

Valdivia, siete de enero de dos mil cuatro.

VISTOS:

Se tienen por reproducidos lo expositivo y las consideraciones del fallo en alzada; salvo: A) se prescinde del motivo 9º y de la segunda parte del motivo 11º.

En cambio y además se tienen presentes:

PRIMERO: Salas, ajeno a los hechos mismos que produjeron las muertes de Vásquez y de Superby, como el practicante de Carabineros, que era, y precisamente por sus funciones de tal, recibió al herido Superby; obviamente, su misión y responsabilidad eran las de su profesión: cuidar la salud y procurar la sobrevivencia de quien le fue entregado vitalmente lesionado. No hay ningún antecedente que permita imputarle al profesional de la salud otros pensamientos, intenciones o preocupaciones. Es efectivo, que el superior Flores le hizo la advertencia de mantenerlo vivo para interrogarlo; esta postergación de la vida humana, sólo se puede atribuir a quien hizo la advertencia; es el mismo que fue capaz premeditar y preparar los homicidios.

SEGUNDO: En consecuencia, no cabe calificar de encubrimiento la conducta de Salas; el debió cuidar la vida del herido y a ello se atuvo en razón de la vida misma y de su deber profesional. No hubo en él otra consideración conocida que la de prevenir los efectos apremiantes y fatales del crimen.

TERCERO: Lo informado por la segunda Fiscalía Judicial en su dictamen de fs. 630 que este Tribunal comparte, salvo en lo que exponen los motivos precedentes.

Y lo que disponen los artículos 514 y 527 del Código de

Procedimiento Penal,

SE RESUELVE:

SE REVOCA la sentencia apelada del siete de agosto de dos mil tres escrita de fs. 571 a 613 en cuanto declara prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad penal de Hernán Salas Alarcón y se declara en cambio que se lo absuelve de la acusación de ser encubridor de los homicidios de Hugo Rívol Vásquez Martínez y de Mario Edmundo Superby Jeldres cometidos en Molco de Choshuenco el 23 de diciembre de 1973.

SE CONFIRMA en lo demás la expresada sentencia, sin costas del recurso por haber tenido los querellantes motivo plausible para alzarse.

ACORDADA la confirmación con el voto en contra del Ministro don Hernán Rodríguez Iturriaga quien estuvo por revocar la sentencia en cuanto absuelve a Paulino Flores Rivas y a Rufino Rodríguez Carrillo por haber declarado prescrita la acción penal para perseguir su responsabilidad de autores del homicidio de los nombrados Vásquez y Superby.

En cambio, estuvo por no acoger la prescripción y condenarlos, a cada uno, a dos penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio más las accesorias del artículo 28 del Código Penal como coautores del homicidio de aquellas dos personas calificado por la premeditación con que procedieron y por haber sido ejecutado en tiempo de guerra no internacional o de conflicto interno armado y con infracción de los Convenios de Ginebra.

Tiene para ello los siguientes fundamentos:

PRIMERO: Lo expositivo y las consideraciones primera a séptima del fallo en alzada en lo relativo a que los hechos del proceso configuran los crímenes investigados con la circunstancia de la premeditación conocida, la participación en ellos de Flores y Rodríguez como coautores y la calificación de los hechos y participación de los nombrados, según la legislación penal de Chile.

SEGUNDO: Pero, además, considera que esos homicidios fueron cometidos en tiempo de guerra no internacional o de conflicto interno

armado en la persona de los occisos que eran partícipes del conflicto estando fuera de combate y que, por tanto, fueron ejecutados sin juicio previo.

TERCERO: Las circunstancias antedichas constituyen infracción grave a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre (1) Trato de prisioneros en tiempo de guerra, publicado en el D. O. de 18 de abril de 1951 y (2) Trato de personas civiles en tiempo de guerra, D. O. 19 y 20 de abril de 1951. El artículo 3º, que es igual en ambos convenios prohíbe, EN CUALQUIER TIEMPO Y LUGAR , el atentado a la vida, el homicidio EN TODAS SUS FORMAS y las ejecuciones sin previo juicio. El artículo 1 30 del Convenio (1) califica de infracción grave el homicidio intencional.

CUARTO: En consecuencia, esos homicidios son crímenes de guerra y de lesa humanidad; sus autores deben ser castigados según el derecho consuetudinario internacional (las normas reconocidas por la comunidad internacional de Estados ¿jus cogens?) y según las normas convencionales del Derecho Internacional y, según ellos, tales crímenes son inamnistiables e imprescriptibles.

Estado de guerra y conflicto armado.

QUINTO: A) D.L. Nº 1, 23-9-73, (92 días antes de los homicidios) la FUERZA PÚBLICA (Ejército, Armada, Aviación y Carabineros)...organización que el Estado se ha dado para el resguardo y defensa de su integridad física y moral y de su identidad histórico ? cultural ...de consiguiente su misión suprema es la de asegurar por sobre toda otra consideración la supervivencia de dichas realidades y valores, que son los superiores y permanentes de la nacionalidad chilena...Chile se encuentra en un proceso de destrucción sistemática e integral de estos elementos constitutivos de su ser, por efecto de la intromisión de una ideología dogmática y excluyente, inspirada en los principios foráneos del marxismo leninismo... HAN ACORDADO, en cumplimiento del impostergable deber que tal misión impone a los organismos defensores del Estado, dictar el siguiente DECRETO-LEY: Con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación con el patriótico

compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, conscientes de que esta es la única forma.....de permitir que la evolución y el progreso del país se encausen vigorosamente por los caminos que la dinámica de los tiempos actuales exigen a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte. B) D.L. Nº 3 (del mismo día) Declara en estado de sitio todo el país y la Junta de Gobierno asume la calidad de General en Jefe de las Fuerzas que operará en la emergencia. C) D.L. Nº 4 (18-9-73) Declara el país en estado de emergencia y designa Jefes de provincias y departamentos a Oficiales de las Fuerzas Armadas; en Valdivia designa al General Héctor Bravo Muñoz. Ch) D. L Nº 5 (22-9-73) Declara que el estado de sitio decretado por "conmoción interna" debe entenderse "ESTADO O TIEMPO DE GUERRA". Esto lo motivan: la conmoción interna, la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general. D) La resistencia armada se produce a lo largo del país; en los sectores de Neltume y Choshuenco, operan, como en otros lugares, militantes del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR), caen abatidos su Comandante Pepe y otros; algunos se organizan y refugian en las cordilleras del sector. E) Funcionan tribunales de guerra (oficios de fs. 446 del IV Juzgado Militar de Valdivia y de fs. 491 del Estado Mayor del Ejército). F) En Choshuenco, hubo personal militar y de Carabineros, dotados de armamento de guerra de gran poder y disposición de beligerancia; lo afirman: el informe de Investigaciones de fs. 51 a 63; el informe balístico de fs. 162 a 164; declaración de fs. 39 del testigo Méndez quien refiere la presencia de uniformados "boinas negras" cuando embarcaron los cadáveres; el acusado Paulino Flores en su declaración de fs. 107 reconoce la presencia de un militar en la zona "parece que era de la inteligencia del ejército porque andaba de civil"; éste militar estuvo en el operativo junto a Flores; el acusado Rodríguez, en su declaración de fs. 108 vta. y 109, reconoce como presentes en la zona personal de "inteligencia" que propalaba

informaciones sobre ¿la pascua roja? mediante ataque de los guerrilleros a los cuarteles y reconoce la presencia y actuación del mencionado funcionario del ejército

ito. G) La Cancillería chilena en informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA sostiene que no procede el recurso de habeas corpus como consecuencia de hallarse el país en estado de sitio, el que en conformidad al D.L. N° 5, equivale a estado o tiempo de guerra.

Condición de los occisos.

SEXTO: Ambos eran militantes del MIR. Condición reconocida por los propios querellantes a fs. 9 y 251; por el informe de Investigaciones de fs. 51 y varios otros antecedentes. Estaban, con otros militantes, ocultos en las cordilleras del lugar y formaban un grupo de resistencia. No hay, en el proceso, antecedentes de combates actuales de ese grupo pero sí, convicciones de eventuales. Carecían de alimentos y ropas y periódicamente bajaban dos a la casa de Teodora Riffo quien los atendía por sus necesidades; lo hacían de noche, ocultos. Ella informaba de estos antecedentes al Sargento Paulino Flores lo que permitió a éste conocer con exactitud sus desplazamientos y urdir el plan para atacarlos que se ejecutó la noche del 23 de diciembre de 1973.

SÉPTIMO: Esa noche bajaron Vásquez y Superby. Los antecedentes no son coincidentes en si venían armados o no; pero, en todo caso, no hay descripción inspectiva de algún arma que hubieran traído; si se concluyera que portaran alguna, ésta, según testimonios coincidentes, no habría sido sino que un rifle zorzalero, viejo, de bajo calibre, en malas condiciones (fs. 35 Ismael Arias, testigo presencial y el citado informe de Investigación). Pero, la verdadera circunstancia que hace presumir que no hubo tal arma, es que, materialmente, no aparece en la escena; si hubiera aparecido y, si por ella, se desencadenaron las ráfagas en contra de sus portadores, habría sido guardada y presentada como evidencia por doquier y desde el primer instante (los acusados (fs. 108 y 109 no dan cuenta de ninguna arma).

OCTAVO: Eran partícipes del conflicto interno como combatientes,

fuera de combate por estar dentro de la casa, dispuestos a comer sentados junto a la mesa y, si hubieran tenido aquella arma, era insignificante frente a la potencia de fuego represiva: 4 fusiles SIG, 80 cartuchos de guerra, con modo de ráfaga y al número personas que los rodeaban, dos, escondidos y sobreseguros en la misma habitación y dos afuera. Su condición era de prisioneros.

Violación de los convenios de Ginebra.

NOVENO: Lo demás es sabido por el mérito del proceso: allí, conforme a lo urdido, fueron acribillados y muertos con ráfagas de las poderosas armas, que usarlas, era del todo irracional e innecesario (Informe balístico de fs. 121). Fueron dos homicidios; dos ejecuciones sin juicio; prohibidos bajo toda circunstancia por el artículo 3º común de los referidos convenios. El artículo 130 del Convenio (1) califica de infracción grave el homicidio intencional.

DÉCIMO: La Junta de Gobierno, desde D. L. N° 1, acta de su instalación, en sus resoluciones y en los informes de autoridades que acogió y que llegaron a plasmarse en la nueva Constitución, proclamó la dignidad de la persona humana, reconoció sus derechos esenciales (el de la vida) como anteriores a toda norma y autoridad, aseguró someterse a los principios del Derecho Internacional y a los tratados vigentes.

Delitos inamnistiables.

UNDÉCIMO: El artículo 131 del Convenio (1) de 18 de abril y el artículo 148 del Convenio (2) de 19 y 20 de abril disponen que ¿Ninguna parte contratante podrá exonerarse a sí misma, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante respecto de las infracciones previstas en el artículo anterior? (son las infracciones graves). El D. L. 2.191 de 1978 de amnistía de los delitos cometidos entre el 11 de setiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, con las excepciones del artículo 2º. Este D.L. es una auto exoneración; su ilegitimidad e infracción del Derecho Internacional y del Nacional ha sido expuesta por la doctrina, jurisprudencia internacional y nacional. Es importante citar: El Informe en

derecho sobre la incompatibilidad del D. L 2.191 con el derecho Internacional, de Amnistía Internacional y de la Comisión Internacional de Juristas.

Imprescriptibilidad.

DUODÉCIMO: El artículo 1º de ambos convenios (1) y (2) dispone que Las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar el presente Convenio en toda circunstancia. Quedan excluidas como excusas, por tanto, la circunstancia de tiempo y la legislación interna, elementos esenciales de la prescripción de la acción penal y de la pena.

Para la regulación de las penas.

DUODÉCIMO: Concorre a favor de los sentenciados la atenuante, del Nº 6 del artículo 11, de su irreprochable conducta anterior que se acredita con el extracto de filiación de ellos, corren a fs. 112 y 113, sin anotaciones y su respectivo informe presentencial de fs. 559 y 562.

DÉCIMO TERCERO: No concurren las atenuantes de los números 5 y 10 del citado artículo 11 porque no hay antecedentes que las acrediten y porque la premeditación de la conducta empleada demuestra lo contrario. Tampoco concurre la del artículo 211 del Código Justicia Militar cuyas condiciones no han sido acreditadas.

Y lo que disponen, además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, artículos 1º, 5º y 19º Nº 1º de la Constitución Política de Chile.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro don Hernán Rodríguez Iturriaga.

Rol 119.470 - 03