

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos Rol N° 226-2011, del 34° Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de seis de enero de dos mil quince, se condenó a los enjuiciados que a continuación se indican a las penas que en cada caso se señalan, por su responsabilidad de autores de los delitos de homicidio calificado de Luis Ricardo Herrera González y Mario Parra Guzmán, cometidos el 27 de septiembre de 1973 en la comuna de Santiago:

1.- **Pedro Enrique Silva Jiménez y Pedro José Rivera Piña**, cada uno, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo;

2.- **Jaime Oscar García Zamorano**, a siete años de presidio mayor en su grado mínimo;

3.- **Jorge Muñoz Pontony**, diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

A cada sentenciado se impuso además las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren sus condenas más el pago de las costas de la causa.

Impugnada esa decisión por la vía de recursos de casación en la forma y apelación, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de ocho de junio de dos mil dieciséis, rechazó el primero de tales recursos y confirmó el fallo con declaración que eleva la pena impuesta a Muñoz Pontony a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo.

Contra ese último fallo la defensa de los condenados García Zamorano, a fojas 1.657, Muñoz Pontony, a fojas 1.666, Rivera Piña y Silva Jiménez, a fojas 1.694, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenó traer en relación por decreto de fojas 1.717.

Considerando:

Primero: Que el recurso de casación en el fondo deducido en representación del enjuiciado Jaime García Zamorano se sustenta únicamente en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la que se desarrolla en dos capítulos.

Su primer segmento se extiende al error de derecho en que habría incurrido el fallo al desestimar la atenuante calificada contemplada en el artículo 103 del Código Penal como consecuencia de haberse rechazado la prescripción total, en circunstancias que se trataría de instituciones diferentes con características, fines y efectos diversos, cuya procedencia, además, encuentra sustento en la aplicación de los principios del derecho humanitario al derecho penal, que justifica la disminución del castigo particularmente si se trata de sancionar hechos ocurridos largo tiempo atrás, como en la especie. Por último, plantea el impugnante, su improcedencia solo se advierte en casos de faltas y prescripciones de corto tiempo, cuyo no es el caso en análisis.

Por el siguiente apartado se reclama la infracción al artículo 214 inciso segundo, en relación al artículo 211 del Código de Justicia Militar, preceptos que se aplican al caso en que un subalterno, sin concertarse, comete un delito en el cumplimiento de una orden que no es relativa al servicio, sin las formalidades de representación de aquél ni la insistencia del superior. En cuanto a la orden que tienda notoriamente a la comisión de un ilícito, explica el recurso, nunca será relativa al servicio que emane de las funciones propias de un militar, sino que se origina dentro de él, de manera que la situación reclamada no pudo asimilarse a la prevista en el art 421 del mismo cuerpo de leyes, que define el acto de servicio como propio de las funciones que a cada militar corresponde por pertenecer a las instituciones armadas.

En la especie, concluye, su representado ha reconocido participación en el delito y ha señalado quién es la persona que le dio las órdenes, por lo que se configura a su favor la minorante especial que el fallo obvió.

De no haberse incurrido en error al desconocer tales circunstancias, unidas a la atenuante reconocida en la sentencia -11 N° 6 del Código Penal- por aplicación del artículo 68 inciso tercero del estatuto punitivo, debía imponerse la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo legal.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y en reemplazo se imponga una pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, concediéndole el beneficio de la remisión condicional de la pena.

Segundo: Que el recurso de casación en el fondo formalizado por el representante del sentenciado Jorge Muñoz Pontony se sostiene en la causal 7ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, vicio que se configuraría al asignarle el fallo participación de autor de los delitos en circunstancias que ésta no fue acreditada por los medios de prueba legales, vulnerándose los artículos 485, 487 y 488 del aludido cuerpo normativo.

Según plantea, la sentencia habría dado por establecidos hechos que no constan del proceso y sobre la base de ellos se construyen presunciones que no cumplen los requisitos legales. A Muñoz Pontony se le atribuye responsabilidad por haber impartido la orden de matar a las víctimas, estableciéndose su participación en base a declaraciones de testigos, especialmente los dichos de Pedro Silva Jiménez, Rivera Piña, Sergio Carlos Arredondo y Jaime García, y otros antecedentes no especificados. Tales deponentes, sin embargo, no inculparían a su mandante.

Lo único demostrado es que Muñoz Pontony cumplía funciones de profesor y ayudante -fuera de la línea de mando y sin autoridad ni capacidad operativa sobre el resto de los organismos de la Academia de Guerra- y que la orden de matar a las víctimas habría sido impartida por el Capitán Araya. Los "demás antecedentes" a que alude el fallo para efectos de sustentar los cargos en su contra no se precisan, vulnerándose los artículos 500 N° 4 y 456 bis del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, se sostiene que no hay indicios que permitan dar por establecido algún hecho, a través de los medios de prueba legal, sobre el que pueda construirse una presunción de participación, en los términos que dispone el artículo 485 del Código de Procedimiento Penal.

Siempre asilado en la misma causal, plantea que el fallo infringió normas constitucionales y tratados internacionales que garantizan la presunción de inocencia que asiste a su mandante, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos en relación al artículo 5 de la Constitución Política de la República.

Con tales argumentos solicita que se anule la sentencia impugnada y en reemplazo se dicte un fallo absolutorio.

Tercero: Que el recurso de casación en el fondo promovido por los sentenciados Pedro Rivera Piña y Pedro Silva Jiménez se funda en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Plantea la defensa que el fallo incurrió en error de derecho al dejar de aplicar la regla especial del artículo 103 del Código Penal, dada la concurrencia de las circunstancias fácticas para ello, atendida la data de los hechos, lo que habría permitido la imposición de una pena menor, al menos en dos o tres grados al mínimo legal, por aplicación del artículo 68 del mismo cuerpo legal.

Al mismo tiempo se impugna el desconocimiento de la atenuante del artículo 214 inciso segundo del Código de Justicia Militar, cuyos supuestos no se discuten, esto es, la existencia de una orden superior, que dicha orden tienda notoriamente a la comisión de un ilícito, que no se haya dado cumplimiento con la representación y luego con la insistencia y que no exista concierto previo.

Apunta en la conclusión que estas atenuantes, en relación al artículo 11 N° 1 del Código Penal, conducirían a una pena de tres años y un día de

presidio menor en su grado máximo, lo que permitía acceder al beneficio de la libertad vigilada.

Cuarto: Que previo al análisis de los recursos es conveniente recordar que el tribunal ha tenido por demostrados los siguientes hechos: El 27 de septiembre de 1973, alrededor de las 17:00 horas, una patrulla militar concurrió hasta la empresa "Chilean Autos S.A." y pidió conversar con el encargado de la misma, a quien se le solicitó la presencia de dos de sus trabajadores, ambos dirigentes sindicales, Luis Herrera González y Mario Parra Guzmán, quienes al llegar fueron detenidos por funcionarios del ejército y trasladados a dependencias de la Academia de Guerra de esa institución castrense, donde fueron interrogados. Se les mantuvo en la unidad hasta la madrugada y posteriormente se decidió su ejecución y el abandono de sus cuerpos en la vía pública. Luis Herrera González perdió la vida por múltiples heridas a bala tóraco abdominales y Mario Parra Guzmán por múltiples heridas a bala en extremidades inferiores y una herida abdominal y pelviana con perforaciones múltiples del intestino y hemoperitoneo.

Esos sucesos fueron estimados como constitutivos de homicidio calificado, dada la absoluta indefensión de las víctimas, sin riesgo alguno para los autores del delito.

Quinto: Que dada la estrecha relación existente entre los recursos deducidos por los representantes de los condenados Jaime García Zamorano, Pedro Rivera Piña y Pedro Silva Jiménez, se procederá a su análisis y resolución conjunta.

Sexto: Que en cuanto a la situación prevista en el artículo 103 del Código Penal, la sentencia impugnada declaró que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la prescripción gradual 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 la prescripción total en esta clase de delitos alcanza necesariamente a la parcial.

Séptimo: Que sin perjuicio de ello, como se ha venido sosteniendo en reiterada jurisprudencia, el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos.

Pero como en el caso se trata de delitos de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria que deriva de tales crímenes, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional no se advierte razón para reconocer al transcurso del tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución -prescripción total y gradual- 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 el de la especie.

Octavo: Que por otro lado, la estimación de la prescripción gradual respecto de los responsables de la comisión de delitos de lesa humanidad afecta el principio de proporcionalidad de la pena, pues dada la gravedad de los hechos, perpetrados con la intervención de agentes del Estado, determina que la respuesta al autor de la transgresión debe ser coherente con la afectación del bien jurídico y la culpabilidad con que actuó.

Noveno: Que en cuanto a las circunstancias esgrimidas del Código de Justicia Militar, acorde a los sucesos que se dieron por acreditados, debe decirse que una orden conducente a la perpetración de un ilícito criminal como los comprobados no puede calificarse como “del servicio”, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto de servicio’, esto es, aquel que se refiere o tiene relación con las funciones que a cada militar corresponde por el hecho de pertenecer a las fuerzas armadas (artículo 421 del Código de Justicia Militar). A mayor abundamiento, tampoco hay prueba por parte de los recurrentes acerca del juicio de valoración que, como subalternos, corresponde efectuar respecto

de la orden del superior jerárquico, ni su representación. Por último, el fallo establece que existió concierto previo entre los responsables, condiciones en las que tal reclamación tampoco puede ser atendida.

Por las reflexiones anteriores estos recursos serán desestimados en todas sus partes.

Décimo: Que en lo que concierne al recurso formalizado por la defensa de Muñoz Pontony, para acogerlo, necesariamente deben modificarse los hechos establecidos por los magistrados del fondo, pues el libelo se sustenta en la supuesta carencia de reproche penal de sus actos, en circunstancias que la sentencia le atribuye participación de autor al haber dado la orden de dar muerte a las víctimas.

Para estos efectos se denunciaron como infringidos los artículos 456 bis, 485, 487 y 488 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, en reiterada jurisprudencia esta Corte ha concluido que el precepto no señala una regla reguladora de la prueba ni contiene una disposición de carácter decisorio litis, sino que se limita a consignar una norma encaminada a dirigir el criterio o conciencia del tribunal respecto al modo como debe adquirir la convicción de que realmente se ha cometido un hecho delictuoso y de que ha cabido en él participación al enjuiciado y, en tal virtud, sancionarlo con arreglo a la ley. En concordancia con esta tesis se ha resuelto que dada la condición de dicha norma, su posible infracción no puede ser invocada para un recurso de casación en el fondo, pues si así fuese, ello significaría rever la apreciación de la fuerza de convicción que los jueces con sus facultades privativas atribuyen a las diversas probanzas que suministra el proceso, lo que llevaría a desnaturalizar el recurso de casación, cuyo objeto y finalidad le impiden remover los hechos del pleito.

En lo que atañe al artículo 485 del Código de Procedimiento Penal, sólo contiene un concepto de presunción, no una regla de valoración, de manera

que dado su carácter no funcional no se advierte de qué manera podría haberse vulnerado a los efectos que se reclama ni cómo podría conducir a la declaración de hechos diversos de los asentados en el fallo.

En cuanto al artículo 487 del ordenamiento procesal penal, que se refiere a la fuerza probatoria de las presunciones legales, en parte alguna del desarrollo del recurso se ha planteado la concurrencia de alguna presunción legal a la que se hubiere desconocido el carácter de prueba completa o bien que, desvanecida su fuerza probatoria de conformidad a la ley, los jueces hayan desatendido tal circunstancia.

Por último, siempre respecto del marco probatorio de las presunciones judiciales, es pertinente dejar en claro que conforme ha expresado en forma reiterada este tribunal, sólo una parte de la aludida norma legal -no su integridad- reviste el carácter de ley reguladora. Es así como sólo dos de los presupuestos descritos por el artículo pueden situarse dentro de tales parámetros, a saber, el N° 1°, atinente a que ellas deben fundarse en hechos reales y probados y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; y el N° 2°, en aquel segmento que apunta a que deben ser múltiples, dado que ellas envuelven restricciones a la facultad de apreciación del juez que quedan al margen de su ponderación personal e intrínseca de la prueba. Por el contrario, el elemento de la gravedad inserto en el mismo ordinal y los restantes que se contienen en los otros guarismos de dicho precepto, permanecen al margen de la esfera del recurso de casación en el fondo, porque por sus características, se comprenden en las prerrogativas exclusivas de los jueces del grado a cuyo exclusivo criterio ha de quedar sujeto justipreciar tanto la gravedad, como la precisión, concordancia y conducción lógica y natural de los indicios judiciales a la demostración de los hechos punibles que de ellos se procura deducir, por lo que escapa por completo al conocimiento del tribunal de casación, dado que se trata de ponderación de pruebas que deben ser apreciadas por los falladores de la instancia.

Aun cuando se haya denunciado en la especie infracción al numerando segundo de la disposición en análisis, en realidad, una atenta lectura del recurso revela que lo rehusado es la ponderación que se hizo de los elementos incriminatorios reunidos en el curso de la indagación, en circunstancias que se trata de una materia que se aparta del control de este Tribunal, pues importaría volver a examinar los instrumentos probatorios que ya han sido justipreciados por los sentenciadores del grado en el ejercicio de sus prerrogativas exclusivas, y revisar las conclusiones a que ellos han llegado, lo que por cierto está vedado, pues desnaturaliza el arbitrio en estudio, el que debe fundarse exclusivamente en temas de derecho. Como los jueces del fondo son soberanos en lo que atañe al establecimiento de los hechos y a la valoración de la prueba que obra en la litis con arreglo a las leyes rectoras, la distinta apreciación que de esta última pueda hacer el compareciente conforme a la cual arriba a conclusiones diversas, como queda en evidencia del análisis de su presentación, no faculta a esta Corte para revisar la decisión, por no quedar tal devenir dentro de su esfera de control.

La objeción en torno a las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales invocadas no serán atendidas pues no guardan relación a la materia que se plantea por el motivo de nulidad invocado de infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

Undécimo: Que, como consecuencia de lo sostenido y como no se ha podido demostrar la aplicación errónea de la ley atingente a la causal antes analizada, los hechos demostrados en la sentencia resultan inamovibles, y dado que en ellos se describe con precisión la conducta que condujo a sancionar a Muñoz Pontony como autor de los ilícitos indagados, la que queda subsumida a cabalidad en la descripción contenida en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, como acertadamente resolvieron los jueces del fondo, no se vislumbra el error de derecho denunciado.

Duodécimo: Que siendo lo dicho bastante para desestimar el recurso, no puede soslayarse la omisión del impugnante de señalar las disposiciones sustantivas que el fallo habría infringido al determinar la participación de su mandante ni aquellas que regulan la sanción impuesta erróneamente, todo lo cual conlleva al rechazo del recurso.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 535, 546 Nros. 1° y 7° y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se rechazan** los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa de los condenados García Zamorano, a fojas 1.657, Muñoz Pontony, a fojas 1.666, Rivera Piña y Silva Jiménez, a fojas 1.694, contra la sentencia de ocho de junio de dos mil dieciséis, que rola de fojas 1.648 a 1.656, la que, en conclusión no es nula.

Acordada la decisión de rechazar los recursos de casación en el fondo deducidos en representación de los sentenciados García Zamorano, Rivera Piña y Silva Jiménez, con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller, quien estuvo por acogerlos en relación a la circunstancia atenuante de prescripción gradual y, de este modo, anulada la sentencia penal, en la de reemplazo aplicar la media prescripción alegada, rebajando la pena impuesta. Para lo anterior tuvo 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 morigerante, que también halla su razón de ser en el transcurso del

tiempo, conduce, por razones de política criminal, a una pena menor, en conformidad a las normas generales sobre determinación de la pena. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, esa atenuante no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, en ejercicio de sus facultades.

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 no puede ser desatendida en un caso como el de la especie, conforme a la normativa de los artículos 65 y siguientes del Código Penal, dado que se dan los requisitos para ello.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción de Derecho Convencional Internacional ni de *Ius Cogens* para su aplicación, desde que la regla en cuestión no produce un efecto extintivo de la responsabilidad criminal, ni genera, por tanto, la impunidad.

En consecuencia, siendo una norma claramente favorable al procesado, en opinión del disidente se configura el vicio de casación denunciado que torna procedente la invalidación de la sentencia.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la disidencia, su autor.

Nº 41.122-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. Jorge Dahm O., y la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C. No firma la Abogada Integrante Sra. Etcheberry, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.