

Valdivia, uno de Junio de dos mil cuatro.

VISTOS:

Se elimina el considerando vigésimo de la sentencia de fecha doce de Noviembre de dos mil tres, escrita de fojas 633 a fojas 698, se elimina también la cita del artículo 17 N° 1 del Código Penal.

Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que la parte querellante José Matías Nahuelpán, mediante su abogado Vladimir Alberto Riesco Bahamondes, deduce recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 12 de Noviembre de 2003, escrita de fojas 633 a fojas 698, solicitando que los acusados Sergio Héctor Rivera Bozzo, autor, Christian Edgardo Bórquez Bernucci, Rodolfo Mondión Romo, Julio Germán Vera Jünemann y Juan de Dios Caniulaf Hualme, encubridores del homicidio de José Matías Ñanco, sean considerados autor y encubridores de un crimen de guerra que es imprescriptible e inadmissible.

Señala que consta del proceso que el 31 de Octubre de 1973, hubo un operativo militar en el sector Maiquillahue y está acreditado que el Teniente Héctor Rivera Bozzo, en circunstancias que instaba a José Matías Ñanco a entregarse le disparó al menos un tiro de fusil, provocándole la muerte. El cuerpo fue llevado a un helicóptero y se desconoce su paradero. Que el hecho descrito es el asesinato de un prisionero. Que el hecho no sólo es un homicidio penado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, sino que por tratarse de la ejecución sumaria de un civil desarmado capturado por una fuerza armada es además un crimen de guerra. Que se ha infringido el Código Penal y el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y

las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, que prohíben los atentados a la vida y las condenas dictadas y las ejecuciones ejecutadas sin previo juicio emitido por un Tribunal legalmente constituido. Que las convenciones mencionadas son aplicables ya que el Gobierno Militar, por múltiples actuaciones expresas y tácitas, reconoce que en Chile entre los años 1973 y 1976, existía una situación de guerra interna. Que por las razones expuestas, la ejecución sumaria investigada es un crimen de guerra. Que en 1968 la Asamblea General de la ONU aprobó una convención sobre sanciones de los crímenes contra la humanidad, que ese mismo año se suscribe convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad ratificada en 1973 por esa misma entidad, disposiciones todas vinculantes para Chile atendido su carácter de integrante de la ONU. Que por las razones expuestas y estando ante un crimen de guerra que es imprescriptible solicita se declare que se revoque la sentencia apelada declarando que la acción penal relacionada con el crimen investigado es imprescriptible e inadmisiable y, en consecuencia, se aplique a los procesados el máximo de la pena que contempla la ley.

SEGUNDO: Que a fojas 741 la abogada por el programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior, Vivian Mónica Sáez García deduce recurso de apelación en contra de la sentencia en alzada aduciendo exactamente los mismos términos expuestos por el apelante José Matías Ñanco.

TERCERO: Que hay que tener presente que la acusación en contra de los procesados ya mencionados, que rola de fojas 496 a fojas 500, lo fue por el delito de homicidio simple, siendo acusado Rivera como autor y los demás procesados como encubridores del mencionado delito.

CUARTO: Que la abogado Vivian Mónica Sáez García en representación del Ministerio del Interior, como tercero coadyuvante en esta causa a fojas 513, se adhirió a la acusación fiscal de fojas 496 sin deducir acusación particular ni haciendo alguna otra alegación, respecto del delito por el que fueron acusados los procesados.

QUINTO: Que el abogado Vladimir Riesco Bahamondes a fojas 516 y

por el querellante José Matías Ñanco, se adhirió a la acusación de oficio deducida en autos, sin agregar algún otro argumento.

SEXTO: Que lo expuesto en los recursos de apelación, deducidos por los querellantes a fojas 734 y fojas 741 y reseñados precedentemen te, significan alegaciones que no se habían formulado con anterioridad en esta causa, en cuanto a que el delito investigado debiera de tipificarse en forma distinta de como se hizo en la acusación judicial mencionada, razón por la cual los recursos de apelación deducidos no podrán prosperar, puesto que los procesados quedarían en la indefensión, ya que las alegaciones contempladas en los escritos de contestación de la acusación de fojas 522 y de fojas 550, no pudieron incluir los nuevos tópicos aludidos en las referidas apelaciones.

SÉPTIMO: Que los apelantes han señalado, que los hechos establecen ?el asesinato de un prisionero, de una persona detenida por la fuerza militar?, una ?ejecución sumaria de un civil desarmado capturado por una fuerza armada? y que por lo tanto, se estaría violando los tratados de Ginebra respecto del Tratamiento de Prisioneros de Guerra. Que al respecto, 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. Que hay diversas declaraciones de testigos que señalan que José Matías Ñanco se resistió a la detención, Elio Caniulaf de fojas 139, Adán Aillapán fojas 241, lo que concuerda con la versión del procesado Rivera Bozzo de fojas 249.

OCTAVO: Que en todo caso la tipificación del hecho investigado, está plenamente ajustado con los antecedentes de autos, en cuanto señala que se trata de un delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, como se haya latamente expuesto en los considerandos segundo y tercero del fallo en alzada, fojas 662, 663 y 664.

NOVENO: Que la Fiscal Judicial en su informe de fojas 751 a fojas 755, es de parecer de confirmar el fallo en alzada, con declaración que se absuelve a los procesados Bórquez Bernucci, Mondión Romo, Vera

Arriagada, Vera Jünemann y Caniulaf Hualme, en razón de no haberse acreditado en su contra participación culpable en el ilícito investigado, discrepando de lo resuelto por el sentenciador de primer grado que estima que éstos tuvieron participación de encubridores del delito de homicidio investigado.

DÉCIMO: Que se discrepa de la opinión de la Srta. Fiscal Judicial, en cuanto a que la participación de encubridores de los procesados ya mencionados, no estaría acreditada. La conducta de los encausados Bórquez, Mondión, Vera Arriagada y Vera Jünemann, se ajusta perfectamente a lo señalado en el artículo 17 N° 2 del Código Penal, ya que con su actuar ocultaron o inutilizaron el cuerpo del delito para impedir su descubrimiento, como latamente lo ha expuesto el Juez de primer grado en sus considerandos Séptimo a Décimo Séptimo.

UNDÉCIMO: Que en cuanto a la participación del procesado Juan de Dios Caniulaf Hualme, este Tribunal estima que se ajusta a lo señalado en el artículo 16 del Código Penal, esto es, tiene calidad de cómplice del delito de homicidio investigado, por cuanto cooperó a la ejecución el hecho delictivo por actos anteriores a éste, sin estar comprendido en las hipótesis señaladas en el artículo 15 del Código Penal, esta situación se evidencia con los diferentes antecedentes de autos, en especial las declaraciones de sus copartícipes, los otros procesados de autos, en cuanto señalan que fue Caniulaf quien facilitó los nombres de José Matías Ñanco, quien resultó muerto, y de otras personas que fueron detenidas el 31 de Octubre de 1973. Que así también lo expresan otros testigos que deponen en estos autos. Todos señalan que fue Caniulaf Hualme quien era conocedor del lugar y de las personas que lo habitaban, quien dio los antecedentes a los militares que realizaban el operativo y así está latamente expuesto en los considerandos 18 y 19 del fallo en alzada y atendida a la naturaleza de este operativo en que actuaba personal militar provistos de armas de fuego, no pudo menos que representarse los resultados que se produjeron en cuanto a la muerte de uno de los sindicados por el propio Caniulaf, precisamente como jefe del grupo que se intervenía.

Se disiente, también en esta parte, de la opinión de la Fiscal Judicial ya mencionada y también en cuanto considera que el hecho investigado es un delito de guerra, por las razones ya expuestas en los considerandos anteriores.

DUODÉCIMO: Que por tratarse en autos de un delito que tiene pena de crimen y habiéndose cumplido los plazos establecidos en el artículo 94 del Código Penal, este Tribunal está acorde con lo expuesto en los considerandos 24, 26 y 28 del fallo en alzada, en cuanto acoge las alegaciones de las defensas de los encausados referidas a que la acción penal se encuentra prescrita y por lo tanto procede se absuelva a los procesados de estos autos.

Y visto lo que disponen los artículos 16 del Código Penal, 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal,

Se CONFIRMA la sentencia apelada de fecha doce de Noviembre de dos mil tres, escrita de fojas 633 a fojas 698.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 120.741-2003.

Redacción del Ministro Sr. Patricio Abrego Diamantti.

No firma el Ministro Sr. Mario Julio Kompatzki Contreras no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse en Visita Trienal.