

Santiago, trece de mayo de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En los autos Rol N° 1-2009 instruidos en primera instancia por el Ministro en visita extraordinaria, Sr. Vicente Hormazábal, por sentencia de veintisiete de junio de dos mil veinte, se declaró, en cuanto a la acción penal, lo siguiente: IV.- Que se condena a Ariosto Alberto Francisco Lapostol Orrego, Fernando Guillermo Santiago Polanco Gallardo, Luis Segundo Esteban Araos Flores, Luis Humberto Fernández Monjes, ya individualizados, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a José Electo Flores Gallardo, René Patricio Orchard Díaz, Miltón Leonardo Torres Rojas, Juan Daniel Marambio López y Orlando Enrique Hatte Castillo, a la pena de cinco años y un día, de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales, como autores del delito de secuestro calificado previsto en el artículo 141 inciso 3° del Código Penal, vigente a la época de los hechos, de don Bernardo del Tránsito Cortés Castro, y se condena a Guido Mario Félix Díaz Paci, a la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales, como encubridor del mismo ilícito perpetrado entre los días 4 y 5 de abril de 1974, en las comunas de Coquimbo y La Serena, respectivamente, y al pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión, con fecha cuatro de abril de dos mil veintitrés, la Corte de Apelaciones de La Serena la confirmó. Además, aprobó los sobreseimientos definitivos parciales consultados, declarándose extinguida la responsabilidad penal en los hechos investigados por parte de Ariosto Lapostol Orrego y Guido Díaz Paci, por muerte y rechazando los recursos de casación en la



forma deducidos por la defensa de los sentenciados Orchard Díaz y Polanco Gallardo.

En contra esa sentencia se dedujeron los recursos que luego se detallarán, los que se ordenó traer en relación.

Que las sentencias referidas, contuvieron pronunciamiento respecto de demanda civil, cuestión que no fue objeto de recurso.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de casación en el fondo, interpuesto en favor del acusado Luis Esteban Araos Flores, se sustentó en la causal del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, consistente en infracción a las leyes reguladoras de la prueba, en relación con los artículos 488 numeral 1° y 2° primera parte y artículo 456 bis, ambos del Código de Procedimiento Penal y en la causal del artículo 546 N° 1 del mismo cuerpo normativo, que llevó a una errónea calificación de la participación, en relación con los artículos 15 N°1 y 141 inciso 3° del Código Penal.

Indica que no existe ningún antecedente, más allá de la calidad de miembro de la Sección II del Regimiento que vincule a su representado con el ilícito que se le imputa, ni antecedentes sobre éste, el día de los hechos, respecto a la materialización de la detención e interrogatorio de la víctima. Por ello, la presunción construida a partir de ese hecho, no satisface los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, puesto que el no haber negado la defensa, la calidad de miembro de dicha sección, no conduce a concluir que Araos Flores participó en calidad de autor de un secuestro calificado, debido a que fueron miembros de la segunda sección los que detuvieron a la víctima y luego lo



interrogaron, no pudiendo, los miembros de un grupo tan pequeño, no conocer lo que pasaba en dicha sección, por lo que se tiene por suficientemente acreditada su participación.

Sin embargo, de lo anterior no se puede colegir que haya tenido una participación de autor en el delito por el que se le condena, puesto que no se le atribuye ninguna conducta concreta del tipo penal o que lo permita presumir.

De esta manera, la presunción judicial construida para la imputación de autoría, no se sustenta en hechos reales y probados y más allá de la calidad de miembro de dicha sección, sin que exista otro antecedente, por lo que tampoco satisface el requisito de multiplicidad, que requiere el inciso 2° de la norma en referencia.

En lo referente a la infracción del artículo 546 N° 1 previamente citado, indica que los hechos establecidos, no permiten entender una participación en calidad de autor, directo e inmediato del condenado en los hechos, ni cualquier otro tipo de participación en los mismos, por lo que no pudo haberse alcanzado la convicción en los términos que plantea el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

Pide se dicte sentencia absolutoria respecto a su representado.

SEGUNDO: Que el recurso de casación en el fondo interpuesto en favor del acusado Luis Humberto Fernández Monje, se cimentó en la invocación, en forma conjunta, de las causales contenidas en los artículos 546 N°1 y N°7 del Código de Procedimiento Penal.

En lo referente a la causal del numeral 1, indicó que se calificó erróneamente la participación como autor, puesto que no hay imputación de



alguna conducta del artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que las declaraciones incorporadas y el razonamiento expuesto en la motivación trigésimo quinta de la sentencia dictada por el Ministro Instructor, concluyen que tratándose de un grupo reducido de funcionarios, que se desempeñaban en la persecución de miembros de partidos políticos de izquierda, era obvio que este acusado, que a esa época tenía el grado de cabo 1° del Ejército, tuvo conocimiento de las actividades que realizaba esa sección, y al ser destacado como uno de los miembros de ella que realizaba “operaciones” de allanamiento y detención de adversarios políticos del Gobierno Militar, es evidente que tuvo participación en el secuestro de Bernardo Cortés Castro, lo que ha resultado suficientemente demostrado en el proceso.

De lo razonado por el Ministro Instructor, no se puede establecer como una presunción judicial, en los términos del artículo 488 de Código de Procedimiento Penal, que Luis Fernández Monje diera algún tipo de orden respecto del destino del militante del MIR; no se aprecian los hechos graves, precisos y concordantes que toda presunción judicial debe contener, como tampoco los hechos reales y probados que han de servirle de fundamento.

Mientras que, respecto a la denuncia de infracción al artículo 546 N° 7, indicó que la prueba se ha valorado de manera inadecuada, conforme a lo ya referido, y añade que, respecto a la participación de su representado, parece que sólo bastó que se señalara que estuvo en la fecha coetánea y lugar de lo sucedido con la víctima, para establecer automáticamente que fue autor del delito de secuestro, sin importar que no se ha podido establecer ni siquiera una presunción judicial, ya que no existen hechos probados acerca de la participación.



Pidió que se invalide el fallo atacado, se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que, haga una correcta aplicación del artículo 68 del Código Penal y, en definitiva, se le otorguen beneficios de la Ley 18.216.

TERCERO: Que la defensa de los condenados José Flores Gallardo y Juan Marambio López, sostuvo su recurso de casación en el fondo, en primer lugar, según lo dispuesto en el N° 7 del Art. 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es el haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción influyó substancialmente en lo dispositivo de la sentencia; y en la posterior errónea determinación de la participación de sus representados, calificándolos de autor, equivocadamente, según lo dispuesto el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, debiendo haber sido calificados, ambos, en calidad de cómplice, respectivamente.

Sobre la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, refirió que la primera vulneración está dada en fijar como hecho base cierto, para construir una presunción judicial, el hecho de que sus patrocinados formaran parte de la sección II del Regimiento, lo cual no está probado, sino que lo que está acreditado es que prestaron apoyo o colaboración a dicha sección, vulnerando así el numeral 1° del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo error de la sentencia, respecto a las normas reguladoras de la prueba, lo radica en que la sentencia establece como hecho base, supuestamente probado para construir la presunción judicial, el hecho de que sus patrocinados tuvieran el dominio del hecho respecto a la colaboración en la detención o en la custodia del detenido, lo cual no está probado, sino que lo que está acreditado es que prestaban apoyo o colaboración a dicha sección en las detenciones, pero



jamás, que eso ocurrió en esta detención, como tampoco, la concurrencia del dominio del hecho por parte de sus representados.

El tercer error de la sentencia recurrida, y ya vinculado a la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, nace de calificar erróneamente como autoría, la cooperación que prestaban sus representados en algunas detenciones o como guardias externos de un lugar en donde había algún detenido.

Que, en la especie, dicha cooperación no concertada, de custodia o de apoyo en alguna detención encuadra en la hipótesis legal del artículo 16 del Código Penal y no en la hipótesis del artículo 15 de dicho Código, infringiendo así la norma legal y encuadrando ésta en la causal del numeral 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, denunció igualmente como infringidas, a través de su falta de aplicación de las siguientes normas:

i) Artículo 211 en relación al 214 del Código de Justicia Militar, para que resulte aplicable el 211 como atenuante simple, la se configuraría por la existencia de una orden; que dicha orden sea de un superior jerárquico; que, en razón, del cumplimiento de dicha orden, se produzca un delito, mas no que ésta sea del servicio, y conforme a lo anterior, entendiendo que sus representados eran chofer y guardia, se encuentra satisfecha.

ii) La no aplicación del artículo 11 N° 9 del Código Penal, puesto que sus representados declararon voluntariamente en esta causa, concurrieron a todos y cada uno de los llamados judiciales y reconocieron haberse situado en el regimiento, haber prestado apoyo y colaboración a la Sección II, que es donde



ocurren los hechos, y es esa misma conducta reconocida y no otra, la que finalmente se les recrimina como suficiente para condenarlos, por lo que también debería ser suficiente para reconocerles la atenuante.

iii) Por último, respecto a la no aplicación del artículo 103 del Código Penal, indica que la media prescripción tiene una naturaleza jurídicamente diversa a la prescripción propiamente tal, ya que la primera sólo atenúa, en tanto que la segunda exime, por lo que por principio de legalidad, principio pro reo y principio de humanidad debería reconocerse, considerando que en el caso concreto no se han tenido noticias de que la víctima se encuentre con vida.

Por lo anterior, pide que se anule la sentencia recurrida, se declare que se les condena como cómplices, reconociéndoles las atenuantes indicadas y finalmente se condene a cada uno de los acusados, a una pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, o a una pena menor, para que conjuntamente, se les aplique el beneficio de la libertad vigilada u otra medida de cumplimiento alternativo de condena contemplada en la Ley 18.216.

CUARTO: Que, tanto el recurso de casación en el fondo deducido en favor del condenado Orlando Hatte Castillo, como del condenado Miltón Torres Rojas, se sostuvieron en los mismos fundamentos y mismas causales, las que desarrollaron de la siguiente manera.

En primer lugar, la contenida en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, al calificar su participación jurídica, erróneamente, como autores del delito de Secuestro Calificado, toda vez, que no concurren los requisitos establecidos en ninguno de los numerales del artículo 15 del Código Penal. En efecto, no se estableció intervención en la ejecución del hecho, es más,



no se tuvo contacto, conocimiento, control o poder respecto de la persona que fue víctima del presunto ilícito, sino que sólo son funcionarios que a la luz de la legislación vigente, tomaron conocimiento de la existencia de detenidos, que de conformidad a lo señalado en la Constitución de 1925, se encontraban privados de libertad conforme a Ley.

No existe en el proceso prueba alguna que siquiera haga presumir cooperación a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos, entre estos acusados y los posibles partícipes del hecho.

Luego, se denuncia como error de derecho el no estimarse concurrente la atenuante calificada contemplada en el artículo 103 del Código Penal, puesto que esta atenuante muy calificada es independiente y diversa de la situación de la prescripción propiamente tal.

Se trata de instituciones diversas, con características, fines y efectos diversos. Una es una minorante de responsabilidad y la otra una causal de extinción de la responsabilidad, una implica la no sanción del hecho y la otra simplemente una pena menor. Se funda, la media prescripción, en lo insensato de una pena alta por hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser sancionados, mientras que la prescripción tiene su fundamento en el supuesto olvido del delito y la necesidad de no sancionar la conducta.

El reconocimiento de dicha atenuante hubiera supuesto aplicar una pena en el tramo inferior, que permitiría la disposición de pena sustitutiva.

Como otra causal de nulidad, se denunció la infracción a las leyes reguladoras de la prueba, toda vez que para la determinación de la participación de los condenados se infringe el artículo 109 y siguientes del Código de



Procedimiento Penal, en relación al artículo 456 bis y 488 del mismo cuerpo legal y, por ende, la garantía de Debido Proceso de Derecho, ya que no hay prueba material ni indicio congruente que conduzca a dicha conclusión o que permita establecer presunciones con los requisitos que se exigen en el mencionado artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, por lo que la participación en el actuar doloso en el secuestro no constan, ni como autor ni como cómplice.

Conforme a lo anterior, se solicita la revocación de la sentencia de segundo grado recurrida, y en su lugar que se declare que su participación se les califica como encubridores del delito de secuestro calificado, y asimismo, se declare que debe considerarse además, las atenuantes muy calificadas derivadas del artículo 103 del Código Penal, haciendo una correcta aplicación de la norma del artículo 68 del Código Penal, y en definitiva, se les condene a una pena no superior a la presidio menor en su grado medio, reconociéndose los beneficios de la Ley 18.216.

QUINTO: Por último, las defensas de los condenados René Patricio Orchard Díaz y Fernando Polanco Gallardo, dedujeron recuso de casación en la forma, invocando para ello, la causal contenida en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, es decir, no haber sido la sentencia extendida en la forma dispuesta por la ley, en relación al numeral cuarto del artículo 500 del mismo Código por no contener la sentencia las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o no, los hechos atribuidos a los acusados.

La sentencia da por acreditada la participación de los referidos acusados, sólo por las circunstancias de haber pertenecido al Ejército de Chile,



específicamente, por ser miembros de una sección de un Regimiento en un momento determinado.

Detalla que se han infringido las normas del artículo 15 del Código Penal y artículo 488 del Código de Procedimiento Penal.

El declarar cuales fueron sus funciones ello no permite colegir participación como autor en los hechos, por lo demás, el testigo señalado en el considerando trigésimo segundo del fallo de primera instancia, que sirve de base para la decisión de condena, no indica en caso alguno un acto que diga relación con el secuestro investigado, sino solo una mera especulación. De la simple lectura se colige sin temor a error que no hay claridad, ni posibilidad de discernir cuándo y, dónde los condenados en referencia actuaron sobre la víctima. Tan es así que no se les condena por su acción, contrariándose el artículo primero del Código Penal.

Piden, se invalide dicho fallo y se dicte uno nuevo, conforme a la ley y al mérito del proceso.

SEXTO: Que, sobre los recursos presentados por los acusados Araos Flores, Fernández Monje, Flores Gallardo, Marambio López, Hatte Castillo y Torres Rojas, estos esgrimen de manera conjunta la infracción de los numerales 1 y 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

La primera infracción denunciada supone necesariamente la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, conforme lo determina el sentenciador, puesto que ello resulta de una imposición al reo de una pena distinta de la que le corresponde, para acto seguido, denunciar la infracción contemplada 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 la primera causal.

Como se ve, cada postulado supone el abandono de la tesis anterior, condición en la que los recursos no pueden prosperar, por cuanto no cabe dejar subordinada la efectividad de uno de los vicios, a la existencia o inexistencia de otros, desatendiéndose la ritualidad que es propia de este recurso de derecho estricto, el que, por tal motivo, será rechazado (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).

En efecto, los vicios que constituyen las causales invocadas no pueden proponerse en forma simultánea, pues ello importa que, ante la pluralidad, sea este Tribunal quien opte por alguno de los motivos de nulidad, función que inequívocamente no le corresponde a la Corte.

SEPTIMO: Que tal forma de fundar las causales deducidas, 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 que cabe demandar, para que esta Corte pueda entrar al estudio y decisión del mismo, que 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 el revisado, presenta fundamentos y peticiones alternativas y excluyentes, defectos que constituyen un óbice insalvable siquiera para su estudio.



OCTAVO: Que, la jurisprudencia a este respecto es, numerosa, concordante 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 y por lo que los recursos no podrán prosperar.

NOVENO: Que, para el análisis de los recursos restantes, resulta útil indicar que los hechos que se tuvieron por establecidos por Tribunal de primer grado y que fueron mantenidos por la Corte de Apelaciones de La Serena, son del siguiente tenor:

a. Que, el día 4 de abril de 1974, en horas de la tarde, mientras se disponía a almorzar junto a su tía Graciela Barahona Cortés, en su domicilio ubicado en la comuna de Coquimbo, sin previa orden de Tribunal ni de autoridad competente, Bernardo del Tránsito Cortés Castro, estudiante universitario de 20 años, militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), fue aprehendido por sujetos no identificados, los cuales se movilizaban en un vehículo particular.

b. Que, luego de aquéllo, fue conducido al Regimiento "Arica" de Guarnición en la ciudad de La Serena, donde fue interrogado por personal de la Sección II o Servicio de Inteligencia Militar (SIM) de dicho Regimiento, a cargo de Fernando Guillermo Polanco Gallardo, e integrado, entre otros, por Héctor Ornar Vallejos Birtiola (fallecido), auxiliar de inteligencia; Luis Esteban Araos Flores, auxiliar de inteligencia; Luis Humberto Fernández Monjes, Cabo 1° de Ejército; y los soldados reservistas René Patricio Orchard Díaz, Milton Leonardo Torres Rojas, Juan Daniel Marambio López y José Electo Flores Gallardo, quienes se desempeñaban



como personal operativo de dicha sección; Orlando Enrique Hatte Castillo, quien se desempeñaba como administrativo de la Sección de Inteligencia; y los guardias de la sala de detenidos políticos que se encontraban a cargo de la Sección II, Víctor Hugo Alegre Rodríguez y José Antonio Márquez Vega.

c. Que, para su interrogatorio, la víctima fue conducida hasta una dependencia ubicada en el interior del Regimiento, conocida como sala de música o sala de la banda, donde se aplicaba tormentos a los detenidos sometidos a interrogatorio; lugar donde fue interrogado bajo apremios físicos por el personal operativo antes mencionado; y mientras éste se encontraba en las afueras de dicha dependencia, custodiado por un miembro de la referida Sección, concurrió hasta ese lugar Orlando Hatte Castillo, quien, igualmente, procedió a golpearlo.

d. Que, a raíz de su interrogatorio, Cortés Castro quedó muy mal herido, siendo dejado en una sala aledaña a la guardia del Regimiento "Arica", donde habría fallecido en horas de la madrugada del día 5 de abril de 1974.

El Ejército se negó a entregar el cadáver a la familia de Bernardo Cortés, por lo que se ignora el destino de sus restos mortales.

e. Que la muerte de la víctima fue constatada por el médico de la unidad militar, Guido Díaz Pací.

f. Que, al día siguiente, oficiales no identificados del Regimiento, hicieron entrega a Pascual Cortés Cortés, padre de la víctima, de un sobre cerrado con documentos donde figuraba que había sido muerto de un balazo al intentar darse a la fuga, con los que se requirió la inscripción de defunción.

g. Sin embargo, el Regimiento se negó a entregar el cadáver a la familia de la víctima, y testigos declaran haberlo visto al interior del regimiento gravemente



herido como consecuencia de las torturas, pero sin impactos de bala, por lo que se desconoce su destino.

DÉCIMO: Que, resta analizar los recursos de casación en la forma, intentados por la defensa de los condenados Orchard Díaz y Polanco Gallardo, quienes, en contra de la sentencia de primer grado, realizaron la misma denuncia, la que resultó desestimada por el fallo de Corte de Apelaciones de La Serena.

UNDÉCIMO: Que, sin perjuicio de lo anterior, en relación a la causal de nulidad prevista en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, conviene dejar en claro que ésta se configura cuando la resolución no contiene los basamentos en cuya virtud se dan por comprobados o no, los hechos atribuidos a los imputados, o los que éstos alegan en su descargo, 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, como se señaló, 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).

DUODÉCIMO: 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 al contenido de



las sentencias y, sobre todo, la sanción a su vulneración a través del artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, por ser la fundamentación de las sentencias una garantía de la correcta administración de justicia.

DÉCIMO TERCERO: 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 reflexión anterior, pues en los fundamentos 32°) y 50° a 52°), se explicitan los razonamientos que le sirven de soporte, señalando entre otros, que los testimonios de Víctor Alegre, de los coacusados José Flores y Araos y, su hoja de vida, dan cuenta que Polanco Gallardo dirigía la Sección II del Regimiento “Arica”, con asiento en La Serena, además de su propia declaración, se estimó suficiente para tener por acreditada su participación en los hechos que se le imputan en el proceso.

Mientras que respecto de Orchard Díaz, en sus motivaciones 38°, 39° y 58°, igualmente la sentencia explicita, los razonamientos que le sirven de soporte, señalando en síntesis, que los testimonios de José Márquez Vega, Víctor Alegre, del coacusado Hatte, Delso Álvarez y su hoja de vida, dan cuenta que Orchard Díaz formaba parte de la Sección II del Regimiento “Arica”, con asiento en la ciudad de La Serena, además de su propia declaración, se estimó suficiente para tener por acreditada su participación en los hechos que se le imputan en el proceso.

DÉCIMO CUARTO: Que, en relación al vicio denunciado, es conveniente recordar que lo que estatuyen las normas que se dicen infringidas por la 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 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, lo que se reprueba es 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 Polanco Gallardo y Orchard Díaz, las que habrán de ser desestimadas.

DÉCIMO QUINTO: Que, sin perjuicio de lo razonado previamente, que lleva a la conclusión del rechazo de la totalidad de los recursos intentados en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, valga indicar brevemente, algunos razonamientos acerca de dos alegaciones que han sido compartidas por parte de las defensas de los condenados, específicamente sobre la aplicación de los artículos 211 del Código de Justicia Militar y 103 del Código Penal, que vienen a confirmar la decisión desestimatoria ya expuesta.



DÉCIMO SEXTO: Que, como anteriormente lo ha sostenido esta Corte (entre otros, en SCS N° 8.945-2018, de 8 de febrero de 2021), de conformidad con lo preceptuado en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, fuera de los casos en que se ha omitido la representación de la orden que le fuera impartida al inferior, será circunstancia atenuante el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico.

La frase “será circunstancia atenuante” no releva al juez de apreciar si concurren o no los supuestos de hecho que conforman la minorante, ni menos impone el deber de rebajar la cuantía de la pena en caso de ser reconocida, correspondiendo aplicar las reglas generales sobre influencia de las circunstancias modificatorias.

Además, en lo que respecta a la inaplicación de los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, no resulta posible estimar su aplicación para el caso sublite, dado que no es un hecho acreditado el haber cometido los ilícitos en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, tal como ya lo advirtió la Corte de Apelaciones de La Serena, y aún, cuando se diera por establecida, la posición doctrinaria dominante le reconoce carácter meramente facultativo a la rebaja de pena contemplada en los artículos 65 a 68 del Código Penal.

DÉCIMO SÉPTIMO: En lo referente a la segunda alegación, consistente en no haberse dado aplicación a la prescripción gradual contenida en el artículo 103 del Código punitivo, la sentencia de primer grado estableció que sobre los delitos de lesa humanidad, como es el caso, conforme al principio imperativo de Derecho Internacional que proscribe la imprescriptibilidad, no cabe aplicar la figura de la



media prescripción, considerándola como una figura separada de la prescripción y una forma disminuida de ella, citando la Resolución N° 2.391, de 26 de noviembre de 1968 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se explicita la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ya que ambas instituciones tienen su sustento en el transcurso del tiempo como requisito esencial y justificante para su aplicación, de modo tal, que la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza indudable y necesariamente a la parcial, ya que ambas se fundan en el mismo elemento que es el rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, resultando improcedentes en ilícitos de lesa humanidad.

Sin perjuicio de lo señalado por el fallo, la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal, en tanto se afina en el artículo 103 del Código Penal.

Por una parte, la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de ius cogens provenientes de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo. Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, lo cierto es que las normas a las que se remite el artículo 103 del Código Penal, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la



pena aunque concurren varias atenuantes, por lo que el vicio denunciado carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado (entre otras, SCS N°s 35.788-2017, de 20 de marzo de 2018; 39.732-2017, de 14 de mayo de 2018; y, 36.731-2017, de 25 de septiembre de 2018) por lo que, en tales condiciones, tal alegación no puede prosperar;

DÉCIMO OCTAVO: Conforme se ha venido razonando, la totalidad de los recursos impetrados deberán ser rechazados, al no configurarse las causales en las cuales se hicieron recaer.

Y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil; artículos 211, 214 y siguientes del Código de Justicia Militar; artículos 1, 14, 15, 16, 25, 28, 51, 68 y 141 del Código Penal; artículos 408, 414, 481, 488, 500, 509, 510, 541, 544; y siguientes del Código de Procedimiento Penal, se resuelve:

Que **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa de los acusados Luis Esteban Araos Flores, Luis Humberto Fernández Monje, José Flores Gallardo, Juan Marambio López, Orlando Hatte Castillo y Miltón Torres Rojas; como así también, se rechazan los recursos de casación en la forma, deducidos por la defensa de René Orchard Díaz, Fernando Polanco Gallardo; todos dirigidos en contra la sentencia dictada con fecha cuatro de abril de dos mil veintitrés, por la Corte de Apelaciones de La Serena.

Se previene que la Ministra Sra. Gajardo, tiene una postura diferente sobre la aplicación de la institución regulada en el artículo 103 del Código Penal, en los términos señalados en los votos estampados en sentencias dictadas en causas que inciden en esa materia de derecho, declina incorporarla por estimar



que es doctrina asentada ya en esta Corte, la que conduce a la decisión contenida en la sentencia impugnada.

Se previene que el abogado integrante señor Morales no concuerda con lo expresado en el considerando décimo séptimo, en cuanto a la media prescripción, ya que en su opinión esta institución es procedente, pero al tratarse en estos autos de un delito de carácter permanente como es el caso de un secuestro – aun cuando por el transcurso del tiempo pueda estimarse que el afectado fue asesinado -, la situación de ilicitud se mantiene de manera que no es posible establecer que ha transcurrido la mitad de un plazo que lógicamente se ignora desde cuándo ha comenzado a contarse.

Redacción del fallo a cargo de la Ministra (S) Sra. Quezada.

Regístrese y devuélvase la competencia.

Rol 104.843-2023

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por el Ministro Sr. Manuel Antonio Valderrama R., las Ministras Sras. María Teresa Letelier R., María Cristina Gajardo H., la Ministra Suplente Sra. Eliana Quezada M., y el Abogado Integrante Sr. Eduardo Morales R. No firma la Ministra Sra. Gajardo, la Ministra Suplente Sra. Quezada y el Abogado Integrante Sr. Morales, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal la Ministra Sra. Gajardo, por haber concluido su periodo de suplencia la Ministra Suplente Sra. Quezada y por haber cesado de sus funciones el Abogado Integrante Sr. Morales.





En Santiago, a trece de mayo 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.

