

Santiago, trece de diciembre de dos mil seis.

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 su fundamento noveno, que se suprime, al igual que los párrafos que se leen a continuación de la mención que se hace al Código de Justicia Militar, en los considerandos décimo y undécimo del fallo, hasta el final de éstos.

Asimismo, se reproducen los fundamentos primero y segundo de la sentencia anulada.

En las citas legales, se suprime las menciones a los artículos 52, 93 N° 6, 94 inciso 1, 95, 96 y 102 del Código Penal y 533 del Código de Procedimiento Penal.

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

1°.- Que, como quedó establecido en la sentencia de casación, los hechos se perpetraron y consumaron durante la vigencia del DL. N° 5, de 12 de septiembre de 1.973, vale decir, cuando el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna.

2°.- Que una de las consecuencias de este estado de guerra interna, es hacer aplicable la normativa del Derecho Internacional Humanitario, contenido fundamentalmente en 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.

El artículo 3º, común a todos los convenios, prohíbe -en el evento de ?conflicto armado sin carácter internacional?, que es el que vivía Chile a la época de comisión de los delitos investigados en esta causa- ?en todo tiempo y lugar?, los atentados contra la vida y la integridad corporal ?especialmente el homicidio en todas sus formas?, considerado ?infracción grave? al tratado, en el artículo 147, quedando vedado a los contratantes autoexonerarse a sí mismos o a otras de las partes contratantes, a causa de tales infracciones.

3º.- Que la jurisprudencia de los tribunales con jurisdicción supranacional y en particular, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, asimila a tales medidas de autoexoneración el instituto de la prescripción, en cuanto por su intermedio pueda producirse la impunidad de crímenes como los descritos en el contexto relacionado en la reflexión precedente.

4º.- Que, por otra parte, el Derecho Internacional ha elevado al carácter de principio la imprescriptibilidad de ciertas categorías de crímenes nefandos, entre los cuales las ?infracciones graves?, enumeradas en el artículo I 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.

5º.- Que el referido instrumento internacional, si bien no incorporado formalmente en nuestro derecho interno, da cuenta de un principio universalmente aceptado, que la aludida Convención se limita a declarar comportándose como simple expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, lo que confiere a la regla sobre imprescriptibilidad así consagrada, eficacia internacional, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que la contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado, como lo han resuelto la doctrina y la jurisprudencia especializadas, en la forma que se enuncia en las ponderaciones duodécima y siguientes de la sentencia invalidatoria recaída en la presente casación.

6º.- Que, sin perjuicio de lo que antecede, 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, conceptualizadas 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). Esta Convención fue ratificada por Chile y se encuentra vigente desde el 9 de mayo de 1.981.

Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿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).

Pues bien, si bien no existe en el Derecho Internacional un tratado o declaración que enumere casuísticamente las normas de derecho imperativo, 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.

7º.- Que la prohibición de retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia, con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional, como sucede, verbigracia, con los crímenes internacionales declarados imprescriptibles en el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma). Es así como 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.

8º.- Que todo lo anterior conducirá al rechazo de la excepción de prescripción de la pena, hecha valer por la defensa de los procesados Flores y Rodríguez, con arreglo a los artículos 93 N° 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.

9º.- Que, tampoco se acogerá la solicitud de la defensa de calificar los hechos que se han dado por acreditados como constitutivos de homicidio simple, en atención a lo expuesto y razonado en los fundamentos 1° a 3° del fallo apelado y que esta Corte ha hecho suyos.

10º.- Que favorece a los acusados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, la que se encuentra acreditada con el solo mérito de sus extractos de filiación y antecedentes exentos de anotaciones prontuariales, según consta de fojas 265 y 267.

No se prestará acogida a las restantes atenuantes invocadas por la defensa contenida en los numerales 5° y 10° del artículo 11 del Código Penal y 211 del Código de Justicia Militar, por no encontrarse acreditado en autos sus fundamentos.

11º.- Que, sin embargo, aun cuando no haya sido alegada por la defensa, resulta procedente reconocer a los sentenciados la minorante de responsabilidad contemplada en el numeral noveno del artículo 11 del Código Penal, en su actual redacción, introducida por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2.002, habida consideración del expreso reconocimiento de los acusados acerca de la perpetración del hecho punible y las circunstancias que rodearon su comisión y participación en aquél, antecedentes que importan una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

12º.- Que respecto del acusado Hernán Salas Alarcón, atendido lo razonado en las motivaciones primera a tercera de la sentencia de alzada, incorporadas a ésta en virtud de lo prevenido en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, resulta inoficioso hacerse cargo de las alegaciones formuladas por su defensa en el escrito de contestación, que corre a partir de fojas 531.

13º.- Que los dos acusados deben responder por sendos delitos de homicidio calificado, cometidos en concurso real y sancionados en el artículo 391, Nº 1º del Código Penal con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, siéndoles aplicables a ambos la prescripción de acumulación material de penas de que da cuenta el inciso 1º del artículo 474 del mismo cuerpo legal.

Empero, por resultarles más beneficiosa, se aplicará a los condenados la regla del inciso 1º del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por tratarse de supuestos de reiteración de crímenes de la misma especie, lo que autoriza imponer la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentadas en uno, dos o tres grados.

Por concurrir en la especie dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, procede tener en cuenta en primer lugar, las normas de los artículos 62 y 68 del Código Punitivo, en lo pertinente y, en tal virtud, imponer la pena inferior en tres grados al mínimo de los señalados por la ley, atendido el número y entidad de dichas circunstancias, como para, a partir de esa apreciación y, considerando los hechos como un solo delito, aumentar la pena en un grado. En mérito de este mecanismo, la pena de presidio mayor en su grado medio queda transformada, por las minorantes que concurren en presidio menor en su grado medio, que, con el aumento en un grado previsto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, conduce a la penalidad que en definitiva se asignará a ambos acusados, esto es, cinco años de presidio menor en su grado máximo.

Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo que disponen los artículos 29 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 siete de agosto de dos mil tres, escrita a fojas 571 y siguientes, en cuanto declara prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de Hernán Salas Alarcón, individualizado en la causa, y se decide, en cambio, que se lo absuelve de la acusación formulada en su contra como encubridor de los homicidios de Hugo Rivol Vásquez Martínez y de Mario Edmundo Superby Jeldres, perpetrado en la noche del 23 de septiembre de 1.973, en el interior del Fundo Molco, de la localidad de Choshuenco, comuna de Panguipulli.

II.- Se revoca, asimismo, la referida sentencia, en cuanto absuelve a los acusados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo, individualizados en autos, y en su lugar se resuelve que se condena a cada uno de ellos a sufrir la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, 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 de las costas de la causa, en calidad de autores de los delitos de homicidio calificado de Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, perpetrado en la noche del 23 de septiembre de 1.973, en el interior del Fundo Molco, de la localidad de Choshuenco, comuna de Panguipulli.

III.- Que, atendido lo consignado en los informes de fojas 559 y 562, la conducta anterior y posterior a los hechos investigados por parte de los sentenciados, y por reunirse en la especie los presupuestos del artículo 17 de la Ley N° 18.216, se concede a los condenados el beneficio de la libertad vigilada, debiendo permanecer sujetos al tratamiento y observación del delegado de Gendarmería, por el mismo tiempo de las condenas.

En el evento de revocarse el beneficio concedido, deberán cumplir efectivamente la pena impuesta, para lo cual les servirá de abono el tiempo

que permanecieron efectivamente privados de libertad con ocasión de esta causa, esto es, entre el 4 y el 14 de febrero de 2.002, según

consta de los partes policiales de fojas 179 y 181 y certificados de fojas 230 vuelta.

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

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. y de la disidencia, su autor.

Rol N° 559-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Julio Torres A. y los abogados integrantes Sres. Oscar Herrera V. y Domingo Hernández E. No firman el Ministro Suplente Sr. Torres y el abogado integrante Sr. Herrera, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido el período de su suplencia en esta Corte y por estar ausente, respectivamente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

