

Santiago, dieciocho de enero de dos mil siete.

Vistos:

En estos autos N° 23.377, rol del Juzgado del Crimen de Mariquina, por sentencia de primera instancia de doce de noviembre de dos mil tres, que se lee a fojas 633 y siguientes, se resolvió: I.- Que el 31 de octubre de 1973 personal naval perteneciente a la Gobernación Marítima de Valdivia al mando del teniente de la Armada de Chile Sergio Héctor Rivera Bozzo se trasladó en dos helicópteros al sector Maiquillahue de la Comuna de Mariquina, procediendo, una vez en el lugar, a causar la muerte del comunero mapuche José Matías Ñanco, actuando como encubridores, los ex cadetes navales Christian Edgardo Bórquez Bernucci, Rodolfo Ramón Mondión Romo, Julio Germán Vera Arriagada, Javier Luis Felipe Vera Jünemann y el hijo del Lonco mapuche de la localidad, Juan de Dios Caniulaf Hualme. Asimismo, el cadáver de la víctima fue lanzado a las aguas del Océano Pacífico, en horas de la tarde de ese mismo día, desde uno de los helicópteros en vuelo. II.- Que se declara prescrita la acción penal para perseguir el delito de homicidio antes mencionado y, en consecuencia, se absuelve a 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 de los cargos formulados en su contra en la acusación fiscal que sirve de sustento a la sentencia.

En contra de dicho fallo, los abogados Vladimir Alberto Riesco Bahamondes, en representación del querellante José Matías Nahuelpan, y Viviana Mónica Sáez García, por el Programa

Continuación Ley 19.123, dedujeron recurso de apelación, y previo informe de la Fiscal Judicial señora Ruby Alvear Miranda, quien fue del parecer de confirmar la referida sentencia con declaración que el motivo por el cual se absuelve a los encausados Bórquez Bernucci, Mondion Romo, Vera Arriagada, Vera Jünemann y Caniulaf Hualme, es por no haberse acreditado en su contra participación culpable en el ilícito de autos, y respecto del encausado Rivera Bozzo, confirmarla por prescripción de la acción penal, la Corte de Apelaciones de Valdivia, por resolución de uno de junio de dos mil cuatro, que corre de fojas 815 a 818, decidió, que en cuanto a la participación del procesado Juan de Dios Caniulaf Hualme, se encuentra ajustada a lo señalado en el artículo 16 del Código Penal, esto es, cómplice del delito de homicidio investigado, y confirmó el pronunciamiento de primera instancia.

En contra de esta última decisión, los abogados Vladimir Alberto Riesco Bahamondes y Vivian Mónica Sáez García, en representación del querellante y por el programa Continuación ley 19.123, respectivamente, dedujeron, en iguales términos, recurso de casación en el fondo asentado en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Declarados admisibles los mencionados recursos, se trajeron los autos en relación.

En la vista de la causa se presentaron a alegar por los recursos los abogados señores Vladimir Riesco Bahamondes y Boris Paredes Bustos y, contra los recursos, el abogado señor Carlos Portales. Considerando:

PRIMERO.- Que, previamente, esta Corte debe manifestar que en este tipo de causas, donde lo que está en juego es la obtención de la declaración de imprescriptibilidad e inadmiestabilidad de la acción penal por el delito como el de la especie y consecuentemente la condena de los acusados que han sido absueltos por los jueces del fondo; es de vital importancia una rica exposición argumentativa de quienes son llamados para asumir la defensa y representación de las personas cuyos derechos estiman vulnerados. Resulta que, de la lectura tanto

del recurso interpuesto por el abogado Vladimir Riesco Bahamondes, en representación del querellante; como el deducido por la abogada Viviana Sáez García, por el denominado Programa de Continuación Ley N°19.123 del Ministerio del Interior, se advierte en ambos, claramente su exacta y sorprendente si

militud, no aportando el uno más argumentos o razones que el iterado por el otro, razón por la cual este Tribunal los analizará y entrará a su conocimiento como si fuera sólo uno el intentado;

SEGUNDO.- Que, de acuerdo a lo anterior, el sustento de ambos medios impugnatorios recaen en la causal quinta del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que aceptados como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso segundo del artículo 434;

TERCERO.- Que en efecto, la impugnante ha reclamado por esta causal, que, a pesar de aceptar como efectivos los hechos investigados, la sentencia recurrida ha declarado prescrita la acción penal ejercida en estos autos, no obstante que, en la especie, nos encontramos frente a un crimen de guerra, de carácter imprescriptible e inadmisiable. Reclama que los hechos descritos en el proceso permiten concluir que se trata de un asesinato de un prisionero, de una persona detenida por la fuerza militar armada que capturó en sus domicilios, torturó y trasladó hasta Valdivia a más de veinte campesinos mapuches de la comunidad de Maquillahue, en una jornada que por su brutalidad es recordada con lujo de detalles por todos los comuneros hasta la fecha, marcando para siempre a sus habitantes.

Asimismo, indica que se ha infringido lo establecido en los Convenios de Ginebra sobre el Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra publicados en el Diario Oficial el 18 de abril de 1951 y el 12 de agosto de 1950 respectivamente, en especial a lo estipulado en el artículo 3° de ambos cuerpos normativos,

que al efecto transcribe. Agrega, que la aplicación de estos convenios obedece a múltiples actuaciones y manifestaciones expresas y tácitas de la Junta Nacional de Gobierno, altos mandos militares de la época y personeros civiles de dicho régimen de facto, quiénes se encuentran contestes en que entre septiembre de 1973 y 1976 existía en Chile una situación de guerra interna;

CUARTO.- Que, los hechos sentados por los jueces del fondo consisten en que ?el día 31 de octubre de 1973 personal naval perteneciente a la Gobernación Marítima de Valdivia al m ando de un Teniente de la Armada de Chile se trasladó en dos helicópteros al sector Maquillahue de la comuna de Mariquina. Una vez en el lugar, ejecutaron un operativo terrestre en busca de armamento y de personas supuestamente vinculadas a partidos políticos de izquierda. Así las cosas, el citado personal naval, a instancias de un sujeto de raza mapuche que adhería al Partido Nacional y profesaba la fe católica, actuado como delator, procedió a la detención de varios comuneros mapuches que simpatizaban con ideas políticas de izquierda y profesaban la fe evangélica-pentecostal. En tales circunstancias, alrededor del medio día, el Teniente aludido procedió a hacer fuego con su fusil SIG de cargo en contra del comunero mapuche evangélico José Matías Ñanco, a causa de lo cual, éste falleció en forma inmediata.

Con posterioridad a los hechos antes mencionados, el Teniente a cargo del operativo ordenó la reanudación de éste y, concertado con cuatro ex cadetes navales reincorporados a la Gobernación Marítima de Valdivia en colaboración con el delator ya mencionado que actuó como baquiano, dispusieron que algunos de los detenidos trasladaran el cadáver en una camilla artesanal hasta uno de los helicópteros, desde el cual, los uniformados, una vez en vuelo, procedieron a arrojar el cuerpo a las aguas del Océano Pacífico, extendiéndose luego, la pertinente partida de defunción de conformidad a los artículos 305 inciso 3°, 306 y 307 del Código Civil.

Por otra parte, de aquellos mismos antecedentes se encuentra justificado que el sujeto de raza mapuche que intervino en los hechos

ya mencionados, actuó movido por razones étnicas, religiosas y políticas, facilitando al autor y restantes encubridores todos los medios para que éstos aprovecharan de los efectos del homicidio, esto es, procurar la intimidación de otros mapuches y conducir a aquéllos por el agreste sector de Maquillahue, a fin de que pudieran salir y, en definitiva, consumir así la desaparición del cadáver de José Matías Ñanco.¿;

QUINTO.- Que de acuerdo a las circunstancias fácticas reseñadas, se estimó por los juzgadores que éstas constituyen el delito de homicidio simple descrito y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, decisión que se constata de la consideración tercera del edicto de primera instancia confirmado por el tribunal superior, quien se encarga además de aclarar que los propios apelantes reconocen que José Matías Ñanco no se encontraba prisionero sino que se le instaba a entregarse cuando se le disparó con un arma de fuego, circunstancia que además se encontraría corroborada por diversas declaraciones de testigos que señalaron que Matías Ñanco se resistió a la detención. Asimismo, el tribunal de segundo grado estima que la participación de encubridores de los procesados Bórquez Bernucci, Mondión Romo, Vera Arriagada, Vera Jünemann y Caniulaf Hualme, se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 17 N°2 del Código Penal, por cuanto con su actuar ocultaron o inutilizaron el cuerpo del delito para impedir su descubrimiento como así lo expuso el juez de primera instancia, razones por las que se disiente de la opinión fiscal;

SEXTO.- Que, los hechos descritos en la consideración cuarta, inamovibles para esta Corte, deben ser apreciados desde el punto de vista de las circunstancias que condujeron a la muerte del comunero mapuche evangélico José Matías Ñanco, no hacerlo implicaría la imposibilidad de calificar los hechos tal cual se encuentran sentados;

SEPTIMO.- Que, es de público conocimiento que el día 11 de septiembre de 1973, los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, formaron una Junta de Gobierno, cuyo propósito quedó plasmado en el Decreto Ley N°1 de 18 de septiembre de 1973. En efecto, en su consideración tercera se

manifiesta que ?? 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?. Por lo que en el artículo primero se decreta que: ?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 ésta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a la Historia de Chile, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen 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.?

OCTAVO.- Que, es lo cierto que la finalidad del gobierno de facto consistió en deponer al gobierno de aquel entonces, a través del golpe de Estado ejecutado el 11 de septiembre de 1973, para así obtener el poder y mando del País. Las razones se encuentran también plasmadas en los catorce numerales que contiene el Bando N° 5 pronunciado por la Junta de Gobierno de aquella época.

El Golpe de Estado fue un acto de guerra y desde aquel, en nuestro país se vivió una situación de conmoción interna, como lo confirma el Decreto Ley N° 3 de la misma fecha del citado Golpe, cuando considerando tal circunstancia y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado, la Junta de Gobierno declaró el denominado ?Estado de Sitio? en todo el territorio de la República;

NOVENO.- Que, es en este entendido que se hace necesario recordar que el Decreto Ley N° 5 de fecha 12 de

septiembre de 1973, dentro de sus fundamentos, consideró: ?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? y; que en el artículo primero de la citada norma legal, interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar, se declaró 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?. De este modo, se agregó una nueva causal de justificación al artículo 281 del Código de Justicia Militar: ¿cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto el o los hechores?;

DECIMO.- Que resulta clarificador, entonces, lo dispuesto en el nombrado artículo 418 del Código de Justicia Militar que dispone: ¿Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existe la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial.¿;

DECIMO PRIMERO.- Que hace fuerza a lo anterior la circunstancia que durante el período del gobierno de excepción al que ya nos hemos referido, se inició la competencia de los Tribunales Militares en tiempo de guerra en todo el territorio nacional, por lo que los recursos intentados en contra de las autoridades militares, especialmente los Consejos de Guerra, eran permanentemente rechazados por los tribunales ordinarios de justicia. En efecto, existió durante aquella época la negativa de las Cortes de Apelaciones del país y de esta Corte Suprema de conocer de los procesos de los tribunales militares en tiempos de guerra, fundándose en que el estado de guerra creaba una situación especial que recogía el artículo 74 del Código de Justicia Militar, al concentrar en el General en Jefe de los Ejércitos dicha jurisdicción. Útil es citar las consideraciones cuarta y quinta de una sentencia emitida por la Corte Suprema con fecha 21 de agosto de 1974 respecto de un recurso de queja deducido por el signado como ¿S.R? (Sergio Rubilar González) en contra el Consejo de Guerra de Arica y el Jefe Militar del Departamento y Delegado del Comandante en Jefe de la VI División del ejército, Coronel Odladier Mena Salinas a fin de obtener dejar sin efecto la sentencia condenatoria (rol de quejas

criminales de la Corte Suprema, N° 7633-74):

??4°. Que los Consejos de Guerra están sometidos a la Jurisdicción militar, cuyo ejercicio pleno le corresponde al General en Jefe de un Ejército, o en quien éste delegue estas atribuciones, y en uso de ella está facultado privativamente para aprobar, revocar o modificar las sentencias de aquellos tribunales y para ejercer sobre sus integrantes la jurisdicción disciplinaria, según lo establece explícitamente el artículo 74 del Código de Justicia del ramo;

?5°. Que en tales circunstancias resulta evidente que el Tribunal ordinario superior, que es la Corte Suprema, no puede ejercer poder jurisdiccional respecto de la función de mando militar propia y exclusiva del General en Jefe, o de su delegado, en el territorio declarado en estado de guerra, y aprobada por dicha autoridad militar la sentencia del Consejo de Guerra de Arica ?como ocurre en la especie- resulta asimismo inconcuso que carece de jurisdicción para pronunciarse disciplinariamente a su respecto, como lo ha expresado anteriormente esta Corte en un caso similar??.

Similar situación y fundamentos se presentó respecto de la apelación de un recurso de amparo del menor Luis Alberto Muñoz Mena, acogido parcialmente el 14 de marzo de 1974 por la Corte de

Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 170-74, para poner al amparado a disposición del Juez de Menores, resolución que fuera revocada desechando el amparo con fecha 21 de marzo de 1974 fundamentalmente porque ?las medidas de protección de los menores no pueden prevalecer sobre las disposiciones que adopta la autoridad con ocasión del estado de sitio? (Cuadernos Jurídicos, 1- agosto-1977, Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad);

DECIMO SEGUNDO.- Que lo anteriormente señalado hace posible concluir que el país se encontraba en un estado de excepción, por lo que resultaba obligatorio para la autoridad gobernante aplicar las normas del ?tratamiento de prisioneros de guerra y de ?las personas civiles en tiempos de guerra? que se establecen en los Convenios de Ginebra que Chile ratificó en el Decreto Supremo N° 732 y que fueron publicados en el Diario Oficial de 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, es



decir, con más de dos décadas de antelación a los sucesos investigados en el proceso criminal de autos. Estos convenios deben ser respetados en toda circunstancia según se compromete el Estado chileno de acuerdo al artículo primero de ellos. Por otra parte, el artículo tercero, que es común a todos los convenios, debe también respetarse en toda su integridad, puesto que, como lo establece dicha norma: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.¿;

DECIMO TERCERO.- Que a su vez, según los artículos 147 y 148 de tales convenios, siendo el homicidio intencional una infracción grave: ¿Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.¿;

DECIMO CUARTO.- Que actualmente la aplicabilidad de estos convenios ha sido permanentemente respetada en diversos fallos que se han dictado por esta Excma. Corte, entre otras, en la sentencia de fecha nueve de septiembre de 1998 (Rol N° 469, considerando décimo) y en el pronunciamiento de 17 de noviembre de 2004 (Rol N° 517-2004);

DECIMO QUINTO.- Que esta Corte, respecto de los Convenios de Ginebra, ha señalado que ¿la omisión de aplicar las disposiciones de los Convenios im

porta un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional, los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos? (S.C.S. de 09.09.1.998, Rol N° 469, consid. 10°);

DECIMO SEXTO.- Que con todo lo considerado, en el caso de autos es dable calificar el delito de homicidio cometido en la persona de Matías Nanco como un ¿crimen contra la humanidad?. Ello no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional ¿homicidio- y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado;

DECIMO SEPTIMO.- Que, debe tenerse presente también la llamada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que aunque no ha sido ratificada por Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de ius cogens o principios generales del derecho internacional.

Se ha reconocido la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno como sucedió con la incorporación como tratado de la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto Supremo N° 381 de 1981, donde en su artículo 26 de la citada convención, reconociendo dicha primacía, indica que no puede invocarse ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, lo que se corrobora en su artículo 27, en que se determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado;

DECIMO OCTAVO.- Que, como corolario de lo antes expuesto y, siendo el homicidio investigado, un crimen de guerra, por aplicación de las normas internacionales ya indicadas, no es posible acoger la solicitud de prescripción de la acción penal en la forma como el fallo en estudio lo ha hecho, la que deberá ser rechazada. Encontrándose esta decisión en contra de la normativa internacional aplicable en Chile, tal decisión, evidentemente, ha constituido un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por lo que el recurso de casación debe ser acogido;

DECIMO NOVENO.- Que habiéndose resuelto la excepción de prescripción señalada y negado su procedencia, este Tribunal deberá pronunciarse sobre la excepción de amnistía que fue hecha valer por los recurridos en lo principal de fojas 522.

Por otra parte los recurrentes han manifestado que un delito como el de la especie también comparte el carácter de inadmiestabilidad. Al respecto, debe recordarse que este instituto se encuentra regulado en el artículo 93, N° 3° del Código Penal, que prescribe que la responsabilidad criminal termina: 3° Por amnistía, la cual extingue por

completo la pena y todos sus efectos.?

Que, como hemos expresado en lo que va corrido de la sentencia, los artículos 147 y 148 de los Convenios de Ginebra, considerándose el homicidio intencional una infracción grave, indican que : ?Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.?. De acuerdo al análisis de las circunstancias fácticas que rodearon la comisión del delito de autos, hemos concluido que se trata de un delito de guerra o de lesa humanidad y, como tal, también tiene el carácter de inadmisiable;

VIGESIMO.- Que, de acuerdo a lo analizado, se debe señalar que los sentenciadores de segundo grado han errado al aclarar en su considerando sép

timo de su edicto que los propios apelantes reconocen que José Matías Ñanco no se encontraba prisionero sino que se le instaba a entregarse cuando se le disparó con un arma de fuego; cuando en el entendido que al delito de autos le son aplicables, dentro de otros, los Convenios de Ginebra, éstos son concluyentes en cuanto a que también se prohíbe, con respecto a las personas mencionadas en el número uno del artículo 3, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida y la integridad corporal ?especialmente el homicidio en todas sus formas?;

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en consecuencia, al extender a los procesados la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los artículos 93, N° 6° y 94 del Código Penal, el sentenciador hizo una falsa aplicación de esta preceptiva, con infracción a los tratados internacionales vigentes en Chile;

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que, por tanto y, de acuerdo a los razonamientos contenidos en la presente sentencia, los recursos intentados en estos estrados deberán ser acogidos.

Por estas consideraciones, y atendido, además, lo dispuesto en los

artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, en su relación con el artículo 546, N° 5° del Código de Procedimiento Penal, se acogen los recursos de casación en el fondo, deducidos a fojas 819 y 828, por los abogados Vivian Sáez García y Vladimir Riesco Bahamondes, en representación de los querellantes, en contra de la sentencia de 1° de junio de 2004, escrita a fojas 815 y siguientes, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada contra el voto del Ministro señor Segura, quien fue del parecer de rechazar los recursos de casación en el fondo deducidos, por considerar, que en la especie, los sentenciadores de la mayoría del fallo de segundo grado, no han incurrido en error de derecho que amerite la invalidación solicitada, porque conforme con los antecedentes del proceso, resultaba procedente declarar la prescripción de la acción penal a favor de los procesados Sergio Héctor Rivera Bozzo, Christian Edgardo Bórquez Bernucci, Rodolfo Ramón Mondión Romo, Julio Germán Vera Arraigada, Javier Luis Felipe Vera Jünemann y a Juan de Dios Caniulaf Hualme, teniendo presente para así decidirlo los fundamentos siguientes:

1°.- Como este disidente lo ha sostenido antes, la prescripción es una institución antigua, universal y aceptada a través de los tiempos, fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. El delito no ha sido objeto de persecución penal, y la pena, en su caso, no ha sido cumplida, produciéndose la cesación o fin de la potestad represiva del E stado. Se generan así, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

El transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de estos, la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las

situaciones de responsabilidad penal que corresponda, y que no permanezca en el tiempo un estado de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que , por ello

, pudiese causar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley;

2º.- Que, como se encuentra determinado, los hechos ocurren el día 31 de octubre de 1973, en el sector de Maquillahue de la comuna de Mariquina, en la Provincia de Valdivia, oportunidad en que personal naval perteneciente a la Gobernación Marítima de Valdivia al mando de un Teniente de la Armada de Chile se trasladó en dos helicópteros al sector indicado y, una vez en el lugar, ejecutaron un operativo terrestre en busca de armamento y de personas supuestamente vinculadas a partidos políticos de izquierda. El citado personal naval, a instancias de un sujeto de raza mapuche que adhería al Partido Nacional, actuando como delator, procedió a la detención de varios comuneros mapuches que simpatizaban con ideas políticas de izquierda. En tales circunstancias, alrededor del medio día, el Teniente aludido procedió a hacer fuego con su fusil SIG de cargo en contra del comunero mapuche evangélico José Matías Ñanco, a causa de lo cual, éste falleció en forma inmediata. De acuerdo a lo expuesto, iniciándose la persecución penal el 3 de octubre de 2002, han transcurrido entre ambos sucesos, más de treinta años, período durante el cual los sentenciados, según el mérito de autos, permanecieron en el territorio nacional y no cometieron nuevo delito;

3º.- Que, en este caso, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio simple, cuya pena es de presidio mayor en su grado medio a

presidio perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen que la ley castiga con esa pena, el plazo de la prescripción es de quince años, término que en todo caso transcurrió en exceso como se evidencia de lo razonado en el motivo precedente;

4º.- Que, de esta forma ha operado la causal de extinción de la responsabilidad criminal contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código Penal, cuyo texto, en lo pertinente, es el siguiente: ?Art. 93. La responsabilidad penal se extingue: N° 6. Por la prescripción de la acción penal?;

5º.- Que, la materia de que se trata, hechos ocurridos con posterioridad al pronunciamiento militar llevado a cabo en el país en Septiembre de 1973, hace necesario emitir las reflexiones conducentes a establecer la influencia que los tratados y convenciones internacionales, que en el transcurso del tiempo han llevado a jueces de la República a absolver o a condenar a militares, a funcionarios civiles adscritos al régimen militar, o simplemente a civiles, tienen en el ámbito nacional, con el fin de determinar su aplicación en el juzgamiento y condena de los acusados;

6º.- Que, como se ha expuesto en sentencias anteriores, y como lo hace la sentencia recurrida, se trata de establecer qué aplicación en el caso concreto en examen tienen los Convenios de Ginebra de 1949, porque los hechos se habrían perpetrado y consumado, presuntamente en estado de guerra interna, en virtud de lo previsto en el D. L. N° 5, de 12 de Septiembre de 1973, en especial de los artículos 3º, 146, 147 y 149 de la Convención sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, normativa que contiene la prohibición de autoexonerarse por las responsabilidades en que las Partes Contratantes puedan haber incurrido respecto de graves infracciones, incluido el homicidio intencional, cometidas durante un conflicto bélico, con o sin carácter internacional, prohibición que alcanzaría a las causales de extinción de responsabilidad penal como la amnistía y la prescripción de la acción penal;

7º.- Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de 17,

18, 19 y 20 de Abril del mismo año, encontrándose vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa.

En general, se aplican a conflictos armados que surjan en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido (artículo 2º del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de ?conflicto armado sin carácter de internacional?, conforme a lo previsto en el artículo 3º común para todos los Convenios de Ginebra.

Se repite una vez más el señor Jean Pictet, reconocido jurista internacional, a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra de 1949, en comentario del Protocolo de 8 de Junio de 1977, adicional de los convenios de 12 de Agosto de 1949,, deja constancia que en lo concerniente a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, el Protocolo II y el artículo 3º de esos convenios, reconocen que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de ?conflicto armado no internacional? ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre los que cabe destacar: a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones



Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión; y, d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro ¿La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos?, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la Comité Internacional de la Cruz Roja de 1972, que expresa que ¿para que se consideren como conflictos armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya hostilidades, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un carácter colectivo; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable?? (cita en fallo de 4 de Agosto de 2005 en causa de esta Corte Suprema Rol N° 457-05);

8°.- El Protocolo II, Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de Octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1°, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a I

os Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I,

relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1º del Protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en los siguientes términos: "El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar".

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CICR, son ilustrativos para entender que "conflicto armado sin carácter internacional" es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario;

9º.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el

país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, la de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

De su texto se infiere que para su dictación se tuvo en consideración que: a) en el país existía una situación de conmoción interna; b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y, c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley Nº 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

Por lo expresado en sus considerandos, se concluye que en la época en que se dictó el D. L. Nº 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban ejecutando acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, y que con frecuencia se cometían graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es suficiente razón, a la época de perpetración de los hechos investigados, para tener por establecido que en Chile existía un ?conflicto armado no internacional? en los términos del artículo 3º común para los Convenios de Ginebra de 1949.

No se ha acreditado que en la época en referencia existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que desconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado que el 12 de Septiembre de 1973 existía en Chile una rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en sus considerandos. El decreto ley en referencia, es claramente insuficiente para tener por acreditada la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6ª y 7ª precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile el 5 de Octubre de 1973 existía un "conflicto armado no internacional", razón por la que debe concluirse que los sentenciadores no cometieron error de derecho al no aplicar los Convenios de Ginebra a los hechos punibles en estudio;

10º.- Que, los recurrentes rechazan también la aplicación de la prescripción de la acción penal, lo que ratifican los sentenciadores de mayoría, invocando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, siendo depositado el instrumento de ratificación correspondiente el 10 de Febrero de 1972 y mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de Noviembre de 1976, realizándose su publicación en el Diario Oficial el 29 de Abril de 1989. Comenzó a regir entonces, el 23 de Marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma convención, en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en la norma citada, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, a través de la publicación del correspondiente decreto promulgatorio en el Diario Oficial. Sostener lo contrario, significa crear e invocar otra forma de ficción jurídica, que se pretende se constituya en la creencia sin discusión en contrario, de la existencia y presencia de hechos y situaciones que no tienen sustento en la realidad, como si realmente lo fueran. El decreto ley en referencia no ha podido tener la virtud de producir esa transformación;

11º.- Que, los recurrentes sostienen, además, que en virtud de la aplicación del Pacto en referencia, los hechos investigados deben ser

calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que por lo tanto son imprescriptibles ¿conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional?. Aducen, que la sentencia omite señalar cuales son los criterios que emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa no eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad;

12º.- Que, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución Nº 2391 (XXIII), de 26 de Noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de Noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo VIII.1, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido, sin embargo, ¿no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, y en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal;

13

º.- Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, según el acta final de dicha conferencia y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de Noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7º y 8º las definiciones de crímenes de guerra y en su artículo 29 dispone que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, no prescribirán.

El estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal, aplicadas por los sentenciadores de segundo grado;

14º.- Que, los hechos de la causa dicen relación con la realización de acciones que miradas imparcialmente, sin los extremos de las ideologías, son ciertamente graves y reprochables, y desde luego merecen las sanciones que la ley nacional contempla, y aún de la ley internacional cuando ella haya sido admitida legal y constitucionalmente e incorporada al derecho nacional, pero sin que ello implique el quebrantamiento de los principios que informan y reglan la aplicación del Derecho Penal interno, entre ellos el de reserva o legalidad que garantiza que solamente la ley nacional puede crear figuras delictivas y determinar sus penas, que los hechos imputados sólo pueden sancionarse como determinados delitos siempre que hayan sido establecidos con anterioridad a la época en que ocurren y que la ley penal al configurar y establecer delitos y penas, debe referirse a los hechos que los constituyen. Fluyen de estas reglas los principios de legalidad, irretroactividad y de tipicidad. Cabe decir que esta reflexión se formula por este disidente, en vista que pareciera que lo perseguido en materias como las que motivaron la presente causa, es que debe imponerse sanción a toda costa, y que quienes quebrantan la ley penal pueden verse expuestos a ser sancionados mediante estatutos diferentes, unos en una forma y otros con normas diversas, con grave quebrantamiento del principio de igualdad que informa tanto al derecho nacional como al derecho internacional.

Regístrese.

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.