

Santiago, dieciocho de enero de dos mil siete.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por remisión del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación, la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos vigésimo tercero, vigésimo cuarto, vigésimo sexto y vigésimo octavo que se suprimen.

En las citas legales, se suprime las menciones a los artículos 52, 93 N° 6, 94 inciso 2°, 95, 96 y 102 del Código Penal.

Y se tiene, en su lugar, y además presente:

PRIMERO.- Que, como se analizó detalladamente en el fallo de casación que antecede, el que da por expresamente reproducido, ha quedado establecido que los hechos se perpetraron y consumaron durante la vigencia de las siguientes normas: a) Decreto Ley N°3 de once de septiembre de 1973; b) Decreto Ley N° 5 de fecha 12 de septiembre de 1973; ambos, interpretados a la luz del artículo 418 del Código de Justicia Militar, todo lo cual nos lleva a concluir que nuestro país se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna;

SEGUNDO.- Que, como se ha dicho precedentemente, por el Decreto Ley N° 3 aludido, la Junta de Gobierno declaró el denominado "Estado de Sitio" en todo el territorio de la República, considerando la situación de conmoción interna que se vivía en el territorio nacional y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado:

?Vistos:

a) La situación de conmoción interior que vive el país, y b) Lo dispuesto en el Art. 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado y en el Libro I, Título III del Código de Justicia Militar, la Junta de Gobierno de la República de Chile ha acordado dictar el siguiente Decreto ley:

Artículo único.- Declárese a partir de esta fecha, Estado de Sitio en todo el territorio de la República, asumiendo esta Junta la calidad de General en Jefe de las Fuerzas que operará en la emergencia.?

TERCERO.- Que, de acuerdo a ello, el artículo primero del Decreto Ley N° 5 de fecha 12 de septiembre de 1973, que ?el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse `estado o tiempo de guerra? para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación.?

CUARTO.- Que como consecuencia de que el país se encontraba en un estado de guerra, como se ha dicho, se hacen aplicables especialmente los Convenios de Ginebra, de 1.949, ratificados por Chile mediante Decreto Supremo N° 732 (Relaciones Exteriores) y publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1.951 y, por tanto, incorporados desde entonces a nuestro derecho interno; con lo cual se prohíbe la auto exoneración, por lo que dichos delitos son inadmisibles e imprescriptibles.

En efecto la propia Corte Interamericana en el ?Caso Barrios Altos?, expresa que: ?son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos?? (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, N° 75, pár. 41);

QUINTO.- Que, estos crímenes de guerra y los de lesa humanidad, se han elevado, por el derecho internacional al carácter de principio la imprescriptibilidad, como lo indica el artículo 1 de los Convenios de

Ginebra, declaración expresamente formulada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1.968 y en vigor desde 1.970, pero no ratificada por Chile; SEXTO.- Que, como se señaló en el fallo de casación que precede, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plantea la existencia de normas imperativas, reconocidas a nivel de

derecho positivo, por primera vez, en el Convenio de Viena de 1.969, sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y se encuentra vigente desde el 9 de mayo de 1.981, entendidos como aquéllas que la comunidad internacional en su conjunto reconocen como no susceptibles de acuerdo en contrario y que sólo son derogables por otra norma del mismo carácter (artículos 53 y 64).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del Derecho Consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia? (Informe Nº 62/02 de la citada Comisión, caso 12.285 Michael Domínguez vs. Estados Unidos?, párrafo 49).

Existe un amplio consenso doctrinario en orden a incluir en su ámbito las violaciones a gran escala de los derechos humanos o crímenes contra la humanidad?, categoría en la que cabe incluir el ilícito de autos, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

SEPTIMO.- Que en el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto

homicidios calificados;

OCTAVO.- Que todo lo anterior conducirá al rechazo de la excepción de prescripción de la pena y de amnistía, hecha valer por la defensa de los procesados Sergio Héctor Rivera Bozzo, Christian Edgardo Bórquez Bernucci, Rodolfo Ramón Mondión Romo, Julio Germán Vera Arriagada, Javier Luis Felipe Vera Jünemann y a Juan de Dios Caniulaf Hualme con arreglo a los artículos 93 N°3 y 6 y 94 del Código Penal, por pugnar su contenido con las normas y principios de derecho internacional, desarrollados en este fallo, que deben ser aplicados con preferencia;

NOVENO.- Que, se concuerda con la opinión fiscal sólo en cuanto considera que el hecho investigado es un delito de guerra, por lo que se discrepa respecto de su parecer respecto de que la participación de los encausados indicados precedentemente no estaría acreditada;

DECIMO.- Que la defensa de los encausados Rivera Bozzo, Mondión Romo, Vera Arriagada y Vera Jünemann, alegó que les favorecen las siguientes atenuantes del Código Penal: a) artículo 11 N°1; b) Artículo 11 N°3, c) artículo 11 N°5 y d) la contemplada en el N° 6 del artículo 11; esta última también alegada por la defensa de Caniulaf Hualme;

UNDECIMO.- Que respecto de las atenuantes de los números 1, 3 y 5 del artículo 11 del citado código, no se hará lugar a ellas en consideración a los hechos asentados en la consideración segunda de la sentencia de primer grado, por lo que sólo se hará lugar a la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Punitivo, pero sólo de los inculpados Bórquez Bernucci, Mondión Romo, Vera Arriagada y Vera Jünemann, consistente en su irreprochable conducta anterior, la que ha quedado acreditada con el sólo mérito de sus extractos de filiación y antecedentes exentos de anotaciones prontuariales como se lee a fojas 380, 381, 382, 383; situación que no ocurre con los inculpados Rivera Bozzo según el extracto de filiación de fojas 622, 623 y 624, y Caniulaf Hualme de acuerdo a lo consignado en el extracto de filiación de fojas 502 y 503;

DUODECIMO.- Que todos los acusados indicados anteriormente deben responder, por el delito de homicidio simple tipificado en el

artículo 391 N° 2° del Código Penal; el acusado Sergio Rivera Bozzo, en su calidad de autor, y los demás, en la calidad de encubridores del hecho punible de auto

s;

DECIMO TERCERO.- Que respecto de los inculpadados Rivera Bozzo y Caniulaf Hualme, no concurren atenuantes ni agravantes de responsabilidad, por lo que procede condenarlo con la pena asignada en el tipo penal antes indicado, recorriéndola en toda su extensión, según lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal.

DECIMO CUARTO.- Que, así las cosas, Sergio Rivera Bozzo, siendo autor del delito de homicidio investigado y como se ha dicho, no concurriendo ni atenuantes ni agravantes que modifiquen su responsabilidad criminal, podrá ser condenado al mínimo de la pena que señala el artículo 391 N°2 del Código Penal;

DECIMO QUINTO.- Que, respecto del encubridor Juan de Dios Caniulaf Hualme, quién no tiene ni atenuantes ni agravantes que le sean aplicables, deberá sufrir la pena que establece el N°2 del artículo 391 del Código Penal disminuida en dos grados desde el mínimo asignado por la ley como señala el artículo 52 inciso primero del mismo Código;

DECIMO SEXTO.- Que en lo referente a los procesados encubridores Christian Bórquez Bernucci, Rodolfo Mondión Romo, Julio Vera Arriagada y Javier Vera Jünemann, por concurrir en su favor la atenuante señalada en la reflexión undécima del presente fallo, y por no obrar agravante alguna en su contra, se les condenará con la pena indicada por el N°2 del artículo 391 del Código Penal, rebajada en dos grados desde el mínimo señalado por la ley y en su mínimo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 1° del Código Penal; Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo que disponen los artículos 1, 11 N°6, 14, 15, 17, 24, 28, 30, 50, 52, 68, 391 N°2 del Código Penal, 456 bis, 503, 504, 535, 547 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

I.- Se revoca la sentencia apelada de doce de noviembre de dos mil

tres, escrita a fojas 633 y siguientes, en cuanto declara prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de los inculpados y absuelve a los inculpados Sergio Héctor Rivera Bozzo, Christian Edgardo Bórquez Bernucci, Rodolfo Ramón Mondión Romo, Julio Germán Vera Arriagada, Javier Luis Felipe Vera Jünemann y a Juan de Dios Caniulaf Hualme, todos individualizados en la causa y, en cambio se los condena a sufrir, cada uno de ellos, las siguientes penas:

1.- A Sergio Héctor Rivera Bozzo, a sufrir la pena cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago proporcional de las costas de la causa, en calidad de autor del delito de homicidio contemplado en el artículo 391 N° 2 d el Código Penal en la persona de José Matías Ñanco.

Por no reunirse en la especie ninguno de los requisitos de la Ley N° 18.216, Rivera Bozzo deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo preventivamente privado de libertad en esta causa, esto es, desde el 12 al 20 de junio de 2003, como se lee de fojas 323 y certificación de fojas 417;

2.- A Juan de Dios Caniulaf Hualme, a sufrir la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago proporcional de las costas de la causa;

Por no reunirse en la especie ninguno de los requisitos de la Ley N° 18.216, Caniulaf Hualme, deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, desde que se presente o sea habido, sin que existan abonos que considerar a su favor;

3.- A Christian Edgardo Bórquez Bernucci, Rodolfo Ramón Mondión Romo, Julio Germán Vera Arraigada y Javier Luis Felipe Vera Jünemann, a sufrir cada uno la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago proporcional de las costas de la

causa.

Por reunirse a favor de los sentenciados Bórquez Bernucci, Mondión Romo, Ver

a Arriagada y Vera Jünemann los requisitos del artículo 4º de la Ley N° 18216, se les remite condicionalmente la pena impuesta, debiendo quedar sujetos al control de Gendarmería de Chile por 541 días, y cumplir con las demás obligaciones legales.

En caso que debieren cumplir efectivamente la pena impuesta, les servirá de abono el tiempo que estuvieron preventivamente privados de libertad en esta causa, esto es: a) para Bórquez Bernucci y Mondión Romo, desde el 12 al 20 de junio de 2003, como se lee a fojas 324 y 331, respectivamente, y certificado de fojas 417; b) para Vera Arriagada, desde el 11 al 19 de junio de 2003, según consta de fojas 325 y certificado de fojas 416; c) para Vera Jünemann, desde el 12 al 19 de junio de 2003, según se lee de fojas 329 y certificado de fojas 416.

Acordada la decisión con el voto en contra del Ministro Sr. Segura, quien estuvo por confirmar la sentencia absolutoria en virtud de sus fundamentos y de aquellos consignados en el voto de minoría de la sentencia de casación que precede.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro don Alberto Chaigneau del Campo y la disidencia su autor.

Rol N° 2666-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Carlos Künsemüller L.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.