

Santiago, ocho de junio de dos mil dieciséis.

Vistos

En estos antecedentes Rol N° 226-2010, instruidos ante el Ministro en Visita Extraordinaria, señor Mario Carroza Espinosa, la sentencia de primera instancia de fecha seis de enero de dos mil quince, condenó a Pedro Enrique Silva Jiménez y a Pedro José Rivera Peña como autores de los delitos de **homicidio calificado cometido en las personas de Luís Ricardo Herrera González y Mario Parra Guzmán**, a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, mas las accesorias legales; a Jaime Oscar García Zamorano, como autor de los delitos de homicidio calificado cometido en las personas de Luís Ricardo Herrera González y Mario Parra Guzmán, a la pena de siete años de presidio mayor en su grado medio, mas las accesorias legales y a Jorge Muñoz Pontony, como autor de los delitos de homicidio calificado cometido en las personas de Luís Ricardo Herrera González y Mario Parra Guzmán a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las accesorias legales.

Contra la sentencia definitiva, dedujeron recursos de apelación Jaime Oscar García Zamorano (verbal a fojas 1500); don Luís Hernán Núñez Muñoz, en representación de Pedro José Rivera Piña y Pedro Enrique Silva Jiménez (a fojas 1505 y 1506 respectivamente); don David Osorio Barrios, en representación de la parte querellante A.F.E.P.(fojas 1512); doña Francisca Onel Fernández, por el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (fojas 1522) y dedujo recurso de casación en la forma y de apelación en subsidio, don Fernando Ramón Martínez González, en representación de Jorge Muñoz Pontony (a fojas 1536).

Y TENIENDO EN SU LUGAR Y ADEMÁS PRESENTE:

Se reproduce la sentencia de fecha seis de enero de dos mil quince con las siguientes modificaciones:

- a) se eliminan los motivos Trigésimo, Trigésimo Primero y Trigésimo Segundo;
- b) se elimina en el motivo Trigésimo Cuarto la frase que se inicia con la expresión “perjudica” hasta la conjunción “y”; asimismo en el mismo considerando en la línea se reemplaza la como “,” por un punto seguido.” Y se elimina en la misma línea la frase “por lo que ambas se compensan racionalmente.

D) EN CUANTO AL RECURSO DE CASACION EN LA FORMA DEDUCIDO A FOJAS 1536, POR MUÑOZ PONTROY.

Primero: Que el recurso de casación en la forma se sustenta en las causales de los numerales 2 y 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, el que interpone conjuntamente con el recurso de apelación.

Funda, el recurrente, el primer vicio “en no haber accedido el tribunal a certificar que determinados antecedentes de la acusación no mencionaban a Muñoz Pontony como autor de los hechos que se le imputan” y omitir, el tribunal de primera instancia, el requerimiento que hiciera el encausado consistente en requerir al organismo militar correspondiente la remisión al tribunal de primera instancia de dos documentos, a saber: 1.- oficio al Ejército de Chile a fin de que este organismo remitiera copia autorizada los artículos 93 y 94 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de las UU. De Tropas, vigente en el mes de septiembre de 1973 y 2.- solicitud de información respecto a las características del fusil SIG. en uso al momento de los ilícitos que se investigan.

Se desprende, entonces, que el recurrente sostiene que no se le permitió rendir pruebas o evacuar diligencias probatorias importantes para la resolución del negocio. Sin

embargo, siendo aplicables a la casación formal en materia penal las mismas reglas que rigen para tal recurso en materia civil (Art.535 del Código Procesal Penal), y tratándose en la especie de vicios o defectos acaecidos durante el procedimiento y no en la dictación misma de la sentencia, debió cumplirse por el recurrente con la exigencia de preparar el recurso reclamando del vicio oportunamente y en todos sus grados ejerciendo los recursos correspondientes, como consagra el Art. 769 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo: El segundo vicio o defecto de que adolecería la sentencia de primera instancia, según el recurrente, estaría contenido en la causal 9ª del artículo 541 en relación con el artículo 500 N° 3 y 4. De este modo, sostiene, el sentenciador no dio cumplimiento a realizar una exposición breve y sintetizada de los hechos y de las acusaciones formuladas contra los procesados, de las defensas, sus fundamentos y los descargos formulados para negar su participación.

A diferencia de lo que postula el recurrente el sentenciador tuvo por acreditado los hechos en el considerando Séptimo de la sentencia de primer grado en virtud de la valoración de los elementos de mérito indicados en el considerando Sexto. De igual manera, hay que considerar la valoración que hace el sentenciador de los descargos efectuados por el encausado en sus declaraciones indagatorias, restándole mérito a éstas por las razones señaladas en el considerando Décimo Sexto de la resolución recurrida. Lo mismo acontece en el considerando Décimo Octavo respecto a la valoración de las defensas alegadas en la contestación a la acusación fiscal y adhesión particular.

Así las cosas, la sentencia de primer grado contiene efectivamente las consideraciones en virtud de las cuales se han tenido por acreditados los hechos imputados a los encausados.

Tercero: Que, según lo que se ha venido razonando y reproduciendo, en criterio de estos sentenciadores no solo se ha interpuesto en forma defectuosa la acción de nulidad sino además no se advierte el supuesto vicio de casación de que adolecería la sentencia de primera instancia al no haber efectuado, según el parecer infundado del recurrente las consideraciones en virtud de las cuales se dan o no por probados los hechos y los descargos del acusado.

II) EN RELACIÓN A LA APELACIÓN DEDUCIDA CONJUNTAMENTE POR MUÑOZ PONTONY, EN EL OTROSI DE FOJAS 1536.

Cuarto: Que el encausado reitera su inocencia en los mismo términos que lo hiciera en su presentación al adherirse al escrito de acusación fiscal.

Quinto: Que la participación de Muñoz Pontony no solo está acreditada por las declaraciones extrajudiciales y judiciales de diversos testigos, en especial por la de Pedro Silva Jiménez, y Rivera Piña , quienes lo sindicaron directamente como la persona que dio la orden de matar, como señala el sentenciador en el motivo Décimo Sexto, sino además por la declaración judicial de Sergio Carlos Arredondo, Coronel (r) (fojas 181) quien señala que si bien él a la fecha de los hechos ya no era el Director de la Academia de Guerra agrega: “el personal de planta siguió allí”, como lo acredita la prueba instrumental, que ratifica los dichos del fallecido Coronel (r), consistente en el Oficio remitido por el Jefe del Estado Mayor del Ejército al Tribunal, incorporado a fojas 327, donde se lee la dotación durante el mes de septiembre de 1973 de la Academia de Guerra del Ejército de Chile, que sindicó al encausado Muñoz como profesor de dicha institución, sin que tal hecho haya podido ser desmentido por el condenado en parte alguna del proceso, unida a la confesión calificada de García que puede dividirse, esto es García sí reconoce haber sido integrante de la patrulla que dio muerte a las víctimas , señala que sí recibió una orden de Muñoz, sin

agregar de qué tipo, por lo que puede inferirse que la orden era la de matar a las víctimas, como queda acreditado en la autopsia que revela que las víctimas fueron acribillados de frente y no por la espalda como sostiene García, reuniendo varias presunciones la exigencia del artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, es decir que son consecuencia de hechos conocidos o manifestados en el proceso: declaración de Rivera, Silva, García y Arredondo y prueba instrumental que sindicada a Muñoz como profesor de la Academia de Guerra al momento de los hechos, permiten junto a los demás antecedentes tener por acreditada la participación de Muñoz Pontony en el homicidio de las dos víctimas.

Sexto: Que respecto de la procedencia de la amnistía y prescripción es preciso tener presente, además de las razones tenidas en cuenta por el juez a quo para desechar la alegación de amnistía respecto de los delitos de homicidio calificado perpetrados en contra de dos personas que tenían en común la calidad de ser opositores al régimen militar de facto instalado en Chile en 1973, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, que se consignan en el fallo en revisión, que estos ilícitos constituyen ejecuciones llevadas a cabo en forma extrajudicial, al margen de la juridicidad, y por ende, se trata de crímenes internacionales inamnistiables e imprescriptibles. A lo anterior se agrega que los Convenios de Ginebra, citados en el fallo de primer grado, imponen como un deber del Estado la persecución de los crímenes de guerra. Para la afirmación anterior se tiene especialmente en cuenta, que como ha declarado la Excma. Corte Suprema los Convenios de Ginebra resultan aplicables a la situación existente en Chile a la época en que también tuvieron lugar los hechos de esta causa, caso de conflicto armado sin carácter internacional (Artículo 3º común a los 4 Convenios), que prohíben los tratos inhumanos, considerándose como infracción grave a los Convenios desde el homicidio intencional hasta la detención ilegítima (Artículo 147 del Convenio IV sobre Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, y Art. 130 del Convenio III). Ello, en razón de que a la declaración de Estado de Sitio por la causal de Conmoción Interior del Decreto Ley Nº 3, de 18 de septiembre de 1973, el Decreto Ley Nº 5, de 22 de septiembre de 1973, agregó interpretando el artículo 418 del CJM que por Estado de Sitio decretado por Conmoción Interior debía entenderse "Estado o Tiempo de Guerra" para efectos de penalidad pero asimismo para todos los demás efectos de la legislación compuesta por el Código de Justicia Militar y las demás leyes penales. Después, el Decreto Ley Nº 641, de 11 de septiembre de 1974, reemplazó la declaración de "guerra interna" por el Estado de Sitio en grado de Defensa Interna y de acuerdo a la sistematización del Decreto Ley Nº 640, de 10 de septiembre de 1974, esta declaración procede cuando la conmoción interna sea provocada por "fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad". De esta forma, es aplicable la norma del artículo 148 del Convenio IV en cuanto "Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma ni exonerar a Otra Parte contratante de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma, u Otra Parte contratante, respecto de las infracciones previstas en el artículo anterior" (Véase fallo Corte Suprema, Rol Nº 2666-04, entre otros).

Séptimo: Que por otra parte se debe tener presente que la Asamblea General de Naciones Unidas, por Resolución Nº 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el año 1970, aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad. Si bien la citada Convención no ha sido ratificada por el Estado de Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de *ius cogens*, o principios generales del Derecho Penal Internacional, cuya obligatoriedad en derecho interno se encuentra mandada por la Constitución Política de la República (artículo

5º inciso segundo), de modo tal que el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, así como el aseguramiento objetivo y expreso de los derechos humanos resulta indiscutible e imperativo para los tribunales nacionales, pues establecer que el paso del tiempo pueda dejar impune un delito de lesa humanidad o permita a un Estado aplicarse una autoamnistía contraría la certeza y la seguridad jurídica, bases fundamentales de un Estado de Derecho.

III) EN CUANTO A LA APELACION DE RIVERA PIÑA A FOJAS 1505 y A FOJAS 1506 RESPECTIVAMENTE.

Octavo: Que estos sentenciadores comparten las razones que entregó el Tribunal de primera instancia contenidas en el motivo Vigésimo Cuarto de la sentencia que se revisa en esta sede, en orden a no acoger la eximente contemplada en el artículo 214 del Código de Justicia Militar, motivo por el cual se rechazarán sus alegaciones, reproduciendo para ello sus mismos fundamentos.

IV) EN CUANTO A LAS APELACIONES DEDUCIDAS POR QUERELLANTE, A.F.E.P. (a fojas 1512) Y POR EL PROGRAMA CONTINUACION LEY Nº 19.123, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA (a fojas 1522)

Noveno: Que, las denuncias referidas a la aplicación de la atenuante especial contenida en el artículo 103 del Código Penal, será acogida, teniendo para ello en cuenta que, por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como los de la especie.

Décimo: Que será rechazada la agravante del artículo 12 Nº 8 del Código Penal pues los encausados pudieron cometer tales crímenes contra la humanidad por ostentar precisamente el carácter de agentes del Estado, esto es funcionarios públicos, circunstancia que queda subsumido en el delito de homicidio calificado cometido por militares durante la dictadura de Pinochet.

Undécimo: Que tratándose en la especie de reiteración de delitos de una misma especie, le corresponde a cada uno de los acusados en la forma expresada en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, por resultarles más beneficioso, elevándose la pena en un grado a partir del mínimo legal luego de aplicar las atenuantes que concurran, y tratándose de un delito por el que vienen condenados los acusados de uno sancionado con una pena compuesta, a las que se refiere el artículo 68, la regla de determinación de la pena allí establecida obliga únicamente a excluir el grado máximo de la pena prevista -en este caso, presidio perpetuo-, facultando al tribunal para recorrer el resto de la pena.

Así las cosas, y favoreciendo a los encausados Silva Jiménez, Rivera Piña y García Zamorano dos atenuantes (Arts. 11 Nº 6 del Código Penal, y 211 del Código de Justicia Militar), sin que les perjudique agravante alguna, el tribunal está facultado para rebajar la pena asignada al delito en uno, dos o tres grados, conforme al Art. 68 del Código Penal. Luego, siendo la pena asignada al delito de homicidio calificado la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, se rebajará en dos grados a dichos encartados, esto es, a la de presidio menor en su grado máximo, y aumentándola en un grado por la reiteración, por

lo que en definitiva quedará en presidio mayor en su grado mínimo, tal como fueron condenados en primera instancia.

En cuanto a Muñoz Pontony, favoreciéndole una sola atenuante y sin perjudicarle ninguna agravante, la pena mínima de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio se aumentará, por la reiteración, a quince años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Duodécimo: Que en la forma expresada en este fallo esta Corte se ha hecho cargo del parecer de la Fiscalía Judicial contenida en su informe de fojas

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 514, 527, 528 y 529 del Código de Procedimiento Penal **se declara** que:

I.- Se rechaza el recurso de casación en la forma deducido a lo principal de fojas 1.536.

II SE CONFIRMA la aludida sentencia en cuanto condena a **Jorge Muñoz Pontony** a la pena de diez años de presidio mayor en su grado en su grado medio y accesorias legales, como autor de los delitos reiterados de homicidio calificado a cometidos en las personas de Luís Ricardo Herrera González y Mario Parra Guzmán, perpetrados el día veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y tres en esta jurisdicción, **con declaración** que dicha pena **se aumenta a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo**, más las accesorias legales que corresponden de acuerdo a la ley.

III.- Se confirma en lo demás apelado, y **se aprueba** en lo consultado, el antedicho fallo.-

Regístrese y devuélvase en su oportunidad con todos sus tomos.

Redactó la abogada integrante sra. Chaimovich.

Criminal N° 942-2015.-

Pronunciada por la **Sexta Sala de esta Illma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá e integrada por la Ministro señora Gloria Solís Romero y la abogada Integrante señora Claudia Chaimovich Guralnik.