

Causa Rol N° 40.707-3 JL Quirhue

Juz:

SENTENCIA CONDENATORIA 2º INSTANCIA  
(Revoca absolutoria de primera instancia)

FOJA 599.  
Quinientos Noventa y Nueve.

**CORTE DE APELACIONES**

**CHILLAN**

*Ingresado: 16/03/2006*

Chillán, quince de marzo de dos mil cinco.

Se designa para la redacción del fallo acordado, con conocimiento de las partes, al Ministro Sr. Dario Silva Gundelach.

Chillán, quince de marzo de dos mil cinco.

**VISTOS:**

Se reproduce sólo la parte expositiva de la sentencia consultada, con la siguiente modificación:

El párrafo octavo se reemplaza por el que se indica a

FOJA: 600.  
Seiscientos.

continuación:

"En lo principal de fojas 463 contesta la acusación el apoderado del procesado Santiago Humberto Fernández Espinoza, quien solicita que se dicte sobreseimiento definitivo en su favor, argumentando que los hechos investigados ocurrieron en septiembre de 1973, por lo que el eventual delito de secuestro que pudiera haber cometido su defendido se encontraría prescrito de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 93 y siguientes del Código Penal. En efecto, manifiesta que el artículo 94 y siguientes del Código Penal establece que la acción penal prescribe respecto de los crímenes, en 10 años, y de los simples delitos en 5 años, por lo que a su juicio, la acción penal emanada de los hechos investigados estaría prescrita y de estimarse que son constitutivos de crimen, el plazo de prescripción se completó en septiembre de 1983. Agrega, que el artículo 408 del Código de Procedimiento Penal dispone a su vez, que el Juez tendrá, sin perjuicio de continuar las indagaciones del sumario hasta agotarla, el citado artículo en su número 5 establece que dictará sobreseimiento definitivo, cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del inculcado, por alguno de los motivos establecidos, entre otros, por el número 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal. Expresa que se ha sostenido que estos delitos serían delitos continuados, por tratarse de un secuestro, y al no estar establecido el fallecimiento de las víctimas la ejecución del delito se extendería hasta hoy, pero los jueces deben ser la barrera de las pasiones y mas que aplicar la ley, deben resolver las cuestiones que se someten a su conocimiento, de acuerdo a la lógica, la realidad, y la situación social imperante. Dice que es absurdo pensar que su representado tenga secuestrado hasta el día de hoy al malogrado Mario Fernández González, por más de 30 años, que lo hubiere

alimentado, prestado asistencia médica, retenido en un lugar físico.

Por otra parte, expresa que el artículo 279 bis del Código de Procedimiento Penal, modificado por la ley 18.857 de 6 de noviembre de 1989 contempla la posibilidad de no someter a proceso al inculpado, aunque concurren los presupuestos del artículo 274 del mismo Código, y como en su inciso segundo obliga al Juez a dictar un auto fundado cuando hubiere adquirido la convicción de haberse acumulado en el proceso antecedentes que permitan establecer alguno de los motivos que dan lugar al sobreseimiento definitivo, es mandato imperativo, obedecer tal precepto. En relación a la prescripción de la acción penal el homicidio como el secuestro, ambos íntimamente relacionados en esta causa los que en el auto de procesamiento tiene la calidad de delitos comunes, fueron cometidos en la fecha que se indica en el auto de reo, es decir en septiembre de 1973, habiendo transcurrido más de un cuarto de siglo. De otro lado, no se da en el proceso ninguno de los presupuestos del artículo 96 del Código Penal para la interrupción de la prescripción de la acción penal, toda vez que, el procesado Fernández Espinoza no se ha ausentado del territorio de la República. Señala, además, que el Decreto Ley 2.191 de 18 de abril de 1978 concedió la amnistía "a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante 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", situación que conforme al artículo 93 del Código Penal, la amnistía, "extingue por completo la pena y todos sus efectos". Se trata de un perdón que se concede por la ley, no para beneficiar a determinadas personas sino que alcanza a las consecuencias jurídico penales de los hechos delictuosos a

los que se extiende el texto legal que la contenga, lo que impide dictar una sentencia condenatoria en contra del inculcado. Carácter objetivo de la amnistía aparece de manifiesto no solo en el texto del artículo 1º del citado Decreto ley sino que además, del mismo texto del artículo 279 bis del Código de Procedimiento Penal. También advierte el defensor que en la acusación y en el auto de procesamiento existe una cuestión contraria a derecho e ilógica, por que se aplica a su defendido el artículo 141 del Código Penal, agravado conforme a su inciso cuarto, disposición que no existía al momento en que ocurrieron los hechos septiembre de 1973. Así, el artículo vigente a esa fecha disponía que "el que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad será castigado con la pena de presidio o reclusión menores, en cualquiera de sus grados". Si el encierro o la detención se prolongare por más de noventa días o si de ello resultare un grave daño en la persona encerrada o detenida la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados". La disposición actual dispuesta por ley 19.241 que el abogado dice que fue publicada en agosto de 1973, agregó un inciso que aumenta la pena a presidio mayor en su grado medio a máximo. La sanción que debe imponerse es la que asigna al delito la ley vigente a la fecha de su perpetración de acuerdo al principio del artículo 18 del Código Penal. Insiste que debió sobreseerse definitivamente a su representado por aplicación de la prescripción y la amnistía, pero no puede acusársele como autor de secuestro e inhumación ilegal. Añade, que su representado no podría haber cometido el delito de secuestro del artículo 141 del Código penal contenido en el párrafo de los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares, atendida su calidad de Oficial de Carabineros que ostentaba a la fecha de ocurrencia de los hechos, en el cumplimiento de una orden, por lo que su

conducta debiera corresponder a la contemplada en el artículo 148 del Código Penal que sanciona a "todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medio". En su inciso segundo agrega que "si el arresto o detención excediere de 30 días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos". Finalmente argumenta que de los antecedentes del proceso no existen ni siquiera presunciones fundadas de que su defendido haya tenido participación en los hechos que se le imputan, pues como el mismo lo ha declarado y lo señalan otros testigos presénciales entregó al detenido Mario Fernández González a patrullas del Ejército que lo requirieron, por lo que solicita se le sobresea definitivamente, por haber operado en su favor la prescripción de la acción penal y/o la amnistia, y en todo caso, por no tener participación en los hechos".

**Como parte considerativa se establecen los siguientes razonamientos:**

1º.- Que en relación con los hechos que han sido materia del proceso, se han reunido los siguientes antecedentes:

a) Fotocopia de las hojas pertinentes del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de fojas 10 y 12, indicándose en la primera, que "el 26 de septiembre de 1973 fue detenido por Carabineros de Ninhue y militares, en la pensión en que residía en el fundo Torrecillas, Mario Fernández González, 25 años, capataz en la mina Antártica de propiedad de Lota Green. Testigos presénciales señalaron que la detención se produjo porque en la mina había explosivos, situación que es normal en este tipo de faenas. Según averiguaciones hechas por los familiares, el afectado habría sido entregado por sus aprehensores a Carabineros de Quirihue, y por éstos a los de Chillán. En la Comisaría de esta última ciudad se dijo

a los familiares que había sido enviado al Regimiento de Los Ángeles, lo que resultó no ser efectivo. Desde la fecha de su arresto no se tuvo más conocimiento de su paradero y suerte.

Estando acreditada su detención por testimonios verosímiles y no habiendo tomado contacto con su familia ni realizado gestión alguna ante organismos del estado, esta Comisión se ha formado la convicción de que Mario Fernández fue hecho desaparecer forzosamente por agentes del estado, violando sus derechos humanos”;

Y en la segunda: “MARIO FERNANDEZ GONZALEZ detenido desaparecido. Ninhue, septiembre de 1973. Mario Fernández, de 25 años de edad, era casado y tenía dos hijos. Trabajaba como obrero en la Fabrica Refractarios Lota Green, siendo el capataz de la mina Antártica de dicha empresa. Sin militancia política. Fue detenido el día 26 de septiembre de 1973, en la pensión en que residía en el fundo Torrecillas, por Carabineros de Ninhue. Sus familiares constataron que figuraba como detenido en los registros de la Comisaría de Carabineros de Chillán, lugar en el que fueron informados que había sido trasladado a Los Angeles, sin ser ubicado en esta ciudad. Mario Fernández permanece desaparecido desde la fecha de su detención”.

b) Oficio de el Cura Párroco de Portezuelo don Ricardo Sammon O’Brien fs. 27 en el que se indica que no se encuentra sepultado en el cementerio parroquial de Portezuelo el cadáver de don Mario Fernández González y que no hay personas sepultadas como N.N.

c) Oficio del administrador del cementerio municipal de San Nicolás don Alejandro Troncoso Verdugo en el que se informa que en los registros de sepultación a contar de 26 de septiembre de 1973, no aparece don Mario Fernández González y no se registra sepultación de desconocidos.

d) Declaración de Raquel Elena Fernández Silva fs. 40,

quien ratifica la querella de fojas 13 y siguiente por el secuestro de su padre Mario Fernández González, manifestando que a la fecha de su ocurrencia el 26 de septiembre de 1973 ella tenía 1 año y 11 meses de edad y que los datos que menciona en el libelo se los proporcionó su tío Justo Fernández González, quien en esa época vino a Ninhue a ver donde trabajaba su hermano y, por los jefes de éste, se enteró de la forma en que fue detenido y desde entonces desaparecido hasta la fecha. Agrega, que el jefe directo de su padre era don Sacarías Aguayo y que don German Porras era el gerente de la mina Lota Green donde trabajaba, la que tiene dirección en el sector playa Lota Baja; sólo sabe que la ubicación de la mina donde laboraba su padre está en la comuna de Ninhue en el fundo Torrecillas; desconoce el lugar exacto donde su padre pagaba pensión, sólo sabe que era en las cercanías de la mina, en el mismo sector del fundo Torrecillas. No tiene otro antecedente que aportar para ayudar a determinar la ubicación de su padre, o los restos de éste, e ignora el nombre de quienes lo detuvieron y todo lo relacionado con el nombre del querellado. Finalmente expresa que la querella la basó en los dichos de su tío Justo quien tiene más antecedentes al respecto.

e) Dichos de Justo Abel Fernández González fs. 41 quien expone que en el año 1973 trabajaba en las minas de carbón de Lota y que su hermano menor, Mario, trabajaba en la fábrica Lota Green, en Lota y, entre el 18 y el 20 de septiembre de 1973, la empresa lo mandó a trabajar en la mina de cuarzo que tenía en el sector fundo Torrecillas de la comuna de Ninhue. Esa fue la última vez que vio a su hermano, no tenía idea dónde quedaba Ninhue. El 27 de septiembre de 1973, no recuerda por quién, fue avisado que su hermano Mario había sido detenido por Carabineros de Ninhue y su función era manejar los explosivos, dinamita, en la mina en que trabajaba. Viajó a Ninhue, fue a la mina

FOJA: 808.  
Seiscientos Sols.

y a la casa de unos viejitos donde Mario pagaba pensión en el sector del Fundo Torrecillas cercano a la faena, pues la mina era de cuarzo y se explotaba a tajo abierto. Sólo pudo informarse que Mario fue detenido por varias personas que vestían de Carabineros, uno de apellido Rojas, por lo que fue al retén de Ninhue y le dijeron que no estaba el Carabinero Rojas, pero no le proporcionaron su nombre. El gerente de la empresa Lota Green en esa época era don German Porras, y el jefe directo de Mario y quien lo mandó a trabajar a Ninhue fue don Sacarías Aguayo. Lo anterior fue todo lo que pudo obtener y además, buscó a su hermano en los hospitales, en las cárceles y en las morgues de la zona, pero todo fue negativo, incluso tomó su feriado para dedicarse a su búsqueda y a su término debió volver a trabajar para su familia y desistió, pero con su padre trataban de cubrir los espacios cuando les dieron algún dato, sin embargo nunca lograron saber qué pasó después de su detención el 26 de septiembre de 1973 y a la fecha no ha logrado averiguar nada más que los datos que le dio a su sobrina Raquel. Nunca supo el nombre de quienes trabajaban con Mario, de las personas donde pagaba pensión y de quienes lo detuvieron.

f) Oficio del Superintendente de Operaciones de la Empresa Harbison-Walker Refractories S.A., planta de Lota, Rodrigo Parada fs. 60 en cuyo punto tercero se señala que de acuerdo con los antecedentes recogidos, don Mario Fernández González era un operario con domicilio en Lota y que desempeñaba funciones en las minas cuidando los materiales de explotación, específicamente el polvorín.

g) Informe del Departamento V Asuntos Internos de la Policía de Investigaciones fs. 151 a 156 en el que se concluye que quedó acreditado que Mario Fernández González era obrero de la mina "Antártica" en septiembre de 1973 al momento de ser detenido, pero que no está plenamente aclarada tal circunstancia y desaparición posterior.



h) Testimonio de Maria Clementina Aguilera Valenzuela fs. 176 a 176 vta., quien expone que recuerda que en el año 1973 se trabajaba una mina de cuarzo, de nombre "Antártica", cerca de su casa en el sector Torrecillas, cuyos dueños eran de Lota. Para el golpe militar en septiembre de 1973 la mina se trabajaba a cargo de Romilio Soto y eran como 12 personas el día 11 todos se fueron, permaneciendo una persona joven, de sexo masculino, de unos 26 años, quien dijo llamarse Mario Fernández, ser casado, tener dos hijos y vivir en Lota. Fernández pagaba pensión en su casa y vivía en una pieza que ella le arrendaba, era joven delgado, cariblanco, de regular contextura, estatura media pelo castaño corto, de carácter alegre y conversador. Agrega, que días después del golpe llegó una patrulla de militares compuesta de tres o cuatro jóvenes y un carabinero que recuerda que era el jefe de retén de Ninhue de apellido Rojas, si mal no recuerda todos de uniforme y los acompañaba uno de civil. No sabe quiénes eran estas personas, sólo recuerda al carabinero. Todos, especialmente el de civil, trataban mal de palabra al joven Mario Fernández y se lo llevaron en un jeep. Nunca más supo de su pensionista; en la mina trabajaban con explosivos y estos los llevaron. Como a los tres meses de la detención anduvo preguntando por Mario Fernández una persona que dijo ser procedente de Lota y hermano de Mario, no recuerda su nombre y a éste le dijo que su hermano había sido detenido por militares y carabineros de Ninhue. Nunca más supieron de estas personas hasta que el 31 de mayo de 2001 llegaron detectives de Santiago investigando qué pasó con Fernández cuando fue detenido. No recuerda a Raúl Flores como sargento de carabineros de Ninhue tampoco el nombre del sargento Rojas, sólo recuerda que el carabinero que llegó a su casa le decían sargento Rojas. La detención ocurrió días después del 11 de septiembre de 1973, no recuerda fecha exacta y nunca supo

el destino que le dieron al joven durante todos estos años.

En su declaración de fs. 273 vta. precisa que al ser detenido Fernández vestía un pantalón de mezclilla azul, zapatos gruesos, no recuerda el color, pero le parecen que eran negros, una camisa a cuadros color celeste y debajo usaba camiseta. No recuerda si llevó un bolso con ropa porque lo sacaron rápido y lo trataban mal y el de civil o detective, fue el que se portó más mal con él e incluso le dio "una patada en el pote".

i) Contrato de trabajo fs. 193 de Mario Fernández González como operario auxiliar de la división minas en la sociedad Refractarios Lota Green S.A., de fecha 1 de septiembre de 1972.

j) Dichos de Casiano Andrade Vera fs. 434, quien expone que en 1973 era funcionario de CONAF y Quirihue y que para el pronunciamiento militar, el comisario de carabineros don Santiago Fernández lo designo jefe de área de CONAF para administrar los fundos que tenía en la zona, entre otros el "Guanaco, El Toyo, Quilpolemu y Llohue". En septiembre de 1973, alguien le comentó que habían detenido una persona en la zona de Ninhue, por lo que fue a preguntar a carabineros si se trataba de alguno de los trabajadores del fundo Llohue. Por comentarios supo que a la persona detenida la iban a llevar los militares a Chillán.

k) Dichos de Juan Osvaldo Shannon Valenzuela fs. 435, quien dice que en el año 1973 vivía en Quirihue y trabajaba en el fundo Malloa donde tenían instalado un equipo electrógeno y también instaló uno en la comisaría de carabineros de Quirihue a petición del comisario. Una tarde de septiembre de ese año, entre las 17 a 18 horas cuando estaba instalando el equipo en la comisaría ingresó el capitán Fernández y otros funcionarios con un detenido con explosivos, quien era un hombre joven de unos 25 a 30 años no recordando sus vestimentas y características

físicas. Como a la hora y media después vio salir a esta persona acompañado de unos militares que lo subieron a un vehículo y se fueron. Ignora el nombre de los carabineros y militares que estaban en la unidad policial, salvo uno de apellido Moscoso.

2°.- Que los elementos de juicio reseñados en el fundamento que antecede constituyen presunciones judiciales que, por reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, permiten dar por acreditados los siguientes hechos:

Que en horas de la tarde del 26 de septiembre de 1973, Mario Fernández González, de 25 años de edad, sin militancia política, encargado de explosivos de la mina Antártica de la Sociedad Refractarios Lota Green S.A., ubicada en el fundo Torrecillas de la comuna de Ninhue, fue privado de libertad, sin orden emanada de autoridad legítima y competente que la justificara, por una patrulla compuesta por personal de carabineros al mando de un capitán a la fecha Comisario de Quirihue, ignorándose desde entonces su paradero, y el estado de su salud física y psíquica e integridad personal, sin que haya tomado contacto posterior con su cónyuge, hijos y familiares, no obstante las gestiones que se realizaron por sus empleadores y un hermano ante los organismos de Estado, sin que exista constancia de su salida o entrada del territorio nacional, ni que conste su defunción.

3°.- Que el procesado Santiago Humberto Fernández Espinoza en su indagatoria de fojas 191 a 192, reconoce que en septiembre de 1973 tenía el grado de Capitán de Carabineros y era el comisario de Quirihue y que el 11 de dicho mes, además, asumió como Gobernador del departamento de Itata y Delegado del Jefe de Zona en estado de sitio, de Chillán, en tiempo de guerra interna y que, recuerda haber participado en la detención de un individuo de apellido Fernández, por ser de su mismo apellido. Agrega,

que no recuerda la fecha pero los días posteriores al 11 de septiembre de 1973, recibió "por encargo desde Chillán, ubicar a una persona de apellido Fernández, en la zona de Ninhue, que manipulaba explosivos". Concurrió al retén de Ninhue y con un funcionario de dicho destacamento concurren a un caserío rural cercano a San Carlos donde encontraron a un hombre joven, de aproximadamente treinta años, no recuerda otra característica, quien estaba en una casa donde pagaba pensión, quien no opuso resistencia y lo trasladó a Quirihue. No recuerda quien lo acompañó en la diligencia, si fue con un funcionario de Quirihue y luego pasó a buscar el resto del personal a Ninhue porque no era conocedor de la zona, no recuerda si también iba personal militar, se trasladaron en un Jeep, no más de cuatro carabineros incluido él y supone que llevó al jefe de retén de Ninhue de apellido Flores. Al detener a Fernández se le manifestó que era por encargo de Chillán y no se opuso; no le encontraron explosivos. Agrega, que una vez en Quirihue, avisó a Chillán y vinieron a buscar a Fernández, no recuerda si fue personal militar o de carabineros a quienes lo entregó bajo acta en el libro de guardia donde antes registró su ingreso dejando constancia que fue detenido "por encargo de Chillán"; el retiro lo firmó el funcionario más antiguo de la comisión. En esa época, todas las ordenes las recibía por radio, verbales y todo rápido. Nunca supo qué ocurrió con el detenido Fernández, pero señala que quiere dejar en claro que él lo entregó a carabineros que fueron desde Chillán, no recordando el destacamento ni los nombres de las personas que lo componían. Finalmente expresa, que el personal militar que estuvo en Quirihue era del Regimiento de Chillán, actuaban solos, sin órdenes suyas, algunos tenían la gentileza de presentarse, pero no recuerda sus nombres ni el del Jefe de Zona que era el Comandante del Regimiento.

4°.- Que lo expuesto en el motivo anterior, demuestra que el procesado Fernández Espinoza reconoce su participación en la detención de Mario Fernández González en horas de la tarde del 26 de septiembre de 1973, pero califica su confesión, es decir, alega en su favor circunstancias que lo eximirían de responsabilidad criminal, o que atenuarían la que se le imputa, por lo que corresponde estudiar si la exposición suya se encuentra comprobada en el proceso y si se le debe o no dar valor, según corresponda, atendido el modo en que verosímilmente acaecieron los hechos y a los datos existentes en autos, para poder así apreciar los antecedentes, el carácter y la exactitud de la declaración del reo, tal como lo ordena el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal.

5°.- Que sin embargo, las alegaciones del acusado Fernández no resultan probadas y esta Corte no les da valor, además, por ser inverosímiles. En efecto, no se ha probado que Fernández González haya sido detenido en razón de haber participado en la comisión de algún delito; que se haya puesto a disposición de quien supuestamente ordenó su detención, o de la Fiscalía Militar correspondiente

6°.- Que concordante con lo expresado en el fundamento que antecede, la declaración del procesado constituye una confesión judicial que, por reunir los requisitos del artículo 481 del Código Penal, hace plena prueba en su contra y permite concluir que participó de una manera inmediata y directa, es decir, en calidad de autor, en los hechos establecidos en el motivo 2°, no alterando lo anterior, la contradicción con los dichos de Raúl Enrique Flores Escobar a fs. 159 y siguientes, la que desaparece en el careo de fs. 211.

7°.- Que los hechos fijados en el fundamento 2° y en los cuales el enjuiciado Santiago Humberto Fernández Espinoza participó en calidad de autor, cabe calificarlos como delito de secuestro calificado de Mario Fernández

González, tipificado en el artículo 141 del Código Penal y sancionado en su inciso tercero de dicha disposición legal, toda vez que Fernández González fue detenido, privado de libertad, sin derecho y tal situación se ha prolongado por más de noventa días y aun no se sabe con certeza su paradero.

8°.- Que en cuanto a la causal de extinción de responsabilidad criminal, de prescripción de la acción penal, contemplada en el artículo 93 N° 6 del Código del ramo, alegada también por el apoderado del reo Fernández Espinoza, es del caso advertir, que una de las características de los delitos permanentes, como el de secuestro de Fernández González, es que la prescripción de la acción penal no comienza a transcurrir sino cuando ha concluido la duración de su consumación, por lo que se rechaza dicha causal de extinción de responsabilidad invocada por la defensa.

9°.- Que respecto a la amnistía aplicable al delito alegada por la defensa y que en su concepto extinguiría la responsabilidad penal de su representado, de conformidad con el Decreto Ley N° 2.191, cabe señalar que la amnistía se encuentra consagrada en el artículo 93 N°3 del Código Penal, el que dispone que la responsabilidad criminal termina por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. Sin embargo, a juicio de esta Corte, ella no es procedente en el caso de autos en que el delito perpetrado por Fernández Espinoza es de carácter permanente y continuado y por consiguiente, no se ha determinado la fecha en que concluyó el referido ilícito y éste no ha finalizado en su perpetración, pues la acción que lo configura se prolongó y ha subsistido la lesión del bien jurídico protegido. Si bien es cierto el aludido Decreto Ley establece que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1973, no es menos verdad que, el delito de

este proceso empezó en su perpetración el 26 de septiembre de 1973 y desde esa fecha no se supo más de la víctima, por lo que indubitadamente al 10 de marzo de 1978 en que expiró el plazo estatuido en el artículo 1º del Decreto Ley de amnistía, Mario Fernández González no había aparecido y nada se sabía de él, ni dónde se encontrarían sus restos, para el caso de haberse producido su muerte por los secuestradores o por terceros, por lo que se desestima la amnistía alegada por el defensor, pues el secuestro continuó perpetrándose una vez vencido el plazo cubierto por la causal de extinción de responsabilidad penal de que se trata.

10º.- Que en lo relativo a la hipótesis de la defensa del procesado, en orden a que éste no podría haber perpetrado el delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, contenido en el Párrafo de los Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares, atendida su calidad de Oficial de Carabineros que ostentaba a la fecha de ocurrencia de los hechos, en el cumplimiento de una orden, por lo que su conducta debiera corresponder a la contemplada en el artículo 148 del Código Penal, debe tenerse presente que esta disposición legal que sanciona el delito de detenciones ilegales, exige que la conducta del funcionario tenga un móvil acorde con la función pública que debe desarrollar y de una manera que, aunque ilícita, no sea totalmente opuesta al ordenamiento jurídico; por consiguiente, la detención cometida por funcionarios está más bien referida al tipo del artículo 143 del Código Penal relativo al particular que detiene a una persona para presentarla a la autoridad, fuera de los casos permitidos por la ley. De otro lado, del texto del artículo 141 del Código Penal, se desprende que no contempla un sujeto activo calificado y puede incurrir en las conductas que sanciona, cualquier persona.

11°.- Que por lo razonado en el fundamento que antecede, no es procedente acceder a la pretensión de la defensa en el sentido allí señalado, y más, si se considera que, el enjuiciado Fernández Espinoza no ha sostenido, ni menos demostrado, que haya detenido a víctima con motivo de su participación en la comisión de algún delito, sino que por el contrario, como lo reconoce en su indagatoria contenida en el fundamento 3° al detenerlo le manifestó que era "por encargo de Chillán"; que éste no se opuso; que no le encontraron explosivos en su poder. A su vez, el sargento Flores expresa en su declaración de fs. 159 y siguientes, que Fernández González antes, le había entregado voluntariamente como diez detonantes y tres o cuatro cartuchos de dinamita que tenía a su cargo como operario auxiliar de la mina de cuarzo "Antártica" de propiedad de Refractarios Lota Green S.A. ubicada en el fundo Torrecillas en la comuna de Ninhue. A mayor abundamiento, cabe destacar, que Fernández González, según se desprende del merito del proceso, no tenía ni se le atribuye militancia ni participación alguna en actividades políticas.

12°.- Que por lo razonado en los fundamentos que preceden, se rechaza la improcedente petición de dictarse sobreseimiento definitivo en favor del procesado, formulada por la defensa, atendida su calidad procesal de acusado; sin embargo, entendiendo esta Corte que pretende su absolución, también la desestima.

13°.- Que en nada alteran las conclusiones contenidas en los fundamentos que anteceden, las declaraciones prestadas en el plenario por José Cartes Cartes, Mario Antonio Rojas Molina, Casiano Andrade Vera, Enrique Ángel Godoy Rodríguez y José Eugenio Inostroza Santander, a fs. 500, 500 vta., 501, 502 y 503, respectivamente y la de Alfonso Eduardo Fernández Pacheco, rendida como medida para mejor resolver a fs. 516, todos los cuales, excepto Andrade,



declararon como inculcados en el proceso.

14°.- Que no hay agravantes que considerar y atenúa la responsabilidad del enjuiciado Fernández Espinoza, la circunstancia de su irreprochable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, acreditada con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes, exento de anotaciones pretéritas, que rola a fojas 400 y con las declaraciones de Casiano Andares Vera y Hugo Hernán Araneda Espinoza de fojas 363 y 363 vta., respectivamente.

15°.- Que asimismo, es de utilidad dejar consignado en este fallo, que la actitud del procesado de no aportar antecedentes para dilucidar su participación en los hechos investigados, como se refiere por los funcionarios del Departamento V de la Policía de Investigaciones a fs. 445 del Informe de fs. 438 y siguientes y lo poco veraz que resulta su afirmación de fs. 501 vta., en orden a que en la fecha que la hace -22 de junio de 2003-, esto es, después de dos años de haber manifestado categóricamente al tribunal que no recuerda si entregó al detenido Mario Fernández a personal militar o de carabineros a fs. 191, hurgando en su memoria, recuerda perfectamente que entregó a Fernández, previa constancia en el libro de guardia, a un Oficial de Ejército, de dotación del Regimiento Chillán, llamado José Manuel Eñeros, quien firmó el libro de guardia y la recepción del detenido, considerando que el referido oficial, fallecido el 18 de julio de 1999, según consta a fs. 548, fue aludido por Jorge Arcadio Rosales Concha, quien en septiembre de 1973, era soldado del Regimiento Chillán, en el informe de la Policía de Investigaciones a fs. 228, el 9 de agosto de 2001, impide a esta Corte estimar que ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos investigados, de suerte que no corresponde atenuar su responsabilidad con la circunstancia del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

Por estas consideraciones, lo informado por el Ministerio Público de fojas 571 a 574, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 26, 28, 50, 68, 69 y 141 del Código Penal, artículos 108, 109, 110, 111, 481, 482, 488, 500, 503, 504, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

Que **SE REVOCA** la sentencia consultada de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fojas 562 a 567 que absuelve al procesado Santiago Humberto Fernández Espinoza, ya individualizado, de la acusación formulada en su contra a fojas 448, como autor del delito contemplado en el artículo 141 del Código Penal, agravado conforme al inciso cuarto del mismo artículo, perpetrado en la comuna de Ninhue el 26 de septiembre de 1973 y en su lugar se declara:

Que **SE CONDENA** al referido procesado, a la pena de **DIEZ AÑOS Y UN DIA** de presidio mayor en su grado medio, a la inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para el ejercicio de profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de secuestro de Mario Fernández González, cometido el 26 de septiembre de 1973.

La pena de presidio impuesta al sentenciado se le empezara a contar desde que sea aprehendido o se presente a cumplirla, sirviéndole de abono los tres días que permaneció privado de libertad del 25 al 27 de junio de 2002, según consta a fs. 364 vta. y 377 vta.

En su oportunidad, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr. Silva Gundelach.

No firma el Ministro Sr. Arcos, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente haciendo uso de licencia médica.

FOJA: 617.  
Seiscientos Diecisiete.

Rol N°204.689-2004.

*Notificado por el estado 15/3/2005.*