

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil veinte.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° 8065-2018, por sentencia de primera instancia de tres de noviembre de dos mil quince, a fojas 2.648 y siguientes, se condenó a Aquiles Alberto Segundo Vergara Muñoz como autor del delito de homicidio calificado de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, perpetrado el día 2 de octubre de 1973, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, a la accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

La misma sentencia condenó al acusado Ricardo Albarrán Espinosa como coautor del homicidio indicado a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, a la accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para delitos políticos y a la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

También se condenó a los encausados José del Ramiro González Mansilla y Elisandro Gonzáles Meza como coautores del delito de homicidio calificado indicado a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y el pago de las costas de la causa.

Asimismo, se condenó a Miguel Ángel Rojas Quiroga como cómplice del delito de homicidio calificado a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a la 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 al pago de las costas de la causa.

Impugnada esa sentencia por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación y elevada , además, en consulta, una Sala de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por sentencia de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, la que se lee a fojas 3.155 y siguientes, aprobó y confirmó la de primer grado.

Contra ese último fallo las defensas de los sentenciados Vergara Muñoz y Rojas Quiroga dedujeron recursos de casación en el fondo. Por su parte la defensa del condenado Ricardo Albarrán Espinoza, dedujo recurso de casación en la forma, que fue declarado inadmisibile.

A fojas 3402 se ordenó respecto de los dos recursos de casación interpuestos y en estado de ser revisados, traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que a fojas 3336, el letrado don Sergio Ignacio Contreras Paredes, dedujo recurso de casación en el fondo asilado en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, denunciando como vulnerados los artículos 68 inciso 3°, 11 N° 6 y 103 del Código Penal.

Por el primer segmento, se reclama que en el proceso paralelo, esto es, la causa rol N° 16.990, seguidos para investigar el delito de homicidio de Julio Antonio Cárcamo Rodríguez, se dictó sentencia por el Ministro Instructor señor Sepúlveda, condenando a Vergara Muñoz por el homicidio de Julio Cárcamo Rodríguez, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, lo que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, con



declaración que se reducía la pena a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Sin embargo, en el caso sub lite, variando únicamente una parte de los hechos, esto es, la víctima; al encausado se le atribuye la autoría de un homicidio calificado, sin considerar que en la primitiva sentencia se establecieron circunstancias distintas, pero que obedecen a las mismas que dieron origen a este proceso, por lo tanto la sentencia produce cosa juzgada.

Enseguida cuestiona que los sentenciadores no han ponderado y reconocido la prescripción gradual, sin que el juez tenga la facultad de ponderar si aplica o no la minorante, solamente debe analizar si concurren los requisitos establecidos en el artículo 103 del Código Penal para ello, teniendo la media prescripción una naturaleza diferente a la prescripción, pues se trata de una circunstancia modificatoria que disminuye o atenúa la pena, por lo que no se vulnera ningún tratado internacional que establezca la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Segundo: Que, el abogado Lorenzo Avilés, por el acusado Miguel Ángel Rojas Quiroga, deduce recurso de casación en el fondo amparado en el artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal en relación al artículo 16 del Código Penal. Sostiene que no se acreditó que su defendido tuviera conocimiento de los hechos, en especial que se iba a cometer un doble homicidio, existiendo una contradicción lógica en la sentencia, pues por un lado se establece que el encartado no tenía dominio ni conocimiento del hecho que se iba a cometer y por otro se le atribuye un conocimiento de lo que al interior de la Comisaría ocurrió mientras él no estaba.



Enseguida, asilado en la misma causal, indica que el cooperador necesario es un término que viene de la legislación española y se refiere al mero cómplice. El acusado no desarrolla ninguna conducta de colaboración con el autor, quien detentaba el poder en el año 1973, que no era otro que el que tenía las armas, en este caso, el capitán del Ejército Aquiles Vergara.

Tercero: Que el tribunal del fondo declaró como probados los siguientes hechos:

“A.- Que, en circunstancias que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, el día 11 de septiembre de 1973, asumieron el Mando Supremo de la Nación, reuniendo los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo en la Junta de Gobierno, según se dejó establecido en el Bando N° 5, de igual fecha, como así como en el Decreto Ley N° 1, posteriormente aclarado y complementado por los Decretos Leyes N° 128, 527 y 788, se dispuso, entre otras medidas, el Estado de Sitio en todo el territorio nacional, lo que derivó en nombramientos de Jefes de Plaza, recayendo esta última designación, en lo tocante a la XI Región, en el Coronel de Ejército y Comandante del Regimiento N° 14 Aysén Humberto Gordon Rubio.

B.- Que, esta última autoridad, en su calidad de Comandante de Regimiento N° 14 Aysén, designó al Capitán de Ejército Aquiles Alberto Segundo Vergara Muñoz para que se hiciera cargo de la Segunda Compañía de este Regimiento, lo que este último no aceptó por razones familiares, ante lo cual el Segundo Comandante del Regimiento, envió a dicho Capitán con escuadra del batallón de Artillería bajo su mando, con la misión de contribuir al orden interno en la ciudad de Puerto Aysén, y la misión específica de ese Capitán y sus subordinados era



colaborar en el orden interno ante eventuales insubordinaciones, violaciones al toque de queda y funcionamiento de las instituciones, y su labor era autónoma y en ningún caso subordinado a otra institución que no fuera la suya.

C.- Que, la primera semana del mes de octubre de 1973, funcionarios de Carabineros llegaron a relatarle al Capitán Vergara que habían tenido un incidente con unas personas en el Puerto Aysén, los cuales los habrían insultado.

D.- Que, el Capitán Vergara a raíz de lo anterior, ordenó a personal militar bajo su mando, que fueran a la casa de las personas que habían insultado a los Carabineros, los que buscaran y procedieran a sus detenciones.

E.- Que, a raíz de la orden dada por el Capitán Vergara, el personal militar formado por el cabo Albarrán, los soldados conscriptos Gonzáles Meza y González Mansilla, más un Carabinero vestido de civil, conocido como “paisa”, se trasladaron en un vehículo militar hasta dar con el domicilio de las personas que buscaban, los que se encontraban, cada uno de ellos, junto a sus familias en el interior de sus viviendas – mediaguas- por lo que se les conminó a que se levantaran de la cama y luego lo hicieron subir al vehículo militar y llevados hasta la Segunda Comisaría de Carabineros de Puerto Aysén, donde fueron ingresados sin que quedara registro de sus ingresos.

F.- Que, las tendencias anteriores ocurrieron casi de noche, estaba oscuro, y después que ingresaron a la Comisaría de Carabineros los dos detenidos, uno de los cuales era Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, comenzaron a ser interrogados y posteriormente fueron dejados en las caballerizas de la Comisaría por instrucciones del Capitán Vergara.



G.- Que, luego de lo anterior, el Capitán Vergara llamó a todos los soldados conscriptos que habían ido a efectuar esas detenciones, y en presencia de ellos comenzó a hablarle a los dos detenidos, a uno de los cuales le dijo que se diera vuelta porque le daba la espalda y cuando quedó frente a él, sacó un revólver que estaba en su cartuchera sujeta por un cinturón y con el arma en sus manos le disparó en el estómago reiteradamente, por lo que el detenido cayó al suelo, y posteriormente, el mismo Capitán, le ordenó al otro detenido que también se diera vuelta porque le daba la espalda y cuando estuvo frente a él le hizo lo mismo disparándole reiteradamente a la altura del estómago, hasta que cayó al suelo, falleciendo ambos detenidos en ese lugar.

H.- Que, luego de lo anterior, el Capitán Vergara, ordenó que otros soldados conscriptos trasladaran a los ejecutados hasta la morgue.

I.- Que, una de las oficinas del Hospital de Puerto Aysén, fue condicionada provisoriamente para que funcionara como morgue, y en este lugar, el Director del Hospital Carlos Vega Guiñez, junto al médico de turno, recibieron los dos cadáveres, a los que revisaron superficialmente pero sin practicársele autopsia, y luego el doctor Oscar Concha Navia, que era el médico de turno, siempre en horas de la noche del día 2 de octubre de 1973, en que acontecieron los hechos, extendió el certificado de defunción, donde se consignó como causa de muerte "Heridas por proyectiles y anemia aguda".

J.- Que, posteriormente, personal militar, compuesto por el cabo Ricardo Albarrán Espinoza, que conducía un camión militar Unimog y los soldados conscriptos José Delmiro González Mansilla y Elizandro Gonzáles Meza, concurrieron hasta la morgue provisoria y procedieron a retirar los dos cadáveres, uno de los cuales



correspondía a Sergio Alvarado Vargas, alias “El Cachorro”, que estaban desnudos, y los pusieron en una bolsa y lo subieron a un vehículo militar el cual enfiló, siempre en horas de la noche del día 2 de octubre de 1973, hasta el cementerio local de puerto Aisén, donde el conductor del camión estrelló el vehículo contra la reja de acceso del cementerio para ingresar al interior, y luego dos soldados conscriptos tiraron los cadáveres en una fosa previamente preparada, dejándolos desnudos uno en sentido contrario al otro.

K.- Que, luego, el panteonero de ese cementerio, Juan Duncker Mendoza, como lo declara a fojas 683, mientras recorría el campo santo donde trabajaba de panteonero, constató que el portón de entrada del cementerio que él en la tarde anterior había dejado cerrado con candado, lo habían echado abajo y había un chorrito de sangre por el camino hasta llegar a una fosa que se notaba que se había hecho recientemente, y al reconocer el cementerio constató huellas de un camión, por lo que fue a la municipalidad y le dio cuenta al Alcalde Armando Hernández Alvarado y en compañía de éste volvieron al cementerio y el Alcalde le dijo que destapara la fosa para ver de qué se trataba y dieron dos cuerpos humanos que se encontraban desnudos y él reconoció uno de ellos era un joven conocido por su apodo de “El Chachorro”, que oficiaba de deportista en la rama de box, estaban tendidos en sentido contrario y la parte de la cara y la cabeza tapados con ropa.

L.- Que, posteriormente, la madre de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, comenzó a indagar el paradero de su hijo hasta que Carabineros le informo que se encontraba muerto y en una fosa en el cementerio de Puerto Aisén por lo que consiguió autorización para que pudiera darle cristiana sepultura, y para lo cual, según se prueba con el documento agregado a fojas 178, las autoridades del regimiento N° 14



de Aysén, enviaron a la Municipalidad el oficio N° 3550-809, de fecha 12 de noviembre de 1973, con el fin de que se inscribiera legalmente en ese cementerio municipal la defunción de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, que había fallecido el 2 de octubre de 1973.

LL.- Que, aproximadamente un año después, se autorizó a los familiares de Sergio Alvarado Vargas para que sacara su cuerpo de la fosa común que compartía con otra víctima, y en presencia de sus familiares se procedió a abrir esa fosa común y cada uno de esos cadáveres fue puesto en cajones diferentes que llevaron sus propios familiares y luego enterrados en fosas separadas.

M.- Que, finalmente, el cadáver fue exhumado por orden del Ministro que lleva la causa y remitido al Servicio Médico Legal de Santiago, donde se le hicieron exámenes antropológicos y mitocondriales o de ADN, cuyo resultado fue que esos restos óseos pertenecen a Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, con una probabilidad de identificación de 99,9985%, estableciéndose, por los peritos, una identificación positiva, y que la muerte se produjo como consecuencia directa y proporcionada a las heridas por arma de fuego en hemitórax y hombro derecho, siendo la causa inmediata de fallecimiento un shock hemorrágico y que corresponde a una muerte de etiología médico legal violenta homicida.”

Cuarto: Que los hechos así establecidos fueron calificados como constitutivos del delito de homicidio calificado, consagrado en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera del Código Penal, en los que a Aquiles Vergara Muñoz se atribuyó participación en calidad de autor y a Miguel Ángel Rojas Quiroga la calidad de cómplice.



En cuanto al recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del sentenciado Rojas Quiroga:

Quinto: Que el libelo se fundamenta en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo el letrado defensor que “El error consiste precisamente en haberle atribuido calidad de cómplice a una persona cuya actuación en los hechos no es punible”, configurándose de este modo la infracción del artículo 16 del Código Penal, cuyos requisitos se analizan en detalle, con citas de doctrina nacional y extranjera, para concluir que no concurren en este caso.

Sexto: Que, la contravención legal ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo - según el recurrente - “pues si ella no se hubiere cometido, mi representado no habría sido condenado.” En consecuencia, solicita la invalidación del fallo recurrido y la dictación de la pertinente sentencia de reemplazo.

Séptimo: Que, de las referencias anteriores al escrito de casación, aparece con claridad que el recurrente alega una ausencia de responsabilidad penal del sentenciado - “actuación en los hechos que no es punible” - “no habría sido condenado”- que debería ser declarada por este Tribunal y conducir, por tanto, a una absolución, que es la necesaria consecuencia jurídico-procesal-penal de una conducta enjuiciada y carente de punibilidad.

Octavo: Que, por de pronto cabe advertir que el juez de primera instancia tuvo por establecidas como hechos de la causa determinadas circunstancias que le permitieron imputar a Rojas la participación que se objeta, y que comprenden no sólo su presencia en la Comisaría de Puerto Aysén al ocurrir el crimen y haber tomado conocimiento del mismo, sino también la realización de actos materiales de cooperación punible – que no puede sino calificarse de dolosa - según aparece del



testimonio prestado por Froilán Rigoberto Granadino Mayorga, de fojas 500 a 501 vta., transcrito a fojas 2684 vta.

Noveno: Que, en su recurso, el defensor afirma que “mi representado tampoco estuvo presente durante la noche, mientras los detenidos eran interrogados, tampoco estuvo presente cuando fueron llevados a un patio, ni menos cuando fueron ultimados.”

Que, en consecuencia, en el libelo se procuran desvirtuar o controvertir total o parcialmente los hechos que la sentencia ha tenido por asentados, cuestión ésta, que, por estar vinculada al establecimiento de los supuestos fácticos que sirven de soporte al razonamiento jurisdiccional, queda al margen de la causal 1ª del artículo 546 del Código del Ramo y debe ser abordada mediante el motivo 7º del mismo precepto, que no ha sido invocado en este caso.

Que, “Esta causal no puede referirse al establecimiento de los hechos, como ya lo hemos visto: si se trata de desvirtuar los hechos que la sentencia da por sentados o los que no considera probados para configurar una participación, se debe recurrir a la causal 7ª”; el error “en que se incurra al establecer los hechos constitutivos de una participación es propio de la causal 7ª.” (Waldo Ortúzar, Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal, Edit.Jdca., 1958, pp. 301-302).

Que, al no haberse esgrimido el motivo de nulidad que le es propio al reclamo planteado, éste no puede prosperar.

Décimo: Que, sin perjuicio de lo expresado, cabe también considerar que la causal en comento se configura si la sentencia, aunque califique el delito con arreglo



a la ley, imponga al hechor una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo alguno de los errores de Derecho que se especifican.

Uno de esos errores está relacionado con la participación que le ha cabido al condenado en el delito, esto es, autor, cómplice o encubridor y la sanción impuesta – equivocadamente- como efecto de dicho error.

Como el precepto legal habla de “pena más o menos grave” que la designada en la ley, la jurisprudencia ha dejado en claro que el motivo de casación se vincula únicamente a la entidad de la pena impuesta y no con el hecho de la responsabilidad penal, específicamente su ausencia, estimándose improcedente recurrir a esta causal para alegar inocencia e impetrar absolución, siendo conducente a estos fines la del N° 3 del citado artículo 546. (SCS, sentencias citadas en el Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T.III, pp. 342- 344).

Es de hacer notar que alguna jurisprudencia antigua, no objetada por la Corte Suprema según indica Ortúzar, había sostenido que se sitúa en la causal 3ª el error cometido por la sentencia que califica como una de las participaciones que considera y pena la ley, hechos que a juicio del recurrente, no configurarían ninguna participación. (Ortúzar, cit.,p. 304).

Que, como en la especie se niega y rechaza toda responsabilidad penal atribuida al sentenciado Rojas, la causal de nulidad que se invoca, no vinculada únicamente a la entidad o magnitud de la pena impuesta al condenado sino a su falta de participación, ha de ser desestimada por no ser la adecuada a la sustancia de la alegación.

En cuanto al recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Vergara Muñoz:



Undécimo: Que, el libelo se apoya en la causal del artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, la que se compone de dos motivos de casación.

Décimosegundo: Que, para sustentar el “primer motivo de casación”, el recurrente alega una suerte de cosa juzgada - según indica - la que se habría configurado por el hecho que en el proceso anterior en que fue condenado al sentenciado, a cargo del mismo Ministro Instructor del presente caso - rol 16.996 A y B- se le impuso la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, reconociéndosele la atenuante de prescripción gradual, en cuyo mérito se rebajó la pena en dos grados. En cambio, “para la causa gemela, esto es la causa rol N° 15687-1, seguidas por la segunda muerte ocurrida el 2 de octubre del año 1973 al interior de la Segunda Comisaría de Puerto Aysén, se aplicó la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, toda vez que se desechó la aplicación de la institución de la media prescripción.”

El señor letrado recurrente se pregunta ¿Puede aplicarse al mismo hecho, una determinada circunstancia objetiva y ventajosa para el acusado y luego para el mismo hecho se proceda a desconocer la misma circunstancia objetiva?

Entiende el recurrente que se da la cosa juzgada por cuanto la media prescripción, que dice relación con la aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, “ya fue juzgada y se dijo que para el hecho ocurrido el 2 de octubre del año 1973, en la Segunda Comisaría de Puerto Aysén, si concurre en favor de mi representado. Es del todo lógico aplicarla al mismo hecho en vez de ir en abierta oposición a otra sentencia criminal ejecutoriada dictada en la causa 16.996 A y B.”



Décimotercero: Que, desde ya cabe recordar que el artículo 3° del Código Civil establece el efecto relativo de las sentencias judiciales, que circunscribe sus efectos obligatorios únicamente a las causas en que se pronunciaren.

Que, sin perjuicio de lo anterior, es de conocimiento público que el efecto de cosa juzgada está contemplado en nuestro ordenamiento procesal penal como causal de casación en la forma – art. 541 N° 11– y no de la casación en el fondo, circunstancia ésta que basta para desechar de plano el arbitrio procesal por el motivo de que se trata, al no haberse utilizado el mecanismo procesal de impugnación que legalmente corresponde.

Décimocuarto: Que, en lo que concierne al “segundo motivo de casación en el fondo”, la parte sostiene que la sentencia recurrida “infringe de manera evidente normas sustantivas al no aplicar lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia denominan prescripción gradual o media prescripción de la acción penal...”.

Argumenta que la jurisprudencia ha caracterizado a la figura del artículo 103 del Código Penal como una mitigante muy calificada, cuyos efectos inciden sólo en la magnitud de la pena, la que subsiste y excluye, por tanto, la impunidad, a diferencia de la prescripción, siendo obligatoria su aplicación por tratarse de una regla de orden público, que los jueces no pueden desoír.

Denuncia como error de Derecho el cometido tanto por el fallo de primer grado, como por el de segundo grado, al desechar la atenuante de que se trata, ya que si bien el transcurso del tiempo es un elemento común a la prescripción total y a la prescripción gradual, ambas instituciones tienen fundamentos distintos y consecuencias diferentes, una extingue la responsabilidad penal, la otra la deja subsistente, pero permite atenuar el castigo.



Invoca fallos de esta Corte Suprema, que han rechazado una identificación de la prescripción de la acción penal y la prescripción gradual, reconociendo a esta última el carácter de atenuante calificada de la responsabilidad penal.

Como normas vulneradas se señalan los artículos 103 y 68 inciso 3° del estatuto punitivo y se solicita la invalidación de la sentencia impugnada y la dictación de una de reemplazo, que reduzca la pena aplicable en abstracto al acusado en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 y le imponga en definitiva la sanción de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Décimoquinto: Que, bastante se ha discutido en la literatura jurídica y, sobre todo, en la doctrina jurisprudencial, acerca del preciso carácter de la denominada prescripción gradual” o “media prescripción”, contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

Que, el hecho de aludir el precepto en cuestión a una porción del tiempo necesario para que opere la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad penal y su ubicación en el Código a continuación de las reglas sobre la prescripción, son elementos que han permitido sostener que se trata de una institución de muy próximo parentesco con la prescripción y que comparte su fundamento, lo que acarrea, a su vez, como directa consecuencia, su inadmisibilidad en aquellos delitos cuya acción penal es imprescriptible, como ocurre con los crímenes de lesa humanidad.

Décimosexto: Que, en la Sesión 138 de la Comisión Redactora del Código Penal, se expresó “En cuanto a la prescripción gradual, se creyó que podría concederse al caso de haber transcurrido la mitad o más del tiempo de la prescripción completa, el mismo efecto que si concurrieran dos o más circunstancias



atenuantes mui calificadas sin ninguna agravante, es decir, que pueda entonces el juez bajar hasta tres grados de la pena designada para el delito, limitándose esta regla a la prescripción que exceda de cinco años.” (Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Edeval, 1974, p. 498).

El razonamiento que se ha transcrito permite desprender que los autores de nuestro Código le dieron a la prescripción gradual el mismo trato que a las atenuantes –“el mismo efecto”- facultándose al juez para reducir la pena en los mismos grados que pueden rebajar cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante.

Que, de “idea afortunada de la CR”, califica la prescripción gradual el comentarista profesor José Luis Guzmán Dálbora. Apunta que mientras más cercanas estén las consideraciones de estabilidad social y seguridad jurídica que autorizan la prescripción, “menor ha de ser la responsabilidad del delincuente”; “menor responsabilidad” debe significar “menor cantidad de pena”, o sea, atenuación de ésta, rebaja de la que correspondería de no concurrir los supuestos del artículo 103 (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, T. I, Libro Primero, Edit. Jdca. 2002, pp. 481-484).

Décimoséptimo: Que, a partir de la sentencia recaída en los autos rol N° 2596-09, conocidos como “Episodio Carlos Prats”, la Sala Penal ha establecido que, en cuanto a la circunstancia atenuante contenida en el artículo 103 del Código Punitivo, es dable tener en cuenta que, como lo ha sostenido esta Corte en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal extintiva de la responsabilidad penal, en los delitos de lesa



humanidad, no alcanza sin más a la media prescripción o prescripción gradual, parcial o incompleta, como también se la denomina, cuyo efecto es una mera disminución de la cuantía de la pena.

Que, se declaró en el mismo fallo, reproducido por varios posteriores, que “el señalado instituto penal constituye - de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 103 - un motivo calificado de atenuación de la responsabilidad criminal, con efectos particulares, concebidos, en cuanto a su estimación en términos imperativos (“deberá el tribunal”), que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y se halla, por tanto, al margen de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal.” “Los efectos que sobre el ius puniendi estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos (a los de la prescripción), porque al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilársela jurídicamente...”.

Que, como consecuencia del razonamiento precedente, se declara que a la media prescripción no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción persecutoria de los delitos de lesa humanidad, “con lo que se evita su tal impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda absolutamente excluida, desde que se trata de una circunstancia que, aunque especial, acarrea en el ámbito de la determinación de la pena, las mismas consecuencias asignadas a las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en



el artículo 11 del Código Penal, reguladas minuciosamente en los artículos 65 y siguientes del mismo cuerpo legal.”

Décimooctavo: Que, numerosos fallos han adherido a la doctrina antes expuesta; al respecto, basta ver el Repertorio del Código Penal, T.I, pp. 188 y s.s.; y el Código Penal, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas Explicativas, Índice Temático, de Tatiana Vargas y Juan Ignacio Piña, Thomson Reuters,2012,pp.149 y s.s.

Décimonoveno: Que, la misma jurisprudencia citada ha establecido que la regla del artículo 103 del Código Penal es “una norma de Derecho Público”, y por ende, de aplicación obligatoria para los jueces, sin que se advierta ningún obstáculo constitucional, legal, de tratados internacionales, ni de jus cogens para su aplicación, desde que aquellas prescripciones sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal.

En este caso, los jueces no dieron aplicación al mencionado artículo 103 del Código Penal, por tratarse de un delito de lesa humanidad y compartir dicha disposición los mismos fundamentos temporales de la prescripción de la acción penal.

Vigésimo: Que, tratándose en la especie de un delito de homicidio, de resultado material y carácter instantáneo (no permanente) y concurriendo los elementos fáctico-temporales (no discutidos) requeridos por el artículo 103 del Código Penal, estos sentenciadores estiman que el fallo de Alzada incurrió en un error de Derecho al desestimar, mediante la confirmación de la sentencia de primera instancia, la concurrencia de la circunstancia atenuante especial de que se trata, configurándose, en consecuencia, la causal de nulidad esgrimida por el recurrente,



sobre la base del argumento jurídico señalado y debiendo anularse el veredicto impugnado y dictarse uno de reemplazo, que enmiende el error constatado y determine la penalidad concreta que cabe imponer al acusado Vergara, de conformidad a la norma que se dejó de aplicar.

Vigésimoprimer: Que, no es irrelevante para los sentenciadores que en el proceso Rol N° 16.996 A y B incoado por un hecho delictivo jurídico-penalmente idéntico al de autos y perpetrado en iguales circunstancias de tiempo y lugar, se haya reconocido al acusado Vergara la atenuante especial del artículo 103 del Código Punitivo, en fallo que quedó ejecutoriado, después de haber desestimado esta Corte los recursos de casación interpuestos en su contra.

Cualquier cuestionamiento a esa decisión judicial es en esta hora extemporáneo y carente de eficacia.

Vigésimosegundo: Que, teniendo-como se ha recordado- la regla del artículo 103 del Código Penal el carácter de norma de Derecho Público, obligatoria para los jueces (a través de la expresión “deberá”), ajena a la prescripción, en sus efectos de Derecho Penal sustantivo, que en tal condición ya fue aplicada en el proceso antes mencionado, que versó sobre igual delito que el de autos, en el que participó como autor el acusado Vergara, una exigencia básica de uniformidad y coherencia de sentencias recaídas sobre idéntica materia - incluyendo a víctimas del delito (personas absolutamente indefensas) y sujetos pasivos del enjuiciamiento- requiere hacer lugar - como ya se dijo - a la atenuante especial contenida en el artículo 103 el Código Penal, a fin de tratar de evitar, manteniendo el castigo penal legalmente ajustado, discrepancias cuantitativas de las sanciones que puedan aparecer como arbitrarias, esto es, desvinculadas de una realidad procesal existente



e imposible de soslayar por el juzgador, más allá de la opinión que pudiera merecerle a este juzgador la decisión anterior (que no viene al caso).

Vigésimotercero: Que, atendido el hecho que el condenado Rojas ha sido condenado en calidad de cómplice del delito a la pena privativa de libertad de cinco años y un día, es procedente acoger a su respecto, de oficio, la circunstancia atenuante prevista en el artículo 103 del Código Penal, cuyos requisitos concurren plenamente, para mantener el necesario equilibrio entre las magnitudes de las penas correspondientes a los respectivos grados de participación delictiva y rebajar la sanción impuesta a dicho sentenciado, en un grado, quedando así en tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Que, en lo concerniente a las penas impuestas a los sentenciados Ricardo Albarrán Espinosa, José del Ramiro González Mansilla y Elisandro Gonzáles Meza, no impugnadas por recursos entregados al conocimiento de esta Sala y, no concurriendo razones para modificarlas, no se emitirá de oficio ninguna decisión a su respecto.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 535, 546 N° 2 y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

A.- Que **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Lorenzo Dario Avilés Rubilar, en representación del acusado Miguel Ángel Rojas Quiroga, en contra la sentencia de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 3155 y siguientes.

B.- **Se acoge** el recurso de casación en el fondo formalizado en lo principal de fojas 3336 por el abogado don Sergio Contreras Paredes, en representación



del acusado Aquiles Vergara Muñoz, y, en consecuencia, se invalida la aludida sentencia en cuanto por ella se rechazó la prescripción gradual contemplada en el artículo 103 del Código Penal, dictándose el correspondiente fallo de reemplazo.

C.- Que, procediendo de oficio, en virtud de las atribuciones de esta Corte, sólo en lo relativo a la sanción impuesta a Miguel Ángel Rojas Quiroga, se resuelve rebajar la pena impuesta en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Acordada la decisión de proceder de oficio la sentencia, con el voto en contra del Ministro Sr. Valderrama y del Abogado Integrante Sr. Munita, quienes estimaron improcedente en virtud de las siguientes consideraciones:

1°- Que en cuanto a la aplicación del artículo 103 del Código Penal, su reconocimiento al caso de autos debe ser desestimada, pues la media prescripción comparte la misma naturaleza jurídica que la prescripción total y, tratándose en la especie de un delito imprescriptible, no es posible iniciar el cómputo del plazo requerido por la prescripción gradual.

2.- Que, además, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo consigna de manera expresa, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y 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 aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal



humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie, lo cual, como se dijo, ha sido correctamente recogido por la sentencia impugnada.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 8065-18.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L., y Antonio Barra R. No firma el Ministro Sr. Cisternas y el Abogado Integrante Sr. Barra, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

CARLOS GUILLERMO JORGE
KUNSEMULLER LOEBENFELDER
MINISTRO
Fecha: 31/01/2020 13:17:08

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA
REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 31/01/2020 13:17:09



DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 31/01/2020 13:20:27



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 31/01/2020 13:51:44

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

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 31/01/2020 13:51:45



Sentencia de reemplazo

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil veinte.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos cuadragésimo octavo y quincuagésimo que se eliminan.

Asimismo, se reproducen los fundamentos décimo quinto a vigésimo tercero, párrafo primero de la sentencia de casación que precede.

Y se tiene además presente:

1°.- Que la presente causa se inició por auto cabeza de proceso con fecha 25 de octubre de 2006 y los hechos acontecieron el 02 de octubre de 1973, por lo que transcurrieron más de treinta años para que se iniciara la persecución penal, plazo que excede el tiempo de prescripción que ha de transcurrir, contemplado en el artículo 103 del Código Penal en relación al artículo 94 del mismo cuerpo legal, por lo que beneficia a los acusados Vergara Muñoz y Rojas Quiroga la prescripción gradual contemplada en la primera norma citada.

2°.- Que el ilícito penal que se ha comprobado se encontraba sancionado a la fecha de los hechos en el artículo 391 del Código Penal con una pena privativa de libertad de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, es decir, de menor entidad que la que actualmente se señala en dicha norma, por lo que de acuerdo al artículo 18 del mismo Código, las conductas punibles de los acusados serán penadas conforme a la ley más antigua, por serles más beneficiosa.



3°.- Que el acusado Miguel Ángel Rojas Quiroga ha sido condenado en calidad de cómplice del delito de homicidio calificado cometido en la persona de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, por lo que corresponde imponerle la sanción inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para ese crimen, quedando así determinada en presidio mayor en su grado mínimo. Luego, atendida la concurrencia en su favor de las circunstancias establecidas en los artículos 11 N° 6 y 103 del Código Penal, de conformidad al artículo 68 del Código Penal se reducirá el castigo en un grado, arribándose así al presidio menor en su grado máximo.

4°.- Que el acusado Aquiles Alberto Segundo Vergara Muñoz es autor del delito de homicidio calificado señalado, concurriendo en su favor las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal contempladas en los artículos 11 N° 6 y 103 del Código Penal, por lo que de conformidad al artículo 68 del Código Penal se impondrá la pena rebajada en un grado, es decir, presidio mayor en su grado mínimo.

5°.- Que concurriendo, respecto del sentenciado Rojas Quiroga, las exigencias establecidas en el artículo 15 bis) de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603, se le sustituye el cumplimiento de la sanción corporal impuesta, por la pena de Libertad Vigilada Intensiva por igual término que el de la pena privativa de libertad.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto por los artículos 28, 29, 68 y 391 N°1 del Código Penal, y los artículos 509 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

Se confirma la sentencia de tres de noviembre de dos mil quince, con las siguientes declaraciones:



I.- Que Aquiles Alberto Segundo Vergara Muñoz queda condenado a la pena de cinco años y un 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, por su responsabilidad en calidad de autor del delito consumado de homicidio calificado de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, circunstancia primera, perpetrado en la comuna de Aysén el 2 de octubre de 1973.

II.- Que Miguel Ángel Rojas Quiroga queda condenado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como cómplice del delito de homicidio calificado de Sergio Osvaldo Alvarado Vargas, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, circunstancia primera, perpetrado en la comuna de Aysén, el 2 de octubre de 1973.

III.- Reuniéndose respecto del encartado Miguel Ángel Rojas Quiroga los requisitos previstos en el artículo 15 bis) de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603, se le sustituye el cumplimiento de la sanción corporal impuesta, por la pena de Libertad Vigilada Intensiva por igual término que el de la pena privativa de libertad impuesta –tres años y un día-, debiendo cumplir durante el período de control con el plan de intervención individual que se apruebe en su momento y con las condiciones contempladas en las letras a) y b) del artículo 17 del cuerpo legal citado.

Se previene que el Ministro Sr. Künsemüller estuvo por aplicar al acusado Vergara Muñoz la pena de siete años de presidio mayor en su grado



mínimo, en ejercicio de las facultades que otorgan los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Valderrama y del Abogado Integrante Sr. Munita, quienes fueron del parecer de confirmar la sentencia en alzada, teniendo para ello presente las mismas consideraciones que motivaron su disidencia en la sentencia de casación, las que se dan por íntegramente reproducidas.

Dese oportuno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller, y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 8.065-18.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L., y Antonio Barra R. No firma el Ministro Sr. Cisternas y el Abogado Integrante Sr. Barra, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

CARLOS GUILLERMO JORGE
KUNSEMULLER LOEBENFELDER
MINISTRO
Fecha: 31/01/2020 13:17:10

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA
REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 31/01/2020 13:17:10



DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 31/01/2020 13:20:28



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 31/01/2020 13:51:45

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

JORGE EDUARDO SAEZ MARTIN
MINISTRO DE FE
Fecha: 31/01/2020 13:51:46

