

Min. J. p. la P. o. A. p. o. A. p. o. A.  
11/10/2011

Subcom. de la P. o. A. p. o. A. p. o. A.  
11/10/2011

San Miguel, treinta y uno de Mayo de dos mil once.

**VISTOS:**

Reproduciendo el fallo en alzada con excepción de sus fundamentos cuarto, sexto, séptimo, noveno, décimo, undécimo, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto y vigésimo segundo, que se eliminan, y teniendo en su lugar presente:

**PRIMERO:** Que los antecedentes que se reseñan en el fundamento primero de la sentencia en alzada, permiten concluir de manera indubitable que en un día que no puede precisarse del Septiembre de 1973 (en todo caso partir del día 11), fue detenido en la vía pública José Eusebio Rodríguez Hernández, siendo conducido por los funcionarios policiales aprehensores al Regimiento Ferrocarrileros de Puente Alto, donde permaneció hasta el día 14 del mismo mes, en que personal militar lo llevó al sector Cerro la Ballena, que corresponde al lugar donde se realizaban prácticas de tiro, donde fue fusilado, siendo posteriormente sepultado en el Cementerio Bajos de Mena de la comuna de Puente Alto.

Aún cuando sus restos mortales no fue posible encontrarlos en dicho recinto, no obstante las diligencias realizadas al respecto, el testimonio circunstanciado prestado por Aníbal Barrera Ortega a fs. 419; el certificado de su defunción y las anotaciones existentes en los registros del Cementerio, conducen a concluir de manera inequívoca, que los hechos ocurrieron en la forma que se dijo en el párrafo anterior.

En efecto, ante tales evidencias no resulta pertinente sostener que luego de su detención ilegal, se ignore hasta el momento su paradero, por lo que legalmente, debiera presumirse que permanece bajo secuestro. El hecho del fusilamiento y de su muerte; la inscripción del deceso en los registros oficiales; la sepultación de sus restos y posterior remoción por causas que no fue posible determinar, son hechos plenamente acreditados y que en modo alguno pueden ser considerados idóneos para sustentar la figura penal de secuestro calificado.

En consecuencia, la muerte de José Eusebio Rodríguez Hernández, por la acción de terceras personas, debe calificarse jurídicamente como un delito de homicidio previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal.

De la manera dicha se modifica la calificación jurídica que se hizo en la acusación de oficio de fs. 667, lo que resulta procedente ya que para ello se tuvieron en cuenta para esto los mismos hechos descritos en dicha pieza de cargos.

**SEGUNDO:** Que el procesado Durruty Blanco, admite su participación en la muerte de José Eusebio Rodríguez Hernández, pero sosteniendo que lo hizo en su calidad de Comandante del Regimiento, donde aquel fue sometido a un Consejo de Guerra, ya que se le informó que se trataba de un "extremista" que fue sorprendido en el interior del recinto militar y en los momentos que "... caminaba en dirección al polvorín con la intención de volarlo...", por lo que luego de la deliberación, el tribunal dictó sentencia de muerte, siendo fusilado en las condiciones antes dichas. En consecuencia, aduce haber actuado en virtud del mandato de un

tribunal que estaba legalmente facultado para resolver en la forma que lo hizo.

Sin embargo, la realización de un Consejo de Guerra para juzgar a quien se atribuía un intento de sabotaje en un recinto militar, es un hecho que no fue debidamente acreditado. Desde luego, porque la propia autoridad militar informó a fs. 183 y 202 que "...en la Institución no existe ningún antecedente o proceso tramitado en Tiempo de Guerra caratulado con el nombre de JOSE EUSEBIO RODRIGUEZ HERNANDEZ..." y porque no fue posible obtener los testimonios de las personas que según Durruty habrían formado parte del tribunal que se constituyó para tales efectos, porque en el caso de cuatro de ellas ( Boris Bravo, Sergio Gajardo, Jorge Parra y José Latorre) fallecieron; respecto de otra, se ignora su paradero y al parecer se encuentra también fallecida y en el último caso, porque no fue posible identificarla, dado las muy vagas referencias entregadas por el procesado.

A lo anterior se debe agregar lo declarado a fs. 352 por quien era el Segundo Comandante del Regimiento al momento de los hechos, Italo Ferreti Rodríguez, quien manifestó que nunca supo de la realización del algún Consejo de Guerra en este recinto, afirmación que mantuvo en el careo a que fue sometido con el procesado, según consta en la diligencia de fs. 454.

Por otra parte, encontrándose suficientemente acreditado que Rodríguez Hernández, fue detenido por Carabineros en la vía pública, siendo conducido por los aprehensores al Regimiento, la versión que entrega el procesado para justificar dicha actuación, en el sentido que habría sido sorprendido en el interior de este recinto portando explosivos y cuando se dirigía al polvorín, no corresponde a la realidad de lo sucedido.

**TERCERO:** Que en razón de lo dicho, sólo cabe concluir que la única excusa legal que justificaría la muerte de José Eusebio Rodríguez Hernández, no fue legalmente probada, por lo que subsisten como hechos indiscutidos que fue detenido en la vía pública, conducido al Regimiento de Puente Alto, donde sin haberse acreditado cargos en su contra y sin forma alguna de juicio, el procesado de esta causa, en su calidad de Comandante de dicho recinto militar, ordenó su ejecución, que fue llevada a cabo por personal militar, que eran sus subordinados.

En efecto, no resulta posible dar por acreditados los hechos que el procesado invoca en su favor, tanto porque falta a la verdad en cuanto a las circunstancias de la detención de la víctima, cuanto porque ninguno de los antecedentes que menciona sobre la realización del Consejo de Guerra fue comprobado por algún medio de prueba legal.

No puede ser considerada prueba suficiente para ello, las declaraciones de algunos testigos, que refieren haber escuchado que se habría realizado tal juzgamiento, sin aportar mayores antecedentes que le dieran algún grado de verosimilitud a sus afirmaciones, puesto que trata de testigos de oídas o referencia, que más bien reproducen "rumores", que no resultan idóneos para acreditar un hecho tan trascendente y que, como se dijo, la segunda autoridad del Regimiento señaló no haber conocido.

**CUARTO:** Que en el homicidio que se encuentra configurado, al procesado Durruty le cabe participación de autor, toda vez que se encuentra confeso de haber ordenado el fusilamiento de José Eusebio Rodríguez Hernández, bajo el pretexto de un juzgamiento que no existió y atribuyéndole una conducta que no correspondía a los hechos que motivaron su detención. Su conducta se encuadra en la figura legal de autoría que describe el artículo 15 N° 1 del Código Penal, ya que participó de una manera inmediata y directa, dando las órdenes para la perpetración del delito.

**QUINTO:** Que la defensa del procesado en su escrito de contestación pidió que se le absuelva de los cargos formulados, expresando que se debe tener en consideración que la muerte José Eusebio Rodríguez Hernández, se produjo por fusilamiento luego de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra, que se llevó a efecto en el Regimiento de Puente Alto el día 14 de Septiembre de 1973, con motivo de la denuncia que hiciera el “suboficial González” quien manifestó que el día anterior, Rodríguez había sido sorprendido en una “...actuación terrorista portando explosivos y en un grave intento de sabotaje al interior de la unidad militar...”, razón por la que el procesado ordenó que se constituyera esta tribunal, cuya formalidades la conocía por haberlas estudiado en la Academia de Guerra y por ello se cumplieron las normas contenidas en el Código de Justicia Militar. Luego hace una relación de los bandos militares que se dictaron esos días, agregando que no “resulta de interés” los dichos existentes en la causa en cuanto que Rodríguez Hernández hubiere sido previamente detenido por Carabineros, fuera del recinto militar “portando libros de Marx” y puesto a disposición de la unidad, puesto que la denuncia concreta y específica que conoció el Consejo fue la antes señalada, de todo lo cual hay constancia en los documentos de la época y que se encuentran acompañados en los autos. Describe la forma como se llevó a efecto el fusilamiento del condenado y señala que de lo actuado, el procesado ordenó se diera conocimiento público, lo que se hizo tanto por los parlantes ubicados en la Municipalidad de Puente Alto y por la prensa de la época. En razón de todo lo dicho considera que las afirmaciones que se hacen en el auto acusatorio no son efectivas, por lo que no puede sostenerse que el procesado tenga la calidad de autor del delito que se le atribuye. Hace valer en su favor las atenuantes de los artículos 11 N° 1 del Código Penal en relación con la eximente del artículo 10 N° 10 del mismo texto legal; la del N° 6 de la primera de las normas citadas y la de los números 8 y 10 del mismo texto, haciendo presente al efecto, que desde que el procesado fue citado por la Policía de Investigaciones y por el tribunal, siempre ha dicho la verdad y contribuyó decididamente con la investigación y aclaración de los hechos.

En estrados la defensa impugnó la calificación jurídica que se hizo de los hechos, razonando sobre la base que no existe el delito por el cual se le sancionó, sin que tampoco sea posible calificarlos en la forma como lo pide la señora Fiscal Judicial, esto es, como un homicidio calificado con alevosía, ya que no se indica en qué consiste esta última y porque, en todo caso, el cambio de calificación jurídica atentaría contra las normas del debido proceso. Por otra parte,

sostiene que habida cuenta de la legislación vigente en ese momento y considerando los hechos atribuidos a José Eusebio Rodríguez, no era necesario un Consejo de Guerra, sin embargo éste igualmente se llevó a efecto y se le condenó a la pena de muerte.

**SEXTO:** Que las alegaciones reseñadas no pueden ser acogidas, toda vez que el planteamiento principal relativo a la celebración del Consejo de Guerra que habría sentenciado a muerte a Rodríguez Hernández, ha sido desestimado porque ninguna prueba existe al efecto. Como se dijo los dichos de referencia de algunos testigos no pueden ser suficientes para dar legitimidad a la muerte de una persona, como se pretende por la defensa. Tampoco resulta idónea como prueba la información periodística sobre el hecho que se acompañó, porque ella tuvo como origen la versión que el procesado ordenó entregar sobre el mismo.

El que no hubiere sido necesario la realización del tal Consejo, tampoco se convierte en una alegación relevante, puesto que si bien uno de los bandos que se dictaron por la autoridad militar del momento advertía que "...cualquier acto de sabotaje será sancionado en la forma más drástica, en el mismo lugar de los hechos...", ( Bando N° 2), no resulta posible entender que al amparo de tan discutible orden, pudiera procederse a matar a una persona atribuyéndole hechos que no estuvieran debidamente acreditados, como sucede en este caso, en que el presunto atentado con explosivos que habría sorprendido "el suboficial González", no se probó de manera alguna y se contradice con la verdad establecida en autos sobre las circunstancias de la detención de la víctima.

Por otra, parte no se lesiona la garantía del debido proceso, porque los hechos descritos en la acusación hayan sido calificados jurídicamente de manera distinta a lo expresado en esta resolución, toda vez que es lo propio del sentenciador al momento de juzgar, importando sólo que al momento de resolver lo haga sobre la base de los mismos antecedentes fácticos que fueron descritos en los cargos formulados y que la defensa tuvo en consideración para, a su vez, argumentar a su respecto. Útil resulta consignar al respecto, que la carga que le impone al juez el artículo 424 del Código de Procedimiento Penal es sólo dejar testimonio de los hechos que constituyen el delito que resulta haberse cometido y de la participación del procesado, consignando los medios de prueba que existan al respecto, lo que en este caso se cumplió

En consecuencia, sólo resta determinar la pena que corresponde imponer al procesado, para lo cual es necesario hacerse cargo de las modificatorias de responsabilidad que invoca.

Desde luego, nada impide reconocerle la atenuante de su irreproachable conducta anterior, ya que desde el punto de vista penal no existe ningún reproche en su contra que se hubiere establecido por sentencia ejecutoriada.

En definitiva, como la favorece una circunstancia atenuante y no lo perjudican agravantes, la sanción contemplada por la ley de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, debe aplicarse en el primero de ellos, fijándosele en una extensión de diez años.

Las consideraciones anteriores que ponen de manifiesto la responsabilidad de autor que le cabe al procesado en el delito

configurado, llevan a desestimar sus alegaciones relativas al rechazo de la demanda civil deducida en su contra porque tienen como base el que no se daban los supuestos ya dichos.

**SEPTIMO:** Que durante la tramitación en esta instancia la defensa del procesado hizo presente que éste tiene ochenta años de edad por lo que de conformidad del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, debió ser sometido a un examen mental, habida cuenta del delito cuya autoría se le imputa, mandato que no fue cumplido en primera instancia, petición que esta Corte acogió y fue así que por resolución de fojas 1.281 se dispuso lo pertinente.

En cumplimiento de tal resolución el Servicio Médico Legal evacuó la pericia cuya copia se agregó a fojas 1336, cuyas conclusiones le merecieron reparos a la defensa, que por su parte acompañó los informes médicos de fs. 1300 y 1356, por lo que este tribunal dispuso una nueva pericia, que se concretó en el informe cuya copia se agregó a fojas 1411.

Debiendo emitirse pronunciamiento en torno de esta controversia, se dará mayor mérito de convicción a las pericias practicadas por el Servicio Médico Legal, tanto porque emanan del organismo creado por la ley para ello, cuanto porque el mayor número de profesionales que intervino en su elaboración, cuyas experticia no ha sido cuestionada ofrece mayor garantía de los certero de sus conclusiones. En razón de lo dicho, se concluye que el encartado es una persona que se encuentra apta para enfrentar las consecuencias del proceso penal que se sigue en su contra.

También en esta instancia la defensa a fs. 1293 solicitó se abriera un término probatorio para el sólo efecto de oficiar a la Segunda División del Ejército, en los términos que indica en el otrosí de su escrito. Esta Corte ordenó que un pronunciamiento al respecto debía hacerse por la sala de fondo, en conformidad a la norma del artículo 518 del Código de Procedimiento Penal.

Resolviendo la petición formulada y habida cuenta que no se dan los supuestos a que se refiere el artículo 517 del mismo Código, que permiten que, excepcionalmente, pueda recibirse prueba en segunda instancia, se deniega tal petición.

**OCTAVO:** Que de acuerdo a lo razonado esta Corte se ha hecho cargo de los planteamientos hechos por la Srta. Fiscal Judicial en su dictamen de fs. 1.270 compartiendo sólo en parte los mismos.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de veinticuatro de Julio del año dos mil ocho, escrita a fs. 1.162 y siguientes, complementada por sentencia de fecha treinta de Junio del año dos mil diez, escrita a fojas 1.474 y siguientes, **con declaración** que el procesado Mateo Durruty Blanco, queda condenado como autor del delito de homicidio de José Eusebio Rodríguez Hernández, cometido el día 14 de Septiembre de 1973, a la pena de **DIEZ AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias que le impone el mismo fallo.

Acordado con el voto en contra de la Ministro Sra. Sottovia quien estuvo por acoger la media prescripción de la pena alegada, teniendo presente para ello que la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal en los delitos de

lesa humanidad, no alcanza a la prescripción gradual de la pena, cuyo efecto es sólo la disminución de la cuantía de la sanción.

Atendido el tiempo transcurrido entre la fecha de comisión del delito de homicidio investigado,- entre el 13 y 14 de Septiembre de 1973; la fecha de iniciación de la presente causa – 23 de Enero de 2006- y la dictación del auto de procesamiento respectivo,- el 22 de Marzo de 2007-, han transcurrido más de 30 años, por lo que se han satisfecho las exigencias del artículo 103 del Código Penal, que contiene un beneficio legal objetivo y en consecuencia es imperativo para el tribunal considerar la situación reprochada como revestida de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante.

Distinto es que una vez reconocida dicha circunstancia, el juez respectivo pueda soberanamente decidir lo concerniente al ejercicio de la facultad que le confieren los artículos 65 y siguientes del Código Penal a los que se refiere expresamente el citado artículo 103, es decir si efectuará o no alguna rebaja y de ser así la cuantía de la misma.

Regístrese y devuélvanse con sus tomos.

Rol 833-2008-Cri.

Redacción del ministro señor Carlos Gajardo Galdames y del voto disidente, su autora.

Pronunciada por los Ministros señor Carlos Gajardo Galdames, señora Ma. Teresa Letelier Ramírez y señora Adriana Sottovia Giménez.

En San Miguel, treinta y uno de Mayo del año dos mil once, notifique por el estado diario la resolución precedente.