

Santiago, veinticuatro de noviembre de dos mil quince.

Se reproducen los considerandos del fallo de casación que antecede y de la sentencia invalidada, se elimina su parte expositiva y se reproducen sus motivos 1º párrafo primero y 3º, suprimiéndose todos los demás.

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos Vigésimo Octavo y Vigésimo Noveno, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y ADEMAS PRESENTE:

**PRIMERO:** Que, aún cuando las defensas de los acusados no alegaron la circunstancia atenuante especial de la “media prescripción” o “prescripción gradual”, contemplada en el artículo 103 del Código Penal, esta Corte, obligada a proceder de oficio en esta materia, por imponerlo así el artículo 102 de ese cuerpo legal, la acoge en su beneficio, desde que, según consta de autos, el plazo de prescripción de la acción penal transcurrió con creces en más de su mitad, desde la perpetración del delito hasta la iniciación del proceso criminal. Esta consideración no es incompatible con la catalogación del delito como de lesa humanidad, ya que la atenuación que se acepta no conduce a la impunidad del crimen y sus autores, sino únicamente a una reducción de la pena.

**SEGUNDO:** Que, en consecuencia, favoreciendo a los sentenciados la circunstancia atenuante de su irreprochable conducta anterior y la especial del artículo 103 del estatuto punitivo, sin que concurran agravantes, procede rebajar en dos grados al mínimo legal la pena privativa de libertad prevista en la ley a la época de comisión del delito.

**TERCERO:** Que, concurriendo los requisitos legales y siendo más favorable a los sentenciados, atendida la fecha de comisión del delito, se les otorgará la medida que se dirá en lo resolutivo, establecida en la Ley 18216, antes de su modificación por la Ley 20603.

**CUARTO:** Que, no procede condenar en costas al Fisco de Chile, por cuanto no fue totalmente vencido en este litigio.

**QUINTO:** Que, por las consideraciones que anteceden se discrepa de la opinión de la Sra. Fiscal Judicial, contenida en el informe de fojas 1046 y siguientes, en cuanto estuvo por revocar la sentencia apelada.

Y vistos además, **se confirma la sentencia apelada**, de once de diciembre de dos mil catorce, a fojas 379, complementada por resolución de dieciséis de abril de dos mil catorce, a fojas 886 y siguientes con las siguientes declaraciones:

1.- Los acusados **Moisés del Carmen Contreras Díaz** y **Gabriel Gonzalo Gatica Riquelme**, quedan condenados, cada uno, **a la pena privativa de libertad de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, como autores del delito de homicidio calificado en la persona de Juan Segundo Tracal Huenchuman**, previsto en el artículo 391N°1 del Código Penal, ocurrido el 10 de septiembre de 1975, más 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.

2.- Concurriendo los requisitos legales, se les concede a los sentenciados la libertad vigilada, establecida en el artículo 14 y siguientes de la Ley 18216, por igual término al de la pena privativa de libertad, quedando en consecuencia los encartados sujetos al tratamiento y observación de la autoridad, por el plazo de la sanción corporal impuesta.

En el evento de serles revocado el beneficio, se les contarán como abono al cumplimiento efectivo de la pena impuesta, los días que han permanecidos privados de libertad con ocasión de esta causa, desde el día 21 de marzo de 2013 hasta el día 28 de marzo de 2013, como consta de fojas 324 a fojas 325 y luego, desde el día 28 de marzo de 2013 hasta el día de hoy, período en el cual se encuentran cumpliendo la medida de arresto domiciliario parcial, como consta de fojas 325.

3.- Se revoca el fallo apelado, en la parte que condena en costas al demandado Fisco de Chile, eximiéndosele de esta carga.

Se previene que el abogado integrante señor Rodríguez concurre a la aceptación de la mitigante de la prescripción gradual o media prescripción basado, además de las expuestas, en las siguientes razones adicionales:

1°).- Que, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de tiempo y la forma de computarlo, ello en modo alguno la hace perder su naturaleza jurídica de morigerante de la responsabilidad criminal, y que la doctrina ubica entre aquellas denominadas especiales o específicas que “nada tienen que ver con la extinción de” esa responsabilidad (Politoff et al: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, parte general, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 587; Yuseff: “La prescripción penal”, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pág. 17; y González et al: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, Editorial Samver, pág. 120), cuya colocación se explica sólo por serles comunes las reglas señaladas, pero en todo el resto el instituto se rige por la normativa de las mitigantes (artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal).

2°).- Que, desde otra perspectiva, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes no abordan este aspecto de la prescripción del delito, que en realidad es original de la Comisión Revisora del Código Penal (Pedro J. Fernández: “Código Penal...explicado y concordado”, t. I, segunda edición, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1899, pág. 238), de suerte que no se divisa inconveniente para darle plena aplicación, por cuanto atendido su carácter de norma de Derecho Público, el tribunal debe declararla incluso de oficio (artículo 102 del Código Penal).

3°).- Que, sin perjuicio de las dos minorantes acogidas en el motivo segundo, el previniente estima que también obra en favor de los convictos la morigerante de haber procurado impedir con celo las ulteriores perniciosas consecuencias del mal causado, contemplada en el artículo 11, N° 7°, segundo segmento, del Código Penal.

4°).- Que, en efecto, de los hechos de los que da cuenta el raciocinio tercero del fallo anulatorio queda en claro que:

a) Después de disparar y herir a la víctima, los policías obligaron a la cónyuge de aquél a conducirlo en caballo hasta el vehículo particular que los había transportado al lugar y aún los esperaba; y

b) La patrulla trasladó al herido hasta el hospital de Lautaro, donde constataron la gravedad de las lesiones y lo derivaron en ambulancia hasta el hospital de Temuco, acompañado por dos de los mismos Carabineros, los cuales allí fueron informados de la defunción.

5°).- Que semejante conducta posterior de los hechores se conoce por la doctrina como el “arrepentimiento ineficaz”, toda vez que revela preocupación activa por disminuir el daño y sus colofones dentro de lo posible, sin que sea necesaria la reparación total pues basta una manifestación objetiva de procurarlo tan pronto acaecieron los sucesos, y los autores citan entre los ejemplos, exactamente casos similares al actual (Labatut: “Derecho Penal”, cuarta edición, t. I, N° 189 d, pág. 336; Etcheberry: “Derecho Penal”, primera edición, t. II, pág. 29; Garrido: “Derecho Penal”, t. I, pág. 199; y Politoff et al: ob. cit., pág. 511, nota al pie).

6°).- Que cada uno de estos elementos se presentan en la especie, en vista de lo cual procede la aceptación de la causal en comento y, por lo tanto, son tres las minorantes que, en opinión del previniente, benefician a los agentes, y todavía la segunda de ellas reviste el hecho “de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante”, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 103, inciso primero, del Código Penal.”

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito quien fue del parecer de desestimar la aplicación del artículo 103 del Código Penal , toda vez que la citada norma no constituye por sí sola una minorante o mitigante de responsabilidad criminal, sino que objetivamente es un factor de reducción de la pena, basado exclusivamente en la existencia de un hecho punible que admite la prescripción de la acción penal o de la pena y por ello se supone, aunque no

concurran, la existencia de dos o más circunstancias atenuantes y prescinde, al contrario de agravantes, a pesar de estar establecidas.

Sin embargo, para llegar a estas conclusiones modificatorias de la sanción penal prevista en la ley , es de la esencia, como lo dice el texto del artículo aludido, que el responsable se presentare o fuere habido, siempre que ello ocurra antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, es elemento básico para su concurrencia que exista la posibilidad de aplicar los plazos de prescripción a que se refieren los artículos 94 y 97 del Código Punitivo, que en el caso presente no es posible de considerar puesto que, tratándose de un crimen de lesa humanidad, como el del presente caso, declarado en la sentencia y que deriva en la imprescriptibilidad de la acción ejercida, resulta que la norma del artículo 103 aludido resulta inaplicable.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Carlos Künsemüller L., y el voto disidente y prevención, sus autores.

Rol N° 7961-15

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Julio Miranda L. y los abogados integrantes Sres. Jaime Rodríguez E. y Carlos Pizarro W. No firman el Ministro Sr. Miranda y el abogado integrante Sr. Rodríguez, 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.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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