al impugnante se le atribuyó participación en calidad de co-autor.

4°) Que atendida la naturaleza de los sucesos demostrados, es acertada la calificación jurídica efectuada por el sentenciador de primera instancia ratificada por el de segunda, esto es, que se trata de un crimen contra la humanidad, porque el injusto en estudio ocurrió en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento o persecución de personas quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se le sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades



fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad fraguado con recursos propios del Estado.

5°) Que los crímenes de lesa humanidad no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad del hombre, de suerte tal que para su configuración existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.

Tal es lo ocurrido en la especie, pues es evidente que las instrucciones de ejecutar a una víctima indefensa atada de pies y manos, recibiendo 7 disparos, intentando ocultar dicha muerte quemando los restos en el horno de la universidad, para luego arrojar los restos en una fosa común del Cementerio General, es posible de incluir en las hipótesis antes descritas.

6°) Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar circunstancias excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos de la presente causa así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que se



deben penalizar, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

7°) Que, en lo que respecta a la alegación de la defensa de los encartados, en orden a la procedencia de las atenuantes de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar y de la minorante del artículo 103 del Código Penal, en relación al artículo 68 inciso 3° del mismo cuerpo de normas, se sigue que todas las argumentaciones giran en torno a una disminución de la sanción penal impuesta, que sería obligatoria para el tribunal en la tarea concreta de aplicar las normas respectivas, en particular, el citado artículo 68 inciso 3° del código punitivo.

Tanto el artículo 103 del Código Penal como el artículo 211 del Código de Justicia Militar, se remiten, para la concreta operatividad de los posibles efectos atentatorios de la magnitud de la pena a las normas generales, encabezadas por el artículo 65 del Código Penal. Por su parte, el artículo 103 del mismo cuerpo de normas reconduce expresamente a los artículos 65, 66, 67 y 68 el mecanismo jurídico conducente a la disminución de la pena impuesta.

En el mismo sentido, los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar solo hablan de la existencia de una circunstancia atenuante, debiendo entenderse, como se dijo y en el evento de ser acogida, remitido *-para los efectos de la posible rebaja del quantum de la pena-* a las reglas de la ley penal común. En todo caso, los sentenciadores desestimaron la concurrencia de esta atenuante;

8°) Que sobre el particular, conviene tener presente que la posición doctrinaria dominante le reconoce carácter meramente facultativo a la rebaja



de pena contemplada en los artículos 65 a 68 del Código Penal, lo que se ve reflejado en el comentario de los profesores Matus y Van Weezel, referido al artículo 65, pero que extienden al artículo 68: “*el juez puede aplicar o no aplicar la rebaja y, si decide aplicarla, puede extenderla uno o dos grados, desde el mínimo. Aunque existe alguna doctrina (cfr. Schweitzer, Revista de Ciencias Penales, Vol. VI, nro. 2, p. 202) –e incluso alguna jurisprudencia (cfr. SCS 22.04.1943, GT. 1943-1-169) que ha sostenido una tesis diferente (solo sería facultativo el monto de la rebaja, pero no la rebaja misma) respecto de similar prescripción del art. 68, hoy la doctrina y la jurisprudencia se han unificado en estimar como facultativos para el juez tanto la rebaja como el monto de ella*” (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero, Parte General, p. 360). Apuntan estos comentaristas y la mayoría de los demás que abordan el tema –*Labatut, Novoa, Etcheberry*– como principales razones a favor de esta interpretación: primera, el sentido literal de la norma que utiliza la palabra “*podrá*”, que no puede ser sustituida por “*deberá*”; segunda: la historia fidedigna de su establecimiento, emanada de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, cuyos integrantes quisieron modificar el sistema imperativo de rebaja establecido en el Código Penal Español. (Actas Sesiones C.R., nro. 19 y 136) y dejar entregada esta determinación al criterio de los jueces. Ya Ricardo Cabieses, a inicios del siglo XX, advertía en su Derecho Penal que se trata de una atribución facultativa del tribunal, “*podrá*”, “*dice la lei*”, (*Apuntes tomados en clase por Pedro Gandulfo Guerra y Roberto Belmar Puelma, Imprenta Estrella Del Pacífico, Stgo., 1918, p. 207*).

De los fallos recaídos en procesos sustanciados por otro tipo de delitos, pueden citarse SCS, de 31.03.1976, Fallos del Mes 208, pp. 29-31; SCS



22.05.1986, RDJ, 1986-119 y los varios citados en la conocida obra de Etcheberry, "*El Derecho Penal en la Jurisprudencia*" (T. III, p. 296).

El carácter facultativo de la rebaja de la pena en su cuantía, autorizada a los jueces, impide *–como reiteradamente lo ha dicho esta Corte–* la configuración de un error de derecho sancionable con la nulidad de la sentencia respectiva, por ausencia de la imprescindible influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

9°) Que además se debe tener presente que respecto a la minorante reclamada por la defensa y que recogen los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, no existe prueba tendiente a demostrar el juicio de valoración que, como subalterno, habría efectuado el recurrente respecto de la orden de su superior jerárquico, ni su representación, condiciones en las que tales alegaciones no pueden ser atendidas, más aún si negó haber estado presente en el lugar de los hechos, durante toda la investigación.

En todo caso, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como el comprobado no puede calificarse como del servicio, que es aquella llamada a ejecutar un acto de servicio, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar).

10°) Que, en cuanto al artículo 214 del Código de Justicia Militar, éste dispone que en caso de concierto previo entre los perpetradores del o los delitos, serán responsables todos los concertados. La intención común que unificó el actuar de todos los involucrados *–identificándose el de uno con el de los otros–* dirigiéndolo de modo previamente planificado en todos sus detalles hacia una meta común (Garrido, "Etapas de Ejecución del Delito, Autoría y



Participación”, Edit. Jdca., p. 316), siendo ésta la ejecución de la víctima, es un elemento que se encuentra plenamente acreditado en la causa, no desconocido por las defensas. En consecuencia, está correctamente desestimada la causal de que se trata y el recurso no puede prosperar por dicha causal;

11º) Que, avocándonos al examen del segundo segmento del recurso de nulidad sustancial deducido por la defensa, esto es, la contenida el artículo 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, por la que se denuncia la inaplicación de la rebaja prevista en el artículo 103 del Código Penal, esta será desestimada, al compartir esta Corte lo razonado por el fallo en examen, debiendo nada más reiterarse que, dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, puesto que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional tratándose de un delito de lesa humanidad como el de la especie, de manera que ninguno de tales institutos resulta aceptable, conforme se ha sostenido por esta Corte reiteradamente (SCS Rol N° 17.887-2015, de 21 de enero de 2015; 24.290-2016 de 8 de agosto de 2016; 44.074-2016 de 24 de octubre de 2016; 9.345-2017, de 21 de marzo de 2018; 8.154-2016 de 26 de marzo de 2018; y, 825-2018 de 25 de junio de 2018).

Por lo antes expuesto, el arbitrio de nulidad no será acogido en lo que a dicha alegación respecta.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546, y 547 del Código de Procedimiento Penal **se rechaza** el recurso de casación en el fondo propuestos por la defensa del sentenciado **Fernando Guillermo Santiago**



Polanco Gallardo, en contra de la sentencia de uno de septiembre de dos mil veinte, pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, la que, en consecuencia, **no es nula**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Munita

Rol N° 125.434-2020

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S, y los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L., y Sra. Carolina Coppo D. No firman los Abogados Integrantes Sr. Munita y Sra. Coppo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos ausentes.



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

