

Santiago, veintisiete de noviembre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos autos criminales Rol N° 2182-98 “Uruguayos: Julio César Fernández y otros”, por sentencia de veinticinco de julio de dos mil doce, escrita a fojas 3.062, el Ministro de fuero señor Joaquín Billard Acuña absolvió a los acusados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Ramón Luis Carriel Espinoza, Fernando Armando Cerda Vargas, Jorge Rosendo Núñez Magallanes, Nelson Patricio Valdés Cornejo, Rodolfo Toribio Vargas Contreras, Vittorio Orvieto Tiplizky, Gregorio del Carmen Romero Hernández, Raúl Pablo Quintana Salazar, David Adolfo Miranda Monardes, Gladys de las Mercedes Calderón Carreño, Valentín del Carmen Escobedo Azúa, Ramón Acuña Acuña, Ricardo Fortunato Judas Tadeo Soto Jerez y Klaudio Erich Kosiel Hornig, de la acusación particular que formulara en su contra la parte querellante de María del Carmen Gadea Galán y María Fernández Pinto.

Asimismo, se absolvió a los encausados Carriel Espinoza, Cerda Vargas, Núñez Magallanes, Vargas Contreras, Calderón Carreño, Soto Jerez y Kosiel Hornig de los cargos que se les atribuyó como coautores de los delitos de secuestro calificado de Nelsa Zulema Gadea Galán y de Julio César Fernández Fernández.

El mismo fallo condenó a los acusados Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda y David Adolfo Miranda Monardes como coautores de los delitos antes indicados a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, 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. Por idénticos ilícitos se condenó a cada uno de los encartados Valdés

Cornejo, Orvieto Tiplizky, Romero Hernández, Quintana Salazar, Escobedo Azúa y Acuña Acuña a la pena de seis años 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. Atendida la extensión de las penas impuestas, no se concedió a los condenados beneficios de la Ley N° 18.216.

Por último, la sentencia rechazó en todas sus partes y sin costas la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida contra el Fisco de Chile por el abogado señor Marco Antonio Rendón Escobar en representación de Analía Sol Fernández, en su calidad de sucesora de la querellante María Fernández Pintos.

En contra de esta decisión el condenado Nelson Patricio Valdés Cornejo dedujo recurso de casación en la forma y de apelación y los querellantes María del Carmen Gadea Galán, María Fernández Pinto y Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los sentenciados Contreras Sepúlveda, Miranda Monardes, Orvieto Tiplizky, Romero Hernández, Quintana Salazar, Escobedo Azúa y Acuña Acuña interpusieron recurso de apelación.

A fojas 3.260 rola el informe del Ministerio Público Judicial, en el que se propone desestimar el recurso de casación en la forma y confirmar el fallo de primer grado.

Por su parte, por resoluciones de diecinueve de julio de dos mil doce, rolante a fojas 3.058, y de dieciocho de noviembre de dos mil trece, escrita a fojas 3.319, se decretó el sobreseimiento definitivo parcial respecto de los acusados Mario Alejandro Jara Seguel y Gregorio del Carmen Romero Hernández, respectivamente, por encontrarse extinguida su responsabilidad

penal en virtud de lo dispuesto en el N° 1 del artículo 93 del Código Penal, de conformidad con lo prescrito en el N° 5 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal. A fojas 3.260 corre el informe del Ministerio Público Judicial respecto del primero de estos pronunciamientos y a fojas 3.385 en relación al segundo, proponiéndose en ambos su aprobación.

Finalmente, por resolución de diecinueve de mayo del año en curso, que corre a fojas 3.375, se desestimó la petición formulada por la defensa del encausado Nelson Patricio Valdés Cornejo en orden a decretar sobreseimiento parcial y temporal a su respecto, en virtud de lo estatuido en el N° 3 del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal. En contra de esta decisión la defensa del este acusado dedujo recurso de apelación.

Se ordenó traer los autos en relación para conocer de todos los recursos deducidos y de las resoluciones que dispusieron los sobreseimientos elevados en consulta.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido contra la sentencia definitiva:

Primero: Que la defensa del condenado Nelson Patricio Valdés Cornejo funda su recurso de casación en la forma en la causal del N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los N° 2 y 4 del artículo 500 del mismo cuerpo legal.

Argumenta en primer término el recurrente que el fallo impugnado no cumple con el requisito del citado N° 2 del artículo 500, pues omite la correcta y completa individualización de todas las partes del proceso, ya que de las ocho circunstancias o características que la ley exige enunciar, la sentencia únicamente expone el nombre, el apellido y la profesión u oficio de los encausados.

Agrega que el fallo es nulo porque la designación completa de las partes litigantes y de los procesados es indispensable para que la sentencia pueda producir efecto de cosa juzgada conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y añade que este defecto de que adolece la decisión le causa perjuicios pues provoca la pérdida de los derechos que consagra el artículo 1698 del Código Civil a favor de su parte para probar los hechos que sirven de fundamento a su alegación de inocencia absoluta por falta de participación.

En segundo término expone la parte recurrente que el fallo de primer grado omite las consideraciones en cuya virtud se dan por probados los hechos que se le atribuyó a Nelson Patricio Valdés Cornejo, pues en parte alguna se describe las conductas que éste habría ejecutado y que fueron finalmente subsumidas en la figura típica del artículo 141 del Código Penal. Tampoco contiene la sentencia, en concepto del recurrente, consideración alguna en relación al principal argumento esgrimido por la defensa para sustentar la solicitud de absolución, cual es la falta absoluta de participación de Valdés Cornejo, omitiendo efectuar cualquier referencia a la prueba rendida por su parte.

Segundo: Que de conformidad con lo dispuesto en el N° 9 del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación sólo podrá fundarse, entre otras causales, en el hecho de no haber sido extendido el fallo en la forma dispuesta por la ley. Por su parte, el artículo 500 del mismo cuerpo legal prescribe en sus N° 2 y 4 que la sentencia definitiva de primera instancia y la segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán el nombre, apellidos paterno y materno, profesión u oficio y domicilio de las partes y además, respecto de los procesados, sus apodos, edad, lugar de nacimiento, estado civil y demás circunstancias que los individualicen y las

consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta.

Ahora bien, en cuanto al defecto que se atribuye al fallo en orden a que omite la correcta y completa individualización de todas las partes del proceso, pues de las ocho circunstancias o características que la ley exige enunciar únicamente expone el nombre, el apellido y la profesión u oficio de los encausados, lo cierto es que si bien la sentencia impugnada efectivamente no señala respecto de los acusados sus apodos, edad, lugar de nacimiento, estado civil y demás circunstancias que los individualicen, lo cierto es que por remisión explícita del inciso final del artículo 544 del Código de Procedimiento Penal resulta aplicable en la especie el inciso tercero del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo al cual el tribunal puede desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo.

En el caso de la especie aparece evidente que el vicio anotado no tiene influencia decisiva en la determinación a que arriba el sentenciador a quo y, además, puede ser corregido por esta Corte por una vía distinta a la invalidación del fallo, cual es la del recurso de apelación que también ha sido interpuesto por varios de los intervinientes en el juicio.

Por otra parte, se sustentó la casación de forma en la omisión del N° 4 del artículo 500 ya citado, imputándosele al pronunciamiento de primer grado omitir las consideraciones en cuya virtud se dieron por probados los hechos atribuidos al acusado Valdés Cornejo, no describir las conductas que éste

habría ejecutado ni haber efectuado referencias a la prueba rendida por su defensa para demostrar la falta de participación que se alegó.

Pues bien, sin perjuicio de lo que se exponga al hacerse cargo esta Corte de los recursos de apelación deducidos por las partes del juicio, la lectura del fundamento 5°.- del fallo recurrido da cuenta de la determinación de los hechos punibles que el tribunal de primera instancia tuvo por acreditados, sobre la base de la valoración de los antecedentes reseñados en el motivo 4°.- y que se calificaron jurídicamente en el 6°.- como secuestro del artículo 141 del Código Penal. Asimismo, en los fundamentos 46°.-, 47°.- y 54° el señor juez a quo discurre latamente sobre las razones que, en su concepto, justifican el rechazo de las alegaciones de amnistía, prescripción y media prescripción o prescripción gradual, respectivamente, y en el 52°.- desestima la alegación de falta de participación atendido lo que antes razonó en los motivos 18°.- y 19°.- cuando se hizo cargo de la declaración indagatoria de Valdés Cornejo.

De este modo, aparece suficientemente cumplida la exigencia del N° 4 del artículo 500 que la parte recurrente echa en falta, razón por la cual no cabe sino concluir que el defecto de casación que se alega no aparece configurado.

Tercero: Que en virtud de las consideraciones expuestas en el fundamento anterior el recurso de nulidad de forma deducido por la defensa del encausado Nelson Patricio Valdés Cornejo debe ser necesariamente declarado sin lugar.

II.- En cuanto a los recursos de apelación deducidos contra la sentencia definitiva:

Se reproduce la sentencia de primera instancia, con las siguientes modificaciones:

a) en la parte expositiva, a continuación de las expresiones “General ® de Ejército”, “Oficial ® de Ejército”, “comuna de Providencia”, “Región de

Los Lagos”, “comuna de Las Condes”, “comuna de Arica”, “domiciliado en Granaderos 1.129 comuna de Providencia”, “departamento 94, comuna de Las Condes”, “Inspector ® de la Policía de Investigaciones de Chile”, “comuna de Melipilla”, “comuna de Concepción”, “comuna de San Antonio”, “comuna de Teno”, “comuna de Los Andes” y “comuna de Estación Central”, se agrega “73 años de edad, nacido en Santiago, casado, domiciliado en Club de Campo Sur, Pasaje Los Ciervos N° 394, comuna de Peñalolén, Santiago”, “73 años de edad, nacido en Lo Miranda, comuna de Doñihue, casado, domiciliado en Benvenuto Cellini N° 7783, Las Condes, Santiago”, “71 años de edad, nacido en Antofagasta, casado”, “67 años de edad, nacido en Santiago, casado, jubilado”, “nacido en El Cairo, Egipto, 64 años de edad, médico cirujano”, “59 años de edad, nacido en Lota, viudo, Brigadier de Ejército ®”, “54 años de edad, nacido en Santiago, pensionado”, “74 años de edad, nacido en Santiago, casado”, “ 70 años de edad, nacido en Santiago, casado”, “Calderón”, “64 años de edad, nacido en Concepción, casado”, “65 años de edad, nacido en San Carlos, casado”, “63 años de edad, nacido en Concepción, casado, guarda cruce”, “57 años de edad, nacido en Santiago, casado” y “67 años de edad, nacido en San Bernardo, viudo”, respectivamente.

b) en el fundamento 5°.- se reemplaza el pasaje “ahora justificado” por la forma verbal “acreditado”.

c) se eliminan los motivos 13°.-, 15°.-, 17°.-, 21°.-, 31°.-, 37°.-, 39°.-, 55°.- y los párrafos segundo y tercero del fundamento 63°.-.

Cuarto: Que si bien los acusados Carriel Espinoza, Cerda Vargas, Núñez Magallanes, Vargas Contreras, Calderón Carreño, Soto Jerez y Kosiel Hornig niegan su participación en los hechos, obran en su contra los siguientes elementos de convicción:

i) Respecto de Jorge Rosendo Núñez Magallanes:

a) declaración judicial de Patricio Laureano Carlos Carranca Saavedra - funcionario de la Fiscalía Militar que operó en el Regimiento de Ingenieros de Tejas Verdes- de fojas 572, quien indica a Núñez Magallanes como la persona que a la época de los hechos se encontraba al mando del Departamento o Sección Segunda de Inteligencia, con dependencia directa de Manuel Contreras Sepúlveda, y con relación también directa con Mario Jara Seguel. Agregó el deponente que la unidad al mando de Núñez Magallanes funcionaba en la Secretaría de Estudios del Regimiento de Tejas Verdes y que éste era uno de los responsables de los interrogatorios.

b) declaraciones de Gregorio del Carmen Romero Hernández, policial de fojas 583 y judicial de fojas 605, quien expone que después del 11 de septiembre de 1973 Núñez Magallanes quedó a cargo del Departamento Segundo de Inteligencia en el que él también laboraba y que sus tareas consistían en trasladar a los detenidos desde el Cuartel N° 2 hasta la Secretaría de Estudios, precisando que en una ocasión vio a una mujer de nacionalidad uruguaya que era interrogada. En careo a fojas 1.183 el acusado Valentín del Carmen Escobedo Azúa declara que en una oportunidad Núñez Magallanes le ordenó que junto a Mario Jara Seguel y a una persona de la Dirección de Inteligencia Nacional abordaran un remolcador en cuyo interior había un ataúd que fue arrojado al mar.

c) declaraciones prestadas ante la Policía de Investigaciones de Chile por Olga Alejandrina Letelier Caruz y Carmen Núñez Rodríguez de fojas 594 y 595, quienes indican a Jorge Rosendo Núñez Magallanes como una de las personas que participó en los interrogatorios y torturas que fueron sometidas mientras permanecieron privadas de libertad en el Campamento de Prisioneros de Tejas Verdes.

ii) Respecto de Klaudio Erich Kosiel Hornig:

a) declaración judicial de Fernando Cerda Vargas de fojas 260, quien indica que en diciembre de 1973 las actividades académicas de la Secretaría de Estudios del Regimiento de Tejas Verdes se encontraban suspendidas y que su superior directo en el Cuartel N° 2 era Kosiel Hornig. Agrega que mientras se desempeñó como oficial de guardia supo de la existencia de detenidos de nacionalidad uruguaya, específicamente de una mujer que decían había sido Tupamaro que se negaba a hablar cuando la interrogaban en el casino de oficiales y que entiende que la mataron.

b) declaraciones prestadas ante la Policía de Investigaciones de Chile por Olga Alejandrina Letelier Caruz y Carmen Núñez Rodríguez de fojas 594 y 595, quienes señalan que Kosiel Hornig participó en los interrogatorios y apremios ilegítimos a que eran sometidos quienes se encontraban detenidos en Tejas Verdes.

iii) Respecto de Ricardo Fortunato Judas Tadeo Soto Jerez:

a) documento consistente en la Hoja de Vida y Calificación correspondiente al período 1973-1974, de fojas 1.145, en que se lee una felicitación al calificado por haberse desempeñado como jefe del equipo de interrogadores, por su iniciativa e incluso por haber desempeñado sus funciones hasta por setenta y dos horas seguidas, constituyendo “un ejemplo de superación para sus subordinados”.

b) declaraciones judiciales de Luis Ramón Carriel Espinoza de fojas 1.072 y 1.341, prestada esta última en la causa Rol N° 2182-1998 “Episodio Tejas Verdes. Rebeca Espinosa Sepúlveda”, quien sindicó a Soto Jerez como una de las personas que interrogaba y torturaba a los detenidos.

c) declaración judicial de Patricio Eduardo Gutiérrez Fernández de fojas 1.310, prestada en la causa Rol N° 2182-1998, “Episodio Tejas Verdes. Rebeca Espinosa Sepúlveda”, quien expone que en su condición de soldado

conscripto a cargo de la guardia en una torre en el sector del casino de los oficiales en el Cuartel N° 2 se enteró que en subterráneo se interrogaba a los detenidos, los que además eran torturados y en ocasiones salían muy maltrechos.

iv) Respecto Fernando Armando Cerda Vargas:

a) declaración judicial de Ramón Luis Carriel Espinoza de fojas 225, quien indica a Cerda Vargas como uno de los Jefes de Guardia del Campamento de Prisioneros que existió al interior del Regimiento de Ingenieros de Tejas Verdes.

b) declaración prestada ante la Policía de Investigaciones de Chile a fojas 172 por Raúl Díaz Reyes, quien refiere haberse desempeñado en el Campamento de Prisioneros de Tejas Verdes y que una de las personas con quien permaneció en ese recinto fue Fernando Armando Cerda Vargas.

v) Respecto de Rodolfo Toribio Vargas Contreras:

a) declaraciones prestadas ante la Policía de Investigaciones de Chile por Olga Alejandrina Letelier Caruz y Carmen Núñez Rodríguez de fojas 594 y 595, quienes señalan que Vargas Contreras participó en los interrogatorios y apremios ilegítimos a que fueron ellas sometidas mientras se encontraron detenidos en el Regimiento de Tejas Verdes.

b) declaraciones de Gregorio del Carmen Romero Hernández y Ramón Luis Carriel Espinoza de fojas 583 (policial), 605 (judicial), 946 (policial) y 1.341 (judicial), quienes indican que Vargas Contreras, en su condición de Carabinero, participó en los interrogatorios y torturas que tenían lugar en el subterráneo del casino de oficiales del Regimiento Tejas Verdes.

vi) Respecto de Gladys Calderón Carreño:

a) declaración judicial de Gregorio del Carmen Romero Hernández de fojas 605, quien señala que al doctor Vittorio Orvieto Tiplizky lo vio con

varias enfermeras durante los interrogatorios, las que verificaban el estado físico en que se encontraban los detenidos que eran sometidos a interrogatorios.

b) careo entre Astrid Heitmann Ghiglioto y Vittorio Orvieto Tiplizky de fojas 1.355, en que la primera indica que el segundo siempre andaba con una enfermera morena, buena moza, de unos veintitantos años.

c) declaraciones de Arturo Farías, José Vásquez, Ramón Luis Carriel Espinoza, Anatolio Zárate y María Rojas a fojas 1.032, 1.322, 1.341, 1.350, 1.347, 1.352 y 1.358, todos quienes expresan que las enfermeras estaba presentes en los interrogatorios y torturas de los detenidos y que asistían a los médicos cuando éstos debían cerciorarse del estado de salud física del interrogado.

vii) Respecto de Ramón Luis Carriel Espinoza:

a) declaración judicial de Carmen Núñez Rodríguez de fojas 1.777, quien señala que al llegar detenida a Tejas Verdes fue interrogada por Carriel Espinoza.

b) declaración judicial de Nelly Andrade Alcaíno de fojas 1.291, quien relata las circunstancias en que fue detenida, agregando que recuerda a Carriel Espinoza al interior del Campamento de Prisioneros de Tejas Verdes como un sujeto siniestro en el trato con los detenidos.

Quinto: Que como primera cuestión fundamental -aunque obviamente no determinante por sí sola para afirmar la participación- debe hacerse notar que todos los antecedentes reseñados sitúan a los encausados Carriel Espinoza, Cerda Vargas, Núñez Magallanes, Vargas Contreras, Calderón Carreño, Soto Jerez y Kosiel Hornig en el Regimiento de Tejas Verdes en la época en que la misma prueba reunida durante la instrucción del sumario da cuenta que permanecieron privados de libertad en calidad de “prisioneros” las

víctimas de autos Nelsa Zulema Gadea Galán y Julio César Fernández Fernández.

Enseguida cabe señalar que la coincidencia temporal no se redujo únicamente a eso, sino que todos estos acusados tenían, de una u otra forma y en mayor o menor medida, contacto con las personas detenidas en el aludido regimiento -entre ellas como se vio Gadea Galán y Fernández Fernández- y la conducta que cada uno de ellos desplegaba -mando, vigilancia, interrogación, aplicación de apremios ilegítimos, atención médica y otros- permitía o facilitaba que ese encierro o privación de libertad sin derecho se materializara, mantuviera y perpetuara, tomando con ello parte en la ejecución de la acción descrita por el tipo penal del secuestro de una manera inmediata y directa o bien impidiendo o procurando impedir que se evite, de modo tal que no cabe sino estimarlos autores al tenor del N° 1 del artículo 15 del Código Penal.

Ahora bien, la eventual imposibilidad de estos encausados en orden a poner término a la ejecución del hecho interrumpiendo la mantención del estado antijurídico que supone el secuestro, no importa afirmar que hubieran carecido del dominio del hecho y que, por lo mismo, no pueda considerárseles autores, pues lo relevante es que cada una de estas personas dirigió conscientemente sus actos a la consecución de un fin, cual fue el mantenimiento del encierro o detención sin derecho de Gadea Galán y Fernández Fernández. Con ello, se insiste, satisficieron tanto objetiva como subjetivamente la descripción típica del artículo 141 del referido Código y ese acto puede atribuírseles como obra suya.

Sexto: Que las defensas de Vargas Contreras a fojas 2.514, Calderón Carreño a fojas 2.419, Soto Jerez a fojas 2.318, Carriel Espinoza a fojas 2.467, Cerda Vargas a fojas 2.597 y Núñez Magallanes a fojas 2.274 requirieron la dictación de sentencia absolutoria fundados en la falta de participación de

estos acusados en los hechos investigados, alegación que debe ser necesariamente desestimada en razón de las consideraciones efectuadas en el motivo Sexto precedente, conforme al cual la intervención punible de las referidas personas en calidad de autores en los secuestros calificados de Nelsa Zulema Gadea Galán y de Julio César Fernández Fernández ha resultado plenamente comprobada. Por idéntico fundamento debe rechazarse la petición de Carriel Espinoza dirigida a recalificar su grado de intervención en el ilícito al de encubridor, pues, además de lo ya expresado, debe agregarse que el que encubre, conforme al artículo 17 del Código Penal, interviene con posterioridad a la ejecución del crimen o simple delito y la conducta desplegada por este acusado, lejos de haber tenido lugar después de ejecutado el hecho, satisfizo tanto objetiva como subjetivamente la descripción del tipo del secuestro y no la de alguna de las hipótesis del aludido artículo 17.

Asimismo, la alegación de inexistencia del delito formulada por la defensa del encausado Kosiel Hornig en la presentación de fojas 2.623 debe ser igualmente desestimada, pues el efectivo acaecimiento del hecho que motivó la acusación quedó demostrado con la prueba reunida, conforme se razonó acertadamente en la sentencia que se revisa.

Séptimo: Que respecto de la invocación de la prescripción de la acción penal y de la aplicación del Decreto Ley N° 2.191 planteada por los defensores de Vargas Contreras, Calderón Carreño, Soto Jerez, Cerda Vargas, Núñez Magallanes y Kosiel Hornig, además de los razonamientos contenidos en los considerandos 46°.- y 47°.- del fallo de primer grado, se estima pertinente argumentar, con el objeto de justificar su rechazo, que la actividad criminal de los sentenciados se ha subsumido en la figura típica del secuestro, que corresponde a lo que se denomina un delito permanente, en que el bien jurídico protegido admite una lesión prolongada en el tiempo y en que la

acción descrita por el tipo tiende precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

En efecto, los ilícitos permanentes son aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. Se verifica en ellos -al igual que en los que no poseen esta cualidad- un instante en que la conducta típica está completa y esa ejecución completa de la acción descrita por el tipo origina un estado o situación susceptible de ser prolongada. Dicho de otro modo, el agente encierra o detiene sin derecho a la víctima, privándola de libertad, y la conducta típica queda completa con ello, pero ese encierro o detención puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor.

En el caso del secuestro, el sujeto activo que incurre en el injusto comienza ejecutando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener sin derecho, creando así una situación indeseable para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, permaneciendo en la realización del delito.

Octavo: Que sin perjuicio de lo afirmado en la última parte del fundamento anterior, la cesación de ese estado puede o no depender de la voluntad del hechor, pues resulta también imaginable que se produzca por obra de terceros -en el evento que la víctima sea rescatada-, del propio ofendido -si logra fugarse- o por otras causas ajenas a la voluntad de éste -como si fallece-, nada de lo cual se ha acreditado durante el curso de este pleito, de suerte que aquello que ha sido demostrado en el proceso es el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado sin que se tengan noticias ciertas del paradero de los afectados o de sus restos, en el evento de haber fallecido.

Ahora bien, entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado, lo que en la especie no ha sido acreditado, no obstante las pesquisas enderezadas en tal sentido, y por lo tanto no es dable fijar una época de término del injusto. En otras palabras, las averiguaciones han podido demostrar el comienzo de los secuestros, pero no ha sido posible comprobar su finalización ni la muerte de los ofendidos, de manera que mal puede computarse la prescripción de la acción penal si no consta la cesación del delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber acontecido este hecho.

De esta manera, el cómputo requerido para establecer la procedencia de la prescripción, en cuanto circunstancia que extingue la responsabilidad penal, no puede realizarse al no existir fecha cierta del término del estado antijurídico provocado por la acción delictiva.

Otro tanto y por las mismas razones anotadas puede afirmarse en relación a la amnistía consagrada en el Decreto Ley N° 2.191, pues de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° de ese cuerpo legal, se la concedió “a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”.

Noveno: Que las razones expuestas en los motivos Octavo y Noveno que anteceden son suficientes también para rechazar la solicitud de estimar concurrente en el caso de autos la situación regulada en el artículo 103 del

Código Penal, sin perjuicio de las invocadas por el tribunal a quo, que la Corte también comparte.

La misma suerte debe correr la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, alegada por la defensa de Vargas Contreras, Soto Jerez, Carriel Espinoza, Núñez Magallanes y Kosiel Hornig, pues los presupuestos de hecho de esta minorante, ni aún en los términos más amplios que la concibe hoy el legislador, se configuran en la especie, desde que el esclarecimiento de los hechos y de la participación que en ellos cupo a los encausados se logró sobre la base de la valoración de antecedentes proporcionados por personas distintas de estos imputados y, en todo caso, la eventual colaboración que pudieron haber prestado distó mucho de ser sustancial, como exige el precepto.

Otro tanto cabe señalar respecto de la circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal del N° 1 del citado artículo 11, en relación al N° 10 del artículo 10, alegada por Soto Jerez y Núñez Magallanes. En efecto, como primera cuestión resulta necesario referirse a la eximente prevista en esta última norma, con arreglo a la cual está exento de responsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Es pacífico en doctrina que sólo obra justificadamente quien ejercita un derecho que le ha sido conferido por el ordenamiento jurídico o cuando el deber ha sido impuesto inmediatamente por el mismo. En este segundo caso, además, es preciso, que la obligación se encuentre establecida por el derecho de una manera inmediata y específica, de manera tal que cuando la ley se limita a imponer una sujeción genérica a órdenes emanadas de superiores jerárquicos, las conductas típicas que se realicen en cumplimiento de éstas continúan siendo antijurídicas y sólo podrán ser exculpadas si se dan los presupuestos de la obediencia de órdenes antijurídicas.

Pues bien, la eximente incompleta actúa como atenuante de responsabilidad únicamente en tanto, además de ser posible su división intelectual, concurra su requisito básico o esencial, como la agresión ilegítima en la legítima defensa o la existencia del mal que se trata de evitar en el estado de necesidad. En el caso de la especie no concurre el requisito básico o esencial de la eximente sobre cuya base se construye la atenuante que se alega, cual es la existencia del derecho o la imposición del deber, de manera tal que debe ser necesariamente desechada.

Décimo: Que las defensas de los enjuiciados Vargas Contreras y Kosiel Hornig, por su parte, han invocado también la circunstancia minorante de responsabilidad del artículo 211 del Código de Justicia Militar y la del primero además la regla del artículo 214 del mismo cuerpo legal.

De acuerdo al inciso segundo del primero de estos preceptos, el inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en la ejecución de una orden superior, o si, tendiendo ésta notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito. De acuerdo al segundo precepto, fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto en los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico y si ellas fueren relativas al servicio podrá ser considerada como atenuante muy calificada.

Pues bien, como señala inciso segundo del artículo 214, la regla especial de determinación de pena tiene cabida cuando el inferior comete un delito militar o un delito común por dar cumplimiento a una orden de un superior jerárquico y siempre que ese cumplimiento no constituya un caso de la

denominada “obediencia debida” de acuerdo con lo prescrito en el artículo 335. Acorde con esta última norma las órdenes imponen la obligación de ser obedecidas por los inferiores cuando se reúnen determinados requisitos: provenir de un superior, ser relativas al servicio, haber sido impartidas en ejercicio de atribuciones legítimas y en el evento de tender notoriamente a la perpetración de un delito, haberse representado por el inferior e insistida por el superior.

Ahora bien, la circunstancia descrita en la ley no produce el efecto de rebaja de grado por el sólo hecho de faltar una cualquiera de las exigencias anteriores, pues para que ello tenga lugar -al igual que en el caso analizado en el motivo Décimo- resulta indispensable que se cumpla con el requisito básico en que descansa la hipótesis, cual es la existencia de la orden del superior jerárquico.

En el caso en estudio, como las defensas de ambos acusados -reiterando lo declarado por éstos- niegan toda conducta relativa a los delitos que se les atribuye, no han podido insinuar siquiera haber recibido la orden de parte de algún superior jerárquico. En consecuencia, como se alude en términos generales al cumplimiento de órdenes de otros oficiales, al negar la respectiva participación en el ilícito materia de este proceso, tampoco puede tenerse por acreditada la existencia de dicha orden del superior jerárquico, todo lo cual es justificación bastante desestimar la alegación.

Por los mismos fundamentos antes expuestos corresponde también rechazar la invocación de la atenuante del artículo 211, pues descansa sobre la misma base, cual es la existencia de una orden superior, la cual, como se expuso, no ha sido demostrada.

Finalmente, respecto de la alegación de declinatoria de jurisdicción formulada por el defensor del acusado Kosiel Hornig, de la lectura de los

fundamentos de esta solicitud aparece más bien que ella se refiere a una eventual falta de competencia del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que conoció del asunto en primera instancia como tribunal unipersonal ordinario de excepción al tenor del N° 2 del artículo 50 del Código Orgánico de Tribunales, pues en su concepto no figura en el proceso persona alguna constituida en “dignidad que tenga fuero”, ya que un ex Presidente de la República contra quien en su momento se dirigió la acción penal falleció en 2006. Este alegato carece de todo sustento jurídico y debe ser desestimado, por cuanto de acuerdo a la regla general de competencia de la radicación o fijeza consagrada en el artículo 109 del mismo Código Orgánico de Tribunales, “radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un asunto ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente”. En el caso de la especie, como se reconoce por la propia defensa de Kosiel Hornig, la acción penal ejercida por la parte querellante se dirigió en su oportunidad contra Augusto Pinochet Ugarte, quien por tener la calidad de ex Presidente de la República hizo que resultaran aplicables el citado N° 2 del artículo 50 y el inciso segundo del artículo 168 del mismo Código Orgánico, de manera tal que correspondía que un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva juzgara a todos a quienes se atribuía responsabilidad criminal, como en el hecho aconteció. El posterior fallecimiento de la persona que justificó la competencia del Ministro de Corte constituye una causa sobreviniente que de acuerdo al citado artículo 109 no produce efecto alguno en lo que a esa competencia se refiere.

Undécimo: Que, en cambio, debe reconocerse a todos los acusados la atenuante del N° 6 del artículo 11, esto es, la irreprochable conducta anterior, pues conforme da cuenta el extracto de filiación y antecedentes de cada uno de ellos, al momento de verificarse los hechos que motivaron la instrucción del

sumario no registraban condenas por crimen, simple delito o falta por fallo firme.

De acuerdo a la norma, se exige una conducta anterior irreprochable, es decir -aunque suene obvio-, exenta de reproche. El requisito es puramente negativo y, por lo tanto, para gozar de la atenuación no es necesario que se demuestre que el sentenciado ha llevado una vida ejemplar o particularmente virtuosa, pues esto último implica una actividad positiva. La jurisprudencia uniformemente ha reconocido la minorante a quien carece de condenas por sentencia ejecutoriada por hechos ocurridos con anterioridad al actual juzgamiento y dictadas también con anterioridad al inicio de éste, presupuesto que se satisface respecto de todos los acusados.

Duodécimo: Que respecto de las circunstancias agravantes de responsabilidad criminal que las querellantes solicitan sean consideradas por el tribunal para efectos de determinar las penas a aplicar, cabe señalar lo siguiente para desestimar tal petición.

En cuanto a la agravante del N° 1 del artículo 12 del Código Penal, esto es, cometer el delito con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro, esta circunstancia comprende dos situaciones diferenciadas: la traición y obrar sobre seguro. Por la primera debe entenderse el aprovechamiento, para la ejecución del delito, de la confianza que la víctima o de un tercero han depositado en el hechor o que éste se ha granjeado con ese objeto, y por la segunda, el ocultamiento del cuerpo del hechor o de los medios con que cometerá el delito, con el propósito o finalidad de causar la indefensión de la víctima frente al ataque. Pues bien, en el caso de la especie no se configura ninguna de las dos hipótesis, pues la forma como se ejecutó la acción típica no supuso aprovechamiento alguno de confianzas depositadas en los acusados, por cuanto no las hubo, ni tampoco ocultamiento

de hechos o medios de comisión para provocar indefensión. La prueba rendida durante el curso del juicio no permite siquiera presumir la configuración de los supuestos de hecho de las dos situaciones que contempla el precepto.

En relación a la agravante del N° 4 -aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución- se refiere la ley a la crueldad en la ejecución del acto criminal. Al igual como sucede en el caso, según se verá, de la circunstancia del N° 9, objetivamente ésta se manifiesta en la agregación de males que son innecesarios para la ejecución y subjetivamente requiere deliberación, es decir, conocimiento del incremento del mal y de su innecesidad y voluntad de realización o al menos de que sobrevenga como consecuencia de la actuación voluntaria. Lo cierto es que en el caso de autos no existe prueba contundente y precisa en orden que a las privaciones ilegítimas de libertad que sufrieron Nelsa Zulema Gadea Galán y de Julio César Fernández Fernández hayan sido acompañadas de otros males innecesarios, razón suficiente para desestimar la concurrencia de este motivo de agravación.

En cuanto, ahora, a la circunstancia modificatoria del N° 9 del artículo 12, de acuerdo al cual es agravante emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan ignominia a los efectos propios del hecho, ha de entenderse por ignominia el nuevo mal, distinto del delito y no inherente a él, que es superfluo o innecesario para su ejecución y que, en definitiva, constituye una afrenta que lesiona el honor o los sentimientos de las personas, sea que lo experimente la propia víctima o un tercero. En este contexto, la agravante supone, por una parte, que el autor emplea ciertos medios de ejecución no obstante haber advertido que disponía de otros recursos para el logro de su objetivo, es decir, que advierte lo innecesario de aquéllos que

utilizó, y además al menos aceptando que ocasionen una humillación suplementaria o, por otra, la agregación de circunstancias meramente accesorias. Pues bien, no obstante dar cuenta la prueba producida del acaecimiento de un hecho penalmente reprochable y que ha sido calificado como secuestro del inciso tercero del artículo 141 del Código Penal, esto es, como el encierro o detención de otro sin derecho, que se ha prolongado por más de noventa días o del que ha resultado un grave daño en la persona o intereses del encerrado o detenido, no es posible concluir de la valoración de esa misma prueba el empleo de medios de ejecución superfluos para la consecución del objetivo o bien la agregación de circunstancias enteramente accesorias que hayan provocado una afrenta adicional, distinta a la propia del delito.

Respecto, finalmente, a la circunstancia del N° 10, consistente en cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia, la agravante opera en tanto el autor del delito obra con ocasión de la calamidad o desgracia, esto es, en la oportunidad o con la comodidad de tiempo o lugar. La razón de ser del agravamiento del castigo está dada por la mayor reprochabilidad determinada por la indiferencia del autor ante una situación desgraciada que, en circunstancias normales, debería motivarlo a la ejecución de actos de auxilio o ayuda a quienes se ven afectados por la calamidad y no constitutivos de delito. En este contexto, resulta evidente que la calamidad o desgracia debe estar teniendo lugar en el momento mismo en que se ejecuta la acción típica, de la que el autor también se aprovecha para asegurar la consumación. En el caso de la especie es claro que las circunstancias que enfrentaba el país no eran las de normalidad institucional y si bien muchos calificarían la situación existente como “calamitosa o desgraciada”, es claro que ella no puede asimilarse a un

incendio, un tumulto o un naufragio, en el sentido que estas últimas -que son aquellas situaciones a que se refiere la ley a título ejemplar- suponen un momento temporalmente acotado y determinado y no un estado de cosas relativamente asentado, por muy desgraciado que sea.

Décimo Tercero: Que en lo relativo a la determinación de la pena, los acusados han resultado responsables de dos delitos de secuestro calificado -previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados-, de manera tal que resulta aplicable a su respecto el artículo 74 del Código Penal, que dispone imponerles todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

No obstante lo anterior, esta regla de acumulación material de las sanciones cede ante la del artículo 509 del Código de Procedimiento, de cuya aplicación en este caso resulta una pena única inferior. Así, teniendo en consideración que por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, se aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor -que para el caso de autos resulta ser indistintamente cualquiera de las dos- y se aumentará en un grado, quedando en definitiva para todos los encausados en presidio mayor en su grado medio.

Décimo Cuarto: Que, en definitiva, favoreciendo a los enjuiciados una atenuante, sin que les perjudiquen agravantes, la pena se determinará conforme a la regla que al efecto prescribe el inciso segundo del artículo 68 del Código Penal y no se lo hará en el grado máximo.

Décimo Quinto: Que en cuanto a la situación procesal del acusado Gregorio del Carmen Romero Hernández, cabe señalar que se ha agregado al proceso a fojas 3.316 el certificado que da cuenta de su fallecimiento, acaecido con posterioridad a la dictación de la sentencia que se revisa.

En este escenario, teniendo en consideración que de conformidad con lo prescrito en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, en lo que interesa, en la sentencia definitiva el que ha sido emplazado de la acusación debe ser siempre condenado o absuelto, no pudiendo dejarse en suspenso el pronunciamiento del tribunal salvo en los casos en que la ley permite el sobreseimiento respecto del acusado ausente o demente -cuyo no es el caso- y con el objeto de arreglar su situación procesal al escenario que ha originado su muerte, deberá revocarse el fallo en esta parte y absolvérselo de los cargos al tenor de la regla del N° 1 del artículo 93 del Código Penal, de acuerdo a la cual la responsabilidad penal se extingue por la muerte del procesado.

III.- En cuanto a los sobreseimientos definitivos elevados en consulta:

Décimo Sexto: Que se ha elevado en consulta los sobreseimientos definitivos de fojas 3.058 y 3.319, decretados respecto de los acusados Mario Alejandro Jara Seguel y Gregorio del Carmen Romero Hernández, respectivamente, fundados en el fallecimiento de estas personas, debidamente comprobado con el mérito de los certificados de defunción pertinentes.

Pues bien, respecto de la situación de Romero Hernández deberá estarse a lo concluido en el fundamento anterior y en relación a Jara Seguel, acorde con lo informado por la Fiscalía Judicial a fojas 3.260, deberá prestarse aprobación a la decisión que decreta su sobreseimiento definitivo.

IV.- En cuanto al recurso de apelación deducido contra la resolución que rechazó la petición de sobreseimiento parcial temporal del condenado Valdés Cornejo:

Décimo Séptimo: Que en la resolución de primera instancia rolante a fojas 3.375 el tribunal a quo decidió rechazar la petición de sobreseimiento temporal formulada por la defensa del condenado Valdés Cornejo, fundado en que las conclusiones a que arriba el informe de facultades mentales evacuado

por el Servicio Médico Legal no permitirían afirmar que este encausado se encuentra en la situación de la eximente de responsabilidad del N° 1 del artículo 10 del Código Penal, puesto que no concluye sobre su imputabilidad.

Décimo Octavo: Que el problema suscitado respecto de una situación de eventual enajenación mental sobreviniente no es en rigor de imputabilidad, puesto que ésta, en tanto presupuesto indispensable de la culpabilidad, ha de concurrir al momento de ejecutarse la acción típica, resultando irrelevante si concurre al momento de verificarse el resultado.

En consecuencia, lo que corresponde decidir en el caso de autos es si el encausado Valdés Cornejo se encuentra o no en una situación de enajenación mental que haga aplicables las reglas que al efecto prevé el legislador en el párrafo 2.- del Título III del Libro IV del Código de Procedimiento Penal.

Décimo Noveno: Que el informe médico legal de fojas 3.366 concluye que de la evaluación psiquiátrica es posible estimar que Nelson Patricio Valdés Cornejo presenta un síndrome demencial que se habría iniciado hace aproximadamente tres años y pese al tratamiento médico habría seguido un curso progresivo. Agrega la legista que el examinado requiere mantener control y tratamiento con geriatra en una institución especializada y que se estima que presenta dificultades cognitivas y amnésicas importantes que limitan severamente su capacidad para entender y participar adecuadamente de un proceso judicial. Finalmente señala que requiere de asistencia de un tercero responsable que vele por su bienestar, cuidado y protección en todas las áreas de su vida.

Vigésimo: Que sobre la base de lo concluido en el informe aludido en el motivo anterior es posible afirmar que el encausado Nelson Patricio Valdés Cornejo se encuentra efectivamente en una situación de enajenación mental, pues presenta deterioro psicoorgánico y un síndrome demencial que le

impiden valerse por sí mismo y, por consiguiente, comprender el entorno que lo rodea y ejecutar las acciones que los seres humanos ordinariamente ejecutan.

Sin perjuicio de lo anterior, la conclusión a que se ha arribado no trae aparejada como consecuencia necesaria el sobreseimiento que su defensa ha solicitado se dicte a su respecto.

Vigésimo Primero: Que, en efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 684 del Código de Procedimiento Penal, si después de cometido el delito cayere el imputado en enajenación mental, se continuará la instrucción del sumario hasta su terminación; y si no procediere sobreseimiento en la causa o en su favor, el juez decidirá si continúa o no el procedimiento, teniendo en consideración, para resolver, la naturaleza del delito y la de la enfermedad y el mismo procedimiento se aplicará cuando la enajenación mental sobrevenga en cualquier momento antes de dictarse la sentencia de término.

Como puede apreciarse, aún en el evento de haber caído el imputado en enajenación mental -como ha acontecido con Valdés Cornejo- puede el tribunal decidir que continúe el procedimiento “teniendo en consideración para resolver la naturaleza del delito y la de la enfermedad”.

Pues bien, sobre la base de estos dos parámetros que entrega el legislador se estima procedente que el procedimiento continúe y se emita pronunciamiento respecto de la responsabilidad penal que ha cabido al encausado en los hechos materia de la acusación, por cuanto la naturaleza del delito que se le atribuye, el tiempo transcurrido desde su acaecimiento, las circunstancias en que se produjo, los esfuerzos desplegados para su esclarecimiento y el legítimo derecho de los familiares de las víctimas - máxime si éstas son de nacionalidad extranjera- y de la sociedad de conocer lo

acontecido en el país en un período que evidentemente ha marcado para siempre su historia, justifica no sólo conocer esos hechos, sino también a todos quienes intervinieron ellos.

Vigésimo Segundo: Que de acuerdo ahora a lo que prescribe el artículo 685 del Código de Procedimiento y teniendo en consideración que -conforme se razonó en los motivos precedentes de esta sentencia- se mantendrá la decisión de condena respecto de Nelson Patricio Valdés Cornejo, cuando se ordenare la continuación del procedimiento se estará a lo previsto el artículo 687 si el imputado fuere condenado a penas privativas o restrictivas de libertad.

Esta última norma señala que en la hipótesis propuesta dictará el juez una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y que el condenado cuya libertad constituya peligro será puesto a disposición de la autoridad sanitaria, en cambio aquél cuya libertad no constituya riesgo será entregado bajo fianza de custodia y tratamiento, siempre que la pena o penas aplicadas constituyan en conjunto una privación o restricción de libertad por más de cinco años.

De este modo y no obstante lo dispuesto en el artículo 689 del Código de Procedimiento Penal, estimándose que la enfermedad mental de que padece Valdés Cornejo, atendida la edad de éste y la naturaleza de las formas en que se manifiesta, resulta incurable, se procederá como manda el precepto transcrito.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 510, 514, 526, 527, 528, 533, 534, 535, 543 y 544 del Código de Procedimiento Penal:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma deducido contra la sentencia definitiva:

Se **rechaza** el recurso de casación en la forma interpuesto por la defensa del condenado Nelson Patricio Valdés Cornejo en lo principal de la presentación de fojas 3.152 contra la sentencia definitiva de primera instancia, la que, en consecuencia, no es nula.

II.- En cuanto a los recursos de apelación deducidos contra la sentencia definitiva:

a) Se **revoca** la sentencia de veinticinco de julio de dos mil doce, escrita a fojas 3.062, en la parte que condena a Gregorio del Carmen Romero Hernández como autor de los delitos de secuestro calificado de Nelsa Zulema Gadea Galán y de Julio César Fernández Fernández y se declara en su lugar que se le absuelve de la acusación que de oficio se formulada en su contra por estos ilícitos.

b) Se **revoca** la misma sentencia en cuanto absuelve de la acusación judicial a Ramón Luis Carriel Espinoza, Fernando Armando Cerda Vargas, Jorge Rosendo Núñez Magallanes, Rodolfo Toribio Vargas Contreras, Gladys de las Mercedes Calderón Carreño, Ricardo Fortunato Judas Tadeo Soto Jerez y Klaudio Erich Kosiel Hornig y se declara en su lugar que todos ellos condenados como coautores de los delitos de secuestro calificado de Nelsa Zulema Gadea Galán y de Julio César Fernández Fernández a la pena única de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares y al pago de las costas de la causa.

c) Se **confirma**, en lo demás apelado, el referido fallo, con declaración de que se eleva a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio la pena privativa de libertad que se impone a los sentenciados Nelson Patricio Valdés Cornejo, Vittorio Orvieto Tiplizky, Gregorio del Carmen Romero

Hernández, Raúl Pablo Quintana Salazar, Valentín del Carmen Escobedo Azúa y Ramón Acuña Acuña.

Atendida la extensión de la pena privativa de libertad impuesta a Carriel Espinoza, Cerda Vargas, Núñez Magallanes, Vargas Contreras, Calderón Carreño, Soto Jerez y Kosiel Hornig y por no cumplirse los presupuestos legales, no se la sustituye por alguna de las previstas en la Ley N° 18.216. En consecuencia, los condenados deberán cumplir íntegramente la sanción impuesta, la que se contará desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo que permanecieron privados de libertad durante la tramitación de esta causa entre el 30 de septiembre y el 2 de octubre de 2008 Núñez Magallanes (fojas 1.404 y 1.431 vuelta), entre el 1 y el 6 de octubre de 2008 Kosiel Hornig (fojas 1.433 y fojas 1.453), entre el 23 y el 27 de marzo de 2009 Cerda Vargas (fojas 1.540 y fojas 1.593), entre el 23 de marzo y el 7 de abril de 2009 Calderón Carreño (fojas 1.559 y 1.642), entre el 26 y el 30 de marzo de 2009 Soto Jerez (fojas 1.594 y fojas 1.610), entre el 19 de agosto y el 21 de septiembre de 2009 Carriel Espinoza (fojas 1.820 y fojas 1.909 vuelta) y entre el 19 y el 24 de agosto de 2009 Vargas Contreras (fojas 1.808 y fojas 1.844). Se precisa que al condenado Escobedo Azúa le servirá igualmente de abono el período comprendido entre el 19 de agosto y el 24 de septiembre de 2009, según consta a fojas 1.812 y 1.924 vuelta, y que al condenado Contreras Sepúlveda no se le reconocen abonos, pues si bien se le dio orden de ingreso como procesado en esta causa el 6 de diciembre de 2007 como aparece a fojas 1.021, la privación de libertad que en esa fecha lo afectaba y que actualmente soporta lo es en razón de encontrarse cumpliendo condenas por sentencia firme

III.- En cuanto a los sobreseimientos definitivos parciales elevados en consulta:

Se **aprueba** el sobreseimiento definitivo parcial de diecinueve de julio de dos mil doce, escrito a fojas 3.058, y **se deja sin efecto** el de dieciocho de noviembre de dos mil trece, escrito a fojas 3.319.

IV.- En cuanto al recurso de apelación deducido contra la resolución que rechazó la petición de sobreseimiento temporal parcial del condenado Valdés Cornejo:

Se **confirma**, en lo apelado, la resolución de diecinueve de mayo de dos mil catorce, escrita a fojas 3.375.

Sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo a lo manifestado en los fundamentos Vigésimo Primero y Vigésimo Segundo de esta sentencia, se declara expresamente que el condenado Nelson Patricio Valdés Cornejo no deberá cumplir con la pena privativa de libertad impuesta, debiendo procederse a su respecto en la forma y condiciones que señala el artículo 692 del Código de Procedimiento Penal.

Se previene que la Ministra señora González Troncoso fue de opinión de no emitir pronunciamiento en los términos del artículo 687, en relación con la norma del artículo 692, ambos del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes consideraciones:

1.- Que el informe del Servicio Médico Legal de fojas 3.366 no satisface las exigencias del artículo 689 del Código de Procedimiento Penal, pues no resulta concluyente para sostener que el condenado Valdés Cornejo debe ser considerado un enajenado mental y, por otra parte, en el evento que lo fuera tampoco entrega elementos para concluir si su libertad representa o no un peligro, es decir, si como consecuencia de su enfermedad puede atentar contra si mismo o contra otras personas.

2.- Que esta disidente comparte lo razonado en el motivo Décimo Séptimo del fallo, en cuanto a que la enfermedad que padecería el encausado

se habría sobrevenido en los últimos años, de manera tal que al tiempo de los sucesos investigados en esta causa, no la padecía. Así las cosas, esa sola circunstancia impide aplicar en la especie la eximente de responsabilidad del artículo 10 N° 1 del Código Penal y, por consiguiente el artículo 408 N° 4 del Código de Procedimiento Penal.

3.- Que sin embargo, para quien previene, se incumple la hipótesis esencial del artículo 687 antes citado, desde que el informe del Servicio Médico Legal solo concluye que Nelson Patricio Valdés Cornejo presenta un “Síndrome Demencial” cuyos síntomas se habrían iniciado hace aproximadamente tres años. En efecto -como también lo expone el peritaje de fojas 3.366- el encausado evidencia un “deterioro psicoorgánico”, sin que en sus conclusiones se consigne que padece locura, demencia o pérdida de razón, motivo por el cual esta disidente estima que la actual condición del condenado no califica para ser considerado “enajenado mental” y liberarlo de cumplir la pena impuesta. Los trastornos de las funciones cognitivas, en los términos descritos en el informe, pueden evidentemente tener repercusiones en la vida de quien las padece, pero ello resulta insuficiente para hacer aplicable el precepto que se revisa.

4.- Que la conclusión anterior permite dar a la norma su real sentido y alcance, pues en la situación que se exige -enajenación mental probada- la pena deja de ser útil desde el punto de vista preventivo-general y pierde significación retributiva para el infractor, resultando procedente entonces imponer al encausado una medida de seguridad propia de la función preventivo-especial, que en la especie no se justifica.

Sin perjuicio de haberse procedido a la vista de la causa y al fallo del asunto, a fin de no continuar prolongando su tramitación en esta instancia y teniendo en consideración que los abogados de las partes que comparecieron a

alegar manifestaron que el sentenciado David Adolfo Miranda Monardes habría fallecido en fecha reciente, recibida que sea la causa por el señor Ministro de Fuego se servirá arbitrar las medidas que resulten pertinentes a fin de comprobar la efectividad de esta afirmación.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Balmaceda y de la prevención, su autora.

N° Criminal: 49-2013.

Pronunciada por la **Duodécima Sala**, presidida por la Ministra señora Jessica de Lourdes González Troncoso e integrada por el Ministro señor Jaime Balmaceda Errázuriz y la Ministro señora Maritza Elena Villadangos Frankovich.

No firma la la Ministro señora Maritza Elena Villadangos Frankovich, por encontrarse en comisión de servicio, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, veintisiete de noviembre de dos mil catorce, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.