

Santiago, doce de septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos antecedentes rol de Ingreso Corte Suprema N° 7947-2017, instruidos por el Ministro de Fuero don Álvaro Mesa Latorre, por sentencia de quince de septiembre de dos mil dieciséis, escrita a fs. 1028 y siguientes se condenó a **Pedro Iturra Carvajal**, en su calidad de autor del delito de homicidio simple, cometido en la persona de Anastasio Molina Zambrano el 11 de octubre de 1973, a sufrir la pena de **seis años de presidio mayor en su grado mínimo**, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

En lo civil, el fallo rechazó las excepciones, alegaciones o defensas opuestas por el Consejo de Defensa del Estado, acogiendo con costas, la demanda civil por daño moral deducida por los actores Aman Gustavo, José Santos, Herta Erica, Germán Eduardo, Rita del Carmen, Alma Ruth, Manuel Benjamín y Miguelina Patricia, todos de apellido Molina Molina, quedando el Estado de Chile condenado a pagar a título de indemnización de perjuicios por daño moral la suma de **cincuenta millones de pesos** (\$ 50.000.000) a cada uno. Las sumas referidas deberán solucionarse reajustadas conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior a que la sentencia quede ejecutoriada y el mes anterior al de su pago, devengando intereses corrientes por el mismo período, más costas.

Apelada tal decisión por el condenado y el Fisco de Chile, la Corte de Apelaciones de Temuco, por resolución de tres de febrero del año en curso, que se lee a fojas 1211 y siguientes, la confirmó con declaración de que Iturra Carvajal queda condenado como autor de homicidio simple a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales, sustituyendo la pena privativa de libertad por libertad vigilada, por el mismo término. En lo civil, la referida sentencia confirmó lo resuelto en primera instancia, fijando la



indemnización por daño moral en la suma de \$30.000.000.- (treinta millones de pesos) para cada uno de los actores.

Contra esta última decisión, la defensa de los querellantes dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo; y el Programa Continuación Ley 19.123, recurso de casación en el fondo, impugnaciones que se trajeron en relación por resolución de fojas 1242.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa de los querellantes dedujo recurso de casación en la forma respecto de la decisión civil del fallo, denunciando que en la especie se configura la causal de nulidad contemplada en el numeral 9º del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que ella ha sido dictada con infracción de ley al omitir requisitos que el ordenamiento jurídico sanciona expresamente con nulidad.

Expone que el vicio aludido se configura ya que la sentencia atacada rebajó la suma que el tribunal de primera instancia había ordenado pagar a título de indemnización de perjuicios por el gravísimo daño moral padecido sin efectuar las debidas consideraciones de hecho y de derecho, así como la enunciación de las leyes que sirven de apoyo a su decisión judicial, al establecer su monto en la suma de \$30.000.000.-, sin explicar cómo llegó a su determinación, señalando además que ella no se condice con los perjuicios sufridos por los actores.

Termina expresando cómo estos vicios han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y solicita acoger el recurso, haciendo lugar – en la sentencia de reemplazo que se dicte- íntegramente a la demanda deducida.

SEGUNDO: Que la misma querellante denuncia que lo resuelto en la parte penal del fallo configura la causal de nulidad sustantiva contemplada en el numeral 1º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 103 del Código Penal, al admitir la media prescripción en el caso de autos, imponiendo al delincuente una pena menos grave que la designada en la ley.



Señala que lo decidido conculca los artículos 5 de la Constitución Política de la República, 1.1 y 2, 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 131 de la Convención de Ginebra, 27, 53 y 54 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 15, 18, 21, 64, 68, 69 y 141 del Código Penal, ya que para arribar a la conclusión que se cuestiona los jueces del fondo han fijado inadecuadamente la naturaleza de los delitos cometidos contra la víctima.

Sostiene que en la especie se está ante un delito contra el derecho internacional, de lesa humanidad, que requiere de una especial atención en materia de represión. Por lo tanto, al ser inamnistiable e imprescriptible, no puede admitirse la disminución de la sanción penal por el transcurso del tiempo, atendido que no resulta posible tal medida en una situación donde el plazo de prescripción es imperecedero.

Indica que los textos internacionales citados en sustento de su recurso imponen al Estado la obligación de investigar tales hechos y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, por lo que acoger la tesis que disminuye su sanción conculca las convenciones citadas que proscriben la auto exoneración, lo que ocurre en la especie al sancionar con una pena más benigna hechos tan graves como los establecidos.

Termina describiendo la influencia de los errores acusados en lo dispositivo del fallo y solicita que en la sentencia de reemplazo que se dicte, se confirme el fallo de primera instancia o se imponga al sentenciado una pena, conforme a la ley.

TERCERO: Que por los mismos fundamentos e idéntico error de derecho recurre de casación en el fondo el Programa Continuación Ley 19.123 denunciando la concurrencia de la misma causal – artículo 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal- atendida la errónea consideración del tiempo en la determinación de la pena de autos, lo que denuncia como constitutivo de yerro por la imposibilidad de admitir la exoneración del responsable por el transcurso de tal factor, de modo que la morigeración del castigo también es improcedente,



señalando que tal decisión además vulnera el principio de proporcionalidad de las penas.

Después de describir la influencia de esta equivocación en lo dispositivo del fallo, solicita acoger el recurso y, en sentencia de reemplazo, confirmar la de primer grado o dictar la que en derecho corresponda.

CUARTO: Que, analizando en primer término los recursos deducidos en contra de la decisión penal de la sentencia atacada, es necesario tener en cuenta que el juez de primera instancia estableció, después de asentar los hechos de la causa (considerando 3°), una calificación jurídica preliminar referida a la figura contemplada en el artículo 391 N° 1, circunstancias 1ª y 5ª del Código Penal (considerando 4°) y la participación del acusado (considerando 8°), indicando a continuación que los presupuestos fácticos establecidos no permiten tener por configuradas las calificantes de premeditación y alevosía por las razones que detalla, de manera que para todos los efectos legales el hecho que se ha investigado es homicidio simple en la persona de Anastasio Molina Zambrano (motivo 12°), desechando a continuación la prescripción gradual de la pena solicitada por la defensa, atendida la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Luego, agrega, siendo el de autos uno catalogado como de lesa humanidad, no es posible aplicar en todo su espectro algún instituto de prescripción como el alegado, ya que de no ser así, resulta muy difícil sostener tal categoría, por lo que ella ha de ser considerada tanto en la calificación del delito como en la determinación de la pena (considerando 13°).

QUINTO: Que, a su turno, los jueces de segundo grado expresaron que compartían la calificación que de los hechos de la causa hiciera el sentenciador a quo al considerar los hechos de autos como homicidio simple, delito de lesa humanidad. Los mismos jueces, a continuación, consignan lo que este tribunal ha entendido como delito de lesa humanidad y el concepto que tales tipos de ilícitos da el Estatuto de Roma, señalando que – como indica el fallo que se revisa en sede de apelación- ellos son imprescriptibles, teniendo presente los Convenios de



Ginebra y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que conforman también nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y atendido que la defensa del apelante alegó en su favor la media prescripción, procedieron a acoger tal petición no obstante lo expuesto precedentemente, como quiera que ella es una causal de atenuación de la responsabilidad penal que no se ve afectada por el impedimento que alcanza a la prescripción de la misma, como causal de su extinción, atendido que son instituciones diferentes y que aquella sólo disminuye el quantum de la pena a imponer, de manera que los hechos que se van a castigar persisten, serán reprimidos, pero con una sanción menor, todo ello por razones de naturaleza humanitaria que aparecen por el transcurso del tiempo, más de 40 años, y considerando el fin resocializador de la pena.

En consecuencia, considerando los hechos por los que se enjuicia al acusado como revestidos de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y ninguna agravante; que la pena que tenía el homicidio simple a la fecha de los hechos era la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, y aplicando las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal al momento de dosificar la pena a imponer, procedieron a determinar su entidad partiendo del tramo inferior de ella, presidio mayor en su grado mínimo. En consecuencia, y favoreciendo al sentenciado la atenuante de irreprochable conducta anterior, según el mérito de autos, y la especial del artículo 103 del Código Penal, sin que concurren agravantes, rebajaron en un grado al mínimo la pena privativa de libertad prevista en la ley, determinando en la parte resolutive que ella queda fijada en cuatro años de presidio menor en su grado máximo y accesorias de inhabilitación que describe.

SEXTO: Que en lo que atañe a los recursos de casación en el fondo deducidos, cabe señalar que la normativa internacional de los derechos humanos contenida en los Convenios de Ginebra, impide la prescripción, total o gradual respecto de delitos cometidos en casos de conflictos armados sin carácter



internacional, misma conclusión que surge de las normas de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, por cuanto la prescripción gradual tiene la misma naturaleza que la total.

Al efecto, la doctrina ha expresado que sus fundamentos se encuentran en las mismas consideraciones de estabilidad social y certeza jurídica que dieron origen al artículo 93 del Código Penal, pero que está destinada a producir sus efectos en aquellos casos en que la realización de los fines previstos para la prescripción no concurren en forma natural sino al cabo de un proceso gradual, esto es, que el lapso necesario para prescribir está por cumplirse, lo que justifica la atenuación de la pena. Pero es evidente que se trata de aquellos casos que no presentan las características de los delitos de lesa humanidad, porque estos son imprescriptibles. En consecuencia, para que dicha atenuación sea procedente es necesario que se trate de un delito en vías de prescribir, cuyo no es el caso, de modo que el transcurso del tiempo no produce efecto alguno, ya que el reproche social no disminuye con el tiempo, lo que solo ocurre tratándose de delitos comunes.

Por otro lado, como se anticipó, se trata de una materia en que los tratados internacionales tienen preminencia, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República. Esas normas prevalecen y la pena debe cumplir con los fines que le son propios y que fueron enunciados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2583, de 15 de diciembre de 1969, como sigue: “La sanción de los responsables por tales delitos es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y para fomentar la confianza, estimular la cooperación entre pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacionales”. En el mismo sentido, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido.



Por último, esta Corte también ha fallado que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, y como ambos institutos se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que ambas situaciones se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguna resulta procedente en ilícitos como el de la especie.

SÉPTIMO: Que, en tales condiciones, el fallo incurrió en el motivo de invalidación en que funda el recurso de casación en el fondo deducido por las querellantes, al acoger la prescripción gradual que regula el artículo 103 del Código Penal en un caso que era improcedente, lo que tuvo influencia sustancial en lo decisorio, pues su estimación, permitía con dicha circunstancia imponer un castigo menor al que legalmente correspondía, de manera que el arbitrio, en este capítulo, será acogido.

OCTAVO: Que en lo referido al recurso de casación en la forma promovido por la querellante, debe recordarse que los jueces de segundo grado confirmaron lo decidido en primera instancia al acoger la demanda civil intentada, haciendo suyos los razonamientos del ministro instructor de la causa que señaló, después de desestimar las alegaciones y defensas del Consejo de Defensa del Estado, que habiéndose establecido la concurrencia de todos los requisitos que hacen procedente la indemnización que se demanda, esto es, la perpetración de un delito por agentes del Estado, la existencia de un daño sufrido por los demandantes y la concurrencia de nexo causal entre éste y aquél, para determinar su *quantum* debe ser considerada la prolongación del dolor sufrido por los actores y considerando la restitución integral, aparece adecuado, congruente y lógico fijar las sumas de \$50.000.000.- para cada uno de los hijos de don Anastasio Molina Zambrano (considerando 24°).



Sobre tal punto, los jueces de segundo grado agregaron que estimaban tales razonamientos ajustados a los hechos y al derecho, sin perjuicio de estimar más condigno con los mismos fijar la indemnización en la suma de \$30.000.000.- para cada demandante, en razón de la naturaleza complementaria que posee esta indemnización frente a las ya otorgadas por las distintas leyes dictadas con anterioridad y con la misma finalidad.

NOVENO: Que de acuerdo al razonamiento expuesto, aparece que los sentenciadores del grado han ratificado la aplicación que el a quo hiciera de los principios de racionalidad y prudencia en la regulación de la entidad de la indemnización cuyo pago se decretara, haciendo primar la idea de justicia y de equidad delimitada por los antedichos principios de razonabilidad y proporcionalidad que la regulación prudencial debe considerar, disponiendo la condena del demandado civil Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado.

DÉCIMO: Que el motivo de invalidación formal que se alega por la parte querellante tiene -según constante jurisprudencia- un carácter esencialmente objetivo y para pronunciarse acerca de su procedencia basta un examen externo del fallo a fin de constatar si existen o no los requerimientos que exige la ley, sin que corresponda decidir sobre el valor o la legalidad de las afirmaciones que de él se desprenda, aquilatar su mérito intrínseco o el valor de convicción que deba atribuírseles.

Hecho el análisis propuesto, es necesario tener en consideración que la exposición de motivos reproducida por los sentenciadores cuestionados, dota a la decisión impugnada de suficientes fundamentos fácticos y jurídicos, desde que tal reproducción de los razonamientos dados por el juez de primer grado, así como los agregados por la Corte de Apelaciones así lo demuestran.

Sobre el punto debatido, es necesario precisar que esta Corte ya ha señalado que la regulación de los perjuicios por el rubro otorgado en la sentencia impugnada queda entregada por entero al criterio de los jueces, dada la índole



netamente subjetiva que tiene el daño moral, que encuentra su fundamento en la naturaleza afectiva del ser humano (SCS 2289-2015, entre otras.), la apreciación pecuniaria de esa clase de mal puede y debe ser asumida prudencialmente por el juez, como se ha hecho en la especie, por lo que la disconformidad con dicho apartado no es susceptible de revisión salvo en cuanto se demuestre la ausencia de fundamentos de la decisión, lo que en la especie no ocurre.

UNDÉCIMO: Que por las razones expresadas, el recurso de casación en la forma será rechazado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 500, 536, 541, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 764, 765, 767, 772, 783 y 784 del Código de Procedimiento Civil, se decide:

1.-**Que se rechaza el recurso de casación en la forma** deducido en representación de la parte demandante en el primer otrosí de fojas 1215.

2.- **Que se acoge el recurso de casación en el fondo** formalizado por las querellantes y demandantes en lo principal de fojas 1215 y 1226, en contra de la sentencia de tres de febrero de dos mil diecisiete, que corre a fojas 1211 y siguientes, la que se anula, solo en la parte penal, y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada la decisión de acoger el recurso de casación en el fondo deducido en representación de las querellantes **con el voto en contra de los Ministros Sres. Künsemüller y Cisternas**, quienes estuvieron por rechazarlo, manteniendo la decisión de aplicar la **media prescripción** alegada. Para lo anterior tuvieron en consideración lo siguiente:

1° Que cualquiera que hayan sido los fundamentos para desestimar en el presente caso la concurrencia de la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal, es lo cierto que la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del *quantum* de la sanción corporal, independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes, sin originar la



impunidad del hecho delictivo. Así, aquélla descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso, en cambio la atenuante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo excesivo que puede resultar una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, pero resulta de su reconocimiento una pena menor. De este modo, en casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión.

2° Que en definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

3° Que tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aún cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, pues de los autos fluye que el lapso de tiempo requerido para la procedencia de la institución reclamada por el impugnante ha transcurrido con creces y, como se trata de una norma de orden público, el juez debe aplicarla, al ser claramente favorable al procesado, por lo que, en opinión de los disidentes, no se configura el vicio de casación denunciado, siendo improcedente la invalidación de la sentencia.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas.



Regístrese.

Rol N° 7.947-2017

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Kunsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firman los Ministro Sres. Brito y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos en comisión de servicios.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a doce de septiembre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente al Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

