

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil siete.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, eliminándose el considerando 33° y la parte final del fundamento 34°, desde la frase que comienza “y la rebaja de pena...” y termina con “...presidio menor en su grado medio.”, así como la cita del artículo N° 103, y sustituyéndose la del artículo “30” por el artículo “28”.

Y teniendo en su lugar y además presente:

1°.- Que por las mismas razones que se expresa en los fundamentos 21° y siguientes del fallo apelado, en especial aquellas que se contienen en los considerandos 27° a 29°, corresponde igualmente rechazar el beneficio de la media prescripción que ha sido alegado por la defensa del acusado.

2° Que en consecuencia, la pena impuesta por el tribunal a quo debe ser elevada, teniendo en consideración, al respecto, la sanción dispuesta por la ley y las circunstancias modificatorias de responsabilidad que favorece al encausado, quedando así la de presidio mayor en su grado mínimo.

3°.- Que la extensión de la sanción hace imposible la concesión de algunos de los beneficio de la ley 18.216.

4°.- Que por lo antes expresado, esta Corte disiente del parecer del señor Fiscal Judicial manifestado en su dictamen de fojas 981 y siguiente, quien estuvo por confirmar la sentencia en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 529 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma** la sentencia apelada de once de enero de dos mil siete, escrita a fojas 898 y siguientes, **con declaración** que se eleva la pena impuesta a Adrián José Fernández Hernández, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como cómplice de los delitos de secuestro calificado de Rodolfo Iván Levequeo Carvajal y Raúl Bladimir Levequeo Carvajal. Que deberá ingresar a cumplir efectivamente la pena impuesta, la que se le contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono lo señalado en la sentencia de primera instancia.

Acordada la sentencia en alzada en aquella parte que condena a Adrián José Fernández Hernández, con el voto en contra del abogado integrante señor Pfeffer, quien fue de parecer que el ilícito de secuestro calificado por el cual viene condenado el procesado debe ser recalificado y declarar que aquel incurrió en el delito de homicidio calificado, en mérito de las consideraciones que siguen:

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

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

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

d) Que ello es así porque nuestro orden procesal penal no exige que la muerte de una persona sea probada únicamente con la aparición de sus restos, más aún si desde la fecha en que se ignora su paradero han transcurrido más de 33 años.

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

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

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

Regístrese y devuélvase.

Fuenzalida y del voto disidente, su autor.

Redacción de la ministra(S) señora Juana Latham

Rol N° 3.000-2.007.-

Dictada por la **Séptima Sala de esta Il. Corte de Apelaciones**, presidida por el ministro señor Manuel Antonio Valderrama Rebolledo y conformada por la ministro(S) señora Juana Latham Fuenzalida y el abogado integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga.