

Santiago a cinco de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2-2009, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por sentencia de diez de marzo de dos mil dieciséis, a fojas 2.672, complementada por resolución de fojas 2.711, se condenó a Sergio Tomás Gutiérrez Rodríguez, a Ricardo Antonio Álvarez Jalabert y a Carlos Segundo Contreras Hidalgo, cada uno, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas, más el pago de las costas de la causa, como autores del delito de homicidio calificado de Nenad Teodorovic Sertic, Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz y Luis Alberto Muñoz Bravo, cometido en la ciudad de Antofagasta el 15 de septiembre de 1973. Enseguida se absolvió a Manuel Jesús Martínez Mella de los cargos formulados en su contra en las acusaciones fiscal y particular que lo sindicaban como autor del mismo delito. En lo civil, se rechazaron las excepciones de pago y prescripción opuestas por el Fisco de Chile y se acogió la demanda deducida en su contra por Jovan Teodorovic Cabrera, condenándolo al pago de \$100.000.000 (cien millones de pesos) como indemnización de perjuicios por el daño moral causado, con los reajustes e intereses que indica la misma sentencia.

Impugnada esa decisión, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por sentencia de doce de octubre de dos mil dieciséis, a fojas 2.983, la revocó (sic) en cuanto por ella condenaba a cada uno de los enjuiciados a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y en su lugar se les impuso la pena única de diez años de presidio mayor en su grado mínimo por su responsabilidad de autores de los delitos cometidos, manteniéndose lo demás resuelto.

Contra el anterior pronunciamiento el representante del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, querellante en autos, los condenados Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez



Jalabert y Carlos Segundo Contreras Hidalgo, a fojas 2.997, 3.004, 3.017, 3.051 y 3.067, respectivamente, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenaron traer en relación por decreto de fojas 3.094.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por la contravención en que habría incurrido el fallo de alzada al permitir la aplicación del artículo 103 del Código Penal y, consecuencialmente a ello, reducir las penas a los sentenciados.

Según se sostiene, la sentencia de manera errada y en contradicción lógica con su propio contenido reconoce la procedencia de la prescripción gradual, en circunstancias que declaró que se trata de crímenes de lesa humanidad e imprescriptibles, condición que rige en nuestro ordenamiento como norma de *ius cogens*.

En tal sentido, expresa, los organismos internacionales ya han desarrollado la idea de que según el *corpus iuris* del derecho internacional, un crimen de lesa humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en este tipo de hechos los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables. En el mismo sentido la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas ha entendido que la procedencia de circunstancias atenuantes en este tipo de crímenes debe aplicarse restrictivamente y analizando en forma previa su admisibilidad, en virtud de los principios generales del derecho. La misma Comisión ha indicado que la imposición de sanciones desproporcionadas constituye una forma reconocida de impunidad de facto, que permite desconocer un fallo judicial.



Al mismo tiempo, olvida el tribunal que la prescripción gradual es una norma reguladora de la prescripción, ambas conforman una institución que tiene como base el transcurso del tiempo y con su reconocimiento se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, llegando a una que puede ser tan leve, que representa una apariencia de justicia tanto para las víctimas como para la sociedad toda.

De no incurrirse en el error de derecho anotado debió imponerse a los responsables la pena de presidio perpetuo.

Con dichos argumentos termina por señalar que se anule la sentencia impugnada y se dicte otra en reemplazo que imponga a los condenados el máximo de las penas previstas en la ley.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo promovido por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, parte querellante en los autos, se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Se reclama por esta vía la errónea aplicación de los artículos 11 N° 6, 68, 69 y 103 del Código Penal.

En relación a la prescripción gradual, su desarrollo es coincidente con el que se ha expresado en el motivo anterior, fundado en la improcedencia de su aplicación en casos como el que se revisa, pues los homicidios cometidos contra las víctimas de estos antecedentes se enmarcan dentro de la vigencia del Estado de Guerra decretado por la Junta Militar en virtud del DL N° 5, con lo cual el Estado de Chile asumió sus consecuencias inherentes, las que, en la época, se encontraban contenidas en los Convenios de Ginebra. Toda violación a lo establecido en ese estatuto debía ser considerado como un crimen de guerra cuando exista un nexo suficiente entre el conflicto y la conducta, lo que en la especie se satisfizo, pues los ataques fueron realizados en contra de personas desamparadas, en horas de la noche, por un grupo de individuos con entrenamiento militar y sujetos a un mando y disciplina, simulando un enfrenamiento.



En lo que concierne a la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, se sostiene que la noción de irreprochable conducta anterior apunta al reconocimiento de una persona de buen actuar, correcta desde un punto de vista ético o moral, consideradas estas circunstancias en su proyección en la convivencia social, que ha incurrido en un delito de manera extraordinaria en el transcurso de su vida. Por ello, no basta con que el acusado no cuente con una sentencia condenatoria anterior a la fecha en la que cometió el delito por el cual se le condena. Para que opere, el agente no solo debe haber mantenido una conducta exenta de sanción anterior, sino que su comportamiento debe estar libre de infracciones graves a normas sociales, nada de lo cual se demostró.

De no haberse producido estas infracciones los sentenciadores debieron aplicar el artículo 68 inciso primero del Código Penal, lo que hubiere significado una pena sustancialmente más grave.

Solicita en la conclusión que se anule el fallo impugnado y se dicte sentencia de reemplazo que condene a los acusados a la máxima pena establecida en la ley.

Tercero: Que, enseguida, se formalizó recurso de casación en el fondo por el condenado Sergio Gutiérrez Rodríguez fundado en las causales 1ª y 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como consecuencia de haberse vulnerado por el fallo los artículos 11 N° 6, 15 N° 2, 59, 66, 103, 391 del Código Penal y 488, 502 y 509 del Código de Procedimiento Penal.

En relación a la primera de ellas, se sostiene que el hecho que declara la sentencia en su fundamento 14°, al decir que su mandante “habría forzado o inducido directamente a otros a ejecutarlo”, pues habría ordenado al personal bajo su mando -Álvarez Jalabert, Osoreo Cornejo, Martínez Mella, Contreras Hidalgo y otros- el traslado de los occisos, manifestando que los mismos no debían llegar vivos a su destino, es una conclusión equivocada y que falta a la verdad.

Para condenar por presunciones, apunta el libelo, el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal exige que estas se enuncien una a una, lo que no acata la



sentencia, y tampoco se reúnen los requisitos copulativos del artículo 488 del mismo cuerpo normativo, toda vez que no se fundan en hechos reales ni probados, no son múltiples, precisas y resultan contradictorias.

En lo concerniente a la determinación de la pena, se plantea que aun cuando el fallo acogió la media prescripción, no aplicó la sanción conforme a derecho, pues no pudo exceder del presidio menor en su grado máximo, lo que permitía la concesión de alguna de las medidas de la Ley N° 18.216.

En consecuencia, con la concurrencia de dos circunstancias atenuantes muy calificadas -103 del Código Penal-, considerando, además, que le beneficia la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, la sanción debía reducirse al menos en tres grados. Por último, atendiendo a la pluralidad de ilícitos cometidos, dada la escala de penas contenida en el artículo 59 del Código Penal, si el tribunal incrementaba el castigo en un grado por la reiteración, no pudo llegar al presidio perpetuo, como hace el fallo en su fundamento 28°, sino al presidio mayor en su grado máximo. Es decir, con error, se incrementó la sanción en dos grados.

La causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba, también esgrimida, se funda en la contravención a los artículos 459 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

Se sostiene por el impugnante que de los ocho indicios a que acude el fallo para efectos de establecer su participación solo dos apuntan a una presunta intervención. De éstos últimos, descarta el recurso la versión inculpativa de Carlos Contreras Hidalgo, pues ella es desmentida en una declaración jurada posterior y por la conducta que el mismo deponente adoptó en el juicio, ya que entregó al menos cuatro relatos en que no reconoce que su mandante haya tenido participación. Sin embargo, el fallo consideró en forma íntegra una de esas versiones y la usó en su contra. De ese modo, solo restarían los dichos de Osorio Cornejo (cuya declaración auto inculpativa dio inicio a la causa), relato que es insuficiente para adoptar la decisión de condena, por las contradicciones e invenciones de que da cuenta.



Explica el compareciente que las presunciones en virtud de las cuales se arriba a la decisión de condena han de fundarse en hechos reales y probados, lo que no ocurre en la especie, porque no ha sido demostrada la existencia de la orden que Sergio Gutiérrez Rodríguez habría impartido en el sentido que los detenidos no podían llegar vivos a la Base. Más bien del proceso constaría lo contrario, pues testigos declaran que la Unidad dirigida por el enjuiciado no estuvo a cargo de las detenciones, interrogatorios o traslado de detenidos. Hubo procedimientos de tal carácter en una comisión especial en la Intendencia de Antofagasta, a cargo del Mayor Ferrer Ducaud, donde el recurrente no tenía injerencia, lo que el fallo omite, a pesar de las declaraciones en tal sentido de Álvarez Jalabert y Ferrer Ducaud.

Por ende, las declaraciones sobre las cuales se construye la presunción de participación no reúnen los requisitos del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, pues no estuvieron contestes en el hecho al contradecirse en cuanto a quién recibió la orden, el lugar donde fue dada, dónde estaba Gutiérrez Rodríguez y el número de víctimas.

Finaliza solicitando que se anule el fallo y se dicte otro en reemplazo absolutorio y, en el evento de mantenerse la condena, se aplique una pena que no supere al presidio menor en su grado máximo, con los beneficios de la Ley N° 18.216.

Cuarto: Que el recurso de casación en el fondo de la defensa del condenado Ricardo Alvarez Jalabert se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, por el error de derecho cometido en la aplicación de la escala gradual de penas del N° 1 del artículo 59 del Código Penal.

Si a su mandante, plantea, se le reconocieron las circunstancias previstas en los artículos 11 N° 6 y 103 del Código Penal, sin perjudicarle agravantes, se debía aplicar la pena en el grado medio, lo que derivaría de la aplicación del artículo 68 incisos 1° y 2° del Código Penal, aun cuando el fallo no lo consigne. Luego, por aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal se



impuso una pena única por las diversas infracciones cometidas, aumentándose la sanción en un grado, con lo cual se arriba al presidio mayor en su grado máximo, y si por aplicación del artículo 103 del texto punitivo el castigo se reduce en tres grados, la pena a imponer era de presidio menor en su grado máximo.

Termina por solicitar que se anule la sentencia impugnada y en reemplazo se dicte otra que determine el castigo en presidio menor en su grado máximo.

Quinto: Que, por último, el representante del condenado Carlos Contreras Hidalgo formalizó recurso de casación en el fondo por la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la que desarrolla en dos capítulos.

Su primer segmento se extiende a la infracción al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien la Corte de Apelaciones reconoce en su fallo que el tribunal de primer grado erró al considerar a su mandante confeso, no se hace cargo de la negación de los hechos y su repercusión en los mismos. El fallo presume que percutió uno o más proyectiles que habrían impactado los cuerpos de las víctimas causándoles la muerte, fundado en sus propios dichos y en los del testigo Gumerindo López Escanilla. Sin embargo, en relación a los relatos de su mandante, el fallo reconoce que existe contradicción y, en el caso de López, declaró en forma ambigua en cuanto a la persona que propinó disparos contra la mujer fallecida. En esas circunstancias la sentencia afirma que tales dichos reúnen los requisitos del citado artículo 488. En consecuencia, las presunciones no son múltiples, graves, precisas, directas ni concordantes para librar una condena.

El siguiente apartado gira en torno a la errónea graduación de la pena, pues la correcta aplicación de los artículos 11 N° 6, 68 inciso 2° y 3° y 103 del Código Penal determina que se principie en el presidio mayor en su grado medio, castigo que ha de aumentarse en un grado por la reiteración de delitos y luego reducirse en tres grados por la prescripción gradual, con lo que se arriba al presidio menor en su grado máximo.



Termina por pedir que se anule la sentencia y en reemplazo se declare que se absuelve a su representado o, en caso contrario, se aplique la pena conforme a derecho, es decir, presidio menor en su grado máximo.

Sexto: Que para una mejor comprensión de lo que debe resolverse es conveniente recordar los hechos que el tribunal ha tenido por demostrados.

Consigna el fallo de primer grado, en la sección que es reproducida por el de alzada, que “los días 13 ó 14 de septiembre de 1973 personal de la Fuerza Aérea de Chile de esta ciudad, en el domicilio ubicado en calle La Concepción N° 1687, de Antofagasta, procedió a la detención de Luis Alberto Muñoz Bravo. A su vez, en una época cercana a la señalada precedentemente, desde el domicilio ubicado en calle Los Almendros N° 8468 detuvieron al matrimonio formado por Nenad Teodorovic Sertic y Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz, todos los cuales fueron trasladados a la Intendencia Regional de esta ciudad.

El día 15 de septiembre de 1973, al atardecer, se ordena al Capitán Sergio Tomás Gutiérrez Rodríguez, Comandante de la Unidad de Comandos N° 3 de la Unidad Divisionaria de la Primera División del Ejército, por un Oficial superior, que su Comando traslade a los tres prisioneros Luis Alberto Muñoz Bravo, Nenad Teodorovic Sertic y Elizabeth del Carmen Cabrera Balarriz al campamento de detención ubicado en la Base Aérea de Cerro Moreno, perteneciente a la Fuerza Aérea de Chile. El Comando integrado por un subteniente, suboficiales y tropa procedieron al traslado de estos prisioneros, en una comitiva formada por tres vehículos, dos jeep y un camión, al que ordenan mantenerse a distancia. En el trayecto, los jeep se detienen a la altura de la empresa de detonantes, ubicada en el sector La Portada, donde actualmente se ubica la Planta de Explosivos Orica Chile S.A., y por instrucciones de los oficiales, proceden los suboficiales al fusilamiento de los detenidos, causándoles la muerte.

Posteriormente, cuando llega el camión con los conscriptos que los acompañaban, a éstos se les ordena subir los cuerpos al camión para trasladarlos



a la morgue de la ciudad, momento en que se dan cuenta que la mujer estaba viva, procediendo uno de los suboficiales a dispararle nuevamente.

La versión oficial de los hechos es que debido a un desperfecto de uno de los vehículos, se detienen a la berma del camino, los prisioneros se dan a la fuga, se les ordena la detención, ante su desobediencia se les aplica la llamada 'Ley de Fuga'."

Añade la Corte de Apelaciones que a la época de los hechos el país se encontraba en estado o tiempo de guerra interna. Los dos hombres fallecieron estando de espaldas a quienes les dispararon, a corta distancia. Las víctimas fueron detenidas por la autoridad militar. La muerte se debió a los disparos que les efectuaron miembros de la patrulla del ejército que les conducía, desde la Intendencia de Antofagasta hasta Cerro Moreno. El resultado de la muerte de las víctimas debido a proyectiles balísticos (varios en el caso de los dos hombres y uno respecto de la mujer), solo puede estimarse como perseguido y querido por quienes accionaron las armas de fuego que dispararon.

Los sucesos, así descritos, fueron calificados en la sentencia como constitutivos de delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias 1ª y 5ª, del Código Penal, pues los autores efectuaron disparos en contra de víctimas que se encontraban en total indefensión, desamparados, sin posibilidad de oponer resistencia, siendo los victimarios individuos con preparación militar, sujetos a mando y disciplina, actuando armados y en un lugar despoblado.

Séptimo: Que en relación al error que se denuncia en los recursos de casación formalizados por las partes querellantes, Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, en relación a la aplicación del artículo 103 del Código Penal, capítulo que es común para ambos litigantes, a fin de evitar repeticiones innecesarias se procederá a su análisis y resolución conjunta.



Es conveniente recordar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Como en el caso se trata de un delito de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cuestión que el fallo declara, cabe sostener que 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.

Octavo: Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Noveno: Que, en consecuencia, al aplicar el artículo 103 del Código Penal a un caso en que resulta improcedente y, por ello, reducir en tres grados la sanción, como se razona en el fallo que se revisa, se configura el vicio de casación en el fondo que sirve de fundamento a ambos recursos, con la infracción adicional al artículo 68 del Código Penal, cuya influencia resultó sustancial en lo decisorio, pues se impuso una pena de menor entidad a la que legalmente correspondía, defecto que solo puede ser enmendado con la invalidación de la sentencia que lo contiene, por lo que los recursos deducidos en representación del



Ministerio del Interior y Seguridad Pública y de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, en esta sección, serán acogidos.

Décimo: Que, la impugnante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, adicionalmente, asilada en la misma causal de casación a que se ha hecho referencia, objetó la minorante de irreprochable conducta anterior que el fallo reconoce en favor de los condenados. Sin embargo, cabe señalar que dicha decisión se funda en los hechos que el tribunal estableció y que conducen a esa conclusión, los que permanecen inalterados dado que no se formuló denuncia de infracción a las leyes reguladoras de la prueba por la causal del artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, de modo que no puede existir una errada calificación acerca de la estimación de un asunto que queda entregado al criterio de los jueces de la instancia, cual es discernir si concurren los elementos fácticos que exige la ley para la aceptación de dicha circunstancia, condiciones en las que esta sección del arbitrio será rechazada.

Undécimo: Que, en lo que concierne al recurso de casación en el fondo del sentenciado Sergio Gutiérrez Rodríguez, su primer apartado se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena.

Duodécimo: Que el recurrente ha invocado este motivo de casación basado en que el tribunal de alzada habría incurrido en error al determinar su eventual participación, por no concurrir los elementos necesarios para sancionarlo, instando en definitiva por su absolución. Sin embargo, la causal invocada está dada para censurar sólo aquellos casos en los cuales si bien se acepta que el agente ha tenido participación culpable en el delito, se cree equivocada la



calificación que de ella hizo la resolución objetada, como por ejemplo, si se ha considerado autor a quien únicamente debería conceptuársele cómplice o encubridor. La inexistencia de responsabilidad penal por falta de participación criminal del sentenciado no tiene cabida en esta causal que, por ende, no habilita para solicitar la absolución, como lo hace el recurso. El propio tenor de la disposición en que se apoya la impugnación ratifica este aserto, al expresar que el error de derecho denunciado debe haber conducido a imponer al acusado una pena más o menos grave que la determinada en la ley, de manera que su ámbito no se puede extender a la situación planteada.

Ahora bien, en cuanto a la sección relativa a la denuncia de violación a las leyes reguladoras de la prueba, el recurso reclama contravención a los artículos 459 y 488 del Código de Procedimiento Penal, preceptos que no revisten el carácter normativo requerido por la causal deducida, aún la última de ellas, dados los términos ambiguos planteados en el libelo. Más bien su invocación resulta demostrativa de la discrepancia del disidente en relación con las conclusiones alcanzadas por los jueces del fondo en el ejercicio de su labor soberana en estas materias.

Sin perjuicio de lo dicho, el recurso apunta también a la errada determinación de la sanción, dada las circunstancias atenuantes que le favorecen y que, por aplicación del artículo 103 del Código Penal, el castigo ha debido ser sustancialmente menor. Pero la circunstancia atenuante prevista en el artículo 103 del Código Penal, como se ha resuelto precedentemente en este fallo, ha sido declarada improcedente, de manera que para la regulación del castigo habrá de prescindir de esa normativa y sus efectos, con lo cual el recurso queda desprovisto de sustento a los fines perseguidos y habrá de ser rechazado.

Décimo tercero: Que, el recurso deducido por el representante del enjuiciado Carlos Contreras Hidalgo adolece de la misma falencia a la que ya se ha hecho referencia, pues amparado en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal pretende el libramiento de un fallo absolutorio por



inexistencia de participación criminal, en circunstancias que esa causal escapa a una decisión de esa naturaleza, lo que pretende demostrar por la vía de la inobservancia en la aplicación del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, aun cuando la causal de infracción a las leyes reguladoras de la prueba no ha sido formalizada.

Pero luego de este segmento, se reclama la eventual concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad que conllevarían la imposición de una pena de menor entidad, lo cual revela necesariamente aceptación de culpabilidad.

Como se ve, el segundo postulado supone el abandono de la tesis anterior, condiciones en las que el arbitrio no puede ser atendido, porque no cabe dejar subordinada la efectividad de unos vicios a la existencia o inexistencia de otros -sin perjuicio de lo que ya se ha decidido en torno a la aplicación del artículo 103 del Código Penal- desatendiéndose por el compareciente la ritualidad que es propia de este recurso de derecho estricto, el que, por tal motivo, será rechazado.

Décimo cuarto: Que, finalmente, el recurso de casación en el fondo deducido por la parte de Ricardo Álvarez Jalabert, amparado en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, se basa únicamente en la defectuosa aplicación de la escala gradual de penas contenida en el artículo 59 del Código Penal, cuyo pilar surge del reconocimiento de la circunstancia prevista en el artículo 103 del Código Penal, que conduce a la pena de presidio menor en su grado máximo. En esta sentencia se ha declarado que la aplicación del artículo 103 del Código Penal es motivo de invalidación. De este modo, carece de toda relevancia extenderse al error promovido, si la rebaja del castigo que alega la defensa ha sido formalmente descartada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, **se acogen** los recursos de casación en el fondo formalizados en representación del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y de la Agrupación de Familiares de



Ejecutados Políticos en contra de la sección penal de la sentencia de doce de octubre de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 2.983, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Se rechazan los recursos de casación en el fondo formalizados en representación de los sentenciados Sergio Gutiérrez Rodríguez, Ricardo Álvarez Jalabert y Carlos Contreras Hidalgo, en contra de la misma sentencia.

Atendido lo resuelto, la sección civil de la sentencia impugnada, al no verse afectada por la decisión de invalidación adoptada, permanecerá inalterada.

Acordada la decisión de acoger los recursos de casación en el fondo deducidos por los querellantes con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Cisternas, quienes estuvieron por desestimarlos, manteniendo la decisión de alzada de aplicar la media prescripción alegada en beneficio de los sentenciados, rebajando las penas impuestas, en consideración lo siguiente:

1° Que cualesquiera hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en motivos de política criminal relacionados con hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediablemente sancionados, eso sí que con una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse en el ámbito jurídico



a que los tribunales recurran a esta atenuación de la pena fundada en el tiempo transcurrido desde la perpetración del delito.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, dentro del marco de las facultades que conceden los artículos 65 y siguientes del Código Penal.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, ni de Derecho Convencional Internacional para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal que acarrea la prescripción de la acción penal. Entonces, concurriendo los supuestos del artículo 103 del Código Punitivo, no se divisa razón que obstaculice considerar a la atenuante de que se trata.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

N° 95.095-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firman los Ministros Sres. Brito y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos en comisión de servicios.





Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

