

**Recurso 415/2006 –
Resolución: 7342 –
Secretaría: CRIMEN
CORTE DE APELACIONES DE TALCA**

Talca, treinta de abril de dos mil siete.

Visto:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos quinto, decimocuarto, decimoquinto, decimonoveno, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero, así como la cita de los artículos 408 N°7 y 481 del Código de Procedimiento Penal, que se eliminan.

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

1°) Que como puede apreciarse de lo expresado en el motivo cuarto del fallo de primer grado, el acusado, si bien ha admitido su participación en el hecho punible que se le imputa, ha invocado circunstancias que lo eximen de responsabilidad, y al no hallarse éstas legalmente acreditadas, cabe tener su confesión como pura y simple y, en consecuencia, procede tenerlo como autor del mismo, al haber tomado parte en su ejecución de una manera inmediata y directa.

2°) Que es un hecho no controvertido en autos que los hechos que han sido materia de la presente causa ocurrieron en el contexto de encontrarse el país en un periodo de quiebre institucional en que se hallaban operando los tribunales militares en tiempo de guerra, sin que haya antecedentes ciertos que ellos ocurrieron como lo sostiene el acusado, esto es, que haya debido actuar, dando muerte a Carlos Roberto Fuentealba Herrera, en defensa legítima de su persona. Por el contrario, se encuentra comprobado que éste era buscado por agentes del Estado en razón de su opción política, y su muerte, de acuerdo al informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, corresponde a una víctima más de la violación de derechos humanos y de la violencia política.

3°) Que así las cosas, nos hallamos frente a un delito de los denominados de lesa humanidad, respecto de los cuales el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Endemovic, sostuvo que 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 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 contra la humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se niega y se ataca a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza, esencialmente, al crimen de lesa humanidad es el concepto de humanidad como víctima.

A su turno, la Carta Orgánica del Tribunal Militar de Nüremberg definió a los delitos de lesa humanidad como el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos **políticos**, raciales o religiosos.

Por su parte, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968, establece en su artículo 1° la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, los que define siguiendo las pautas del Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg.

Si bien esta Convención no ha sido ratificada por Chile, tal circunstancia no impide la aplicación del *ius cogens* que otorga tal carácter a los delitos indicados. Así es como la Convención en referencia en su Preámbulo expresa que es necesario y oportuno **afirmar** en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y **asegurar** su aplicación universal, esto es, no viene sino a reconocer o declarar la regla de derecho ya existente sobre el particular.

Según Humberto Nogueira Alcalá, en su informe pericial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al Decreto Ley 2191, sobre amnistía, contenido en la Revista *Ius et Praxis*, Vol.12, N°1, ps.251-274, 2006, la referida Convención “ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro estado nacional como parte de la Comunidad Internacional”. Y añade “La imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad se encuentra asumida por el Estado chileno al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.2 establece una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, si los hechos al momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales reconocidos por la comunidad internacional (*crimes iuris gentium*)”.

Y ha sido la Excm. Corte Suprema, en la causa sobre homicidio calificado de los estudiantes y miembros del Mir, Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, cometido en diciembre de 1973, que condenó a los ex funcionarios de Carabineros Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo, la que ha señalado que en la época en que ocurrieron tales hechos el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna, lo que hace aplicable la normativa del Derecho Internacional Humanitario, contenida fundamentalmente en los Convenios de Ginebra. Agrega que el Derecho Internacional ha elevado al carácter de principio la imprescriptibilidad de ciertas categorías de crímenes nefastos que figuran en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, la que aunque no ha sido formalmente incorporada en el derecho interno, da cuenta de un principio universalmente aceptado.

4°) Que conforme a lo que ha quedado dicho, en concepto de esta Corte, el delito que ha sido materia de acusación y fallo de primer grado, no se encuentra cubierto por la prescripción contemplada en el derecho interno, por lo procede desestimar la pretensión de la defensa contenida en su presentación de fs.540 en tal sentido.

5°) Que en cuanto a la excepción de cosa juzgada también invocada por la defensa, cabe consignar que al respecto existe a fs.720 una fotocopia de un sobreseimiento definitivo que se habría pronunciado en la causa Rol N°039-74 por el Comandante en Jefe de la Tercera División del Ejército el 24 de diciembre de 1974, cuyo cúmplase dictó el Fiscal el 27 de diciembre del mismo año.

Al respecto, es del caso señalar que la inexistencia del proceso en que tal resolución se habría dictado, le resta, en opinión de estos sentenciadores, todo efecto vinculante, sin que puedan suplirlo, por insuficiencia, los elementos contenidos en el fundamento décimo tercero del fallo en

examen.

De otro lado, y sin perjuicio de lo predicho, si se entra a su análisis, preciso es tener presente que si bien concurre la identidad del sujeto imputado, no ocurre lo mismo con la identidad del objeto respectivo, esto es, el hecho que habría sido materia de investigación y de sobreseimiento, pues el sobreseimiento en referencia sólo alude a la muerte de Carlos Roberto Fuentealba Herrera, pero la ausencia de la causa en que se pronunció impide contrastarla con el hecho que ha sido objeto de acusación judicial, en que se ha dado por establecido que tal hecho ha configurado el delito de homicidio simple, atendidos los antecedentes que arrojó la investigación sumarial.

En consecuencia, también será rechazada la excepción de cosa juzgada

6°) Que tampoco se acogerá la causal de justificación invocada por la defensa, por no hallarse establecido en autos que el encausado haya actuado en legítima defensa personal, como lo sostiene el sobreseimiento antes indicado, como tampoco se considerará la alegación de haber actuado cumpliendo la orden recibida de vigilancia y custodia de la comunidad, pues ella no puede comprender la de cometer delitos.

7°) Que no concurre en la especie la eximente incompleta alegada, prevista en el artículo 11 N°1 en relación con el artículo 10 N°10 del Código Penal, porque para que ella opere se precisa que la eximente respectiva contemple pluralidad de requisitos, cuyo no es el caso de la presente.

Tampoco procede acoger la minorante del artículo 11 N°9 del Código Punitivo, en su antigua redacción, pues como ha quedado dicho en el motivo 1° de este fallo, el acusado hizo valer circunstancias que lo eximían de responsabilidad.

A igual conclusión cabe arribar respecto de la minorante establecida en el N°10 del artículo 11 del mismo Código, pues los antecedentes allegados a la causa no permiten, ni con mucho, sostener que el encausado obró por celo de la justicia.

No resulta aplicable, tampoco, la media prescripción contenida en el artículo 103 del Código Penal, en atención a la imprescriptibilidad del delito de que se trata, según se dijo precedentemente.

8°) Que sí beneficia al acusado la minorante de haber observado una conducta pretérita irreprochable, que se acredita con su extracto de filiación y antecedentes corriente a fs. 396, exento de anotaciones penales anteriores.

9°) Que habiéndose desestimado las excepciones opuestas por el acusado, así como la causal de justificación invocada, esta Corte ha adquirido, a través de los medios de prueba legal allegados en el proceso, convicción condenatoria a su respecto, por lo que dictará sentencia en tal sentido, disintiéndose, así, de la opinión del Ministerio Público Judicial contenida en su informe de fs.789, quien fue de parecer de confirmar la sentencia en alzada.

10°) Que beneficiando al acusado una atenuante, y no perjudicándole agravante alguna, la pena asignada al delito le será aplicada en su *mínimum*.

Con lo informado por el señor Fiscal Judicial a fs.789 y lo dispuesto en los artículos 28 del Código Penal; 514 y 527 del de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia apelada de 22 de

noviembre de 2006, escrita a fs.725 y, en su lugar, se declara que se condena a **Primitivo José Castro Campos a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autor del delito consumado de homicidio simple de Carlos Roberto Fuentealba Herrera, cometido en esta ciudad el 22 de junio de 1974.

La pena privativa de libertad se le contará desde que se presente a cumplirla o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo preso, esto es, entre el 4 y el 6 de octubre de 2004, según consta del parte policial de fs.371 y del certificado de fs.381 vta.

Atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta al acusado, no se le concede ninguna de las medidas alternativas a ella contenidas en la Ley N° 18.216. Regístrese y devuélvase, debiendo notificarse a las partes en forma legal.

Redacción del Ministro don Eduardo Meins Olivares.

Rol N°415-2006.