

Santiago, dieciséis de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos:

En los autos Rol N° 114.003 del Primer Juzgado del Crimen de Temuco, ingreso Corte Suprema N° 4.568-2018, por sentencia de diez de noviembre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 594, se condenó al acusado **Mario Osvaldo Rodríguez Canario** a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y las costas del juicio, como autor del delito de homicidio, en carácter de lesa humanidad, respecto de Gabriel Salinas Martínez, ocurrido el 31 de agosto de 1975, en la ciudad de Cunco.

Impugnada esa sentencia por la defensa del encartado -vía recurso de apelación-, la Corte de Apelaciones de Temuco, por sentencia de veinte de febrero de dos mil dieciséis, a fojas 635, la confirmó en virtud de sus propios fundamentos.

Contra ese fallo la defensa del sentenciado dedujo recurso de casación en en el fondo, como se desprende de fojas 637.

Por decreto de fojas 651, se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

I- Recurso de casación en el fondo:

PRIMERO: Que el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del sentenciado Rodríguez Canario 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° 2 del Código Penal, por cuanto en la sentencia impugnada se habría efectuado una errada aplicación del derecho, al calificar, en primer término, la conducta atribuida al encartado como constitutiva de un delito de homicidio, pese a que la misma correspondería a un cuasidelito de homicidio y, en segundo lugar, al atribuirle a dicha conducta el carácter de ilícito de lesa humanidad.



Refiere que no existe en la especie ningún antecedente probatorio que permita calificar el hecho que se le atribuye como constitutivo del delito de homicidio, pues no se ha acreditado la existencia del dolo, pudiendo únicamente establecerse la existencia de un cuasidelito de homicidio.

Argumenta que no puede otorgársele la calificación de delito de lesa humanidad pues no se trata de un hecho cometido por funcionarios policiales, en el que hubiera indefensión, impunidad u ocultamiento del mismo.

SEGUNDO: Que como segundo capítulo del arbitrio de casación en el fondo en estudio, se hizo valer la causal N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 108, 109, 110, 457, 459, 464 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

Al efecto, denuncia la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, toda vez que con la prueba rendida no pudo calificarse el hecho como constitutivo del delito de homicidio simple.

Arguye que de los catorce testigos mencionados en la sentencia, sólo tres fueron presenciales, encontrándose estos últimos contestes en que a su representado se le disparó accidentalmente el arma; en que no hubo amenaza previa y que la bala casi impactó al funcionario policial Jaime Troncoso.

El resto –señala el impugnante- son sólo testigos de oídas cuyo testimonio no debió ser considerado por los sentenciadores del grado.

Expone que el informe pericial balístico en el que se funda la determinación de la responsabilidad del acusado, no fue objetivo pues no se tuvo a la vista la subametralladora PA3 –utilizada por Rodríguez Canario-, toda vez que solo queda una de esas armas en el museo de Carabineros y el Ministro Instructor se negó a acceder a su pericia.



Finaliza solicitando que se anule el fallo impugnado y que en su reemplazo se dicte una sentencia que determine que los hechos atribuidos al encartado son constitutivos de un cuasidelito de homicidio, imponiendo la pena que en derecho corresponda.

TECERO: Que previo al análisis de los recursos, es conveniente recordar que el tribunal del fondo, en su motivo tercero, ha tenido por establecidos los siguientes hechos:

“A. Que en horas de la mañana del día 31 de agosto de 1975, en la comuna de Cunco, fueron detenidos en la vía pública Gabriel Salinas Martínez y Dagoberto Ferreira Rifo, por personal de Carabineros de dicha localidad, ya que se les acusaba de ser autores del robo de unas herramientas la noche anterior, siendo trasladados hasta la Tenencia de Carabineros de la comuna.

B. Que en la unidad policial los detenidos fueron ingresados a la guardia, estando presente en esos momentos Ricardo Jaime Troncoso Norambuena, como encargado de guardia; y los carabineros Sergio José Barrera Jara y Mario Osvaldo Rodríguez Canario, quienes participaron de la aprehensión de los jóvenes. Luego, mientras el cabo 2° Mario Osvaldo Rodríguez Canario apuntaba con su arma de servicio a Gabriel Salinas Martínez, amenazándolo a fin de obtener su confesión en el delito que se le atribuía participación, disparó contra el joven, hiriéndolo de gravedad y cayendo en ese mismo instante al suelo. Posteriormente, el jefe de la Tenencia, Andrés Leopoldo Flores Sabelle, fue avisado inmediatamente de lo sucedido, ordenando el traslado del herido hasta el hospital de Cunco.

Seguidamente, dicho oficial indagó sobre los hechos acaecidos a través del testimonio de los carabineros presentes, quienes le informaron que en la guardia de la unidad el cabo 2° Mario Osvaldo Rodríguez Canario amenazó con su arma



al detenido para que confesara el delito que supuestamente había perpetrado, haciendo correr el cierre del arma hacia atrás, no quedando completamente asegurada, activándose, impactando un proyectil a Salinas Martínez.

C.- Que según testimonios agregados al proceso, durante el año 1975 personal de la Tenencia de Carabineros de Cunco, utilizaba como arma de servicio las subametralladoras PA3, la cual según conclusiones del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, no es verídicamente aceptable, desde el punto de vista balístico, la versión de un supuesto accidente, pues no es posible que la subametralladora se dispare por el solo hecho de pasar a llevar la "palanca de preparar", debido al sistema de seguridad que posee, específicamente el "seguro de empuñadura", que impide el accionamiento del conjunto del cierre, mediante la "palanca de preparar", tal como se indica en las consideraciones balísticas de dicho informe.

Por último, señala el mencionado informe, para que se haya generado un proceso de disparo necesariamente se debió tener empuñada correctamente el arma (para desbloquear el conjunto del cierre) y simultáneamente activar el mecanismo de disparo, existiendo para esta última acción dos posibilidades: el arma debe estar preparada y se debe presionar el disparador o bien se le suelte la "palanca de preparar" al intentar llevarla hacia atrás (preparar el arma).

D.- Finalmente, luego de ser conducido hasta el hospital de Cunco, Gabriel Salinas Martínez falleció en ese centro asistencial. Según informe de autopsia la causa precisa y necesaria de su muerte fue el shock y anemia aguda, determinadas por herida de bala transfixiante abdominal".

Los sucesos así descritos fueron calificados por la sentencia como constitutivos del delito de homicidio, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, pues se descartó que se hubiere tratado de un accidente como



sostuvo el encartado, ya que ello no resulta aceptable desde un punto de vista balístico, toda vez que en el informe pericial respectivo, se concluye que no es factible que el arma se haya disparado por el solo hecho de pasar a llevar la palanca de preparar, debido a que ésta posee un seguro de empuñadura, lo que supone que para poder disparar la subametralladora debe necesariamente desbloquearse previamente el seguro, lo que descarta los dichos del acusado.

En el mismo sentido, el ilícito fue calificado como de lesa humanidad, toda vez que el delito se cometió *“porque las autoridades y el contexto jurídico-político y la jurisdicción militar de la época favorecieron la impunidad y la indefensión y se favoreció la eliminación de las personas invisible o no deseables”*.

CUARTO: Que el recurso de casación en el fondo en estudio, en su apartado segundo, se funda en la causal N° 7 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto refiere que fueron vulneradas las normas reguladoras de la prueba.

En primer término, cabe resaltar que en el recurso no se menciona como norma infringida por el recurrido, el artículo 15 N° 1 del Código Penal y, en consecuencia, no se desarrolla ni motiva la existencia de algún error de los sentenciadores al estimar que la participación atribuida al acusado Rodríguez Canario se encuadra o subsume en dicho precepto, ya que sólo se cita, en un párrafo aislado, la norma antes aludida. En efecto, el recurrente no se detiene a cuestionar jurídica y fundadamente la aplicación de la mencionada disposición, exponiendo, por ejemplo, cuáles son, en su opinión, las situaciones que abarca y comprende, y por qué los medios probatorios en que se apoyan los sentenciadores para formar su convicción no permiten establecer hechos que se puedan incluir en alguna de dichas situaciones.



El recurso de casación en el fondo procede sólo -y para los efectos que interesa a este examen- cuando los sentenciadores han incurrido en errores de derecho que hayan influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado. De lo expuesto resulta clara la necesidad de que el recurrente, a través de la denuncia de todas las normas vulneradas, permita a esta Corte pronunciarse en los términos pretendidos, lo que no sucede en la especie, desde que ha omitido en el recurso, como ya se ha dicho, denunciar y desarrollar la vulneración de la norma en base a la cual se considera –por los juzgadores de la instancia- al encausado Rodríguez Canario como autor del delito de homicidio de Gabriel Salinas Martínez, norma decisoria que resultaba imprescindible para decidir el fondo del asunto. Asimismo, lo anterior permite concluir que se considera que tal precepto omitido -artículo 15 N° 1 del Código Penal-, que tiene la calidad de decisorio de la litis, ha sido correctamente aplicado en la forma ya señalada, y es por esta circunstancia que el recurso de casación en el fondo no puede prosperar, puesto que aun en el evento de que esta Corte concordara con el recurrente en el sentido de haberse producido los errores que denuncia en la aplicación de las normas reguladoras de la prueba -lo que no ocurre como a continuación se dirá-, tendría que declarar que esas infracciones no influyen en lo dispositivo de la sentencia.

QUINTO: Que, sin perjuicio de lo expuesto y concluido en el considerando que antecede, bastante ya para desestimar el recurso de casación en el fondo en análisis, no está demás consignar, en relación a la esgrimida vulneración de los artículos 108, 109 y 110 del Código de Procedimiento Penal por no haber cumplido los sentenciadores del grado con el deber que les imponen dichos preceptos. Cabe señalar, como se desprende del propio texto de dichas normas, que éstas no constituyen normas reguladoras de la prueba, toda vez que no



definen cuáles son la o las pruebas admisibles o inadmisibles en el proceso, ni su valor o prioridad para el establecimiento de los hechos, ni tampoco el onus probandi que regirá al efecto, sino sólo consagran el principio de objetividad como estándar imperante en la actividad investigativa del juez durante la etapa del sumario, motivo por el cual la denuncia acerca de su supuesta infracción debe ser desestimada.

El mismo razonamiento resulta aplicable tratándose de la vulneración del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dicho precepto se limita a establecer cuáles son los medios por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal.

SEXTO: Que, en relación a los artículos 459 y 464 del Código de Procedimiento Penal, cabe precisar –para desestimar la infracción denunciada– que el primero, que gobierna la prueba testimonial, carece de la calidad requerida para sustentar el motivo de nulidad en examen, toda vez que sólo faculta al tribunal para otorgar a la declaración de testigos el valor de demostración suficiente del hecho sobre el cual atestiguan, es decir, no constituye un imperativo para el proceder de los jueces del grado sino que sólo tiene por objeto indicar al tribunal un criterio determinado para ponderar los dichos aportados por los deponentes y en cuya valoración los jueces obran con facultades privativas. En efecto, corresponde a los magistrados del fondo apreciar soberanamente los asertos de los testigos y hacer un examen estimativo y comparativo de ellos, estando autorizados discrecionalmente para considerar o no como suficiente prueba de un hecho los atestados que reúnan las calidades intrínsecas que determina el mencionado artículo. Por otra parte, el artículo 464 del mismo cuerpo de leyes permite a los jueces construir presunciones judiciales a partir de las declaraciones de testigos que no reúnan los requisitos del artículo 459. Acorde a



ello, la estimación que se otorgue a las expresiones de los testigos permanece entregada al criterio de los jueces del fondo.

Finalmente, y en lo que respecta al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, es preciso señalar que la invocación genérica del mencionado precepto que se ha efectuado por el impugnante, atenta contra la calidad de derecho estricto del recurso, lo que impide a este tribunal concluir, con toda precisión, en qué consistió el error de derecho y de qué modo influyó en lo decisorio.

SÉPTIMO: Que, al estimarse por esta Corte que no se han vulnerado por los juzgadores de la instancia las normas reguladoras de la prueba, los hechos establecidos resultan inamovibles, de lo que se colige que las alegaciones de la defensa deben ser analizadas a la 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.

OCTAVO: Que una vez sentado lo anterior, corresponde el análisis de la primera causal de nulidad sustancial, la que se hace consistir, por una parte, en la errada calificación del hecho atribuido al encartado como constitutivo del delito de homicidio –pese a que en parecer del impugnante no se acreditó la existencia de dolo- y, por otra, en la improcedencia de estimar tal conducta como constitutiva de un ilícito de lesa humanidad.

NOVENO: Que, respecto del primer error de derecho denunciado –*la errónea calificación del hecho como constitutivo del delito de homicidio*–, es menester señalar que de la revisión de los hechos que se dieron por establecidos se colige que fue el encartado quien amenazó con su arma al detenido para que confesara el delito que supuestamente había perpetrado, haciendo correr el cierre



del arma hacia atrás, no quedando completamente asegurada, activándose, impactando un proyectil a Salinas Martínez, herida que finalmente le causó la muerte.

Por otra parte, tal y como se señala en la sentencia en revisión, la versión de un supuesto accidente ofrecida por el encartado fue desestimada, pues no es posible que la subametralladora se dispare por el solo hecho de pasar a llevar la "*palanca de preparar*", debido al sistema de seguridad que posee, específicamente el "*seguro de empuñadura*", que impide el accionamiento del conjunto del cierre, mediante la "*palanca de preparar*", tal como se indica en las consideraciones balísticas del informe pericial evacuado en autos.

DÉCIMO: Que de acuerdo con lo antes expuesto y razonado, no habiendo acreditado el impugnante el error de derecho denunciado *-en cuanto se efectuó por los sentenciadores del grado una adecuada calificación jurídica de los hechos que se tuvieron por acreditados-*, el acápite inicial de la primera causal de nulidad sustancial será desestimado.

UNDÉCIMO: Que en lo que dice relación con la segunda parte de la primera causal de casación en el fondo, relativa a la errónea calificación de la conducta imputada a Rodríguez Canario como constitutiva de un ilícito de lesa humanidad, es preciso señalar que en el fallo recurrido se tuvo por acreditado que los hechos investigados acaecieron en el mes de agosto de 1975, en un contexto jurídico-político en el que la jurisdicción militar de la época favoreció la impunidad y la indefensión, así como también la eliminación de las personas invisibles o no deseables.

DUODÉCIMO: Que como puede advertirse, acoger el recurso en los términos en que éste se encuentra planteado implica modificar los hechos



establecidos por el fallo de primera instancia, reproducidos íntegramente por el de segundo grado.

Empero –y como ya se dijo-, 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, lo que no ocurrió en la especie, por lo que el acápite de nulidad sustancial en estudio tampoco puede prosperar.

II.- Casación de oficio:

DÉCIMO TERCERO: 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 responsabilidad penal del encartado.

Al efecto, la sentencia de primer grado –*confirmada en todas sus partes por aquella respecto de la cual se recurre*- 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 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.

DECIMO CUARTO: 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 QUINTO: 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 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.

DÉCIMO SEXTO: 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.

DÉCIMO SÉPTIMO: 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.

DÉCIMO OCTAVO: 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 este 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.

DÉCIMO NOVENO: 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 535, 546 N° 2 y 547 del Código de Procedimiento Penal; y 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

A.- Que **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido por la abogada María Graciela Carillo Fuentes representación del acusado **Mario**



Oswaldo Rodríguez Canario, en lo principal de fojas 637, en contra la sentencia de veinte de febrero de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 635.

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 de los Ministros Sres. Valderrama y Dahm**, quienes la estimaron improcedente en virtud de las siguientes consideraciones:

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

2.- Que, además, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, pero como en la especie se trata de un delito de lesa humanidad, lo que el fallo consigna de manera expresa, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie, lo cual, como se dijo, ha sido correctamente recogido por la sentencia impugnada -considerando décimo tercero-.



Regístrese.

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

Rol N° 4.568-18.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Antonio Barra R. No firma el Ministro Sr. Cisternas, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

