

Santiago, veintiuno de marzo de dos mil diecinueve

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, eliminando en el párrafo segundo de su motivo décimo sexto, las expresiones “*de inteligencia*”, y reemplazando tanto en su numerando octavo, como en su parte resolutive, la cita del artículo 15 N° 3 del Código Penal, por la del artículo 15 N° 2 del mismo cuerpo de normas.

En el mismo sentido, se mantienen a firme los considerados 1° a 4° del fallo invalidado, en cuanto por ellos se rechazó el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del encartado Videla Valdebenito, en contra de la sentencia de primer grado.

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

Y se tiene además presente:

1°).- Que respecto de la aplicación del artículo 103 del Código Penal, es preciso señalar 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 irremediamente sancionados, eso sí que con una pena menor.

Conforme lo expuesto, y siendo la prescripción gradual 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, por lo que sólo cabe concluir que el tal instituto es plenamente aplicable al caso de marras.

2°).- Que, zanjado lo anterior, debe consignarse que en la especie los hechos acaecieron con fecha 23 de octubre de 1973 y que el acusado Videla Valdebenito se presentó a los actos del procedimiento el 16 de agosto de 2012, esto es, cuando ya había transcurrido el plazo exigido por el artículo 103 del Código Punitivo para hacer aplicación de la prescripción gradual, por lo que el hecho debe entenderse como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante

3°).- Que así las cosas, siendo la pena aplicable al delito de homicidio calificado –a la fecha de ocurrencia de los hechos materia de autos-, la de presidio mayor en su grado medio, y concurriendo respecto del acusado Videla Valdebenito dos atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, tal y como lo determinó el juzgador de la instancia, la pena le será rebajada en un grado, quedando en definitiva en la de presidio mayor en su grado mínimo, la que podrá ser recorrida en toda su extensión.

4°).- Que conforme a lo expuesto, aparece de manifiesto que este tribunal comparte el parecer del Fiscal Judicial manifestado en su dictamen de fojas 1186, disintiendo únicamente de las rebajas de penas sugeridas por éste.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 103 del Código Penal y 500, 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, se declara que:

Se confirma, en lo apelado, y **se aprueba**, en lo consultado, la sentencia de siete de enero de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1.091 de autos.

Acordada, en lo tocante al recurso de apelación deducido por la defensa del acusado Videla Valdebenito, con el **voto en contra del Ministro Sr. Valderrama**, quien fue del parecer de confirmar la sentencia en alzada, con declaración de aumentar la sanción a la de diez años y día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales, como autor del delito de homicidio calificado de Miguel Estol Mery, perpetrado el 23 de octubre de 1973, teniendo para ello presente las mismas consideraciones que motivaron su oposición a la casación de oficio, las que se dan por íntegramente reproducidas.

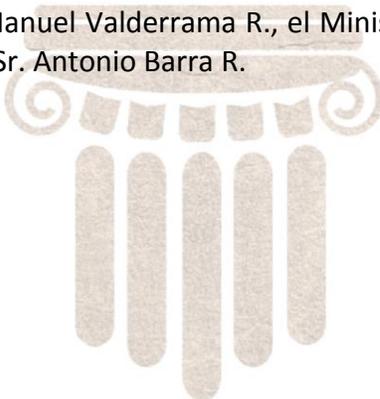
Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Adjetivo Penal.

Regístrese y devuélvase con sus Tomos I, II y III.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Muñoz Pardo, y de la disidencia, su autor.

Rol N° 34.392-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., el Ministro Suplente Sr. Juan Muñoz P., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R.



Santiago, veintiuno de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos:

En los autos Rol N° 215-2011 del Ex 34° Juzgado del Crimen de esta ciudad, Ingres Corte Suprema N° 34392-2016, por sentencia de siete de enero de dos mil dieciséis, escrita a fojas 1.091, se condenó al acusado **Alfonso Gabriel Videla Valdebenito** a sufrir la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y las costas del juicio, como autor –en los términos del artículo 15 N° 3 del Código Penal- del delito de homicidio calificado respecto de Miguel Estol Mery, ocurrido el 23 de octubre de 1973, en la ciudad de Santiago.

La misma sentencia condenó al acusado **Víctor Manuel Muñoz Muñoz**, como autor ejecutor del antes referido delito, a una sanción de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales y costas de la causa, otorgándole la pena sustitutiva de la libertad vigilada intensiva.

Impugnada esa sentencia por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación y elevada, además, en consulta, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de seis de mayo de dos mil dieciséis, a fojas 1197, rechazó el primero de tales arbitrios, aprobando y confirmando el fallo en alzada, con declaración que al acusado **Alfonso Gabriel Videla Valdebenito** queda condenado a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales y las costas del juicio, como autor –en los términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal- del delito de homicidio calificado antes detallado.

Contra ese fallo la defensa del sentenciado **Videla Valdebenito** dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, como se desprende de fojas 1.204.

Por decreto de fojas 1.234, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

PRIMERO: Que el recurso de casación en la forma deducido por la defensa del encartado Videla Valdebenito se funda en la causal 9ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, por infracción a los artículos 500 Nros. 4 y 5 del mismo cuerpo legal.

Se arguye por el impugnante que no se justificó por los sentenciadores de la instancia la recalificación de la autoría, lo que por lo demás resulta imposible desde la perspectiva del artículo 15 del Código Penal, debiendo declararse, atento el error denunciado, la absolución del cargo de autor del homicidio calificado.

Refiere que respecto de la participación del encartado no se agregó ni modificó ningún considerando del fallo de primera instancia, ni se dio razón legal o doctrinaria alguna que explique, razone o justifique el cambio de la autoría del artículo 15 N° 3 a la del artículo 15 N° 2, ambos preceptos del Código Penal.

Expone que para los sentenciadores del grado, los fundamentos jurídicos para ser coautor o inductor pueden ser los mismos, siéndole ello irrelevante al momento de fallar.

Argumenta que la forma en que ocurrieron los hechos, permite descartar necesariamente cualquier posibilidad de autoría directa, toda vez que valerse de la voluntad de otro es autoría mediata o instigación, del artículo 15 N° 2. Sin embargo –relata el impugnante-, no hay antecedentes que permitan sostener tal instigación respecto de su representado, hecho que se reconoce porque los mismos juzgadores tuvieron que aclarar que éste se valió de la voluntad de los miembros de la patrulla para detener al hijo del ofendido, detención que posteriormente mutó en el homicidio.

Así las cosas, señala el impugnante, debe también descartar la autoría mediata o instigación, pues no hay antecedente alguno que permita sostener que el acusado se valió de la voluntad del autor material para dar muerte a la víctima de autos.

Termina por solicitar que se anule el fallo impugnado y en reemplazo se resuelva que no es posible atribuir la forma de participación que la sentencia impugnada le atribuye

al acusado, así como tampoco otra forma de autoría, dictando en consecuencia una sentencia de reemplazo absolutoria en favor de Alfonso Videla Valdebenito.

SEGUNDO: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Videla Valdebenito se funda, en primer término, en la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 391 N° 1 del Código Penal, por cuanto en la sentencia impugnada se habría efectuado una errada aplicación del derecho, al calificarse la conducta atribuida al encartado como constitutiva de un delito de homicidio calificado, pese a que la misma correspondería a un homicidio simple.

Principia por sostener que, en el caso sub lite, de la forma en que ocurrieron los hechos y conforme ellos fueron establecidos, no concurren los elementos objetivos ni subjetivos que doctrinaria y jurisprudencialmente se han exigido para la concurrencia de la calificante de la alevosía.

Refiere que los sentenciadores de la instancia, en el considerando décimo, párrafo final, sostuvieron que la alevosía está dada por la desproporción de recursos humanos y materiales que perseguían no correr ningún riesgo e impedir cualquier reacción defensiva. Tal aserto, en parecer del impugnante, es equívoco pues tal contingente buscaba naturalmente impedir riesgos en el procedimiento de detención, pero ello no tiene nada que ver con lo que finalmente sucedió, y que consistió en el disparo irreflexivo e imprudente del cabo Muñoz Muñoz.

Arguye que sostener que la falta de proporcionalidad de medios materiales y humanos es suficiente para calificar en el caso sub lite el delito de homicidio por la alevosía no se ajusta a la realidad procesal, y que argumentar que la preparación y experiencia de quienes concurren al domicilio del occiso hacía exigible un actuar con mayor grado de racionalidad, tampoco es constitutivo de alevosía, toda vez que una interpretación así de extensiva resulta atentatoria contra los principios más básicos que inspiran y rigen el derecho penal, y que son de orden legal, constitucional e internacional y que dicen relación con los principios de la legalidad y pro reo.

Indica que claramente estamos en presencia de un homicidio simple, con dolo eventual, en el entendido que el Cabo Muñoz Muñoz se pudo representar el resultado, aun cuando su actuar fue más bien irreflexivo.

Reflexiona que, en lo que a al recurrente respecta, y conforme habrían ocurrido los hechos, no hay antecedente alguno que permita razonablemente tener por acreditado tal dolo directo de matar.

TERCERO: Que como segundo capítulo del arbitrio de casación en el fondo en estudio, se hizo valer la causal N° 5 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 433 N° 7 del mismo cuerpo de normas y 93 N° 6, 94, 95 y 102 del Código Penal.

Al efecto, se manifiesta en el recurso que la conducta atribuida al acusado debió calificarse como homicidio simple, esto es, como un delito común y no como uno de lesa humanidad, permitiendo con ello declarar prescrita su responsabilidad penal.

Expone que el rechazo de la excepción de prescripción, amparada en la calificación del delito como de lesa humanidad, constituye un error de derecho, toda vez que el ilícito, del modo que ha sido catalogado como tal por la sentencia, es incompatible con su consideración de crimen de lesa humanidad, y por tanto imprescriptible.

Razona que tanto la Ley N° 20.357, como el Estatuto de Roma son contestes en señalar que los actos cometidos deben serlo como partes de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que, el intento de detención de José Miguel Estol Larraín no se da en el contexto de persecución política vivida en el país a fines del año 1973, sino a causa de elementos personales con alumnos de la Academia Politécnica Militar, de carácter previo al golpe de Estado, no existiendo procesos u otras causas en su contra.

Explica que el resultado fue, lamentablemente, la muerte de una persona, pero dicha muerte no resulta atribuible al contexto histórico del país, ni a la militancia política del ofendido -"un hombre de derecha", según declaración de sus hijas Carmen Luz y María Verónica a fojas 11-, ni al hecho que se tratara en autos de agentes del Estado.

Arguye que la sola circunstancia así establecida en el fallo de haber ordenado el señor Alfonso Videla Valdebenito el traslado de la víctima a un centro asistencial revela, en el caso concreto, la ausencia de una conexión con un determinado plan o política de exterminio, a pesar del resultado final de muerte que obviamente igual se consumó.

Refiere que a la fecha en que se inició la causa, el plazo de prescripción se encontraba largamente cumplido, por lo que correspondía que el tribunal, incluso procediendo de oficio, la hubiera declarado concurrente, configurando un error de derecho de evidente trascendencia al no acoger y aplicar la prescripción

Finaliza solicitando que se anule el fallo impugnado y que en su reemplazo se dicte sentencia que declare correctamente el derecho, calificando los hechos en definitiva como un homicidio simple prescrito y, en esa virtud, se absuelva por prescripción de la acción penal a Alfonso Videla Valdebenito respecto de los hechos materia de autos.

CUARTO: Que previo al análisis de los recursos, es conveniente recordar que el tribunal del fondo ha tenido por establecidos los siguientes hechos:

"Que el primer hecho que debe dejarse establecido y que resulta de la mayor relevancia al momento del juzgamiento, es que éstos acontecimientos se desencadenaron a raíz de un altercado en la vía pública, ellos acaecen el día 23 de agosto de 1973, y los participantes son José Miguel Estol Larraín, hijo de la víctima y los hermanos Víctor y René Arroyo Quijada, este último de la Academia Politécnica Militar, que finalmente termina con un disparo accidental, que le provoca a René Arroyo una herida en su mano, lo cual le obliga a concurrir al hospital militar y dar cuenta de lo ocurrido a la Academia Politécnica Militar, ordenándose por la superioridad un sumario administrativo interno a cargo del capitán Alfonso Videla Valdebenito. Estas circunstancias constituyen el contexto en que posteriormente se enmarcan los hechos que causan la muerte de la víctima.

Que el día 23 de octubre de 1973, el capitán Alfonso Videla, en horas de la noche, decide reunir un contingente militar con personal de la Academia Politécnica Militar, con el propósito de allanar un inmueble ubicado en la comuna de Las Condes y detener a José Miguel Estol Larraín, presunto autor de los hechos que causaron la lesión de la mano a uno de los hermanos Arroyo Quijada en el mes de agosto de ese año, sin orden judicial ni legal que lo ameritara.

Una vez organizada la patrulla militar, salen de la Academia Politécnica Militar en dirección al inmueble ubicado en calle Manquehue Sur N° 600 de la comuna de Las Condes, donde llegan alrededor de las 23:00 horas, luego se distribuyen por el sector, quedando dos militares apostados como seguridad y otros en la custodia de los vehículos, el resto ingresa al antejardín de la casa, hecho del cual se percata Miguel Estol Mery, padre de José Miguel, y sale a ver qué acontecía, pero una vez que abre la puerta e intenta avanzar hacia ello, uno de los militares de la patrulla, le dispara con su arma de fusil máuser e impacta su cuerpo en dos oportunidades, cayendo la víctima herida al suelo.

Acto seguido el capitán y jefe de la patrulla, Videla Valdebenito, ordena ingresar a la casa e interrogar a la esposa del herido, percatándose en ese momento del error en la identidad, por lo que resuelve, encontrándose aún Estol Mery con vida, llevarle a un establecimiento asistencial.

La víctima ingresa esa noche al Hospital El Salvador, sin que haya sido posible determinar de manera fehaciente los medios en que lo hace, pero igual falle a consecuencia de las heridas a bala tóraco abdominal y tóraco pulmonar con salida de proyectiles que le ocasionaron".

Los sucesos así descritos fueron calificados por la sentencia como constitutivos del delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, pues quienes lo ejecutaron actuaron con alevosía, en la forma de “sobre seguro”, al eliminar a una víctima indefensa e ignorante de lo que ocurría, que no representaba ningún riesgo para ellos, por el número de agentes que se empleó en el operativo y el excesivo uso de armas, descartándose un enfrentamiento por agresión del ofendido –*con formación profesional y experiencia para intervenir en situaciones como la ya descrita*-, existiendo, en consecuencia, una indiscutible falta de proporcionalidad en los medios materiales empleados.

En el mismo sentido, el ilícito fue calificado como de lesa humanidad, toda vez que el delito se cometió como parte de la agresión generalizada o sistemática contra la población civil y en conocimiento sus autores de dicho ataque, abusando éstos del poder que les confiere la entidad militar.

I.- Recurso de casación en la forma:

QUINTO: Que, en lo concerniente a la nulidad formal promovida en defensa del condenado Videla Valdebenito, la causal esgrimida se configura cuando la sentencia no contiene “*Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta*” y “*Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes ...*”. Por ello, el motivo de invalidación que se alega tiene, según constante jurisprudencia, un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta el examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que compele la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de él se desprenda.

Como se advierte del libelo de nulidad, lo que se reprocha a los jueces de la instancia es no haber justificado la recalificación de la autoría.

SÉXTO: Que, en el caso de marras, sobre este tópico, resulta evidente que la resolución objetada no adolece de las deficiencias denunciadas, toda vez que de un atento estudio de ella aparece una suficiente exposición de los racionamientos que han servido de soporte para la conclusión, acatándose adecuadamente el mandato del legislador.

Efectivamente, como se advierte de los fundamentos octavo y décimo del fallo de primer grado, que el de alzada hace suyos, se relacionan todos los elementos que condujeron a los jueces del fondo a dar por establecido que el actuar del recurrente se enmarca dentro de la hipótesis de autoría contemplada en el artículo 15 N° 2 del Código Penal.

Al efecto, se estableció por los sentenciadores del grado que Videla Valdebenito fue quien reunió a la patrulla que acude al domicilio del occiso y quien, además, dio la orden de conformarla, explicándole a sus integrantes que su misión era de la de detener a un sujeto peligroso –*sin exhibirles orden alguna*-, lo que evidencia que siempre tuvo el dominio de la acción, y que si bien no fue quien disparó, si se valió de la voluntad de los otros miembros de la patrulla para la perpetración del hecho ilícito.

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, del tenor de las secciones del fallo a que se ha hecho referencia, aparece de manifiesto que los jueces del fondo se hicieron cargo debidamente de la situación propuesta y de las circunstancias que condujeron a la determinación la hipótesis de autoría que se le atribuyó al impugnante, de modo que a este respecto la sentencia ha cumplido las exigencias formales requeridas, de lo que resulta que los supuestos en que descansa esta sección de la nulidad, no conforman la causal invocada.

II.- Recurso de casación en el fondo:

OCTAVO: Que el recurso de casación en el fondo en estudio, en su apartado inicial, se funda en la causal N° 2 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 391 N° 1 del Código Penal, por cuanto en la sentencia impugnada se habría efectuado una errada aplicación del derecho, al calificarse la conducta atribuida al encartado como constitutiva de un delito de homicidio calificado, pese a que la misma correspondería a un homicidio simple.

Sostiene, sucintamente, que se equivocan los sentenciadores del grado al estimar que la alevosía está dada por la desproporción de recursos humanos y materiales que perseguían no correr ningún riesgo e impedir cualquier reacción defensiva, toda vez que tal contingente lo que buscaba era impedir riesgos en el procedimiento de detención, lo que nada tendría que ver con lo que finalmente sucedió, y que consistió en el disparo irreflexivo e imprudente del cabo Muñoz Muñoz.

Arguye que una interpretación así de extensiva respecto de la alevosía resulta atentatoria contra los principios más básicos que inspiran y rigen el derecho penal, y que son de orden legal, constitucional e internacional y que dicen relación con los principios de legalidad y pro reo.

NOVENO: Que, en primer término, debe señalarse que no habiéndose denunciado como vulneradas por el recurrente las normas reguladoras de la prueba, los hechos establecidos por los juzgadores del grado resultan inamovibles, de lo que se colige que las alegaciones de la defensa deben ser analizadas a luz de tales hipótesis fácticas, por cuanto no es dable que esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado.

DECIMO: Que, una vez sentado lo anterior, es menester señalar de la revisión de los hechos que se dieron por establecidos, se colige que fue el encartado Videla Valdebenito quien, sin la existencia de orden alguna de autoridad competente, en su calidad de Capitán de Ejército, y previa realización de un sumario administrativo interno *—del que estuvo a cargo—* originado a raíz de un altercado ocurrido meses antes entre José Miguel Estol Larraín (hijo del occiso) y el alumno de la Academia Politécnica René Marcelo Arroyo Quijada, quien resultó herido a bala en su mano, reunió a un grupo de militares de la citada Academia, indicándoles que debían ir al domicilio de Estol Larraín, explicándoles que su misión era la de detener a un sujeto peligroso, acudiendo al lugar armados y con una estrategia definida previamente, lo que evidencia que siempre tuvo el dominio de la acción, y que si bien no fue quien disparó, si se valió de la voluntad de los otros miembros de la patrulla para la perpetración del hecho ilícito. Por lo demás, fue el mismo quien, en su calidad de jefe de la patrulla, da la orden de ingresar a la casa del ofendido e interrogar a la esposa del herido, percatándose en ese momento del error en la identidad, por lo que resuelve, encontrándose aún Estol Mery con vida, llevarle a un establecimiento asistencial.

UNDECIMO: Que sobre el particular, se ha sostenido por el profesor Enrique Cury en su Libro de Derecho Penal, Parte General Ediciones Universidad Católica de Chile, 8° Edición, 2005, pág. 516, que *“en el obrar sobre seguro, cobra relevancia los aspectos materiales de la conducta, pudiendo el autor crear por sí mismo las condiciones ventajosas en que actuará o aprovechar las preexistentes”*, es decir, que el agente actúe con el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible la situación de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha colocado.

DUODECIMO: Que, de lo expuesto puede colegirse que en la relación de los hechos fijados se da el contenido fáctico esencial para determinar que la modalidad de la calificante de alevosía concurrente es la de obrar sobre seguro.

Efectivamente, el alcance del artículo 391, N° 1°, del Código Penal, esto es, la calificante de alevosía en su plano de obrar sobre seguro, como lo ha sostenido

invariablemente esta Corte, existe cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido; consiste en actuar creando o aprovechándose directamente de las oportunidades materiales que eviten el riesgo a la persona del autor, situaciones que se ha dado por establecidas en este caso.

DECIMO TERCERO: Que de acuerdo con lo antes expuesto y razonado, no habiendo acreditado el impugnante el error de derecho denunciado, la primera causal de nulidad sustancial será desestimada.

DÉCIMO CUARTO: Que como segunda causal de casación en el fondo, se ha invocado por la defensa aquella contenida el numeral 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 433 N° 7 del mismo cuerpo de normas y 93 N° 6, 94, 95 y 102 del Código Penal.

Al efecto, se manifiesta en el recurso que la conducta atribuida al acusado debió calificarse como constitutiva del delito de homicidio simple, esto es, como un ilícito común y no como uno de lesa humanidad, permitiendo con ello declarar prescrita su responsabilidad penal.

Razona que la Ley N° 20.357 y el Estatuto de Roma son contestes en señalar que los actos cometidos deben serlo como partes de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que el intento de detención de José Miguel Estol Larraín, no se da en el contexto de persecución política vivida en el país a fines del año 1973, sino que se explica en disputas personales con alumnos de la Academia Politécnica Militar, de carácter previo al golpe de Estado, no existiendo procesos u otras causas en su contra.

DECIMO QUINTO: Que en lo tocante a la alegación en análisis, es preciso señalar que en el fallo recurrido se tuvo por acreditado que los hechos investigados acaecieron en el mes de octubre de 1973, en un contexto en el que existía agresión generalizada o sistemática contra la población civil, encontrándose sus autores en conocimiento de tales circunstancias, abusando éstos del poder que les confería la entidad militar.

DÉCIMO SEXTO: Que como puede advertirse, el recurso así planteado implica modificar los hechos establecidos por el fallo de primera instancia, reproducido y complementado por el de segundo grado.

Empero, tales hechos son invariables para este tribunal de casación, que sólo podría alterarlos si se demostrara que se los acreditó con contravención de las leyes reguladoras de la prueba, para lo que resulta indispensable invocar la causal de casación en el fondo contemplada en el artículo 546, N° 7°, del Código de Instrucción Criminal, lo que en la especie el libelo no esgrime, por lo que la segunda causal de casación en el fondo en estudio tampoco puede prosperar.

III.- Casación de oficio:

DÉCIMO SÉPTIMO: Que no obstante el rechazo del arbitrio de casación en el fondo, es claro que durante el transcurso del procedimiento se discutió, tanto en primera como en segunda instancia, la aplicación de la institución de la media prescripción como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal del encartado.

Al efecto, la sentencia de primer grado, para mitigar la sanción y rebajarla en un grado, acogió la minorante de la prescripción gradual, considerando el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, rabajando la pena en consecuencia.

A su turno, la Corte de Apelaciones de Santiago, desestimó su concurrencia, argumentando que la media prescripción comparte la misma naturaleza jurídica de la prescripción y que, en consecuencia, debe excluirse su aplicación tratándose de los delitos de lesa humanidad.

Pese a lo expuesto, al formalizarse el arbitrio de nulidad sustancial el impugnante no hizo valer la causal de rigor por la errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal, limitándose a solicitar, en estos estrados, la invalidación de oficio de la sentencia por tal motivo, petición a la que se opusieron los querellantes.

DECIMO OCTAVO: Que lo anterior tiene importancia para los efectos de hacer uso de la facultad de obrar de oficio, por cuanto ella está permitida sólo cuando el recurso ha sido desechado por defectos de formalización, según lo previene el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, no habiéndose invocado en el arbitrio en revisión la causal de nulidad relativa a la errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal *–pese a que la misma fue objeto de controversia durante la secuela del juicio–*, advirtiéndose tal insuficiencia del recurso y una indebida aplicación de las normas relativas a la institución de la media prescripción *-como se pasará a explicar-*, esta Corte actuará igualmente de oficio para corregir la incorrecta aplicación de la ley.

DÉCIMO NOVENO: Que respecto de la aplicación del artículo 103 del Código Penal, es menester señalar 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 irremediamente 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.

VIGÉSIMO: 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.

VIGÉSIMO PRIMERO: 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.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que según se hizo constar en los basamentos anteriores, la sentencia impugnada adolece de un vicio de nulidad en cuanto desestimó aplicar en la especie la minorante de la media prescripción siendo ella concurrente, incurriendo de esta modo en una errónea aplicación del artículo 103 del Código Penal. Tal error de derecho además ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, pues resulta de toda evidencia que si se hubiera aplicado la norma citada, la pena a imponer al acusado hubiera sido de un quantum inferior al que finalmente se le aplicó.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en las circunstancias descritas corresponde que esta Corte, en presencia de los presupuestos establecidos en el ya citado artículo 785 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, proceda a casar de oficio la sentencia recurrida.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 500, 535, 541 N° 9, 546 N°s 2 y 5 y 547 del Código de Procedimiento Civil; y 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

A.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el letrado Cristián Arias Vicencio, en representación del acusado **Alfonso Gabriel Videla Valdebenito**, en lo principal de fojas 1204, en contra la sentencia de seis de mayo de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 1197.

B.- Que se invalida de oficio la referida sentencia, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada la decisión de casar de oficio la sentencia, con el **voto en contra del Ministro Sr. Valderrama**, quien la estimó 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 es correcto el razonamiento del fallo en el sentido que la media prescripción comparte la misma naturaleza jurídica que la prescripción total y que, siendo 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 -considerandos sexto y séptimo-.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Muñoz Pardo, y de la disidencia, su autor.

Rol N° 34.392-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., el Ministro Suplente Sr. Juan Muñoz P., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R.