

Santiago, veintitrés de enero de dos mil ocho.

**V I S T O S :**

Por veredicto de diecisiete de noviembre de dos mil cinco, escrito de fojas 638 a 670, complementado por resolución de dos de noviembre de dos mil seis, que se lee a fojas 775, dictados en la causa N° 2182-98, Episodio "Pueblo Mapuche, Pedro Millalén", se castigó a Enrique Ferrier Valeze a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; a Germán Víctor Fagalde Osorio, a seis años de presidio mayor en su grado mínimo; y a Mario Hernán Fagalde Osorio, a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, por la responsabilidad que les incumbe como coautores del delito de secuestro calificado de Pedro Millalén Huenchuñir, ocurrido el veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y tres. Además, los tres encartados fueron sancionados con las accesorias pertinentes y con el pago de las costas del pleito. Sólo se le concedió al último de los nombrados la franquicia de la libertad vigilada, debiendo los otros dos convictos purgar efectivamente las penas impuestas.

Apelada que fuera dicha decisión, y luego de evacuado el informe del Ministerio Público Judicial, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de tres de agosto de dos mil siete, que obra de fojas 833 a 859, rectificadas el veintiocho del mismo mes y año, a fojas 862, la revocó en cuanto por ella se condena a Mario Hernán Fagalde Osorio a 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 Pedro Millalén Huenchuñir, y en su lugar **se le absolvió** de la acusación fiscal librada en su contra.

Confirmó, en lo demás apelado la referida decisión, con declaración que se reduce la pena privativa de libertad aplicada a Enrique Ferrier Valeze, a cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales atinentes con el beneficio de la libertad vigilada; y se rebaja la sanción corporal impuesta a Germán Víctor Fagalde Osorio, a tres años de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales respectivas con la remisión condicional del castigo principal.

En contra de este pronunciamiento el abogado Joseph Béreaud Barraza, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, dedujo un recurso de casación en el fondo asilado en los ordinales 1° y 4° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, como se desprende de fojas 863 a 871; y se ordenó traer en relación para su conocimiento y fallo, según consta a fojas 890.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en lo principal de fojas 863 a 871, el abogado Joseph Béreaud Barraza, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, interpuso un recurso de casación en el fondo, sustentado en los numerales 1° y 4° del artículo 546 del Código de Instrucción Criminal, esto es, “1° En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al reo en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena”, y, “4° En que la sentencia o el auto interlocutorio, calificando como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado o no admita la querrela”.

**SEGUNDO:** Que respecto de aquella causal de casación, aduce vulnerados los artículos 18 y 141 del Código Penal, así como también el 19, N°s. 2° y 3°, de la Constitución Política de la República, al haber sido considerada como muy calificada la minorante de irreprochable conducta pretérita reconocida a Enrique Ferrier Valeze y a Germán Víctor Fagalde Osorio, por haber transcurrido más de treinta y tres años desde el acaecimiento de los hechos.

Se debe tener en cuenta que son violaciones a los derechos humanos y la familia no pudo avanzar en la verdad y obtener justicia por parte de los tribunales.

Luego sostiene que no era procedente recalificar la intervención de Germán Víctor Fagalde Osorio a cómplice, puesto que él reconoce que salía con carabineros y militares a capturar extremistas, por lo que su participación es la prevista en el artículo 15 del Código Penal y no en el 16 del citado ordenamiento.

Tampoco se le debió considerar la mitigante del literal 9° del artículo 11 del Código punitivo, por cuanto no ha existido una real y efectiva colaboración sustancial al esclarecimiento de los ilícitos.

**TERCERO:** Que desde luego se hace consistir la transgresión de ley en que Mario Hernán Fagalde Osorio fue absuelto de conformidad con el artículo 456 bis del estatuto adjetivo, siendo que debió haber sido condenado.

Finalmente, afirma que el tribunal debió haber aplicado la pena que actualmente contempla el artículo 141 del Código Penal, y no aquella vigente a la época de perpetración del injusto.

Concluye señalando que las inobservancias denunciadas influyen sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto porque los tres encartados debieron haber sido condenados a presidio mayor en su grado mínimo, sin concederles ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

**CUARTO:** Que el arbitrio procesal aparece construido y sostenido sobre hechos diferentes de los que se han fijado de manera inamovible por los jueces del fondo, por lo que, para alterarlos es indispensable alegar quebrantamiento de las normas reguladoras de la prueba, demostrando también que esto tiene influencia sustancial en lo decisorio del fallo y, únicamente en tal hipótesis, resultaría viable dar lugar a una motivación sustantiva.

**QUINTO:** Que, como se ha expuesto precedentemente, el oponente únicamente invocó los literales primero y cuarto del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Penal, sin fundamentarlo también en el séptimo, lo que basta para desestimar íntegramente el recurso.

**SEXTO:** Que, aparte de lo anterior es menester añadir que tampoco se ha desarrollado la forma cómo se producen los errores de derecho, limitándose el recurrente a citar los artículos ya mencionados, y a afirmar que se deben aplicar unos en desmedro de otros, por lo que esta Corte queda en la imposibilidad de analizar si es efectivo que semejantes equivocaciones se han producido.

A mayor abundamiento es impreciso, toda vez que cuestiona la aplicación del artículo 68 bis del Código Penal, pero no da por conculcada esa regla, sino que sólo censura su aplicación.

Lo mismo debe decirse cuando reclama de la absolución de Mario Hernán Fagalde Osorio, donde únicamente se limita a indicar el artículo 456 bis del Código de Instrucción Criminal, pero no alega ninguna otra disposición ni los hechos que sirven para apoyar su afirmación que debió ser condenado.

**SÉPTIMO:** Que, en otro orden de ideas, es preciso destacar que la motivación 4ª del artículo 546 del Código procedimental, no es la apropiada para criticar la absolución de un encausado, desde que por medio de ella lo que se pretende discutir es que el dictamen habría calificado como lícito un hecho que la ley reprime como delito, siendo que en este evento se está en presencia de uno que fue considerado por los jueces del fondo como un ilícito, y en tal predicamento fueron condenados Germán Víctor Fagalde Osorio y Enrique Ferrier Valeze. Empero la razón de la absolución de Mario Hernán

Fagalde Osorio, no radica en que habría cometido un hecho diferente a aquél de los otros dos enjuiciados, sino en que esta persona no participó en el injusto, lo que también lleva a esta Corte a desechar el presente arbitrio.

**OCTAVO:** Que, no obstante lo anterior, respecto de la defensa en el sentido que los agentes deben ser castigados con arreglo a la legislación actual y no aquella vigente a la época de los sucesos, ello es motivo de una causal de casación diferente a la esgrimida, lo que atenta en contra de la naturaleza de derecho estricto del presente recurso.

Por consiguiente, atento todo lo señalado en los considerando precedentes, no cabe más que denegar en todas sus partes el presente recurso de casación.

Y visto lo dispuesto en los artículos 535, 546, N°s. 1° y 4°, y 547 del Código de Procedimiento Penal, **SE RECHAZA** el recurso de casación en el fondo formalizado por el abogado Joseph Béreaud Barraza, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, en lo principal de fojas 863 a 871, en contra de la sentencia de tres de agosto de dos mil siete, que rola de fojas 833 a 859, rectificada por resolución de veintiocho del mismo mes y año, que corre a fojas 862, la que, en conclusión, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro Sr. Rodríguez Espoz.

Rol N° 5552-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.