

Santiago, once de abril de dos mil veintitrés.

**Vistos:**

Que en estos autos Rol N° 17.200-2021, referidos a la investigación relativa al homicidio calificado de Gonzalo Hernández Morales, por sentencia de primer grado de fecha quince de mayo de dos mil veinte, se condenó a Omar Burgos Dejean, a la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales y al pago de las costas, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Gonzalo Hernández Morales, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, ocurrido en la comuna de Temuco, el día 23 de septiembre de 1973.

En lo civil, se resolvió acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida en contra del Fisco de Chile, y se lo condenó a pagar por concepto de daño moral la suma de \$100.000.000 a cada una de las demandantes doña Alicia Hernández Márquez y doña Herminda Márquez Quijón, más los reajustes e intereses que indica el fallo.

Impugnada esa decisión por la vía de los recursos de apelación, la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de veintidós de enero de dos mil veintiuno, rectificadora por sentencia de fecha cinco de febrero del mismo año, decidió confirmar la sentencia en lo referido a la decisión condenatoria con declaración que la pena impuesta es la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales, sin beneficios de la ley 18.216, revocando, en lo civil, la condena en costas que se impuso al Consejo de Defensa del Estado.

En contra de la referida sentencia la defensa del encartado dedujo recurso de casación en el fondo.



Con fecha dieciocho de marzo de dos mil veintiuno, se ordenó traer los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que la defensa del sentenciado Burgos Dejean, dedujo recurso de casación en el fondo fundado en la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 488 del mismo texto legal y artículos 1, 15 y 391 N° 1 del Código Penal, señalando que la sentencia de primer grado, que la de segundo grado hizo propia, se limita en el considerando segundo a exponer los medios de prueba para luego dar por probados una serie de hechos, omitiendo el sentenciador el análisis y la exposición de los procesos inductivos que lo conducen a las conclusiones que se plasman en el fallo y que es propio de la construcción de presunciones judiciales, carece el texto, por tanto, de la argumentación necesaria y de la exposición de los hechos probados y que sirven de premisas para los hechos presumidos.

Añade de la misma forma que no se encuentra debidamente comprobado el fallecimiento de la víctima ni las circunstancias en que éste se produjo, no existiendo antecedentes físico ni científico que dé cuenta de la efectividad del deceso, no hay certificado de defunción ni cuerpo, por lo que se ignora las causas de la muerte y el lugar en que se produjo.

Indica que la querellante doña Herminda Márquez en sus declaraciones sólo da cuenta de meras conjeturas y que la descripción que realiza del funcionario policial que concurrió a su domicilio y practicó la detención de la víctima no concuerda con las características físicas y grado que ostentaba Burgos Dejean.



Sostiene el recurso además que el testigo Carlos Jara no sería imparcial, por la forma en que salió de la Institución de Carabineros de Chile y que sería un testigo de oídas de una supuesta confesión del acusado que no ha sido corroborada por ninguna otra prueba, considerando que tampoco se proporcionaron datos de otras personas que habrían estado presentes en el momento en que se emitieron los referidos dichos a pesar que se habría hecho en presencia de varios testigos.

De esta forma estima el recurrente que no existe prueba suficiente que permita superar el estándar exigido por el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal y que se concedió mérito probatorio a testigos que no reúnen los requisitos necesarios para acreditar los supuestos hechos que establece el Tribunal, no cumpliéndose con los requisitos que el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal establece para las presunciones judiciales, sin que existan antecedentes que den cuenta de la eventual participación del acusado.

En subsidio invocó la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal por el error de derecho en que habría incurrido el fallo por falta de aplicación de la circunstancia atenuante de responsabilidad contenida en el artículo 103 del Código Penal, estimando que atento al tiempo transcurrido carece de sentido aplicar una pena de cumplimiento efectivo, pudiendo rebajarse la pena en dos grados y conceder la pena sustitutiva de libertad vigilada para su cumplimiento.

Solicitó anular el fallo y dictar la sentencia de reemplazo que absuelva al acusado o que en su caso rebaje en dos o tres grados la pena que se le impuso otorgando el beneficio de la libertad vigilada intensiva.



**Segundo:** Que previo al análisis del recurso, es conveniente recordar que en el motivo tercero del fallo de primer grado –hecho suyo por la sentencia impugnada-, se tuvieron por establecidos los siguientes hechos:

*“A.- Que Gonzalo Hernández Morales, casado, junior del Entonces intendente Gastón Lobos Barrientos, en la sede del Partido Radical ubicado en calle Montt de Temuco, fue detenido por primera vez el 20 de septiembre de 1973, alrededor de las 23:00 horas por unos veinte efectivos de Carabineros de la Segunda Comisaría de Temuco movilizados en un furgón de la institución, en circunstancias que se encontraba en su Domicilio ubicado en el Pasaje Tres de la Población Porvenir de Temuco.*

*B.- Que los Carabineros que llegaron a detenerlo rodearon el inmueble en el que vivía, que a la sazón era tan solo una mediagua, la que estaba forrada con papeles de diario para evitar el frío. Estos no exhibieron orden alguna de Tribunal o autoridad que autorizara su detención. A la víctima la colocaron contra la pared y a su cónyuge de pie en un rincón con la hija de ambos de un año de edad.*

*C.- Que hubo un funcionario de dicha institución que daba las órdenes, el cual era alto, delgado, de bigotes y vestía Casaca verde institucional, quien indicó que registraran toda la media agua en busca de armas, momento en el cual otro de los uniformados que registraba la casa se dio cuenta de que en una de las hojas de los diarios que estaban pegados a la pared estaba escrita la palabra MIR, razón por la cual se llevaron detenido a Gonzalo Hernández Morales.*

*D.- Que éste fue trasladado al recinto de la Segunda Comisaría de Carabineros de Chile de Temuco, lugar al cual, en horas de la mañana*



del día siguiente, su cónyuge, doña Herminda Márquez Quijón, le llevó frazadas, alimentos y un termo amarillo que había conseguido prestado de una vecina.

E.- Que permaneció en la Segunda Comisaría hasta el 23 de septiembre de 1973, día en el que fue dejado en libertad, llegando a su casa con visibles huellas de haber sido violentamente golpeado y maltratado, pues tenía su boca hinchada y rota, sus testículos lesionados y moreteados, lo que le dificultaba caminar, manifestándole a su mujer que lo habían interrogado brutalmente y que le exigían que debía reconocer que pertenecía al MIR, lo cual negó en todo momento. En ese instante, y como su cónyuge le llevó los artículos señalados en la letra D) precedente, le consultó por dichas especies debido a que tenía que devolverlas, respondió que habían quedado en la comisaría, por lo que la víctima junto a su madre y mujer vuelven a ésta. Al llegar, el carabinero que se encontraba de guardia en la puerta de acceso le indicó a Gonzalo Hernández Morales que en ese preciso momento lo irían a buscar nuevamente ya que faltaban algunas declaraciones, por lo que quedó nuevamente detenido, mientras que a su mujer le devolvieron el termo y las frazadas, para luego retirarse a su domicilio.

F.- Que al día siguiente su cónyuge junto a la madre de la víctima se presentaron alrededor de las 10:30 h. en la Segunda comisaría de Carabineros de Temuco para saber de su esposo, lugar en el cual le informan que había quedado en libertad.

G.- Que el carabinero Carlos Jara Mendoza, quien para septiembre de 1973 se encontraba cumpliendo funciones en la Segunda Comisaría de Carabineros de Chile en Temuco, recuerda a un detenido que



*permaneció varios días en esta condición en el cuartel, con el que conversó y al que, además, le recibió un termo amarillo a su esposa en la sala de guardia. A ésta persona, él en conjunto con un carabinero apodado "El Curita", de grado sargento, deciden el día 23 de septiembre de 1973 darle la libertad pasadas las 08:00 h., ya que habían pasado más de 24 h. detenido como sospechoso, lo que conllevaba una irregularidad en su permanencia en el cuartel. Como a la media hora de habersele otorgado la libertad llega a la sala de guardia un carabinero de grado cabo de nombre Alcaño Sáez (fallecido) quien consulta por el detenido, enterándose que había sido puesto en libertad, razón por la que se ofuscó y señaló que daría cuenta a un tal Comandante Aguilera, ya que temía que la persona liberada le prendiera fuego a su casa; Sáez se retira del lugar, luego de lo cual el comandante da la orden de detenerlo nuevamente, y justo en ese momento regresaba la víctima con sus familiares a buscar el termo a la Comisaría nombrada, por lo que se ingresó nuevamente al calabozo.*

*H.- Que el mismo funcionario Jara Mendoza indicó que ese mismo día 23 de septiembre de 1973, y en horas de la tarde el tal comandante Aguilera baja a la guardia y ordena al suboficial "El Curita" que al detenido había que sacarlo a las 02:00 h. aproximadamente con la finalidad de eliminarlo o hacerlo desaparecer. El caso es que a la hora señalada personal del servicio de noche saca al detenido y lo suben al furgón institucional de colores blanco con negro y lo llevan con destino desconocido, siendo esta la última vez que lo ve con vida.*

*I.- Que asimismo Jara Mendoza señaló que a la hora después llega el furgón policial con el personal y detrás de ellos llega un carabinero conocido*



*como “El Peje”, de nombre Omar Burgos Dejean, quien comenta a viva voz en la sala de guardia a todos los presentes, que los carabineros no habían sido capaces de eliminar al detenido y que él había tenido que intervenir en el procedimiento y dispararle varios tiros con el fusil SIG en el Puente Cautín (Puente Nuevo).”*

La sentencia que se impugna, considerando la rectificación respectiva, califica los hechos referidos como constitutivos del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391, numeral 1, circunstancia primera, del Código Penal, asignando a dicho ilícito el carácter de delito de lesa humanidad, toda vez que se cometió porque las autoridades y el contexto jurídico-político y la jurisdicción militar de la época favorecieron la impunidad, la indefensión y la eliminación de las personas invisibles o no deseables.

**Tercero:** Que en lo que respecta al recurso de casación en el fondo deducido por Omar Burgos Dejean, cabe señalar que de la lectura del libelo surge que el compareciente intenta, en su primer acápite, la invalidación del fallo con el propósito de obtener una sentencia absolutoria, sobre la base de cuestionar la ponderación de la prueba que condujo al establecimiento de su participación en el delito que se le imputa, para luego pedir, al sostener la segunda causal subsidiaria de la anterior, que se dicte una sentencia de reemplazo que atenúe la sanción impuesta, aplicando la norma del artículo 103 del Código Penal, que se desestimó en el fallo recurrido.

**Cuarto:** Que, cabe recordar en este punto, el carácter extraordinario de la impugnación aquí pendiente, cuya interposición se encuentra sujeta a formalidades, entre las cuales destaca la necesidad de expresar en el libelo que lo conduce, en qué consiste el o los errores de derecho de que adolecería la sentencia recurrida, sin que admita el recurso formular un petitorio de



carácter alternativo o subsidiario, toda vez que este medio de impugnación contempla, como requisito, señalar con precisión los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida y expresar de qué modo esos errores influyen en lo dispositivo de ésta, circunstancia que no se observa satisfecha en este caso, debido a las alternativas que propone el recurrente. Así planteado, el recurso se torna dubitativo, lo que conspira contra su naturaleza de derecho estricto, cuya finalidad no es otra que la de fijar el recto alcance, sentido y aplicación de las leyes, en términos que no pueda admitirse que se viertan en él, peticiones declaradamente alternativas o subsidiarias, que lo dejan desprovisto de la certeza necesaria en relación al vicio que sustenta las alegaciones que en él se contienen.

**Quinto:** Que, en consecuencia, no cabe sino concluir que en el presente caso aquello que el compareciente empieza por desconocer (su participación en el delito), termina siendo aceptado por él, al pedir de forma subsidiaria que se sustituya el fallo por otro que le asigne una menor pena, de lo que se colige que el recurso en estudio contiene motivos que son incompatibles entre sí, basados en supuestos distintos, contradictorios e inconciliables, los que se anulan recíprocamente y que, consecuencialmente, son ajenos al recurso de derecho estricto que es el de casación en el fondo, de forma que la defectuosa construcción del libelo, que lo priva de certeza en relación a la concurrencia de la errónea aplicación de la ley penal que se denuncia, conducirá a la desestimación de la casación de fondo intentada, tal como se dirá en lo resolutivo de esta sentencia.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto





a favor de Omar Burgos Dejean, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha veintidós de enero de dos mil veintiuno, rectificadora por sentencia de fecha cinco de febrero del mismo año.

Regístrese y devuélvase con sus Tomos y agregados.

Redacción a cargo de la abogada integrante Sra. Etcheberry.

Rol N° 17.200-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., los Ministros Suplentes Sr. Juan Manuel Muñoz P., Sra. María Loreto Gutiérrez A., y la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C. No firma la Ministra Suplente Sra. Gutiérrez y la Abogada Integrante Sra. Etcheberry, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido su período de suplencia y por estar ausente, respectivamente.



En Santiago, a once de abril 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.

