

Causa Rol Nº 2182-98, Mapuche - Pedro Millalen
Ministro de Fuego Joaquín Billard
SENTENCIA CONDENATORIA 2ª INSTANCIA
(Aunque absolvió a su hermano en primer
grado por los pocos de los otros dos)

Santiago, tres de agosto de dos mil siete.

Vistos:

Ingresado: 13/8/2007.

Se reproduce la sentencia en alzada de fecha diecisiete de noviembre de dos mil cinco, escrita de fojas 708 a 740, complementada con fecha dos de noviembre de dos mil seis, escrita a fojas 842, con las siguientes modificaciones:

I.- En el motivo décimo, se sustituye el vocablo "autor" por "cómplice";

II.- En el considerando undécimo, se elimina su párrafo segundo, con sus letras a) a g), inclusives;

III.- Se suprime el motivo duodécimo;

IV.- En el considerando decimoséptimo, se sustituye la expresión "una atenuante" por "una atenuante muy calificada", y se agrega, a continuación de la expresión "en su mínimo", la frase "rebajada en un grado";

V.- Se suprime el motivo vigésimo;

VI.- En el considerando vigésimo primero, se elimina su párrafo primero;

VII.- Se eliminan los considerandos vigésimo tercero, vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo séptimo, vigésimo octavo y "vigésimo tercero" (vigésimo noveno).

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que la atenuante del artículo 11, número 6, del Código Penal, que el motivo decimosexto del fallo en alzada admite concurre en favor del sentenciado Enrique Ferrier Valeze, le será reconocida como muy calificada. Para ello se tendrá presente, de modo especial, la fecha de comisión del ilícito respecto del momento en que se produce el juzgamiento, la necesidad de dar aplicación al principio de una pena justa y proporcional respecto de un hecho punible acaecido hace más de 33 años, la circunstancia de que aquél exhibe una conducta exenta de anotaciones por crímenes o

simples delitos y, muy particularmente, la edad que a esta fecha tiene el procesado, próximo a cumplir los 80 años;

Segundo: Que por favorecer al encausado una circunstancia atenuante muy calificada y no perjudicarlo ninguna agravante, se le impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de la asignada delito, esto es, presidio menor en su grado máximo, conforme lo faculta del artículo 68 bis del Código Penal;

Tercero: Que en relación al encartado Germán Víctor Fagalde Osorio, será acogida en su favor la minorante de responsabilidad penal contenida en el numero 6 el artículo 11 del Código Penal, toda vez que conforme al merito de su extracto de filiación que rola a fojas 362, la anotación de la condena que registra está referida a un hecho posterior al inicio de la acción delictiva que motiva el presente juzgamiento;

Cuarto: Que al procesado Germán Víctor Fagalde Osorio, le será reconocida la atenuante contemplada en el numero 9 del artículo 11 del Código Penal, por cuanto del mérito del proceso se advierte que a diferencia del imputado Ferrier Valeze ha mostrado una disposición diversa para con el tribunal, reconociendo en definitiva su participación en los hechos, como se infiere de su declaración escrita de fojas 523, indagatoria de fojas 611, mediante las cuales aportó antecedentes hasta ese momento desconocidos en la investigación, tanto en relación a circunstancias referidas a la forma de comisión del ilícito como de la participación de otras personas que concurrieron hasta el Asentamiento Campo Lindo el día 29 de septiembre de 1973, minorante de responsabilidad penal que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 19 N 3 de la Constitución Política y 18 del Código Penal resulta plenamente procedente;

Quinto: Que, en cuanto a la petición de recalificar la participación de autor a cómplice en el delito investigado

que la defensa del encartado Germán Víctor Fagalde Osorio alega en su favor, esta será en definitiva acogida, atendido el merito del proceso que deja en evidencia que la participación de aquel se limitó solo a proporcionar medios para la ejecución de delito. En efecto, no existen antecedentes que acrediten que entre los Carabineros que detuvieron a Pedro Millalén Huenchuñir y este acusado haya existido un concierto o acuerdo previo para privar de libertad a la víctima, observándose que sólo puso a disposición de aquellos medios materiales, específicamente, el vehículo en el que se movilizaron los efectivos policiales, estando contestes todos los testigos de cargo que quienes impartían las ordenes eran los uniformados, circunstancia, además, que debe analizarse en el contexto de la realidad de la época en que los hechos ocurrieron, en que el país se encontraba bajo férreo control militar, de suerte que no es posible jurídicamente encuadrar la conducta de este acusado en ninguna de las formas de autoría y coautoría que establece el artículo 15 del Código Penal, sino que sólo en la figura residual de la complicidad que establece el artículo 16 del precitado cuerpo legal;

Sexto: Que al momento de determinar la pena que se le impondrá al encartado Germán Víctor Fagalde Osorio se tiene en cuenta que lo favorecen dos minorantes de responsabilidad penal, las de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal y que su exacta participación en el injuto lo es en calidad de cómplice, por lo que la pena que deberá sufrir será rebajada en dos grados al mínimo de la asignada delito, esto es, presidio menor en su grado medio, conforme lo facultan los artículos 68 y 51 del Código Penal, respectivamente;

Séptimo: Que respecto del procesado Mario Hernán Fagalde Osorio esta Corte estima insuficientes los elementos de cargo que se mencionan en el considerando undécimo de la sentencia

que se revisa, en los términos que lo exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, para dar por establecida la participación de aquel en el delito de secuestro calificado. En efecto, las declaraciones de los testigos que deponen en el proceso no tienen la aptitud para configurar presunciones judiciales al tenor de los requisitos que prevé el artículo 488 del cuerpo legal citado, por las siguientes consideraciones:

a) porque de sus propios dichos -fojas 247 a 248 y 283, ratificados en la etapa de plenario- solo se puede inferir que se encontraba el día 29 de septiembre de 1973 en la ciudad de Lautaro;

b) el testigo José Arcadio Reyes Sandoval, a fojas 2 del tomo I-A, declaración que ratifica en el plenario, refiere no haber visto a Mario Hernán Fagalde Osorio en el Asentamiento Campo Lindo el día de los hechos, precisando que solo estaba su hermano Germán Víctor, aunque luego, en el año 2003, cambia su testimonio y expresa que si estaba ese día, y al preguntársele por este cambio en el plenario no da explicación de ello, de modo que al tratarse de declaraciones contrapuestas no tienen ellas la aptitud siquiera para ser estimadas un indicio;

c) el testigo Luis Gonzaga Illanes Sandoval, a fojas 4, expresa no reconocer a los civiles que concurrieron al asentamiento puesto que se encontraba a unos 100 metros del lugar de los hechos, mientras que en su declaración policial (fojas 203) señala que por comentarios serían los hermanos Fagalde, y en el testimonio que se cita en el considerando undécimo de la sentencia en alzada, sólo indica que estaba uno de los hermanos Fagalde, pero no aclara cual de ellos (fojas 242);

d) el testigo Domingo Antonio Millalén Coloma tiene declaraciones contradictorias en el proceso, pues mientras a

fojas 36 vuelta señala que Mario Hernán Fagalde Osorio no estaba, a fojas 243 se rectifica y dice lo contrario;

e) el testigo Juan Mario Mila Millalén depone a fojas 2 vuelta y dice que no estaba Mario Hernán Fagalde Osorio, lo que ratifica en el careo de fojas 25 y reitera a fojas 36 el 28 de enero de 1980 y ante la policía a fojas 80, oportunidad en que precisa que solo estaba su hermano Germán Víctor, lo que ratifica en una nueva declaración policial el año 1981, todo lo cual resulta contradictorio con sus testimonios posteriores, en especial el de fojas 249 prestado el año 2003, de modo que su declaración no tiene siquiera la idoneidad para ser considerados un indicio; y

f) el testigo Domingo Carrasco Huenehueque declara a fojas 438 que el dueño del vehículo que irrumpió en el Asentamiento Campo Lindo era Germán Víctor y que no estaba presente allí Mario Hernán Fagalde Osorio;

Octavo: Que, como se ha dicho, la prueba de cargo referida en el motivo que antecede resulta insuficiente para sostener una convicción condenatoria, a lo que se agrega que en el proceso obran a favor de la absolución de Mario Hernán Fagalde Osorio otras pruebas de descargo. En efecto, además de los testimonios de José Arcadio Reyes Sandoval, Luis Gonzaga Illanes Sandoval, Domingo Antonio Millalén Coloma y Juan Mario Mila Millalén, ya analizados y ponderados, deponen al inicio de la investigación Juan Cerda Catricura (fojas 2 y careo de fojas 24, declaración reiterada del año 1980 a fojas 36 vuelta) y Domingo Nanco Millalén (fojas 5 vuelta) quienes sólo reconocen a Germán Víctor Fagalde Osorio y señalan que en el lugar de los hechos no estaba presente su hermano Mario Hernán. Asimismo, la viuda de Pedro Millalén Huenchuñir, Maria Sandoval Millalén, expresa a fojas 26 haber visto a "un Fagalde" y en el careo de fojas 60 a la que se la somete con Germán Víctor Fagalde Osorio sindicando a éste como la persona que conducía el vehículo. Finalmente, la orden de investigar

de fojas 9 (Parte Policial N° 76 de abril de 1974) también deja constancia de que a Mario Hernán no le cupo participación en los hechos, lo que también declara su hermano Germán Víctor a fojas 523 y 601.

Noveno: Que en mérito de lo razonado en los motivos séptimo y octavo no cabe entonces más que absolver al procesado Mario Hernán Fagalde Osorio de la acusación fiscal y adhesión por el delito de secuestro calificado, motivo por el cual se omitirá a su respecto pronunciamiento sobre las excepciones y defensas opuestas en su presentación de fojas 530, en el sentido que se encuentra prescrita la acción penal, extinguida la responsabilidad penal por aplicación del decreto ley de amnistía, que lo favorecen las atenuantes de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior y de media prescripción, y que no lo afecta ninguna agravante, entre otras alegaciones.

Décimo: Que atendido lo razonado se disiente de lo dictaminado por el Fiscal Judicial a fojas 819 y 874, quien fue del parecer de confirmar sin modificaciones la sentencia en alzada.

Por estas consideraciones y, de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia en alzada de fecha diecisiete de noviembre de dos mil cinco, escrita de fojas 708 a 740, complementada con fecha dos de noviembre de dos mil seis, escrita a fojas 842, en cuanto por ella se condena a Mario Hernán Fagalde Osorio a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas, por su participación en calidad de autor del delito de secuestro calificado de la persona de Pedro Millalén Huenchuñir, y en su lugar se resuelve que queda absuelto de la acusación fiscal de fojas 490 y adhesión de fojas 495 por dicho ilícito.

Se confirma, en lo demás, la sentencia referida, con las siguientes **declaraciones:**

I.- Que se reduce la pena privativa de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo que le viene impuesta al procesado Enrique Ferrier Valeze, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Reuniéndose en la especie por parte del sentenciado Ferrier Valeze los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Ley N° 18.216 se le concede el beneficio alternativo de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto a la medida de observación del delegado de Gendarmería de Chile por el término de cinco años.

Si el sentenciado tuviere que cumplir privado de libertad la pena corporal impuesta, ésta se empezará a contar desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en esta causa, esto es, entre el día 30 de mayo y el 02 de julio del año 2003.

II.- Que se reduce la pena privativa de libertad de seis años de presidio mayor en su grado mínimo que le viene impuesta al procesado Germán Víctor Fagalde Osorio, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Reuniéndose en la especie por parte del sentenciado Ferrier Valeze los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley N° 18.216 se le concede el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto a la observación de Gendarmería de Chile por el término de tres años en los términos y con sujeción a los requisitos que se indican en el artículo 5 del cuerpo legal citado.

Si el sentenciado tuviere que cumplir privado de libertad la pena corporal impuesta, ésta se empezará a contar desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad en esta causa, esto es, entre el día 30 de mayo y el 24 de junio del año 2003.

Se previene que el ministro señor Zepeda concurre a la decisión de condena, además de lo razonado en las sentencias, en base de los siguientes fundamentos:

1) Que a juicio del previniente, lo decidido confirmar consiste en afirmar que, además, atendido el contexto en que se ha dado el delito establecido de secuestro calificado de Pedro Millalén Huenchuñir, determina la irrelevancia de cualquier término de prescripción o de extinción de la acción penal derivada del transcurso del tiempo en relación con esta categoría de delitos, calificados como delitos en contra de la humanidad.

2) Que, en efecto, los razonamientos incluidos por la práctica judicial chilena a contar del fallo de la Excelentísima Corte Suprema, respecto del delito de secuestro cometido en este mismo contexto en contra de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, sentencia pronunciada con fecha 17 de noviembre de 2004, recursos de casación forma y fondo, del Rol N° 2.182 - 98 de esta Corte de Apelaciones de Santiago, en el que, en relación con lo que este previniente argumentará, se expresa: "...a la fecha de los acontecimientos estaban vigentes en Chile los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Chile y publicados en el Diario Oficial del diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el

once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

"Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos

internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el

Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos". (Considerando 34 y 35 de la citada sentencia de la Excelentísima Corte Suprema)

3) Que, a juicio de este previniente, teniendo en consideración que tanto en el delito secuestro calificado de autos, como en el de secuestro calificado que fuera cometido en la persona de Miguel Angel Sandoval, resalta que se cumple en ellos con las exigencias básicas de masividad y sistematicidad y el marco del ataque generalizado en contra de la población civil del que formaron parte estos delitos, por lo que, a juicio del previniente, conforme a lo que explícitamente señala la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, ello permite a nuestro ordenamiento jurídico nacional, trasladar a él las nociones esenciales y propias del derecho internacional humanitario y del derecho de la guerra, tal como aparece siendo reconocido por nuestro alto tribunal.

4) Que, consecuentemente, conforme a tal legislación del derecho internacional público, en concepto del previniente, independiente del carácter de delito permanente que tiene el secuestro calificado, debe reconocerse la existencia de la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, por tratarse de violaciones al Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos.

Por ese orden de cosas, para una mejor comprensión de lo expuesto en tal sentido, este previniente tiene presente lo

razonado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en

el juicio Almonacid Arellano y Otros Versus Chile, mediante sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, la que ha sido explícita en sus fundamentos para rechazar la aplicación de la amnistía en el delito cometido en el mismo contexto del de autos, al señalar en lo atinente que:

"105. Según el *corpus iuris* del Derecho Internacional, un crimen de humanidad es en sí mismo una grave violación a los derechos humanos y afecta a la humanidad toda. En el caso Prosecutor v. Erdemovic el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia indicó que [l]os crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima.

"106. Al ser el individuo y la humanidad las víctimas de todo crimen de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 1946 ha sostenido que los responsables de tales actos deben ser sancionados. Resaltan al respecto las Resoluciones 2583 (XXIV) de 1969 y 3074 (XXVIII) de 1973. En la primera, la Asamblea General sostuvo que la "investigación rigurosa" de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, así como la sanción de sus responsables, "son un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y la

seguridad internacionales". En la segunda Resolución, la Asamblea General afirmó:

Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

[...] Los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

107. Igualmente, las Resoluciones 827 y 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, junto con los Estatutos de los Tribunales para ex Yugoslavia (Artículo 29) y Ruanda (Artículo 28), imponen una obligación a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas de cooperar plenamente con los Tribunales en la investigación y persecución de personas acusadas de haber cometido serias violaciones de Derecho Internacional, incluidos crímenes contra la humanidad. Asimismo, el Secretario General de las Naciones Unidas ha señalado que en vista de las normas y los principios de las Naciones Unidas, los acuerdos de paz aprobados por ella nunca pueden prometer amnistías por crímenes de lesa humanidad.

108. La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones señaladas. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que, aunque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un

conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario.

111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana". Asimismo, la Corte ha determinado que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

"112. Este Tribunal ya había señalado en el *Caso Barrios Altos* que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por

contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

"113. Resulta útil destacar también que el propio Estado en el presente caso reconoció que en "principio, las leyes de amnistía o auto amnistía son contrarias a las normas de derecho internacional de los derechos humanos".

"114. Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía."

5) Que, lo anterior significa que este delito de secuestro calificado en la persona de Pedro Millalén Huenchuñir está protegido por el Derecho Internacional Humanitario, lo cual implica que en el proceso penal persecutorio del delito se aplican, sin reserva alguna, los Tratados Internacionales y Principios Generales del Derecho Penal Internacional que consagran y protegen los Derechos Humanos, plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos, los que constituyen un catálogo del "mínimun ético" en situaciones de conflictos nacionales e internacionales, lo que es aceptado sin discusión por la comunidad internacional, y, por ello, ha pasado a ser parte del "ius cogens" o derecho consuetudinario de la humanidad.

6) Que, en el caso de Chile, tal como este previniente lo ha señalado en otros fallos sobre delitos similares, estas normas resultan atinentes y son imperativas con todas las consecuencias que ello implica, en cuanto el artículo 5° de la Constitución Política de la República, al establecer las Bases de la Institucionalidad, incorporó expresamente como principio o valor fundamental que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos

esenciales de la persona humana" (artículo 5°, inciso segundo); y tal inspiración, propia del constitucionalismo actual, la garantiza ese mismo inciso segundo al preceptuar que: "es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

7) Que lo anterior significa, a juicio del previniente, en cuanto a lo que interesa en esta causa, que los Tratados vigentes que consagran y protegen Derechos Humanos, son de aplicación inmediata y criterio rector de interpretación. Por ello, los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad penal individual derivada de los crímenes contra la paz, los que consisten en: a) desatar conflictos armados en violación a los tratados internacionales - Carta de las Naciones Unidas; b) crímenes de guerra, violando las normas del los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o seis Protocolos Adicionales - I y II respectivamente - sobre conflictos internacionales y no internacionales; y c) crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

8) Que este mismo juez ha sostenido - determinadamente en la sentencia definitiva de primera instancia, del rol 2182 - 98, episodio "Vidal Riquelme" - que la penalización de esta clase de conductas se da en la conciencia jurídica universal, luego de verse enfrentada ésta a la necesidad de sancionar los hechos atroces conocidos con ocasión del proyecto y ejecución del plan nazi de exterminar al pueblo judío. Por esto, al término de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas recurrieron al instrumental jurídico penal internacional, que, como construcción histórica cultural de la humanidad, permitiera dar cuenta de lo sucedido en términos de justicia.

Que, así, la obligatoriedad en Chile del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, que se formaliza desde esa época, con todas las consecuencias o efectos que ello implica, está dada en cuanto el artículo 5° de la Constitución Política de la República, al establecer las Bases de la Institucionalidad, incorporó expresamente como principio o valor fundamental que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales de la persona humana" (artículo 5° inciso segundo); y tal inspiración propia del constitucionalismo actual, la garantiza ese mismo inciso segundo de tal disposición al preceptuar que: "es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

9) Que de ello se colige en forma inequívoca, que los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad individual derivada de los crímenes contra la paz, los que consisten en desatar conflictos armados en violación a los tratados internacionales - Carta de las Naciones Unidas -, crímenes de guerra, violando las normas de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o sus Protocolos Adicionales - I y II respectivamente - sobre conflictos internacionales y no internacionales; y crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

10) Que, en opinión del previniente debe tenerse presente que, en relación con lo anteriormente señalado, la concreción de tipos penales por conductas lesivas en contra de la humanidad - los que no son otros que los tipos penales comunes ya existentes tales como homicidio calificado, secuestro calificado, esclavitud, tortura, violación, lesiones, etcétera, sólo que aquellos se dan en un contexto

de masividad, motivación, y persecución con fines de exterminación y de aterrorizar - se gestan del literal c) del artículo 6° del "Estatuto del Tribunal de Nüremberg, que define como crimen contra la humanidad:

A saber, asesinato, exterminio, la sumisión a esclavitud, la deportación, y cualquier otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, ya sea en violación o no del derecho interno del país donde han sido perpetrados". Que, luego, la obligación de aplicar e interpretar de las leyes penales en ese marco, surge también de los mismos Tratados Internacionales, entre ellos, de la norma del artículo 1° Común de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, norma que nos envía directamente a los Principios Generales del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos. Que, por el mismo orden de cosas, la Excelentísima Corte Suprema ha reconocido la afectación para nuestro Derecho Penal de los Principios de Derecho Internacional referidos, determinadamente, en cuanto a la naturaleza de delitos contra la humanidad. Que, en efecto, "en Extradición de Guillermo Vilca, la Corte Suprema declara que a falta de tratado y de conformidad con los principios de derecho internacional, procede pedir al Perú la extradición de un reo acusado de homicidio, "delito grave contra la humanidad y que compromete el orden y la tranquilidad social". Similar punto de vista sostiene en Extradición de Manuel Jesús Huerta, donde se decide que procede solicitar de Argentina la extradición de un ciudadano chileno condenado por violación, "porque se trata de un delito contra el orden de las familias y la moralidad pública que todos los pueblos tienen interés en

castigar". Ambos casos son de 1929. Con anterioridad, la Corte Suprema había fallado en Extradición de José Colombi y Otros, que no procede pedir a Cuba la extradición de dos procesados por los delitos de estafa y falsificación, ya que, según los principios del derecho internacional, a falta de tratado, solamente procede solicitar la entrega de los reos que se han hecho culpables de delitos contra la humanidad y que causan alarma a la tranquilidad social, y en Extradición de Pantaleón Gómez y Otros, que es improcedente solicitar a la República Argentina la extradición de un reo procesado por estafa, ya que según los principios del derecho internacional procede la extradición "por los delitos contra la humanidad o que atentan contra la tranquilidad social", entre los cuales no se encuentra la estafa (además, se agrega, se trataría de un simple delito y no de un crimen sancionado con penal corporal). Los dos casos datan de 1928." (Alfredo Etcheberry. El Derecho Penal En la Jurisprudencia. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición año 2002, Páginas 38 y 39).-

11) Que, de este modo, en cuanto a la obligatoriedad de las normas respecto a la imprescriptibilidad y no aplicación de leyes de amnistía como Principio General del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, reconocido por la Constitución en la forma que se ha señalado sucintamente en los fundamentos anteriores, aparece tangible para los Estados Partes de las Naciones Unidas, por la Convención Sobre 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 en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, la que en su preámbulo señala que los Estados Partes en la presente Convención, recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre extradición y

el castigo de los criminales de guerra, la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma Los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de este Tribunal, las resoluciones 2184 (XXI) de 112 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona por una parte, y la política de apartheid, por otra; observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se han previsto limitación en el tiempo; y advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativa a la prescripción de posdelitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes; convienen en lo siguiente:

Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, de 8 de agosto de 1945, confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, aún si esos

actos no constituyen una violación para el derecho interno del país donde fueron cometidos.

Que, el instrumento anterior no ha sido ratificado por Chile, sin embargo, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, según lo propugna este previniente, y en cuyo contexto se ha dado el secuestro calificado de autos en la persona de Pedro Millalén Huenchuñir, proviene de la hermenéutica jurídica que obligatoriamente debe emplearse al interpretar esta materia, en la que el intérprete del Derecho debe considerar, tal como desde siempre lo ha señalado nuestro más alto Tribunal, en que, si se trata de "delitos contra la humanidad", rigen "los Principios del Derecho Internacional", como categoría de norma de Derecho Internacional General ("ius cogens"), conforme al acervo dogmático, y convencional universal, y de la aceptación en la práctica de los tribunales nacionales miembros de las Organización de las Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

En efecto, conforme a tales aspectos (acervo dogmático, convencional universal, aceptación en la práctica de los tribunales nacionales de los Estados Partes de la Organización de las Naciones Unidas, y tribunales internacionales con jurisdicción sobre crímenes de lesa humanidad), actualmente debe reconocerse por el Estado de Chile, y, en especial, por sus tribunales, en quienes descansa el ejercicio efectivo de la jurisdicción, la imprescriptibilidad de estos crímenes, no sólo como Principio Internacional, sino como una norma consuetudinaria de Derecho Internacional Público; norma que, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena Sobre Derechos de los Tratados, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, publicada en el Diario Oficial de 22 de junio de 1981, no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma

ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

Acordada, en aquella parte en que se mantiene la condena a Enrique Ferrier Valeze y a Germán Víctor Fagalde Osorio por secuestro calificado, **con el voto en contra del abogado integrante señor Pfeffer**, quien fue de parecer que el ilícito de secuestro calificado por el cual vienen condenados los procesados debe ser recalificado y declarar que aquellos incurrieron en el delito de homicidio calificado, y emitir a su respecto decisión absolutoria, en mérito de las consideraciones que siguen:

a) Que el hecho que motiva el presente juzgamiento ocurrió el día 29 de septiembre de 1973 y ha sido tipificado por el juez quo como constitutivo del delito de secuestro calificado, descrito y sancionado en el inciso tercero del artículo 141 del Código Penal vigente a la época de comisión del ilícito, puesto que el encierro o detención de la víctima se prolongó por más de 90 días, desconociéndose hasta la fecha su paradero.

b) Que en derecho no se discute que el secuestro es un delito permanente en tanto persista el encierro o detención, lo que no ocurre respecto de la víctima que motiva este proceso, la que no hay duda fue muerta y sus restos hechos desaparecer por sus captores o terceros no identificados en el proceso. La verdad real así lo prueba mas allá de cualquier ficción procesal.

c) Que en este sentido no resulta procedente fundar una sentencia condenatoria por el delito de secuestro calificado a partir de una premisa ficta (por no encontrarse los restos de la persona hecha desaparecer aquella se encuentra a la fecha aún privada ilegítimamente de libertad).

d) Que ello es así porque nuestro orden procesal penal no exige que la muerte de una persona sea probada únicamente

con la aparición de sus restos, más aún si desde la fecha en que se ignora su paradero han transcurrido mas de 33 años.

e) Que de lo expuesto se sigue que para castigar por tal ilícito el tribunal debe demostrar la continuidad de su comisión, sin que sea procedente reclamar de los imputados prueba de que la víctima ya no se encuentra secuestrada, sino muerta, como único medio para exonerarse de responsabilidad por el delito referido.

f) Que la única verdad real develada con el advenimiento de la democracia es que durante el Gobierno Militar se dio muerte e hicieron desaparecer los restos de Pedro Millalén Huenchunir y de tantos otros disidentes del régimen autocrático por acción de organismos estatales que actuaron al margen del orden legal, lo que tipifica el delito de homicidio calificado -en tanto no se sancione en nuestro orden punitivo la figura especial de la desaparición forzada de personas como se postula por el derecho internacional de los derechos humanos.

g) Que, atendido lo señalado, no procede castigar a los partícipes por una conducta punible que no encuadra en los hechos descritos en el auto acusatorio, sino que por el delito de homicidio calificado, considerando que la víctima fue muerta en el mes de septiembre de 1973, sin perjuicio que la pena efectivamente no se les imponga por efecto de la institución de la prescripción o la amnistía.

Redacción del Abogado Integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga y de la prevención, su autor.

Regístrese y devuélvase con su Tomo I-B.

Rol N° 6083-2006.

Pronunciada por la **Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, integrada por los Ministros señor Lamberto Cisternas Rocha, Jorge Zepeda Arancibia y Abogado Integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga.