

Santiago, catorce de enero de dos mil veinte.

Vistos:

En los autos Rol 8-2011, de la Corte de Apelaciones de Concepción, por sentencia de siete de diciembre de dos mil dieciséis, rolante a fojas 1.225 y siguientes, dictada por el señor Ministro en Visita don Carlos Aldana Fuentes, se condenó a Guillermo Muñoz Espinoza a sufrir la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales, y al pago de las costas, por su responsabilidad en calidad de autor del delito de homicidio simple en la persona de Marcos Hernán Montecinos San Martín, previsto y sancionado en el artículo 391, N° 2 del Código Penal, perpetrado en Concepción el 3 de septiembre de 1975. La sanción corporal fue sustituida por la de libertad vigilada, por el lapso de la condena.

Apelada dicha sentencia, la Corte de Apelaciones de Concepción por dictamen de ocho de mayo de dos mil dieciocho, escrito a fojas 1.366 y siguientes, confirmó con declaración la sentencia en alzada, quedando Muñoz Espinoza condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y accesorias legales como autor del referido ilícito. Asimismo, en dicho fallo, se confirmó el rechazo de la incidencia de declinatoria de jurisdicción promovido por la defensa del sentenciado.

Contra dicha sentencia, la defensa de Muñoz Espinoza dedujo recursos de casación, tanto en la forma como en el fondo, los cuales se ordenó traer en relación por decreto de fojas 1.399.

Considerando:

Primero: Que, a fojas 1.372, los abogados don Hernán Montero Ramírez y don Rodrigo Morales Beuster, en representación del sentenciado Guillermo Muñoz



Espinoza, dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo, contra la sentencia de segunda instancia.

La invalidación formal la fundan en el artículo 541, N° 6 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, en concepto de los articulistas, la sentencia no habría sido extendida por un tribunal competente. Expresan que lo anterior se verifica al haberse establecido como delito de violación a los Derechos Humanos un hecho que no reuniría los requisitos legales para ser considerado como tal. Refieren que el señor Ministro Instructor Aldana, pocos días antes de la dictación de la sentencia definitiva, rechazó la declinatoria de competencia, resolución que fue apelada y que fue acumulada a la sentencia definitiva, resolviéndose conjuntamente con aquella, rechazándose la declinatoria y dictando la sentencia de segunda instancia respecto al fondo, la cual se impugna por este acto.

Explican que la muerte de Marcos Hernán Montecinos Espinoza fue producto de un incidente policial, de carácter circunstancial, carente de toda relevancia política o persecución partidista, razón por la cual podría advertirse que no se estaría en presencia de un delito de lesa humanidad, configurándose en la especie la causal de casación formal ya señalada, toda vez que el Ministro en Visita Extraordinaria fue designado para llevar a cabo la investigación de delitos atentatorios con los Derechos Humanos, lo cual no se verificaría en los hechos investigados, por lo que solicitan invalidar la sentencia por no haber sido pronunciada por tribunal competente.

El recurso de casación en el fondo, formulado por la misma parte, se funda, en primer lugar, en la causal prevista en el artículo 546, N° 1, en relación al artículo 546, N° 7 y, al 488, N°s 1 a 5, todos del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 15 del Código Penal y el 1698 del Código Civil, por cuanto, de acuerdo a lo sostenido por la recurrente, la sentencia impugnada habría



vulnerado las leyes reguladoras de la prueba, ya que en su concepto, no existirían elementos probatorios que pudiesen sustentar una condena con base a presunciones, y por ende, estimar que a Muñoz Espinoza le asistió participación a título de autor, en un delito de homicidio simple, desechándose por parte de los sentenciadores que habría existido un procedimiento policial rutinario, y que los funcionarios de Carabineros se vieron obligados a repeler el ataque armado que habría efectuado la propia víctima. Lo anterior lo explica, toda vez que el fallo no habría señalado cuáles serían las presunciones que llevaron a establecer los hechos asentados, ni tampoco señala ni expresa razón alguna para no aceptar la existencia de disparos por parte de la víctima, como lo ordena el artículo 502 inciso primero del Código de Procedimiento Penal. Asimismo, sostiene que la sentencia no se habría hecho cargo de los antecedentes que acreditasen fehacientemente dicho hecho, ni tampoco se habría hecho cargo de la trayectoria del proyectil que provocó la muerte la víctima, lo cual demostraría claramente la tesis de la existencia de un enfrentamiento provocado por este último.

Argumenta que, asimismo, se vulneró el Decreto Ley 2.191 de Amnistía, y el artículo 9° del Pacto de San José de Costa Rica y el Estatuto de Roma, al considerar como un delito de lesa humanidad una conducta realizada con anterioridad a que el Estado de Chile se hubiese hecho parte de dichas convenciones.

Como segundo capítulo en el desarrollo de la nulidad sustancial, se denuncia como errónea aplicación de la ley penal, en relación a las circunstancias eximentes y atenuantes alegadas, el artículo 546, N° 1 de Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 10 del Código punitivo, en sus numerales 4 y 10, por cuanto se opuso la legítima defensa, fundado en los hechos que describe, circunstancia que fue rechazada integralmente en la sentencia de



primer grado, confirmado por la sentencia impugnada, y tampoco se la consideró como eximente incompleta, de acuerdo al artículo 11, N° 1 del Código Penal, para ser utilizada como atenuante.

El tercer acápite, se cimienta en una errónea aplicación de la ley penal, en relación a la circunstancia minorante de responsabilidad penal irreprochable conducta anterior y su ponderación como muy calificada, motivo de nulidad sustancial contenido en el artículo 546, N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los artículos 11, N° 6, y 68 bis del código punitivo.

Finalmente, el cuarto capítulo del recurso de casación en el fondo se construye de acuerdo a la causal contenida en el artículo 546, N° 1 del Código de Procedimiento Penal, en relación al artículo 103 del Código Penal, en lo que guarda relación con la prescripción gradual.

Por lo anterior, solicita invalidar la sentencia de segundo grado impugnada, y se dicte sentencia de remplazo que absuelva a Guillermo Muñoz Espinoza, del cargo formulado en su contra, por los términos expuestos. En subsidio, solicita se invalide el fallo acogiendo las circunstancias eximentes de responsabilidad e igualmente se dicte absolución a su respecto. Asimismo, de forma subsidiaria, solicita se reconozca la atenuante señalada y se la tenga por muy calificada y, en subsidio, se acoja la prescripción gradual de la pena.

Segundo: Que para mayor claridad de lo que debe resolverse es conveniente recordar que el tribunal del fondo tuvo por acreditado, *“que el 3 de septiembre de 1975, alrededor de las 20:50 horas, en circunstancias que Marcos Montecinos San Martín caminaba por calle Edmundo Larenas —ubicada a un costado de la Universidad de Concepción—, desde la Biblioteca Central de esa casa de estudios, al llegar a la esquina con calle Victoria, fue interceptado por un vehículo en el que se movilizaban dos funcionarios del Centro de Inteligencia*



Regional, los cabos de Carabineros Guillermo Muñoz Espinoza y Ernesto Floridor Jara Rivas, quienes le ordenaron a la víctima detenerse, y al no cumplir tal orden, los dos funcionarios policiales le dispararon, infiriéndole 2 heridas, una de las cuales le comprometió el corazón, falleciendo mientras era trasladado a un centro médico, a causa de anemia aguda, hechos que configuran el delito de homicidio simple en la persona de Marcos Hernán Montecinos San Martín, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal”.

Tercero: Que, además, el tribunal al desestimar la declinatoria de incompetencia, dejó asentado, “*Que, se debe tener presente que en estos autos se encuentra acreditado que el acusado Guillermo Muñoz Espinoza, a la época de los hechos, era funcionario de Carabineros de Chile, que se encontraba asignado al Centro de Inteligencia Regional (CIRE), integrado por funcionarios del Ejército, de la Armada de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, según propia confesión (fojas 120 y 145), organismo éste que recopilaba información y realizaba operaciones sobre actividades subversivas y políticas en la Región del Bío Bío, entidad en la cual la víctima Marco Montecinos San Martín mantenía ficha con antecedentes políticos”.*

Asimismo, se estableció “*que el acusado se encontraba realizando el 3 de septiembre de 1975 en los alrededores de la Universidad de Concepción labores preventivas, en el cumplimiento de sus funciones en dicho organismo de inteligencia —tal como lo reconoce el acusado— permiten inferir que se está en presencia de un delito de lesa humanidad, pues el delito se comete, tal como se consiga en la resolución apelada, en el contexto de la ejecución de una política represiva concertada del gobierno de la época, que se manifiesta en detenciones arbitrarias, detenciones con desaparición, muertes producto de las mismas, contexto del cual se ha hecho reconocimiento oficial por parte del Estado de Chile*



en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, y que también se ha expuesto en sentencias de la Excma. Corte Suprema, como la dictada en autos rol 288-2012”.

Cuarto: Que en cuanto al recurso de casación formal, tanto la sentencia de primera instancia, en sus motivos 14° y 19°, reproducidos por la de alzada, como asimismo, los considerandos tercero a sexto del fallo impugnado, contienen los argumentos que llevaron a los juzgadores a concluir que se trata de un delito de lesa humanidad, razonamientos plenamente coincidentes con los que ha explicitado esta Corte Suprema en numerosas decisiones (Entre otras, SCS, N° 6.221-2010, de 11 de octubre de 2011; N° 1.686-2013, de 20 de marzo de 2014; N° 3.641-2014, de 30 de junio de 2014; N° 1.813-2014 de 2 de febrero de 2014; N° 4.549-2014, de 16 de octubre de 2014; y, N° 21.177-2014, de 10 de noviembre de 2014).

Si los tribunales establecieron como una verdad jurídica que el ilícito cometido es de lesa humanidad, basándose para ello en un cúmulo de antecedentes vinculados al hecho perpetrado, a sus circunstancias de comisión y al propósito y motivación de sus responsables, el recurrente, que controvierte dicha calificación, debería demostrar lo equivocado o falso de la base fáctica de tal conclusión, ya que el derecho se aplica a los hechos, obligación que no se satisface en su escrito, razón por la cual no se advierte el yerro relativo a la incompetencia del tribunal, por lo que la casación en la forma no podrá prosperar por cuanto no se advierte que la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal incompetente.

Quinto: Que, respecto de la casación sustancial, como se desprende de la lectura del recurso, en especial de su petitorio, éste contiene peticiones subsidiarias, ya que en primer término, se impetra la absolución del sentenciado



derivado del reproche a las presunciones que los sentenciadores establecieron para determinar su participación en los hechos investigados y, luego, para el evento que tal alegación sea desestimada, solicita se le reconozcan circunstancias eximentes y morigerantes de responsabilidad penal; posteriormente, de forma subsidiaria, solicita se le reconozca una minorante muy calificada y, finalmente, también de manera subsidiaria, pide se reconozca la prescripción gradual o media prescripción.

Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha declarado improcedente la invocación de una causal de casación en el carácter de subsidiaria, y para el evento de no ser aceptada otra, ya que los requisitos formales del recurso de casación en el fondo —de derecho estricto— no se concilian con la formulación condicional de motivos que pudieran servirle de base (ver Repertorio del Código de Procedimiento Penal, T. III, p. 187, trece fallos en este sentido).

Lo anterior, toda vez que el requisito de que las causales de casación deben ser ciertas y determinadas, no se satisface cuando se interponen como subsidiarias unas de otras, desde que en tales condiciones no sería el recurrente el que señalase determinadamente la ley infringida, sino que sería el Tribunal de Casación el que debería escoger entre ellas cuál es la que ha sido violada. (Repertorio, cit., p. 188).

Sexto: Que, sin perjuicio del defecto advertido, que conduce al rechazo del recurso, a mayor abundamiento conviene señalar que, en cuanto al artículo 488, numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del código adjetivo, que se dice infringido, basta con repetir lo que esta Corte tantas veces ha declarado, en cuanto a que sólo el numeral 1 de dicho precepto y el numeral 2, en la parte que exige multiplicidad de presunciones, son genuinas leyes reguladoras; en consecuencia, la forma



incorrecta en que se postula la infracción de tal precepto hace imposible avocarse a su examen.

Séptimo: Que, por lo anterior, los hechos establecidos en la sentencia de alzada quedan inamovibles y este carácter impide absolutamente revisar los supuestos errores de derecho cometidos por los sentenciadores en la parte sustantiva de su decisión, que se apoya, precisamente, en los supuestos fácticos que no ha podido ser alterados por el recurso.

Octavo: Que, en el mismo orden de ideas, en relación a la atenuante de irreprochable conducta anterior solicitada como muy calificada, no se advierte el error denunciado, pues no se encuentran asentados en la sentencia impugnada los supuestos que permitirían calificar la atenuante, única vía para prestar atención a la alegación que en este sentido se formula, pues como ya se anticipara, no puede existir una errada calificación de los hechos que constituyen la calificación pretendida si ellos no se han logrado comprobar, de manera que al resolver acerca de este extremo, los jueces no han podido incurrir en la contravención que se reclama.

Noveno: Que, finalmente, y sin perjuicio de lo señalado por el fallo, la jurisprudencia constante de esta Sala Penal ha utilizado dos argumentos para desestimar esta causal del recurso, en tanto se afinca en el artículo 103 del Código Penal.

Por una parte, la calificación de delito de lesa humanidad dada al hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de *ius cogens* provenientes de esa órbita del Derecho Penal



Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo.

Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, es lo cierto que las normas a las que se remite el artículo 103, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena aunque concurren varias atenuantes, por lo que los vicios denunciados carecen de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado (Entre otras, SCS Rol 35.788-2017, de 20 de marzo de 2018; 39.732-2017, de 14 de mayo de 2018; y, 36.731-2017, de 25 de septiembre de 2018). En tales condiciones el recurso debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prescrito en los artículos 541, 544, 546 del Código de Procedimiento Penal; 775 y 786 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la defensa de Guillermo Muñoz Espinoza, contra la sentencia de ocho de mayo de dos mil dieciocho, escrita a fojas 1.366, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción, la cual **no es nula**.

Se previene que el Ministro señor Cisternas, si bien estuvo por rechazar el recurso de casación en fondo, atendido lo expresado en el motivo quinto del presente fallo, en relación con las peticiones subsidiarias planteadas, que resultan óbice para acoger el arbitrio, no comparte los argumentos vertidos — a mayor abundamiento— respecto a la improcedencia de aplicar la prescripción gradual, por cuanto en su parecer ella es procedente, conforme a los siguientes razonamientos:



1°.- Que independientemente de los fundamentos que se hayan tenido a la vista para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, lo cierto es 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.

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 y devuélvase con sus tomos y agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Lagos, y de la prevención, su autor.

N° 12.707-2018.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., el Ministro Suplente Sr. Jorge Zepeda A., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el Ministro Suplente Sr. Zepeda, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido su período de suplencia.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

