

Sentencia de reemplazo.

Santiago, tres de julio de dos mil diecisiete.

En cumplimiento de lo ordenado por el fallo de casación que antecede y lo prescrito en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos Décimo, Undécimo, Duodécimo, Décimo Cuarto, y Vigésimo Primero, que se eliminan.

Se mantienen, asimismo, la sección expositiva de la sentencia invalidada de la Corte de Apelaciones de Santiago, contenidas en sus razonamientos primero y segundo, además, se dejan subsistentes sus fundamentos cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo

Y teniendo además en consideración:

1° Que el sentenciado Massouh ha negado su participación en los quebrantamientos que se le atribuyen, pues entiende que no se configura a su respecto la calidad de autor de los delitos de homicidio calificado investigados, de tal forma que habrá de ser analizado si, en la especie, se dan los requisitos necesarios para establecer la responsabilidad culpable del encartado en los hechos asentados en el proceso.

2° Que los presupuestos fácticos acreditados en autos y que se encuentran en el fundamento quinto del fallo que se revisa, constituyen los delitos de homicidio calificado de Wagner Herid Salinas Muñoz y Francisco Urcisinio Lara Ruíz, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código penal, descartándose así las pretensiones del acusador particular, contenida en su presentación de fojas 1.834, del Consejo de Defensa del Estado de fojas 1.844 y de la parte querellante, a fojas 1.855, en relación a los delitos de secuestro calificado.



3° Que los antecedentes incorporados a fojas 506, 507, 527 y 569 – reseñados en el razonamiento duodécimo de la sentencia de casación que antecede y que se dan por reproducidos- por reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, constituyen un conjunto de presunciones judiciales que permiten tener por acreditada la participación del acusado en calidad de autor, en los términos que dispone el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en los delitos de homicidio calificado de Wagner Herid Salinas Muñoz y Francisco Urcisinio Lara Ruíz.

4° Que corresponde ahora avocarse a las alegaciones efectuadas por la defensa del encartado al contestar la acusación; en primer término solicitó su absolución respecto de los delitos de homicidio calificado, señalando que se encuentra claramente establecido en estos antecedentes que quien ejecutó a los detenidos fue el Capitán Mena Sepúlveda en cumplimiento de una orden superior, según su propia confesión, sin que se haya demostrado que alguno de los disparos que debió efectuar el encartado impactara a alguna de las víctimas, conforme a los peritajes agregados en estos antecedentes.

Sin embargo, para descartar esta solicitud, debe tenerse en consideración lo que se ha reseñado en las consideraciones precedentes, esto es, que el acusado tomó parte en la ejecución del hecho, por lo que encontrándose acreditada su participación habrá de descartarse la petición de absolución pretendida por la defensa.

5° Que en subsidio solicitó se considerara que en el caso de autos concurren las circunstancias eximentes de los artículos 211, 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar, denominadas “obediencia debida” y “cumplimiento de órdenes recibidas por un superior jerárquico”, las que no pueden ser acogidas, pues respecto de los mandatos del superior jerárquico dentro de una institución militar -de Ejército de Chile en este caso-, aparece de los hechos del proceso que la conducta de los acusados obedece a la materialización de sus propios designios, sin perjuicio de la situación de impunidad que el contexto



imperante les proporcionaba, idea que se ha desarrollado en los apartados precedentes. Por ello esta defensa no puede ser atendida, pues dada la especial modalidad en que se cometió el delito, no hay antecedentes precisos de que éste haya sido el resultado del cumplimiento de una orden de carácter militar, presupuesto básico para alegar el cumplimiento del deber militar.

6° Que en otro apartado la defensa de Massouh pide que le sean reconocidas las eximentes de responsabilidad penal contenidas en el artículo 10 Nros. 9 y 10 del Código Penal, esto es, haber actuado violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable, o que obró en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Para determinar la suerte de la primera de las causales de exoneración invocadas, cabe señalar que en estos antecedentes no se han demostrado los supuestos fácticos que la constituye, ya que no se ha rendido prueba alguna tendiente a establecer que el encartado se encontraba en un estado alterado de conciencia que modificara su imputabilidad y permita tener por configurada la eximente invocada.

Ahora, en lo tocante a la segunda causal de justificación, para que esta pueda ser estimada concurrente es necesario que la orden otorgada por el superior haya sido legítima, sin embargo, en estos autos se encuentra plenamente demostrado que la actuación que culminó con la ejecución de los detenidos se realizó al margen de la legalidad, por lo que esta debe ser desestimada.

7° Que en cuanto a las alegaciones de prescripción y amnistía formuladas en favor del procesado, cabe recordar que los hechos demostrados se encuadran en aquellos denominados de lesa humanidad, los que ocurrieron en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo las víctimas un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión,



hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se le sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atinentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al gobierno autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se envuelven en un manto de impunidad fraguado con recursos propios del Estado.

8° Que son crímenes de lesa humanidad aquellos ilícitos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad del hombre, de suerte tal que para su configuración existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que contrarían de forma evidente y manifiesta el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades



proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes. (En este sentido SCS Roles Nros. 7803-2015, 20166-2015, 37.035-2015, 179-2016, 2962-2016, entre otras).

9° Que entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar circunstancias excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra - legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos de la presente causa así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que un miembro del Estado ha tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que se deben penalizar, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.

10° Que atento a lo razonado resulta inconcuso que las peticiones de absolución de la defensa del acusado fundadas en que operó la prescripción de la acción penal para perseguir los crímenes comprobados o por encontrarse amparados en la amnistía que concedió el D.L. N° 2191, carecen de asidero fáctico y jurídico, desde que la calificación conferida a los sucesos delictuosos hacen improcedente la concurrencia de la causales de extinción de responsabilidad penal reclamadas a favor del enjuiciado.

11° Que cabe referirse también a las atenuantes invocadas en la oportunidad procesal pertinente, esto es, las contenidas en el artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 1, 11 N° 5, 11 N° 6, 11 N° 9, todos del Código



Penal; asimismo pide que se le reconozcan las eximentes contenidas en los artículos 214 y 211 del Código de Justicia Militar; finalmente pide que se le reconozca la institución de la media prescripción.

En cuanto a las causales contenidas en el artículo 11 N° 1 en relación con el 10 N° 1 y 11 N° 5 del Código Punitivo, serán desestimadas puesto que no han sido demostradas por ninguno de los medios legales para ello, no bastando su sola invocación para estimarlas acreditadas.

En relación a las eximentes contenidas en los artículos 211 y 214 del Código de Justicia Militar, debe estarse a lo señalado en el considerando quinto precedente.

Se acogerá la atenuante consagrada en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal, toda vez que a fojas 784 rola el extracto de filiación del encausado, exento de anotaciones pretéritas, el que resulta suficiente para tener por acreditada la atenuante de irreprochable conducta anterior que favorece al acusado Carlos Enrique Massouh Mehech.

Asimismo de las declaraciones y careos prestados a fojas 523, 529, 565, 569 y 1713, corresponde reconocer que en este caso se verifica la modificatoria de responsabilidad contenida en el numeral 9 del artículo 11 del Código Punitivo, esto es, la eficaz colaboración prestada por el encartado, quién siempre ha reconocido haber estado en el sitio donde se llevaron a efecto las ejecuciones de las víctimas de autos.

Por último, esta Corte también ha fallado que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, y como ambos institutos 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 ambas situaciones se fundamentan en el mismo elemento



que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguna resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

12° Que, por su parte el Ministerio del Interior formuló acusación particular, indicando que en el caso de autos concurren las circunstancias agravantes de los números 8 y 11 del artículo 12 del Código Penal, ya que el encartado se desempeñaba como funcionario público y los hechos fueron realizados con el auxilio de gente armada.

Que no perjudican al acusado las agravantes indicadas, toda vez que la solicitante no demostró por los medios legales el aprovechamiento de la función pública para cometer los delitos investigados, ni que éste se haya valido de la ayuda de otras personas que le procuren impunidad, de tal forma que al no encontrarse acreditados los supuestos fácticos en que se sustentan deberán ser desechadas.

13° Que en atención a lo que se ha decidido, corresponde determinar el quantum del castigo que se impondrá al acusado, que es responsable de dos delitos de homicidio calificado, por lo que se estará a lo que previene el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por resultarle más beneficioso que la regla de acumulación material contemplada en el artículo 74 del Código Penal.

En consecuencia, siendo responsable en calidad de autor de dos delitos de homicidio calificado, la pena correspondiente a cada uno considerado en forma aislada es la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos.

14° Que, ahora bien, beneficiándole dos atenuantes, sin agravantes que considerar, se reducirá la pena en dos grados al mínimo señalado en la ley y, luego de ello, se incrementará en un grado, por la reiteración de conductas delictivas, quedando de este modo una pena única de presidio mayor en su grado mínimo.



Y visto, además, el parecer de la Fiscal Judicial expresado a fojas 2.870 y las reflexiones contenidas en el motivo duodécimo del fallo de casación que antecede, las que se dan por reiteradas:

1.- Se revoca la sentencia en alzada de veintisiete de noviembre de dos mil quince en cuanto por ella se absuelve a Carlos Enrique Massouh Mehech y en su lugar se decide que queda condenado a la pena única de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena correspondiente a la sanción por los delitos de homicidio calificado de Wagner Salinas Muñoz y Francisco Lara Ruíz, perpetrados el 05 de octubre de 1973.

2.- Atendida la extensión de la pena impuesta no se concede ninguna de las medidas contempladas en la Ley N° 18.216, por lo que deberá cumplir efectivamente el castigo corporal impuesto.

3.- Se confirma en lo demás apelado el referido fallo.

Se previene que el Ministro señor Künsemüller, sin perjuicio de concurrir a la presente sentencia, fue de opinión de considerar en beneficio del acusado Massouh la minorante del artículo 103 del Código Penal para efectos de la determinación del justo quantum de la pena y rebajarla, teniendo para ello en consideración lo siguiente:

1° Que cualesquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes, sin originar la impunidad del hecho delictivo. 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 atenuante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en motivos de política criminal, que conducen 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 por ello nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, que no cabe confundir con la impunidad del hecho delictivo.

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, sin perjuicio que el artículo 103 del Código Penal se remite a las reglas de los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo.

3° Que no 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, aún cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, prescripción que resulta inaceptable, no se divisa razón que obstaculice considerar esa circunstancia como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces y, como se trata de una norma de orden público, cuyos requisitos concurren íntegramente, el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado.

El previniente estuvo por imponer al sentenciado la pena de presidio menor en su grado máximo y otorgarle una pena sustitutiva, de conformidad a lo prescrito en la Ley N° 18.216.



Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cisternas, quien fue del parecer de confirmar el fallo en alzada, toda vez que del mérito de los antecedentes allegados al proceso, se desprende que el encartado Carlos Massouh Mehech, si bien se encontraba presente al momento en que el Capitán Mena Sepúlveda ejecutó a los detenidos, no se logró demostrar de manera indubitada el reproche penal atribuido a la conducta desplegada por el acusado.

En efecto, los únicos elementos de cargo con los que se cuenta son la declaración del propio sentenciado y lo señalado por dos testigos, probanzas que tienen como única virtud situarlo en el sitio del suceso, sin que ello sea suficiente para tener por acreditada su participación directa en la ejecución de las víctimas, por lo que tal como se concluye en la sentencia recurrida, dichos elementos resultan insuficientes para formar la convicción necesaria para condenar.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la prevención, su autor.

Rol N° 95096-16.





Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Abogada Integrante Leonor Etcheberry C. Santiago, tres de julio de dos mil diecisiete.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

