

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil quince.

Vistos:

En estos antecedentes Rol de ingreso N° 4.269-2015 de esta Corte Suprema, caratulados “c/ **Mariano Marin Berríos. Qte: Pdte. Agrupación Familiares Ejecutados Políticos**”, por sentencia de veinticinco de julio de dos mil catorce, escrita a fs. 674 y siguientes, se condenó a Mariano Marín Berríos a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad como autor del delito de **homicidio calificado cometido en la persona de José Orlando Álvarez Barría**, el 30 de septiembre de 1973.

La misma sentencia le concede el beneficio de la libertad vigilada, para lo cual dispone que se someta al control y tratamiento del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile por el plazo de cinco años. Recurrída de casación en la forma y apelación por la defensa del condenado, así como de apelación por la parte querellante, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, por fallo de nueve de marzo del año en curso, que se lee a fs. 815 y siguientes, complementado por el de diez del mismo mes, que rola a fojas 845, desechó el recurso de nulidad y la confirmó con declaración que la pena impuesta al sentenciado es de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de homicidio calificado tipificado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, circunstancia primera, cometido con alevosía en la persona de José Orlando Álvarez Barría el día 30 de septiembre de 1973, sustituyendo consecuentemente las penas accesorias impuestas en primera instancia por las de inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena, con costas de la instancia, dejando sin efecto, entonces, el beneficio de libertad vigilada concedido y declarando que la sentencia deberá cumplirse efectivamente, en privación de libertad.

Contra esta última resolución, la defensa del condenado interpuso recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación por decreto de fs. 862.

Considerando:

Primero: Que a fojas 848 la defensa de Mariano Marin Berríos sustenta la impugnación en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 103 y 68 inciso 3° del Código Penal. Sostiene que el fundamento erróneo de la Corte para desestimar la media prescripción invocada en su favor radica en la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, característica que hacen extensiva a la prescripción gradual. Este razonamiento es equivocado ya que si bien el transcurso del tiempo es común tanto a la prescripción como a la prescripción gradual, ambas instituciones tienen basamentos y consecuencias distintas. Así, señala que la media prescripción constituye una circunstancia minorante de responsabilidad penal y no un modo de extinción de la misma, incide en el rigor del castigo y por su carácter de orden público es de aplicación obligatoria para los jueces en virtud del principio de legalidad que gobierna el derecho penal, sin que exista restricción constitucional, legal, de derecho internacional o *ius cogens* para su aplicación, desde que tales reglas se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad de los hechos.

El recurso continúa exponiendo que los hechos materia del juzgamiento acaecieron hace 42 años, por lo que la investigación tiene importantes falencias probatorias, de manera que aunque exista necesidad sancionatoria, la vaguedad de los hechos que se han logrado establecer justifica la reducción de la pena, citando al efecto piezas del proceso que darían cuenta de la existencia de una agresión previa por parte del occiso al condenado, lo que habría justificado su proceder.

Termina señalando que el error de derecho cometido en relación al artículo 103 del Código Penal y que se ha explicado, acarrea la equivocación correlativa referida a la falta de aplicación del inciso 3° del artículo 68 del mismo cuerpo legal, norma que es de aplicación obligatoria ante la concurrencia de una minorante muy calificada, por lo que solicita acoger el recurso y, en sentencia de reemplazo, imponerle la pena de presidio menor en su grado máximo, otorgándole alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216.

Segundo: Que para el mejor análisis del recurso deducido, resulta útil tener en consideración que el hecho que se ha tenido por establecido en el proceso, señala que *“El 30 de septiembre de 1973, siendo aproximadamente las 18.30 horas, en circunstancias que regía el denominado toque de queda decretado por la autoridad militar de la época y José Orlando Álvarez Barría transitaba por el Pasaje Maule a la altura del N° 0635 en el Barrio Prat de esta ciudad, al llegar a la intersección con calle Covadonga, fue detenido por una patrulla militar conformada por aproximadamente cuatro militares al mando de un Teniente de Ejército de la dotación del Regimiento de Telecomunicaciones N° 5 ‘Patagonia’, siendo controlado por el mencionado Oficial quien en esos momentos utilizando un arma de servicio, le propinó un disparo en la zona abdominal, dejándolo gravemente herido en el lugar por lo que procedieron a pedir que acudiera a buscarlo otra unidad móvil de la misma institución que lo trasladó hasta el Hospital de las Fuerzas Armadas, donde posteriormente, siendo las 22:45 horas, falleció por anemia aguda, shock irreversible, hemiperitoneo, ruptura del colón y vejiga, herida a bala penetrante abdominal complicada, según certificado de defunción de fojas 36, (actual37).”*

Este hecho fue calificado por los jueces del fondo como constitutivo del delito de homicidio calificado que contempla y sanciona el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, asentando en el motivo Octavo que el ilícito objeto de esta causa *“se encuadra como delito de lesa humanidad”*, por lo que la acción penal es imprescriptible.

Tercero: Que sobre el punto en discusión, los jueces del fondo han señalado que por las mismas razones que existen para negar la aplicación de la institución de la prescripción a un delito de lesa humanidad como el de autos, corresponde rechazar la solicitud de dar aplicación a la prescripción gradual, agregando que *“de acuerdo a su tenor literal el artículo 103 requiere que sea posible hablar de prescripción de la acción, para que su plazo haya empezado a correr y simplemente no se completare porque antes de ello el sujeto es habido o aprehendido. Requiere ubicarse en el régimen del Código penal, forma parte del sistema de prescripción, el que no se está aplicando, porque no es reconocido en esta categoría de delitos. A la media prescripción le son consubstanciales todos los fundamentos de la imprescriptibilidad de una manera integral particularmente el que, el transcurso del tiempo ha sido la consecuencia del escudo oficial de impunidad tras el cual se parapetaron tanto el hechor, como todos aquellos que lo ampararon, distorsionaron los hechos e impidieron su esclarecimiento durante un lapso que no puede correr a favor del autor.”* (sic) (fundamento Séptimo de la sentencia recurrida)

Cuarto: Que esta Corte ya ha señalado sobre el tópico en estudio que, sin perjuicio de los fundamentos que se han expuesto en numerosas sentencias para desestimar la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal en hechos que constituyan delitos de lesa humanidad, es lo cierto que el instituto de la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad, 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 halla su razón de ser en lo ajeno a los fines preventivos que puede resultar una pena excesivamente severa para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, aunque resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido atempera, en concepto del propio legislador, el rigor de la represión.

Quinto: Que, en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo la magnitud de la pena—la que subsiste y excluye, por tanto, a la impunidad— 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. Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, no se divisa razón que obstaculice considerarla en este caso como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado Marín Berríos, teniendo en cuenta para ello que se estableció como data de la muerte de José Orlando Álvarez Barría el 30 de septiembre de 1973, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

Sexto: Que del estudio de los autos fluye entonces que el lapso requerido para la procedencia de la institución cuestionada por el impugnante ha transcurrido con creces, y como se trata de una norma de orden público los jueces del fondo han debido aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, de manera que al no hacerlo han incurrido en la causal de invalidación propuesta, por lo que deberá acogerse el recurso de casación en el fondo interpuesto contra el fallo de segunda instancia.

Y visto, además, lo preceptuado en los artículos 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se declara que **se acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto a fs. 848 por la defensa del sentenciado Mariano Marín Berríos, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de nueve de marzo del año en curso, que se lee a fs. 815 y siguientes, complementada por la de diez del mismo mes, que rola a fojas 845, que, en consecuencia, se anula, y se la reemplaza, considerando lo prescrito en el artículo 548, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal, por la que se dicta a continuación, en forma separada, pero sin previa vista.

Acordado con el **voto en contra** de los Ministros Sres. Juica y Brito, quienes estuvieron por desestimar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del

sentenciado Marín Berríos, ya que al revés de lo que se declara en esta sentencia de casación, la norma del artículo 103 del Código Penal 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 concurren, 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.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 4269-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Juan Escobar Z. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, dieciocho de agosto 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.

Santiago, dieciocho de agosto de dos mil quince.

En cumplimiento de lo prescrito en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta el siguiente **fallo de reemplazo** del que se ha anulado en estos antecedentes.

Vistos:

De la sentencia anulada de segundo grado, se reproducen sus motivos 1º, 2º, 8º párrafo primero, undécimo, décimo segundo, décimo tercero y décimo cuarto. Asimismo, de la decisión de casación que antecede, se dan por reiteradas las reflexiones Cuarta a Sexta.

Se reproduce la sentencia de veinticinco de julio de dos mil catorce, escrita de fojas 674 y siguientes

Y se tiene además presente:

1.- Que los hechos de la causa, tal como han quedado consignados en el razonamiento segundo del fallo en alzada, constituyen el delito de homicidio calificado, previsto en el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, y sancionado a la fecha de la instrucción de la presente causa, en consideración a lo previsto en el artículo 18 del Código Penal y 19 N° 3, inciso 8º, de la Constitución Política de la República, con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

2.- Que estableciéndose como fecha de muerte de José Orlando Álvarez Barría el 30 de septiembre de 1973 y dándose inicio a la presente causa mediante la querrela rolante a fs. 1, proveída con fecha tres de noviembre de dos mil diez, a la que se adicionó la de fojas 166, presentada el treinta de diciembre de dos mil once, sometiéndose a proceso posteriormente a al inculpado Marín Berríos el seis de julio de 2012, según consta a fs. 309 y siguiente, había transcurrido a la sazón de todas esas actuaciones, la mitad del tiempo de la prescripción de la acción penal correspondiente al crimen de autos de conformidad al artículo 95 en relación al artículo 391 N° 1, ambos del Código Penal, por lo que, como mandata el artículo 103 del mismo código, respecto del encausado, el delito atribuido se debe considerar como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, a lo que debe adicionarse la circunstancia minorante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, pues como se lee en su extracto de filiación y antecedentes allegado a fs. 422, a la época de comisión del delito que ha sido objeto del presente juicio, el acusado no había sido condenado por delito alguno.

Así, de conformidad al 68, inciso 3º, del Código punitivo, resulta procedente la regulación de la sanción correspondiente que se hiciera en primera instancia, sobre la base de imponer la pena inferior en dos grados al mínimo del señalado por la ley, esto es, presidio menor en su grado máximo.

3.- Que por lo previamente razonado, se discrepa de lo informado por el Fiscal Judicial a fs. 739 en cuanto estimó que la sentencia en estudio podía ser confirmada con declaración de que no concurre la media prescripción o prescripción gradual respecto del acusado.

Por estas consideraciones y, visto además lo dispuesto en los artículos 18, 68, 103 y 391 N° 1 del Código Penal, se decide que se **confirma** la sentencia apelada de veinticinco de julio de dos mil catorce, que se lee a fojas 674 y siguientes.

Acordada con el **voto en contra** de los Ministros Sres. Juica y Brito, quienes estimaron improcedente reconocer al encausado la atenuante calificada del artículo 103 del Código Penal por las razones expresadas en su voto de disidencia en el fallo de casación que

antecede, por lo que estuvieron por confirmar la sentencia con declaración de que la pena impuesta al acusado ha de quedar regulada en presidio mayor en su grado medio, todo ello en concordancia con su disidencia manifestada precedentemente en el recurso de casación en el fondo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 4269-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Juan Escobar Z. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, dieciocho de agosto 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.