

Talca, cinco de julio de dos mil once.

Vistos:

Se reproduce el fallo enalzada, su parte expositiva, considerandos, menos el decimotercero, decimocuarto, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, decimoctavo, decimonoveno, vigésimo, vigésimo primero, vigésimo tercero, vigésimo cuarto, vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo séptimo, vigésimo octavo, vigésimo noveno, trigésimo y trigésimo primero, que se eliminan, y sus citas legales, salvo la de los artículos 93, 94, 95, 101 y 102 del Código de Procedimiento Penal, que se suprimen.

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

PRIMERO: Que se acusa de fojas 1987 a 1990 a:

1) Luis Alejandro Pizarro Aguiluz, como autor de los delitos de homicidio simple en las personas de Luis Alberto Urbina Díaz y José Antonio Méndez Valenzuela, perpetrados en los primeros días del mes de octubre de 1973 en esta jurisdicción.

2) Hernán Eduardo Vejar Sinning, como autor material de homicidio simple en la persona de Domingo Antonio Urbina Díaz, como autor intelectual del homicidio simple en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela y como encubridor del homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, perpetrados todos en esta jurisdicción los primeros días del mes de octubre de 1973.

3) Eduardo Enrique Carvallo Delgado como encubridor de los delitos de homicidio simple en las personas de Domingo Antonio Urbina Díaz, José Antonio Méndez Valenzuela y Luis Alberto Urbina Díaz, cometidos en los primeros días del mes de octubre de 1973 en esta jurisdicción.

El Abogado don Roberto Celedón Fernández, a fojas 1998, por la parte querellante se adhiere a la referida acusación y en cuanto a la **calificación del delito de homicidio simple de don Domingo Antonio Urbina Díaz y don José Antonio Méndez Valenzuela**, en razón a que dicho crimen reúne algunas de las circunstancias que describe el artículo 391 N° 1 del Código Penal, en especial la primera y la quinta, debe tenerse como calificado.

SEGUNDO: Que la sentencia de primer grado, de treinta y uno de mayo de dos mil diez, absuelve a Luis Alejandro Pizarro Aguiluz, Hernán Eduardo Vejar Sinning y Eduardo Enrique Carvallo Delgado de la acusación anteriormente referida deducida a su respecto y adhesión a la misma, a fojas 1998, a los dos primeros por favorecerles la circunstancia eximente de responsabilidad criminal de la prescripción de la acción penal, en virtud de haber transcurrido con exceso el plazo para deducirla, establecido en el artículo 94 del Código Penal, contado de los primeros días del mes de octubre de 1973, fecha de comisión de los delitos determinada en autos, a la que se instruyó este proceso en su contra, el 04 de agosto de 1990, como consta a fs. 63, pues no aparece que se hubiere interrumpido; y al último de los nombrados, por no encontrarse suficientemente acreditada su participación de encubridor en los delitos que se le imputan.

TERCERO: Que en lo referente a la prescripción de la acción penal que invocan las defensas en favor de los enjuiciados Hernán Eduardo Vejar Sinning y Luis Alejandro Pizarro Aguiluz, se sustentan en las razones latamente transcritas en los considerandos duodécimo y décimo tercero, y vigésimo segundo de la sentencia de primer grado recurrida, respectivamente, sobre cuyo particular es imprescindible señalar que a la fecha que ocurrieron los hechos materia de este proceso en el mes de octubre de 1973, el 11 de septiembre de ese año los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros constituyeron una Junta de Gobierno y asumieron el “Mando Supremo de la

Nación” y ejercieron los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo particularmente a los decretos leyes N° 1,12,25,27,77, 78,119,127,130,133,198,527,778 y 991, de ese año .

Luego, con la misma fecha se dicta el Decreto Ley N° 3, en que, considerando la situación de conmoción interior que ha ocurrido en el país y de acuerdo a lo prevenido en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política, la Junta de Gobierno declara el estado de sitio en todo el territorio de la República. Luego, el 12 de septiembre de 1973, se dicta el Decreto N° 5, en que considerando, entre otros motivos, “la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general”, en su artículo primero, se expresa que “interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado en tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación”, agregándose el artículo 281 del Código ya citado la causal de justificación consistente en que “cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto el o los hechores, para, en seguida, elevar la penalidad en tiempo de guerra y se remarca la competencia de la justicia militar para conocer de distintos ilícitos, normativa que se dicta como consecuencia de los ataques a las nuevas autoridades, que se califica de conmoción interna, todo ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 418 del citado Código, que estatuye: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra, o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existe la guerra o se hubiera decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

La normativa analizada anteriormente expresamente indica que se dispone el “*estado o tiempo de guerra, para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación*”, respecto de la que la Excma. Corte Suprema expresa que en dicha normativa “se encuentra, precisamente, la de los Convenios de Ginebra de 1949”, a la que se debe agregar que “la doctrina y cierta legislación distinguen en el sentido que “estado de guerra” importa la aplicación del derecho interno que regula dicha situación y por la noción de “tiempo de guerra” cobra vigencia el derecho internacional respectivo. En derecho penal bélico el tiempo de guerra y el estado de guerra constituye dos normas especiales con su propio contenido jurídico; una de derecho internacional y la otra de derecho interno...”(Pietro Vico, Diritto Penale Comune di Guerra, página 29, citado por Renato Astrosa Herrera, Derecho Penal Militar, página 46, empleándose por el legislador expresamente ambas terminologías” Considerando 5º, apartado segundo, de Fallo rol N° 5570-2007, de 14 de octubre de 2009, Tercera Sala, de la Excma. Corte Suprema).

CUARTO: Que en concordancia con lo anterior la Excma. Corte Suprema establece en el considerando 8º.- del fallo anteriormente referido: “Que la existencia de los principios generales del derecho han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, pero al respecto se puede transcribir lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: “Que de lo

expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre los principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar...:la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los serán sino que los “reconoce y asegura”; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece, reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena” (considerando 19°); “que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo” (considerando 20°); y “que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto a normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (considerando 21°).

QUINTO: Que los preceptos jurídicos examinados en el motivo tercero de este fallo deben aplicarse en concordancia con los Convenios de Ginebra que fueron ratificados por nuestro país y se publicaron en el Diario Oficial de los días 17,18, 19 y 20 de abril de 1951, “por lo que indudablemente – en síntesis - deben ser considerados como tratados internacionales vigentes desde esa fecha y hasta nuestros días, pues no han sido denunciados. Es así como el artículo 3° expresa: En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes: “Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuere de combate por enfermedad, herida, detención por cualquiera otra causa, serán en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, nacimiento o fortuna, cualquier otro criterio análogo”. Agrega que: “Al efecto, están y quedan prohibidas para cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensable por los pueblos civilizados”. De ahí que resulta vinculante y aplicable a los casos que comprende este proceso criminal el artículo 146 del citado Convenio Internacional en cuanto, en síntesis, impone a cada una de las Altas Partes contratantes que “tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad” (Considerando 5°).

SEXTO: Que, por otra parte, en las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de junio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966 relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que han cometido crímenes de lesa humanidad, que se analizan en los considerandos se prescribe que:

“Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”, y “reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio del presente Convenio, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar se aplicación universal, convienen en lo siguiente: Artículo I Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra...; b) Los crímenes de lesa humanidad...”, conforme a la definición del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg”.

La referida Convención tiene vigencia internacional desde el 11 de noviembre de 1970, la cual Chile suscribió pero no la ha ratificado a la fecha, “sin que este hecho impida observar que en la expresión de motivos se advierte que la convención es un acto más bien declarativo que constitutivo de una situación jurídica, ya que representa el paso natural luego de haber desarrollado la normativa internacional que se destaca, la que ha sido suscrita por la República de Chile”. En relación con lo anterior la “Corte Internacional de Justicia ha declarado que la firma de un tratado genera un estatuto provisorio para los estados, que se traduce en el derecho de velar por que no se debilite el convenio, como también a no contrariar sus disposiciones en el tiempo intermedio que dure el trámite de ratificación, siéndole aplicables el principio de la buena fe que establece la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados”.

En el evento que lo anterior “pudiera estimarse que es una explicación que no genera vinculaciones para el Estado de Chile, sí le es aplicable y exigible el respeto a la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, que en ella se señalan, proclama los principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, entre otros, 1.- Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, donde y cualquiera que sea la fecha en que se han cometido, serán objetos de una investigación, y las personas contra las que existan prueba de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en el caso de ser declaradas culpables, castigadas”, y 5.- Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países en que se hayan cometidos estos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas” (Considerando 6º.- del mismo fallo).

De igual modo resultan aplicable en el caso de autos las Resoluciones de las Naciones Unidas de 1074 D (XXXIX) de 28 de junio de 1965 y 1158(XLI), de 7 de agosto de 1966, en las que se acuerda que los crímenes de guerra y de lesa humanidad son imprescriptibles en cualquier fecha que se hayan cometido.

SÉPTIMO: Que sobre la aplicación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile que se han analizado, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República estatuye que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, que obliga

“respetar los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana de las personas y que limitan la soberanía, ello determinó que la Excm. Corte Suprema “haya expresado en innumerables fallos que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder de las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos,”(Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supra constitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentran en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, si no por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con los resuelto por el Tribunal Constitucional”, a lo que se agrega que “todos estos aspectos, por último constituyen, según se ha expresado, principios de derecho internacional y han pasado a ser *ius cogens*, los tribunales de todo el mundo están obligados a aplicar”, de ahí que - continúa - “parece pertinente traer a colación lo enseñado desde hace más de un siglo por don Andrés Bello, en el sentido que ante el conflicto de dos deberes, se debe preferir el más importante al género humano”, (obras completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 179) (Considerando 10° del citado fallo de la Corte Suprema y cuarto de esta sentencia).

OCTAVO: Que los encausados Hernán Vejar Sinning, Luis Pizarro Aguiluz y Eduardo Enrique Carvallo Delgado solicitan también se les absuelva en virtud del Decreto Ley N° 2.191, de 1978, el cual se encuentra plenamente vigente, cuyo artículo 1° concede amnistía a todas las personas que en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos durante el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren sometidas a proceso o condenadas a la fecha de publicación del citado Decreto de Ley, la cual tiene su expresión jurídica como causal de extinción de responsabilidad penal en el artículo 93 N° 3 del Código Penal, pues extingue por completo la pena y todos sus efectos, ya que se dan los requisitos del Decreto Ley ya mencionado, de acuerdo a las demás razones transcritas en los racionios duodécimo, vigésimo segundo y vigésimo tercero de este fallo, respectivamente.

NOVENO: Que acorde a lo razonado en los considerandos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo que preceden, se rechaza tanto la prescripción de la acción penal como la amnistía hecha valer por la defensa de los encausados Luis Alejandro Pizarro Aguiluz, Hernán Eduardo Vejar Sinning y Eduardo Enrique Carvallo Delgado, en atención al carácter de imprescriptible de la acción criminal persecutoria de los delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, que impide amnistiar el ilícito, con lo que se evita su plena impunidad, como se concluye.

DÉCIMO: Que en el racionio segundo del fallo en revisión se dieron por establecidos los hechos que siguen:

Los primeros días del mes de octubre de 1973, personal del Regimiento N° 16 Reforzado de Montaña, con asiento en Talca, en servicio activo del Ejército de Chile, *por orden de superior jerárquico*, procedió a:

a) detener en el sector de Cerro Caiván, cercano a Talca, a Luis Alberto Urbina Díaz, Domingo Antonio Urbina Díaz y José Antonio Méndez Valenzuela y a golpes fueron subidos

a un vehículo de transporte militar, haciendo que se instalaran en el suelo del mismo, posando los pies de la patrulla aprehensora sobre los cuerpos de los detenidos, afirmando además, las culatas de los fusiles en estos últimos.

b) del modo antes indicado fueron trasladados hasta al interior de la Unidad Militar referida, sin que constara orden judicial alguna, siendo golpeados con los pies y con las armas durante el traslado y también una vez ingresados en el sector próximo a la piscina les propinaron golpes que en el caso de Luis Alberto Urbina Díaz le ocasionaron la muerte en el interior de un camarín.

c) horas más tarde al constatarse el deceso del último de los nombrados, *por orden del superior jerárquico a cargo del Regimiento*, Domingo Antonio Urbina Díaz y José Antonio Méndez Valenzuela fueron trasladados nuevamente en un vehículo del Ejército de Chile, por una patrulla militar a cargo de dos Oficiales, junto al cuerpo sin vida de Luis Alberto Urbina Díaz, oculto en un envoltorio de arpillera, hasta el predio denominado Culenar, en el sector San Rafael, de esta jurisdicción, lugar donde normalmente efectuaban maniobras o ejercicios militares, custodiados por soldados armados, y al llegar al lugar, se les hizo descender a los dos rehenes vivos, y en primer término, uno de los Oficiales leyó a la patrulla lo que dijo era una Bando Militar, relativo a la debida obediencias de los subalternos y, posteriormente *ordenó a uno de los soldados* disparar su fusil en contra de José Antonio Méndez Valenzuela, descargando el conscripto su arma, lo que le provocó un traumatismo facio craneano, causándole la muerte en el mismo lugar.

d) a continuación, *el mismo Oficial ordenó a un pelotón de fusileros* efectuara igual maniobra contra Domingo Antonio Urbina, provocándole un traumatismo facio craneal, lo que causó su muerte en el mismo lugar; ambas muertes se explican por acción de proyectil balístico.

e) posteriormente, los cuerpos recién ejecutados fueron depositados en una quebrada próxima al lugar donde se habían desarrollados los hechos, para luego bajar del móvil el envoltorio que contenía los restos de Luis Alberto Urbina Díaz, el que fue incorporado encima de los de sus compañeros de infortunio, emprendiendo el regreso a Talca.

UNDECIMO: Que los hechos descritos anteriormente constituyen el delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, toda vez que resultó muerto producto de los golpes inferidos por terceros; y, de homicidio calificado de las personas de José Antonio Méndez Valenzuela y de Domingo Antonio Urbina Díaz, previsto y sancionado en el numeral 1° del referido artículo 391, circunstancia primera del Código Penal, puesto que los agentes obraron con alevosía, sin dar lugar a las víctimas se defendieran, buscando asegurar la consumación del ilícito, aprovechándose por parte de aquellos de la indefensión de la víctima que no puede repeler el ataque, con lo que califica de manera distinta los hechos referidos en la acusación de fojas 1987 a 1990 (Considerando tercero).

DUODECIMO: Que se tuvo por establecida la participación de autor del acusado Luis Alejandro Pizarro Aguiluz en la comisión de los delitos de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz y de calificado en la de José Antonio Méndez Valenzuela, dado que su declaración transcrita en el motivo sexto del fallo de primer grado importa una confesión judicial que cumple con lo estatuido en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, como se determinó en el fallo recurrido (Considerando séptimo).

DECIMOTERCERO: Que la defensa del encartado Pizarro Aguiluz, subsidiariamente, solicita a fojas 2026, que se le absuelva por estar exento de responsabilidad penal por las causales previstas en el artículo 10 N° 9 y 10 del Código Penal, por haber

“obrado violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable” y “obrado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, respectivamente, según se desprende de sus mismas declaraciones de fojas 548 y 1716, que no han sido desvirtuadas y totalmente verosímiles al dictarse el Decreto Ley N° 5, de 1973, que en su artículo 1° establecía que el estado de sitio decretado debe entenderse “estado o tiempo de guerra”, para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo en que dispone el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, con lo cual es evidente que Pizarro Aguiluz actuó impulsado por un miedo insuperable de perder su propia vida, quien también está exento de responsabilidad penal porque “obró en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, causal que también está establecida en el artículo 214 del Código de Justicia Militar que dice: “Cuando haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable, salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados” En el caso en análisis, Luis Pizarro Aguiluz, en su calidad de soldado conscripto en la fecha en que ocurrieron los hechos, es evidente que sólo se limitó a cumplir una orden dada por un superior jerárquico, respecto de la cual no tuvo ninguna posibilidad de negarse a darle cumplimiento.

En subsidio de lo anterior, pide se absuelva totalmente a Pizarro Aguiluz, respecto del homicidio de José Méndez Valenzuela, uno de los delitos por el que fue acusado, al existir una falta o ausencia de acción, ya que él no cometió delito alguno, debido a que la acción es el elemento substancial del delito doloso, respecto de lo que el tratadista Mario Garrido Montt opina que “la acción es el movimiento corporal por la voluntad con un objetivo predeterminado” Entonces, los actos realizados sin finalidad, no son acción y, por lo tanto, tampoco pueden ser delito; es lo que se denomina falta o ausencia de acción, y en la comisión del homicidio de José Méndez Valenzuela existe una falta o ausencia de acción de parte de Luis Pizarro Aguiluz. De acuerdo al mérito del proceso y a las circunstancias bajo las cuales se ocasionaron las muertes que se le imputan es evidente que Pizarro Aguiluz no cometió ninguna acción.

En subsidio también, pide que se absuelva a Pizarro Aguiluz del cargo de ser autor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Urbina Díaz, ya que no tuvo ninguna participación en el mismo, por cuanto negó enfáticamente haberlo golpeado en la piscina del Regimiento, según se desprende de fojas 741,385 vuelta, 548 vuelta y 1715; además, de las de los facultativos que coinciden en afirmar que “el cuerpo de Luis Urbina Díaz presentaba varias perforaciones de proyectiles ocasionados con arma de fuego que le produjeron la muerte”, con lo cual confirman la afirmación entregada por Pizarro Aguiluz en el sentido que no golpeó a Luis Urbina Díaz, ocasionándole la muerte”, siendo imposible adquirir la convicción más allá de toda duda razonable, de que Luis Pizarro Aguiluz fue una de las personas que participó en el homicidio simple de Luis Urbina Díaz, por lo solicita se le absuelva de ese cargo.

Finalmente, solicita que en el evento que se estime que Luis Pizarro Aguiluz debe ser condenado por uno o los dos delitos de homicidio simple por los que fue acusado, se le aplique el mínimo de la pena que la ley establece por favorecerle las circunstancias atenuantes, todas del Código Penal: a) del N° 1 del artículo 11 del Código Penal, que establece que son circunstancias atenuantes las expresadas en el número anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus casos, en relación con el artículo 10 N° 9 y 10 del Código Penal, para el evento que no concurren los requisitos para una o ambas eximentes de responsabilidad penal que opere a favor de su representado; b) la

del artículo 211 en relación al artículo 214, ambas del Código de Justicia Militar que establece que: “Fuera de los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, será circunstancia atenuante tanto de los delitos militares como en los comunes, el haber cometido el hecho en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico; c) la del artículo 11 N° 6, la irreprochable conducta anterior que se encuentra acreditada con el extracto de filiación de fojas 1.181, que no registra anotaciones penales pretéritas y las declaraciones de conducta que depondrán en el plenario; d) la del N° 9 del artículo 11, “haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, que el tratadista Mario Garrido Montt es “colaborar con la investigación debe entenderse como la preocupación del imputado de suministrar a la autoridad antecedentes que provean al esclarecimiento del suceso y de la participación que le habría correspondido en el mismo”; y, e) la media prescripción del artículo 103 del Código ya aludido que establece que “ si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66,67 y 68, sea en la imposición de la pena, sea `para disminuir la ya impuesta”, sancionándosele al mínimo de la pena, habida consideración de las atenuantes invocadas, aplicándole en definitiva alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

DECIMOCUARTO: Que Luis Alejandro Pizarro Aguiluz en lo referente a la muerte de Luis Alberto Urbina Díaz expresa que varios soldados conscriptos, entre ellos él, le pegaron al mayor de los hermanos Urbina , debido a que un día domingo cuando regresaba al Regimiento fue interceptado por tres individuos que lo conocían, reconociendo a los hermanos Urbina que vivían cerca de su casa a unos tres o cuatro kilómetros de distancia y le “decían te vamos a matar porque eres milico” y uno de ellos sacó un arma blanca bastante grande, con filo por ambos lados, por lo que botó su bicicleta a un lado y corrió hasta su casa, gritando, y cuando un auto Fiat encendió las luces, reconoció al “Crespo” al exhibírsele la fotografía de José Méndez Valenzuela; a pesar de lo sucedido igual debía regresar al Regimiento, por lo que su hermano lo fue a dejar a caballo, dando cuenta de inmediato al clase de servicio. Expresa también que sólo tuvo participación en una “fleta” que se le dio al mayor de los Urbina en la piscina, la que consistió en golpes de puños y pies y también añade que le pegó tres culatazos al momento de detenerlo y, en una segunda oportunidad, en un fin de semana en la noche en que había pocos funcionarios de planta, junto a otros cuatro o cinco soldados que estaban de guardia en el sector de la piscina, “fueron nuevamente al camarín y lo sacaron y entre todos le pegaron combos y patadas por alrededor de media hora dejándolo maltratado, pese a ello igual se fue caminando hacia el camarín”. En esa oportunidad sólo pegaron combos y patadas, andaba sin arma porque no estaba de guardia. Un día después apareció muerto en uno de los calabozos de la piscina, lo cual le consta porque vio su cuerpo que posteriormente fue llevado en un saco hasta el predio “El Culenar” y él fue una de las personas que iba en la patrulla, a cuyo respecto la médico cirujano Myriam del Carmen Gallo Jiménez expresa a fojas 2190 que “con la osamenta de Luis Urbina Díaz se estimó como causa de muerte traumatismo torácico y pelviano” y, por su parte, el Reservado N° 613 de la Brigada de Homicidios Metropolitana de la Policía de Investigaciones, a fojas 989 a 1005, transcrito en el considerando primero, apartado 111) del fallo de primer grado, dictamina que del análisis de los restos de Luis Alberto Urbina Díaz se evidenció patología traumática craneana de al menos cuatro semanas de antigüedad al momento de la muerte, y no por proyectil balístico, como lo sostiene su defensa, lo que ocurrió sólo respecto de

Domingo Antonio Urbina Díaz y José Antonio Méndez Valenzuela, como se establece por la mencionada Brigada de Homicidio.

DECIMOQUINTO: Que en cuanto a la muerte de José Antonio Méndez Valenzuela manifiesta que no recuerda bien si fue el mismo día mencionado anteriormente o después se fueron a El Culenar, con el Teniente Véjar, quien iba a cargo de la patrulla y de la misión. Llevan al finadito en un saco y cuando llegaron el Teniente Véjar los hizo bajar a todos y también a los dos detenidos vivos. Los formó y colocó a los detenidos “más allá”. Les ofreció un cigarro que le aceptaron, sacó un documento que les leyó que decía algo relativo a “el militar que no dé cumplimiento a las órdenes será juzgado por los tribunales militares en tiempo de guerra y fusilado en el acto, en el lugar de los hechos”, cree que es el mismo artículo que el Mayor Luis Meza Cornejo leyó a todos el día 11 de septiembre de 1973. Luego preguntó: “viene el afectado acá”? y respondieron: “sí” y ordenó que diera un paso al frente y le dijo “dispárale” y él cumplió, porque tenía dieciocho años y era soldado conscripto. El Teniente Véjar tenía un arma en la mano y tenía miedo ya que le podía dar un par de tiros y “ahí quedaba” y señala que para salvar su vida disparó, lo hizo contra su voluntad, incluso al disparar cerró los ojos, no sabe a quien le disparó pero lo hizo obligado, con miedo porque era un soldado conscripto recién egresado. Estaba en el Regimiento desde abril de 1973. No tenía ninguna posibilidad de negarse. Este es el peso que ha llevado toda su vida, ni su señora ni su madre saben realmente lo que ocurrió, pero ahora lo ha dicho todo. (En el careo practicado a fojas 598 con Hernán Véjar Sinning, Pizarro Aguiluz se mantiene en sus dichos).

En relación con lo antes expresado el Brigadier de Ejército en retiro Carlos Alfredo Urrutia Rodríguez a fojas 974 expone que en aquella época (septiembre de 1973 a enero de 1974) estaban todos acuartelados y después de un tiempo empezaron los permisos y salieron los soldados y en ese tiempo estaba vigente el bando ese de que “el que atacara a un soldado sería ejecutado en el lugar de los hechos”. A un conscripto lo asaltaron y al llegar a la Unidad informó lo ocurrido a su Comandante de Sección, de ahí el subteniente salió con el soldado a buscar a los que le habían pegado, porque según el conscripto, los conocía y al parecer los encontraron a los tres que lo asaltaron, los detuvieron y los pasaron a la piscina.

En concordancia con lo anterior Hernán Eduardo Vejar Sinning dice que el hecho es efectivo y en ese tiempo él era Subteniente cuando el Comandante Interino del Regimiento el Teniente Coronel Benavente, le ordenó que fusilara a unas personas que eran delincuentes y ese día o al día siguiente, a las 15:00 horas le ratifica la orden precisándole que eran dos individuos y uno de ellos había asaltado a un soldado de la Unidad diciéndole que una vez que fueran fusilados los enterrara en el mismo lugar y enterrara también el saco que estaba arriba del vehículo, con la orden clara y precisa de no abrirlo. Dentro del predio ubicó un lugar donde existía una quebrada e hizo bajar a los prisioneros y llevó a uno al sector de la quebrada, el cual se aprecia en el Informe Pericial Planimétrico enrolado a fojas 1156, y ordenó al soldado asaltado (Luis Pizarro Aguiluz) que disparara y no sabe si por saña o por error el soldado disparó varios tiros y posteriormente se enterraron los cuerpos y saco, devolviéndose a la ciudad de Talca,

DECIMOSEXTO: Que la defensa de Luis Pizarro Aguiluz, a fojas 2036, solicita, subsidiariamente, se le absuelva por estar exento de responsabilidad penal por la causales previstas en el artículo 10 N° 9 y 10 del Código Penal porque “obró violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”, según se desprende de sus mismas declaraciones de fojas 548 y 1716, que no han sido desvirtuadas totalmente y son verosímiles de acuerdo el Decreto Ley N° 5, de 1973, que en su artículo 1° establecía que el estado de

sitio decretado debe entenderse “estado o tiempo de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, con lo que es evidente que Pizarro Aguiluz actuó impulsado por un miedo insuperable de perder su propia vida. De otro lado, también está exento de responsabilidad penal porque “obró en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. Esta misma causal de exención de responsabilidad está también establecida en el artículo 214 del Código de Justicia Militar que dispone: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable, salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados”. En el caso en análisis Luis Pizarro Aguiluz, en su calidad de soldado conscripto, en la fecha que ocurrieron los hechos, es evidente que sólo se limitó a cumplir una orden dada por un superior jerárquico, respecto del cual no tuvo ninguna posibilidad de negarse a darle cumplimiento.

En subsidio también, pide se absuelva a Pizarro Aguiluz, respecto del homicidio de José Méndez Valenzuela, uno de los delitos por el que fue acusado, por existir una falta o ausencia de acción no cometió delito alguno, debido a que la acción es elemento substancial del delito doloso. El tratadista Mario Garrido Montt opina que “la acción es el movimiento corporal ordenado por la voluntad con un objetivo predeterminado” Entonces, los actos realizados sin finalidad, no son acción y, por lo tanto, tampoco pueden ser delito. En la comisión del homicidio de José Méndez Valenzuela existe una falta o ausencia de acción de parte de Luis Pizarro Aguiluz, ya que a su respecto se da la situación que la doctrina denomina a) “vis absoluta”, movimiento reflejos; y, c) los estados de inconciencia (Derecho Penal, Parte General, Tomo II Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, Tercera Edición actualizada, pág. 40 y siguientes). El tratadista antes nombrado opina que “vis absoluta es la fuerza materia-física-irresistible que obliga a un sujeto a moverse provocando con ello un efecto injusto.

Y del cargo, también, de ser autor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Urbina Díaz, ya que no tuvo participación en él, puesto que en, primer término, negó enfáticamente haber golpeado a Luis Urbina Díaz en la piscina del Regimiento ocasionándole la muerte, según se desprende de fojas 741, 385 vuelta, 458 vuelta, y otras; además de la de los facultativos que coinciden en afirmar que “el cuerpo de Urbina Díaz presentaba varias perforaciones de proyectiles ocasionados con arma de fuego que le produjeron la muerte”, con lo cual confirman la información entregada por Pizarro Aguiluz en el sentido que él no golpeó a Luis Urbina Díaz, causándole la muerte, de acuerdo a las conclusiones entregadas por los médicos legistas Ewaldo Mattehi y Myriam Gallo Jiménez, es imposible adquirir la convicción más allá de toda duda razonable, que Luis Pizarro Aguiluz fue una de las personas que participó en el homicidio simple de Luis Urbina Díaz.

Añade que en el evento que se estime que Luis Pizarro Aguiluz debe ser condenado por uno o los dos delitos de homicidio simple por los cuales fue acusado, solicita se le aplique el mínimo de la pena que la ley establece por cuanto le favorecen las circunstancias atenuantes del N° 1, en relación al artículo 10 N° 9 y 10 del Código Penal; del artículo 211, en concordancia con el artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar, que son minorantes tanto de los delitos militares como en los comunes; del artículo 11 N° 6 y 9 del Código en mención; y finalmente invoca la media prescripción del artículo 103 del Código Penal y que se le aplique alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

DECIMOSÉPTIMO: Que a la fecha de comisión de los hechos punibles que se dieron por configurados en el fallo recurrido y que se le imputan al encartado Luis Alejandro

Pizarro Aguiluz, en calidad de autor de los delitos de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz y homicidio calificado en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela, perpetrados en los primeros días del mes de octubre de 1973, era soldado conscripto del Regimiento Reforzado N° 16 de Talca, de veinte años de edad (nacido el 10 de diciembre de 1953).

DECIMOCTAVO: Que no beneficia al acusado Luis Alejandro Pizarro Aguiluz la circunstancia eximente de responsabilidad penal contemplada en el N° 9 del artículo 10 del Código Punitivo que invoca, por cuanto no basta que el Decreto Ley N° 5, de 1973, dispusiera que el estado de sitio que decretaba debía entenderse “estado o tiempo de guerra”, para que llegara a constituir una fuerza o un miedo que anulara la voluntad del encartado Pizarro Aguiluz y lo hubiese impulsado a cometer los delitos de la gravedad de los que se le atribuyen, como lo estima su defensa, sin que además concurren antecedentes determinados que permitieren demostrar que se hubiere afectado su voluntad hasta ese extremo.

DECIMONOVENO: Que, en cambio, en el caso de autos se ha configurado la circunstancia eximente de responsabilidad criminal establecida a favor del acusado Luis Alejandro Pizarro Aguiluz en el N° 10 del artículo 10 del Código Punitivo respecto del delito de homicidio calificado en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela, invocada por su defensa, que prescribe que “Están exentos de responsabilidad criminal N° 10: El que obra en cumplimiento de un deber...”, precepto éste que concuerda con lo estatuido en el artículo 214 del Código de Justicia Militar que dispone que: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden de servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable, salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables los concertados”, por cuanto resulta fehacientemente comprobado en el proceso que el acusado Pizarro Aguiluz mató con un arma de fuego a José Antonio Méndez Valenzuela en cumplimiento de su deber de soldado conscripto por orden de su superior jerárquico en ese momento el Subteniente Hernán Eduardo Vejar Sinning en la oportunidad y circunstancias descritas en los fundamentos decimoquinto y decimoséptimo, motivo por el que será absuelto del delito que lo estimó autor del homicidio simple en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela, en virtud de ello no es necesario referirse a las demás circunstancias que atenuarían su responsabilidad criminal en el referido ilícito.

VEINTE: Que se desestima, entonces, la argumentación de que se absuelva a Pizarro Aguiluz respecto del homicidio de José Antonio Méndez Valenzuela, debido a que en el homicidio de este último existiría una falta o ausencia de acción de parte del encausado, ya que a su respecto se daría la situación que la doctrina denomina “Vis Absoluta”, en razón a lo concluido anteriormente y a que ello importa la ejecución de un acto penado por la ley que le causó la muerte a Méndez Valenzuela, de ahí que el inciso primero del artículo 391 del Código Penal castiga “al que mata a otro”, de modo que no ha habido una falta o ausencia de acción de parte del acusado Méndez Valenzuela que amerite absolverlo por ese aspecto de la acusación deducida en su contra, sino que por haber concurrido en este caso una circunstancia que lo exime de responsabilidad criminal que le beneficia en la perpetración del mencionado ilícito.

VEINTIUNO: Que la defensa, para el caso que su representado Pizarro Aguiluz sea condenado, solicita se le aplique el mínimo de la pena que la ley establece al respecto, por cuanto le favorecen las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal contenidas en el N° 1 del artículo 11 del Código Penal, en relación al artículo 10 N° 9 y 10 del Código Penal; en el artículo 211, en relación con el artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar; en el artículo 11 N° 6 y 9 del Código Punitivo; y, la media prescripción del artículo 103 del

Código Penal, sancionándolo al mínimo de las penas y se le conceda alguno de los beneficios de la Ley N° 18.216.

VEINTIDÓS: Que de lo sentado en los racionios decimooctavo y decimonoveno se concluye que en el caso de autos no operan en beneficio de Pizarro Aguiluz las circunstancias atenuantes contempladas en los N° 9 y 10 del artículo 10 del Código Punitivo, con arreglo a lo prevenido en el N° 1 del artículo 11 de ese texto legal.

La minorante del artículo 221 en relación con los casos previstos en el inciso segundo del artículo 214, ambos del Código de Justicia Militar, no procede considerarla en beneficio del encartado Pizarro Aguiluz, pues será absuelto del delito que la haría aplicable, en virtud de favorecerle la eximente de responsabilidad penal del N° 10 del artículo 10 del Código Punitivo.

Y la del artículo del artículo 11 N° 9° del Código Penal también se desestima, pues no aparece de autos que haya colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos investigados en este proceso, esto es, que hubiere aportado oportunamente datos esenciales y precisos para la comprobación de los hechos y la determinación de los que hubieren intervenido en los mismos, los que empezaron a ser investigados mucho antes de ser aprehendido el encausado Pizarro Aguiluz, a raíz de denuncia formulada por doña Myrna Troncoso Muñoz, en su calidad de Presidenta de la Agrupación de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos de Talca, a fojas 9, sobre la ejecución y muerte de Luis Alberto Urbina Díaz, Domingo Antonio Urbina Díaz y José Antonio Méndez Valenzuela, quienes fueron calificados como víctimas de violación a los derechos humanos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación y la denuncia efectuada por la Abogada doña Silvia Espinoza Garrido el 04 de agosto de 1990, de fojas 58 a 62, que dio origen a la causa rol N° 62.620-1990 del Segundo Juzgado del Crimen de Talca, acumulada a la actual, siendo detenido Pizarro Aguiluz recién el 22 de marzo de 2004, según consta a fojas 541, pues ya existían antecedentes bastante en su contra, como también los aportados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, a fojas 29 a 49 y de fojas 170 a 172.

VEINTITRES: Que efectivamente favorece al acusado Pizarro Aguiluz la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal en el delito de homicidio calificado en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela estatuida en el N° 6 del artículo 11 del Código del ramo, acreditada con su extracto de filiación y antecedentes que rola a fojas 1.181 que no registra anotaciones penales pretéritas.

VEINTICUATRO: Que, en seguida, la defensa Pizarro Aguiluz invoca a su favor la media prescripción del inciso primero del artículo 103 del Código Penal, que expresa que: “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65,66,67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”.

VEINTICINCO: Que respecto de la mencionada atenuante invocada la Excma. Corte Suprema sostiene que “recurriendo al elemento lógico de hermenéutica, y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción”- como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal – se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla conforme

a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente, la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo – en el caso a caso - si lo estimare en justicia pertinente. Además, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido en diversos fallos, la institución de la media prescripción, llamada también prescripción gradual, en materia de crímenes de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad, así v.gr., en los autos roles núms. 6188-06, 1.489-07, 1.1.528-07, 1.528-06,3.587-05,559-04,879-08,4.22-08 y 6105-8)” (Fallo Excma. Corte Suprema, causa rol N° 5.836-2008, de 03 de diciembre de 2009. Segunda Sala. Considerando cuarto).

En el mismo sentido anterior el Excmo. Tribunal expresa también que “la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de lesa humanidad, con lo que se evita su plena impunidad, la que en el supuesto precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una motivación dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, mismo efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal”. Añade además que “por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto criminal, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos en estos casos”(Considerando segundo, apartado tercero, y considerando tercero, apartado segundo del mismo fallo citado).

VEINTISÉIS: Que, igualmente, de acuerdo a lo razonado en la reflexión que precede, beneficia a Pizarro Aguiluz la minorante muy calificada de responsabilidad penal de la media prescripción contemplada en el artículo 103 del Código Punitivo, por cuanto habiendo ya transcurrido más de la mitad del tiempo que se exige, a contar de la comisión del hecho punible por el que en definitiva resulta culpable de autor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, en consideración a que éste fue perpetrado en los primeros días del mes de octubre de 1973, siendo detenido el 22 de marzo de 2004, según se consigna en el parte policial de fojas 542 el hecho del que es responsable se debe considerar revestido de dos o más circunstancias muy calificadas y ninguna agravante y procede aplicar, por ende, las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 en la imposición de la pena.

VEINTISIETE: Que a continuación se ponderará la intervención del enjuiciado Vejar Sinning en los delitos materia de la acusación deducida en su contra.

VEINTIOCHO: Que en lo referente a la declaración del encartado Hernán Eduardo Vejar Sinning sobre los hechos que se imputan, transcrita en el motivo cuarto de la sentencia en estudio, en el quinto se determina que importa una confesión judicial, la que por reunir los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, se da por establecida la participación de autor que le ha correspondido en los delitos de homicidio calificado en las personas de José Antonio Méndez Valenzuela y Domingo Antonio Urbina Díaz, toda vez, que en el primer caso, forzó a otro a ejecutarlo; y, en el segundo, tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, en los términos de los números 2° y 1° del artículo 15 del Código Penal, respectivamente, como asimismo, su participación de encubridor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz.

VEINTINUEVE: Que el acusado Hernán Eduardo Vejar Sinning en su indagatoria transcrita en el motivo cuarto de fallo de primer grado manifiesta que los hechos que se le imputan son efectivos y añade que en ese tiempo era Subteniente y, más o menos, el 30 de septiembre de 1973 era Comandante Interino del Regimiento el señor Benavente, quien lo mandó a buscar y le ordenó que fusilara a unas personas que eran delincuentes; uno era homicida de una profesora y posterior violación después de muerta. Ese día o al siguiente, a las 15:00 horas, lo mandó nuevamente a buscar del sector de la piscina del Regimiento, lugar donde se encontraba un vehículo con personal militar, ocho a doce personas, con palas, picotas y dos detenidos y un saco cosido donde habría habido supuestamente un cuerpo. En ese minuto el Teniente Coronel Benavente, le ratifica la orden precisando que eran dos individuos y uno de ellos había asaltado a un soldado de la Unidad y se lo singulariza. Esa patrulla la comandaba él, por ser el más antiguo y al que se le había dado la orden. Dijo el señor Benavente que una vez que fueron fusilados los enterrara en el mismo lugar y enterrara también el saco que estaba arriba del vehículo, en el cual habría un cuerpo. Desde la piscina se dirigió hasta el predio militar El Culenar y una vez dentro de él ubicó un lugar donde existía una quebrada, hizo bajar a los prisioneros, percatándose que estaban atados de manos, por lo que ordenó quitarle las amarras. Posteriormente, hizo llevar a un prisionero al sector de la quebrada y ordenó al soldado asaltado que disparara. No sabe si por saña o por error el soldado disparó varios tiros. Acto seguido, ordenó llevar al segundo prisionero al cual le disparó, bajo sus órdenes por todo los integrantes de la patrulla, incluso él. Posteriormente ordenó traer las herramientas y el saco, se enterraron los cuerpos y saco, devolviéndose a la ciudad de Talca. Benavente no estuvo en el lugar de los hechos.

En seguida, expresa que el Comandante Benavente ordenó el fusilamiento de dos personas, no tres. Dos personas murieron fusiladas, respecto de la tercera, ignora todo tipo de antecedentes.

En la diligencia de careo practicada con Luis Pizarro Aguiluz, ratifica la declaración anterior y señala que en lo medular la orden se la dio el Teniente Coronel Olagier Benavente Bustos y se trasladaron en un vehículo militar al fundo Culenar con ocho o doce soldados, incluido él y el Teniente Carvallo, bajaron las personas y efectivamente ordenó al afectado que disparara sobre el primero y luego todos los presentes dispararon sobre el segundo. Ellos dispararon por su orden, pero sin presión. La patrulla que estuvo a su mando en El Culenar, al tiempo que recibió una orden de él, sabía que a su vez él la había recibido de sus superiores.

TREINTA: Que, por consiguiente, el acusado Vejar Sinning reconoce que los hechos que se le imputan son efectivos, con lo que queda fehacientemente establecido que ordenó a Luis Alejandro Pizarro Aguiluz disparara a José Antonio Méndez Valenzuela y él le disparó a Domingo Antonio Urbina Díaz, y que enterraran los cuerpos y también el saco donde iba el cadáver de Luis Alberto Urbina Díaz en el predio militar El Culenar; salvo que las órdenes se las dio el Teniente Coronel Olagier Benavente Bustos, quien le manifestó que una vez que fueran fusilados los enterrara en el mismo lugar y enterrara también el saco que estaba arriba del vehículo, en el cual habría un cuerpo.

Por su parte, Benavente Bustos en el careo practicado a fojas 609 vuelta con Vejar Sinning expresa que las primeras noticias de este hecho las tuvo cuando se encontró con el Teniente Carvallo camino de Molina a Talca y Carvallo iba del Regimiento al fundo militar El Culenar, y añade “yo no di las órdenes ni tampoco las instrucciones para ejecutar y enterrar a estas personas”, a lo que Vejar Sinning responde que no es efectivo lo que dice Benavente, primero que todo, la Unidad Militar tiene un mando jerarquizado, para sacar medios materiales y humanos, hay un control exhaustivo, porque él no podría haber actuado en forma

autónoma o sin el consentimiento del superior, además los medios materiales y humanos no eran de su dependencia, y al no serlos, no podría haber dado él una orden antes que se le colocaran a su disposición. Luego, expone de haber visto su Comandante Benavente dos bultos, veía dos personas, pero no lo vio a él y sí a Carvallo, en circunstancias que él iba a cargo, tendría que haber hablado con él; además le entregó una casa a la viuda de los fusilados y esas atribuciones correspondían en ese momento al Comandante de la Guarnición, del Regimiento e Intendente, a la vez, cargos que desempeñaba en calidad de interino.

Y el Brigadier de Ejército en retiro Carlos Alfredo Urrutia Rodríguez, a fojas 974, expresa que para septiembre de 1973 era el ayudante del Comandante del Regimiento, don Efraín Jaña Jirón, luego cuando asumió Benavente lo llevó a la Intendencia, pero al llegar Jorge Cruz Badilla como Intendente, quedó con él hasta enero de 1974, fecha en que se fue a la Academia de Guerra. En ese tiempo estaba vigente el bando que “el que atacara a un soldado sería ejecutado en el lugar de los hechos”. A un conscripto lo asaltaron y al llegar a la Unidad informó lo ocurrido a su Comandante de Sección, de ahí el Subteniente salió con el soldado a buscar a los que le habían pegado, porque según el conscripto, los conocía, y al parecer encontraron a los tres que lo asaltaron, los detuvieron y los pasaron a la piscina. Después le contaron que fue el Subteniente que pescó a estos ciudadanos y los empezó a interrogar y los maltrató, de tal forma que parece que se le murió uno y después se supo que estos trabajadores eran del General de Carabineros Gallardo Bulas y él llegó a la Intendencia a preguntar que había pasado con sus trabajadores y ahí se empezó a desenterrar esta historia. A los otros dos los fusilaron y los tres fueron enterrados en el fundo El Culenar. Y añade “pero hay que ser franco para reconocer este hecho, fusilar y enterrar personas en un predio militar no lo hace un Subteniente sin un respaldo de alguien más antiguo”. Cuando se supo esto se ordenó que se desenterraran y se entregaran a la familia.

TREINTA Y UNO: Que en su defensa el enjuiciado Hernán Vejar Sinning solicita, para el caso que se le estime responsable de los hechos investigados, se consideren las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal que concurren en su favor, que son:

a) La media prescripción gradual o incompleta contemplada en el artículo 103 del Código Penal, En el caso de autos hay que efectuar un simple cálculo aritmético, como es determinar primero cual es el plazo de prescripción del delito por el que se ha causado, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 94 del Código Penal, el término de diez años comenzó a correr, para el homicidio simple, desde la fecha de comisión de éste, esto es, los primeros días del mes de octubre de 1973, entonces ha transcurrido con creces más de la mitad del tiempo de prescripción y ello hace absolutamente aplicable la media prescripción, con lo que el tribunal deberá considerar que concurren a lo menos cinco circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante y luego aplicar las normas sobre determinación de la pena que en el caso concreto la encontramos en el artículo 68 del Código Penal, cuya norma no es facultativa para el tribunal, cuando deba aplicarse después de darse los requisitos del artículo 103 del mismo cuerpo legal. El profesor don Mario Garrido Montt dice que esta disposición “tiene el carácter de imperativa para el Tribunal, que debe necesariamente reducir la pena siempre que haya transcurrido como mínimo la mitad del término respectivo” (“Derecho Penal”, Parte General Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición, página 382). Ello es más lógico toda vez que, de no efectuar rebaja alguna, incluso más, sería hacer letra muerta de la media prescripción y toda la normativa que la regula, incluso más, es esta una norma de tal importancia, que pasa sobre los efectos de la cosa juzgada, toda vez que en el evento que haya media prescripción de la pena, se obliga al juez dictar nuevo fallo, obviamente que con una sanción menor que el primero.

b) Irreprochable conducta anterior del artículo 11 N° 6 del Código Penal, que consta del extracto de filiación de su persona de fojas 751, que no tiene anotaciones de reproche anteriores y con la declaración de dos testigos de conducta a fojas 1900 y 1901 que afirman que ésta ha sido ejemplar e intachable y solicita que se tenga como muy calificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del Código Penal.

c) La del artículo 11 N° 1° del Código Penal en relación con el artículo 10 N° 10 del mismo cuerpo legal, toda vez que está probado en el proceso que su participación en los hechos investigados fue en cumplimiento de una orden directa emanada del Comandante del Regimiento Forzado N° 16 Talca, quien además a la época era Intendente y Comandante de la Guarnición de Talca, por ende, la máxima autoridad militar de la zona jurisdiccional, por lo cual nunca cuestionó su orden conforme a sus deberes y obligaciones militares que le correspondían como oficial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 N° 10 del Código Penal: “el que obra en cumplimiento de un deber” está exento de responsabilidad criminal, A su vez su artículo 11 dispone: 1ª Las expresadas en el artículo anterior cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos, y, el artículo 74 del Decreto Supremo N° 1.445 Reglamento para las Fuerzas Armadas dispone: “Se considerarán faltas a la disciplina todas las acciones u omisiones que importen quebrantamiento de los deberes militares o violación de los reglamentos y órdenes de los superiores, relacionadas con el servicio que no alcancen a constituir delito...” Y el artículo 334 del Código de Justicia Militar dispone: “Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de sus atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior. El derecho de reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”.

d) Colaboración sustancial al proceso, artículo 11 N° 9 del Código Penal, puesto que consta de autos tanto de sus declaraciones, como de los antecedentes que se desprenden de los investigados, careos realizados con los otros participantes de los hechos investigados, que fue quien estuvo al mando del pelotón de funcionamiento en cumplimiento de la orden impartida personalmente por el Comandante de la Unidad, por ser el oficial más antiguo, y que además, en todo momento y desde el inicio del proceso, ha reconocido su participación en los hechos, aportando el máximo de antecedentes y colaboración al tribunal para llegar al buen resultado de la investigación, y en definitiva el esclarecimiento de los hechos investigados, la que solicita se le tenga como muy calificada.

e) La del artículo 211, en relación al artículo 214 del Código de Justicia Militar, circunstancia atenuante aplicable a los delitos militares y comunes, toda vez que a la época de la ocurrencia de los hechos tenía el grado de Subteniente, esto es, el grado más bajo de los Oficiales y, por consiguiente, se encontraba sometido a la jerarquía militar y al cumplimiento de las órdenes que le impartieran sus superiores, esto es, para el caso particular de los hechos investigados, como claramente consta y está probado en el proceso, el Comandante del Regimiento Reforzado de Montaña N° 16 de Talca de la época, el que en definitiva, como también está probado en autos, fue quien dio personalmente la orden correspondiente que materializaron los hechos que son motivos del presente proceso, conjuntamente con proporcionar los medios humanos y materiales para el cumplimiento de lo ordenado, “como fue designar y proporcionar: el personal, medios de transporte, armamento y munición” los que en definitiva fueron controlados a la salida del Regimiento por la Guardia del Cuartel, conforme a las disposiciones de carácter permanente al respecto, dictadas para todas las Unidades Militares del Ejército, las que se encuentran plenamente vigentes a la fecha, esto

es, el registro en el “Libro de Salida de Vehículos del Cuartel”, de la correspondiente tarjeta de vehículos que autoriza dicha salida, la que es firmada por un Oficial Jefe de la Unidad y, en este caso particular; fue firmada por el propio Comandante del Regimiento, quien dio la orden que es motivo de la investigación en estos autos.

Don Renato Astrosa Herrera, ex Ministro de Corte Marcial, ex profesor del Instituto Superior de Carabineros, en su obra “Código de Justicia Militar”, tercera edición, año 1985, Libro III, “De la Penalidad”, página 340 y siguiente, respecto del artículo 211 expresa: “Es un atenuante militar y genérica militar por encontrarse contenida en el código del ramo y genérica porque puede hacerse valer en cualquier delito militar y por mandato del legislador aún en los delitos comunes”. Como todos estos actos y conductas de los militares, a la sazón, fueron actos relativos al servicio, se deberá en la especie considerar esta atenuante, según manda el artículo 214 inciso final del Código de Justicia Militar, como una minorante muy calificada. Estas conductas son “actos de servicio” de acuerdo a lo prevenido en el artículo 421 del Código de Justicia Militar, con lo expuesto – dice - se han configurado cinco circunstancias atenuantes y no perjudicándole agravante alguna, pide se le imponga, en ese evento, la pena inferior en tres grados al mínimo señalado por la ley, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, favoreciéndosele con alguna de las penas alternativas que regula la Ley N° 18.216, de ser ello procedente.

TREINTA Y DOS: Que de acuerdo a lo concluido en el motivo veinticinco de este fallo, efectivamente beneficia al encartado Vejar Sinning la circunstancia atenuante muy calificada de responsabilidad penal de la media prescripción contemplada en el artículo 103 del Código Penal, puesto que ya ha transcurrido más de la mitad del tiempo que exige para que ella opere, respecto de su participación de autor en los delitos de homicidio calificado en las personas de José Antonio Méndez Valenzuela y Domingo Antonio Urbina Díaz, toda vez que, en el primer caso, forzó a otro ejecutarlo y, en el segundo, tomó parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, en los términos de los números 2° y 1° del artículo 15 del Código Penal, respectivamente; como asimismo, su participación en calidad de encubridor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, todos fueron perpetrados en los primeros días del mes de octubre del año 1973 (considerando quinto del fallo de primer grado), siendo habido el 23 de marzo de 2004, según consta a fojas 553 de modo que los hechos de que resulta responsable se deben considerar revestidos de dos o más circunstancias muy calificadas y ninguna agravante y, por tanto, procede aplicar las reglas de los artículos 65,66,67 y 68 en la aplicación de las respectivas penas.

TREINTA Y TRES: Que beneficia también al encartado Vejar Sinning la minorante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, justificada con su extracto de filiación y antecedentes que corre a fojas 751, que no registra anotaciones penales anteriores, y con los testimonios de Ricardo Cristián Urrea Rodríguez y Cristián Alfredo Aldunate Herman prestados a fojas 1900 y 1901, respectivamente. El primero dice que conoce a Hernán Eduardo Vejar Sinning hace 15 ó 18 años aproximadamente, quien es propietario en el mismo condominio donde él es propietario, además de haber sido administrador del mismo es una persona honorable y cumplió muy bien su papel de administrador del condominio por varios años, seria y responsable y por lo que tiene entendido, muy buen profesional como abogado; y el segundo de los nombrados, expresa que conoce al señor Vejar, aproximadamente del año 1968, fueron compañeros de curso y han mantenido contacto durante todo este tiempo; es un hombre casado, abogado, con dos hijos y siempre ha sido una persona correcta, que buscaba soluciones a los problemas y ha sido muy buen amigo durante todos estos años; conoce a su mujer y a sus hijos, ambos

profesionales, un ingeniero comercial y una psicóloga; ha sido un buen profesional como oficial de ejército, obteniendo además, el título de abogado.

TREINTA Y CUARTO: Que invoca además la atenuante del artículo 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 10 del Código ya citado, la cual sustenta en que está probado en el proceso que su participación en los hechos investigados fue en cumplimiento de una orden directa emanada del Comandante del Regimiento Forzado N° 16 de Talca, quien además a la época era Intendente y Comandante de la Guarnición de Talca, por ende, la máxima autoridad militar de la zona jurisdiccional, por cuanto nunca cuestionó su orden conforme a sus deberes y obligaciones militares que le correspondían como Oficial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 N° 10 del Código Penal: “el que obra en cumplimiento de un deber” está exento de responsabilidad criminal. A su vez su artículo 11 dispone 1ª: Las expresadas en el artículo anterior cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de su responsabilidad en sus respectivos casos y, el artículo 74 del Decreto Supremo N° 1.445 del Reglamento para las Fuerzas Armadas prescribe: “Se considerarán faltas a la disciplina todas las acciones u omisiones que importen quebrantamiento de los deberes militares o violación de los reglamentos y órdenes de los superiores, relacionadas con el servicio que no alcancen a constituir delito”. Y el artículo 334 del Código de Justicia Militar que dispone: “Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de sus atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior. El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos. No dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”.

TREINTA Y CINCO: Que en el caso en análisis ha quedado fehacientemente demostrado que el enjuiciado Vejar Sinning disparó a Domingo Antonio Urbina Díaz y que dio la orden a Luis Alejandro Pizarro Aguiluz de disparar a José Antonio Méndez Valenzuela, en ambos casos; pero no aparecen antecedentes directos de que hubiere sido por mandato del Comandante del Regimiento Forzado N° 16 de Talca a esa época Olagier Benavente Bustos, quien fue sobreseído definitivamente por haberse extinguido su responsabilidad penal que se le atribuía en este proceso por muerte, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el motivo N° 1 del artículo 93 del Código Penal, mediante resolución escrita a fojas 1641; pero lo dicho por el Comandante Benavente en su oportunidad debe entenderse con el carácter militar de los intervinientes y que el acusado Vejar Sinning en los hechos materia de este proceso de acuerdo a su normativa y carácter jerarquizado de sus componentes no estaba habilitado legal ni reglamentariamente para adoptar decisiones de la trascendencia y gravedad de las que se ejecutaron en la oportunidad y circunstancias que comprende la investigación, que afectaba a la vida e integridad física de militares y civiles, fuera adoptada por un Subteniente, último en el grado de los Oficiales, lo que concuerda con lo expresado por el Brigadier de Ejército en retiro Carlos Alfredo Urrutia Rodríguez que “se debe reconocer este hecho de fusilar y enterrar personas en un predio militar no lo hace un Subteniente sin respaldo de alguien más antiguo”, por cuanto el artículo 74 del Decreto Supremo N° 1.445, del Reglamento para las Fuerzas Armadas, considera faltas a la disciplina el quebrantamiento de las órdenes de los superiores y el artículo 334 Código Justicia Militar prescribe que: “Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio...”;. Pero, en la especie no consta en el proceso que el encartado Vejar hubiere reclamado de los actos de su superior, “aun cuando no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”, condición ésta que permite considerar tal circunstancia sólo como atenuante de responsabilidad criminal en favor del acusado, como

lo solicita, cuya orden no cuestionó, reconociendo que no lo hizo conforme a sus deberes y obligaciones militares que le correspondían como oficial, en razón por la que no concurren todos los requisitos para eximirlo de responsabilidad, en concordancia con el N° 10 del artículo 10 del Código Punitivo.

TREINTA Y SEIS: Que no concurre en favor de Vejar Sinning la minorante contenida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal que también hace valer: de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos que se le imputan, por cuanto no fluye del proceso que hubiere suministrado oportunamente datos esenciales y precisos destinados a la comprobación de los hechos denunciados y la determinación de los que hubieren intervenido en los mismos, pues ellos ya habían sido aportados con anterioridad a la fecha en que fue habido, el 23 de marzo de 2004, según consta a fojas 541, los cuales se especifican en el apartado tercero, del considerando veintidós de esta sentencia.

TREINTA Y SIETE: Que, por último, invoca a su respecto la atenuante del artículo 211, en relación al artículo 214, ambos de Código de Justicia Militar aplicable tanto a los delitos militares como a los comunes, toda vez que a la época de ocurrencia de los hechos tenía el grado de Subteniente, esto es, el grado más bajo de los Oficiales y, por consiguiente, se encontraba sometido a la jerarquía militar y al cumplimiento de las órdenes que le impartieran sus superiores, en este caso particular el Comandante del Regimiento Reforzado de Montaña N° 16 de Talca de la época, que, en su concepto, ello está claramente probado en autos de la manera que se reseña en al acápite e), del motivo treinta y uno de esta sentencia.

Efectivamente el citado artículo 211 del Código de Justicia Militar prescribe: “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”

Y, por su parte, su artículo 214 inciso primero, dispone que: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsable todos los concertados”.

TREINTA Y OCHO: Que sobre el particular el Comandante Benavente Bustos en su indagatoria, de fojas 142, ratificada a fojas 609 vuelta en careo celebrado con Hernán Vejar Sinning, expresa que desde marzo de 1973 hasta marzo de 1975 se desempeñó oficialmente como Segundo Comandante del Regimiento N° 16 de Talca y Fiscal Militar y que efectivamente cuando ocurrieron los hechos se encontraba de Segundo Comandante del Regimiento ya señalado y un día en la mañana, no recuerda fecha exacta, el Subteniente Carvallo, no recuerda nombre ni otro apellido y además por una constancia que había en el Libro de Guardia del Regimiento, se informó del fusilamiento de tres personas del sexo masculino, lo que habría ocurrido en horas de la noche, cerca del fundo Venecia ubicado en los alrededores de Talca, quien fue internado en el Hospital de esta ciudad, el cual andaba en una patrulla al mando del Subteniente Carvallo. No le consta personalmente como ocurrieron los hechos, ya que se informaba permanentemente y en ningún caso participó en forma directa. El que dispuso el ajusticiamiento fue el Subteniente Carvallo, quien podrá otorgar mayores antecedentes al respecto.

En el referido careo expresa: “me mantengo en que yo no di las órdenes ni tampoco las instrucciones para ejecutar y enterrar a estas personas”.

Y al respecto el acusado Eduardo Enrique Carvallo Delgado a fojas 354 y 612 expone que en el mes de octubre de 1973, no recuerda días exacto, el Comandante del Regimiento de ese entonces don Olagier Benavente, lo llamó a la oficina de la Comandancia donde se encontraba solo, manifestándole que una de las tres personas que había traslado detenida a la Unidad Militar había amanecido muerta por golpes y las otras dos debían ser eliminadas, por cuanto eran un peligro para los soldados y la Unidad, por lo que había que deshacerse de ellos y que él debía cumplir la orden de eliminarlos, a lo que le manifestó que moral y éticamente no podía cumplir esa orden por sus principios cristianos, excusa que causaron molestias al señor Olagier Benavente, diciéndole que no era una persona digna de ser Oficial del Ejército. Entonces, el Comandante mandó a buscar al Subteniente Vejar que era el más antiguo de todos los Subtenientes que había en el Regimiento y sostuvo una reunión privada con el Comandante y al salir le dijo que acompañara a Vejar en el cumplimiento de la misión que le había dado, a quien le preguntó por qué debía ir él, respondiéndole que debía ser con el Subteniente Vejar, la misma patrulla que los había detenido.

TREINTA Y NUEVE: Que para que opere la referida circunstancia atenuante del artículo 211 del Código de Justicia Militar que se ha impetrado es necesario que resulte debidamente determinado el superior jerárquico que hubiere impartido la orden del servicio, debido a que éste es el único que resulta responsable, con arreglo a lo prevenido en el inciso primero del artículo 214 del Código aludido, salvo que hubiere habido concierto previo, que no es la situación de autos, ya que los antecedentes analizados anteriormente no producen el pleno convencimiento que ella proviniera del Comandante Benavente, en este caso; de lo contrario se produciría impunidad, que no es el objetivo de la norma.

CUARENTA: Que la perpetración del delito de homicidio calificado en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela del que resulta responsable Luis Alejandro Pizarro Aguiluz, como también Hernán Eduardo Vejar Sinning, ambos en calidad de autores, y este último además en la comisión del delito de homicidio calificado de Domingo Antonio Urbina Díaz y de encubridor del delito de homicidio simple de Luis Alberto Urbina Díaz, también como autor, que se han tipificado en autos, se castiga con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, por haberse ejecutado con alevosía, esto es, por haber actuado en cada uno sobre seguro, ya que éstos buscaron la certidumbre de que se realizara su acción y no hubiera riesgo en su proceder, proveniente de la defensa que pudieren oponer las víctimas, de modo que corresponde aplicar la regla del artículo 68 del Código Penal.

En la comisión del delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, en la que Hernán Eduardo Vejar Sinning ha tenido la calidad de encubridor y Luis Alejandro Pizarro Aguiluz la de autor se sanciona con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, cuya pena a imponer es la del artículo 67 del Código en mención.

CUARENTA Y UNO: Que la defensa del encausado Arturo Enrique Carvallo Delgado, a fojas 2074, pide se dicte sentencia absolutoria en su favor por no haberse acreditado su calidad de encubridor de los delitos de homicidio simple en las personas de Domingo Antonio Urbina Díaz, José Antonio Méndez Valenzuela y Luis Alberto Urbina Díaz, cometido en los primeros días del mes de octubre de 1973, dado que no se dan los presupuestos para imputarle el encubrimiento de dichos crímenes, establecidos en el artículo 17 del Código Penal, ya que él simplemente cumplió la orden de acompañar al Subteniente Vejar, al conscripto Pizarro Aguiluz, junto a otros conscriptos para transportar un cadáver y llevar dos detenidos al Fundo Culenar, para darles muerte, por orden del Comandante Benavente, quien al negarse a cumplir dicha misión se le encarga, en castigo, que acompañe

al Subteniente Vejar a enterrar un cuerpo y matar a dos personas, siendo imposible en las instituciones militares que un Subteniente obre por mutuo propio, y si bien es cierto que su representado estuvo presente cuando ocurrieron las detenciones no lo estuvo cuando se le provocó la muerte a causa de los golpes y contusiones al mayor de los hermanos, Luis Alberto Urbina Díaz, como consta de diversas declaraciones de Pizarro Aguiluz, en especial el careo que éste sostuvo con Benavente Bustos que rola a fojas 609, hecho del que se vino a enterar al día siguiente, ya que él simplemente cumplió la orden de arrestar a estas personas, entregándolas inmediatamente y sin lesiones al personal de inteligencia del Regimiento. En aquellos momentos su representado no estaba subordinado a seguir las órdenes del Subteniente Vejar por ser ambos del mismo grado y rango. En virtud de lo anterior, solicita su absolucón, por falta de participación de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Punitivo. A continuaci3n, invoca en beneficio de su representado la media prescripci3n o prescripci3n gradual o incompleta, establecida en el artículo 103 del Código Penal y la atenuante de conducta anterior irreprochable del N° 6 del artículo 11 del Código Punitivo, toda vez que consta de su extracto de filiaci3n y antecedentes que no tiene anotaciones anteriores, como asimismo en sendas declaraciones de dos testigos de conducta, la que debe estimarse como muy calificada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 bis del mencionado C3digo y, en calidad de subsidiaria la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 211, en relaci3n al artículo 214 del C3digo de Justicia Militar, aplicable a los delitos militares y comunes, dándole el carácter de muy calificada, y solicita tambi3n se considere la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, por haber cooperado sustancialmente esclarecimiento de los hechos, y concederle algunas de las medidas alternativas que regula la Ley N° 18.216, por reunir los requisitos previstos en ella, en especial el de la remisi3n condicional de la pena.

CUARENTA Y DOS: Que en su indagatoria el encartado Carvallo Delgado manifiesta que en el mes de octubre de 1973, no recuerda día exacto, alrededor de las 11 de la mañana, mientras se encontraba en el patio del Regimiento el Mayor Pedro Barros le dio la orden de ir a buscar a tres personas que habían asaltado y robado a un soldado que se encontraba presente en esos momentos, junto a una patrulla de soldados que estaban a su cargo y que las trasladara a la Unidad, siendo guiados por el asaltado, hasta que llegaron al lugar indicado que se trataba de un campo de cultivo ubicado a unos cuatro o cinco kilómetros al sur de Talca, como a las 12:00 horas, donde se encontraban las referidas personas, dando la orden a los soldados que las detuvieran y las subieran al vehículo, siendo trasladadas directamente al Regimiento y en la Unidad las entregó al personal del Departamento de Inteligencia del Ejército que se encontraba en la piscina que era el lugar donde se tenían a los detenidos. Después de uno o dos días, en el transcurso de la misma semana, el Comandante del Regimiento de ese entonces, don Olagier Benavente lo llamó a la oficina de la Comandancia donde se encontraba solo, manifestándole que una de las tres personas que había trasladado detenidas había amanecido muerta y que las otras dos tenían antecedentes policiales debían ser muertas, por cuanto eran un peligro para los soldados y para la Unidad y que él debía cumplir la orden de eliminarlos, ante lo cual le manifestó que moral y éticamente no podía cumplir la orden de eliminarlos, excusa que causó molestia al señor Benavente, quien mandó a buscar al Subteniente Vejar, que era el más antiguo de los Subtenientes, el cual tuvo una reuni3n privada con el Comandante y al salir le dijo que acompañara a Vejar en el cumplimiento de la misi3n que le había dado y al preguntarle por qué debía ir él y le respondió que con el Subteniente Vejar debía ir la misma patrulla que los había detenido.

En seguida, expone que al otro día, Vejar le dijo que debían trasladar a los dos detenidos que estaban vivos y al tercero fallecido a un predio del ejército, denominado El Culenar, lo cual hizo junto a aquél que estaba al mando de la patrulla militar compuesta por doce o catorce personas, que eran los mismos que los habían detenido y en la carretera antes de llegar a su destino se encontraron con otro vehículo que viajaba en dirección opuesta, a cargo del Comandante Benavente, deteniéndose y éste con Vejar mantuvieron una conversación que duró algunos minutos, y el Comandante sabía que estaban cumpliendo la orden que había dado él y no dijo nada, pues él era el único que podía detener lo que iba a pasar, pero no lo hizo, Vejar le ordenó al soldado asaltado que disparara, lo cual cumplió sin dudar, en realidad el soldado estaba muy enojado, disparando una ráfaga con su fusil. Y a continuación el Subteniente Vejar dispuso que todos los soldados se alinearan y dispararan al segundo individuo que estaba quedando con vida. Esta persona no hizo nada. La verdad es que los tres habían sido muy golpeados y estaban en una condición muy disminuida. En estos hechos no participó y cuando se realizaron los disparos les dio la espalda quedando a unos cinco o seis metros de distancia de los soldados. Una situación que le llamó la atención, antes que las personas fueran eliminadas, fue que Vejar les ofreció a las dos personas que se fumarán un cigarro, lo que hicieron.

Y en relación con la versión de los hechos anteriormente referida el acusado Hernán Eduardo Vejar Sinning en su declaración indagatoria dice que más o menos el 30 de septiembre de 1973 el Comandante interino del Regimiento señor Benavente lo mandó a buscar y le ordenó que fusilara a unas personas que eran delincuentes y ese mismo día o al siguiente. A las 15:00 horas, lo mandó nuevamente a buscar al sector de la piscina del Regimiento, lugar donde se encontraba un vehículo con personal militar, ocho a doce personas, con palas, picotas, dos detenidos y un saco cosido donde habría supuestamente un cuerpo. Esa patrulla la comandaba él, por ser el más antiguo y por ser a quien se le había dado la orden, pero no recuerda el nombre de ellos, había soldados, suboficiales, clases y el Subteniente Eduardo Carvallo, otro componente de la patrulla al que se le encomendó la operación realizada. En lo medular la orden se la dio el Teniente Coronel Olagier Benavente Bustos, se trasladaron en un vehículo militar al fundo El Culenar con ocho o doce soldados incluido él y el Teniente Carvallo, bajaron a las personas y efectivamente ordenó al afectado que disparara primero y luego todos los presentes dispararon sobre el segundo. No es efectivo que haya ido con el Subteniente Carvallo a desenterrar los muertos, tampoco que éste haya dado la espalda, porque todos dispararon.

CUARENTA Y TRES: Que en el considerando segundo del fallo en revisión, que ha sido reproducido, se consigna que los hechos perpetrados que comprende fueron cometidos por orden de un superior jerárquico, en relación con los antecedentes anteriormente analizados, se infiere que carece de todo sustento la afirmación del Comandante del Regimiento N° 16 de Talca Olagier Benavente Bustos a fojas 577, que “el que dispuso el ajusticiamiento de los tres hombres fue el Subteniente Carvallo, quien podrá otorgar mayores antecedentes al respecto”, todo lo que hace verosímil la afirmación de este último de haber reclamado al Comandante Benavente de la orden del servicio de eliminar a las dos personas que estaban detenidas porque eran un peligro para los soldados y la Unidad, a lo cual le manifestó que moral y éticamente no podía cumplir dicha orden, ya que era cristiano, lo que demuestra que reclamó de dicha medida, con arreglo a lo prevenido en el artículo 334 del Código de Justicia Militar, de manera que no tuvo participación en la ejecución de los hechos que se le imputan, con posterioridad a los mismos, de ninguno de los modos que contempla el artículo 17 del Código Punitivo

CUARENTA Y CUATRO: Que para que proceda el encubrimiento que se le imputa al enjuiciado Carvallo Delgado de acuerdo a lo dispuesto por el inciso primero el artículo 17 del Código Penal establece que son encubridores los que *con conocimiento* de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores, ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos que a continuación el artículo señala, de donde se colige que el primer elemento general exigido por la ley es que el encubridor tenga conocimiento de la perpetración del delito, o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, bastando sólo un conocimiento, y es preciso además que de una manera directa y deliberada se oculte el cuerpo del delito para impedir su descubrimiento, como sería ayudar al autor o autores a enterrar el cadáver y ocultar sus ropas, (“El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, de Alfredo Etcheberry. Tomo II. Parte General y Especial. Págs. 51 a 56. Editorial Jurídica de Chile. Año 2002).

De donde se infiere que se considera encubridor “al que de un modo u otro procura la impunidad del crimen o delito, por actos posteriores a su comisión” (“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena”, del Código Penal y Leyes Complementarias. Editorial Jurídica de Chile. Año 1996. Pág.49).

CUARENTA Y CINCO: Que, por consiguiente, en la especie no concurre ninguno de los supuestos del encubrimiento respecto de Carvallo Delgado, por lo que será absuelto de la acusación formulada en su contra, como lo concluye también la sentenciadora en sus racionios noveno y trigésimo tercero, por cuanto ha quedado demostrado que no intervino con posterioridad a la ejecución de los delitos de homicidio simple en las personas de Domingo Antonio Urbina Díaz, Luis Alberto Urbina Díaz y de José Antonio Méndez Valenzuela, el primero y último ilícito, considerado como homicidio calificado en el fallo de primer grado, esto es, de ninguna de las formas contempladas en el artículo 17 del Código Punitivo, esto es, que hubiere tomado parte voluntariamente y de una manera directa y deliberada para ocultar el delito de que se trata e impedir su descubrimiento, pues su único cometido, después de negarse a lo ordenado anteriormente, fue sólo trasladar al día siguiente con Vejar a los dos detenidos al predio del Ejército, denominado El Culenar donde fueron fusilados, por orden superior.

CUARENTA Y SEIS: Que para los efectos de la aplicación de la pena que corresponde a los acusados Luis Alejandro Pizarro Aguiluz y Hernán Eduardo Vejar Sinning respecto de los delitos de que han resultado culpable, debe considerarse que al primero le favorecen las minorantes contempladas en el artículo 11 N° 6 y la del artículo 103 del Código Penal, establecidas en los considerandos veintitrés y veinticuatro; y en cuanto al segundo de los nombrados, le benefician las atenuantes establecidas en los artículos 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 1; 11 N° 6 y 103 del aludido Código, configuradas en los motivos treinta y cuatro, treinta y tres y treinta y dos, respectivamente.

El delito de homicidio calificado en grado de consumado se castiga con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo y el homicidio simple consumado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, según lo prescribe el artículo 391 N° 1 y 2 del Código Penal, respectivamente, y al encubridor de homicidio simple de delito consumado se le impone la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el simple delito, con arreglo a lo prevenido en los artículos 50 inciso primero y 52 inciso primero del Código antes aludido.

CUARENTA Y SIETE: Que, a su vez, ha quedado establecido en el considerando cuarenta de este fallo que los encartados Luis Alejandro Pizarro Aguiluz y Hernán Eduardo

Vejar Sinning resultan responsables, en calidad de autores, del delito de homicidio calificado de José Antonio Méndez Valenzuela, y Vejar Sinning, además, en la comisión del delito de homicidio calificado de Domingo Antonio Urbina Díaz y encubridor del delito de homicidio simple de Luis Alberto Urbina Díaz, de donde se infiere que en este último caso se trata de un concurso material o reiteración de delitos de una misma especie respecto de Hernán Eduardo Vejar Sinning, razón por la que procede aplicarle una sola pena, aumentándola en uno, dos o tres grados, de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, de ahí que la sanción resultante, incluidas las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que se han establecido, procede efectuarla en un grado, esto es, a presidio mayor en su grado máximo, en su tramo inferior, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 69 del Código Punitivo.

De consiguiente, en el caso de Pizarro Aguiluz procede regular la penalidad a aplicarle conforme al sistema establecido en el inciso primero del artículo 74 del Código Penal por no encontrarse comprendido en el supuesto del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

CUARENTA Y OCHO: Que en concordancia con lo sentado en los motivos anteriores y de conformidad con lo prescrito en los artículos 94 y 95 del Código Punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes calificados que se sancionan con pena de hasta presidio perpetuo, como es el de homicidio calificado, en el plazo de quince años, y en los demás crímenes, como el del homicidio simple, en el plazo de diez años, y para los efectos contemplados en el referido artículo 103 del Código Punitivo, se requiere que el plazo de la prescripción haya transcurrido la mitad del mismo, que en el caso de autos, el mínimo para que ella opere es de siete años y cinco meses y cinco años, respectivamente.

CUARENTA Y NUEVE: Que de fojas 1719 a 1722, con fecha veinticinco de abril de dos mil ocho, se dicta auto de procesamiento en contra de los encausados Luis Alejandro Pizarro Aguiluz, como autor de los delitos de homicidio simple en las personas de Luis Alberto Urbina Díaz y José Antonio Méndez Valenzuela, perpetrados en los primeros días del mes de octubre de 1973, y a Hernán Eduardo Vejar Sinning como autor material del delito de homicidio de Domingo Antonio Urbina Díaz, como autor intelectual de homicidio simple en la persona de José Antonio Méndez Valenzuela y como encubridor de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, perpetrados todos en esta jurisdicción los primeros días del mes de octubre de 1973, manteniéndoseles en libertad bajo fianza, el cual fue confirmado por esta Corte por resolución de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, que se lee a fojas 1751.

CINCUENTA: Que, por consiguiente, el mes de octubre de 1973 es la fecha en que se debe empezar a contar para los efectos de la prescripción gradual que se ha configurado respecto de los encausados Pizarro Aguiluz y Vejar Sinning, como también la de la ejecución de los delitos que se les imputa a cada uno de ellos, para el recuento del tiempo requerido por el artículo 103 del Código Punitivo y dar por configurada la minorante de responsabilidad penal del referido precepto legal, de modo que han transcurrido treinta y cinco años desde la fecha de consumación de los delitos que se les atribuyen, septiembre de 1973 y la que fueron sometidos a proceso, 25 de abril de 2008.

CINCUENTA Y UNO: Que, por ende, conforme a lo prevenido en el citado artículo 103 se debe considerar el hecho que se imputa al acusado Pizarro Aguiluz como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicarle la regla del artículo 68, inciso tercero, del Código Punitivo que faculta imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad

de dichas circunstancias, y, como en la especie, se trata de dos minorantes muy calificadas, se bajará la pena en tres grados del mínimo, esto es, a tres años de presidio menor en su grado medio

CINCUENTA Y DOS: Que, como en el caso del encartado Vejar Sinning, se trata de un concurso material o reiteración de delitos, procede imponerle una sola pena y para determinarla se deben considerar las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que le favorecen, que son las contempladas en los artículos 11 N° 1, en relación con el artículo 10 N° 1; 11 N° 6 y 103 del Código Punitivo, que se analizan en los motivos treinta y dos, treinta y tres y treinta y cuatro de este fallo, que dado su número y entidad, el tribunal la determina en presidio menor en su grado medio, la que aumentada en un grado queda radicada en presidio menor en su grado máximo, de acuerdo a los parámetros de proporcionalidad expresados en el artículo 69 del aludido Código.

CINCUENTA Y TRES: Que en virtud de lo razonado precedentemente se disiente de la opinión del señor Fiscal Judicial contenida en su dictamen de fojas 2448 que es de parecer de confirmar la sentencia apelada.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo prescrito en los artículos 14 N° 1 y 3, 15, 24, 26, 29,30, 50 y 52 inciso primero del Código Penal, y 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I.- Que se confirma la sentencia apelada de treinta y uno de mayo de dos mil diez, escrita de fojas 2286 a 2426, en cuanto por su decisión 1º) absuelve a Luis Alejandro Pizarro Aguiluz de la acusación de fojas 1987 a 1990 y adhesión de fojas 1998, que lo estimó autor del delito de homicidio calificado de José Antonio Méndez Valenzuela, perpetrado en esta jurisdicción los primeros días del mes de octubre de 1973, pero por concurrir en su favor la eximente de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 10 N° 10, del Código Penal, por haber obrado en cumplimiento de un deber.

II.-Que se revoca el aludido fallo en cuanto por sus decisiones 1º) y 2º) absuelve a Luis Alejandro Pizarro Aguiluz y a Hernán Eduardo Vejar Sinning de la acusación de fojas 1987 a 1990 y adhesión de fojas 1998, en cuanto absuelve al primero del cargo de ser autor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz y al segundo ser autor material de los delitos de homicidio calificado de Domingo Antonio Uribe Urbina Díaz y autor intelectual del homicidio calificado de José Antonio Méndez Valenzuela y de ser encubridor del delito de homicidio simple de Luis Alberto Urbina Díaz, por encontrarse prescrita la acción penal dirigida a su respecto y, en su lugar, se declara:

1) Que se condena al enjuiciado Luis Alejandro Pizarro Aguiluz en calidad de autor del delito de homicidio simple en la persona de Luis Alberto Urbina Díaz, perpetrado en el mes de octubre de 1973, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

2) a) Que se condena al encartado Hernán Eduardo Vejar Sinning como autor de los delitos de homicidio calificado en las personas de Domingo Antonio Urbina Díaz y de José Antonio Méndez Valenzuela ejecutados en el mes de octubre de 1973, a la pena única de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

b) Que se condena, asimismo, a Hernán Eduardo Vejar Sinning en calidad de encubridor del delito de homicidio simple de Luis Alberto Urbina Díaz, cometido en el mes de octubre de 1973, a la pena de un año de presidio menor en su grado mínimo y a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Se condena, también, a cada uno de los sentenciados al pago de las costas de la causa.

III.- Que se confirma el referido fallo en cuanto por su decisión 3º) absuelve al acusado Eduardo Enrique Carvallo Delgado de la acusación formulada en su contra de fojas 1987 a 1990 y adhesión de fojas 1998.

Atendido a que del mérito de los antecedentes reunidos en estos autos, se desprende que, en la especie, concurren los requisitos prescritos en el artículo 15 de la Ley Nº 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en estos casos específicos, para una efectiva readaptación y resocialización de los condenados Luis Alejandro Pizarro Aguiluz y Hernán Eduardo Vejar Sinning, por lo que se les concede a ambos el beneficio de la libertad vigilada, fijándoseles un plazo de tratamiento y observación de tres años al primero y de cinco años al segundo de los nombrados, debiendo cumplir con las demás exigencias establecidas en las letras a), b) y c) del artículo 17 de la citada Ley.

En el caso que los mencionados encausados deban cumplir la pena corporal impuesta les servirá de abono el tiempo que estuvieron privados de libertad, a Pizarro Aguiluz desde el 22 al 29 de marzo de 2004 y a Vejar Sinning desde el 23 al 29 de marzo de 2004, según consta de las certificaciones estampadas a fojas 541 y 731 y a fojas 553 y 731, respectivamente.

La señora Ministra en Visita Extraordinaria dispondrá la consulta de los sobreseimientos parciales y definitivos de fojas 1641, de treinta de octubre de dos mil seis, y de dieciséis de enero de dos mil nueve, de fojas 1986, atendida la pena asignada a los hechos sobre que versan.

Redacción del Abogado Integrante don Luis Carrasco González

Regístrese y, en su oportunidad, devuélvase, con sus agregados.

Rol Nº 62-2010.