

Santiago, diez de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos trigesimoprimer y trigesimosegundo, que se eliminan.

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

Primero: Que, en la presente investigación por la muerte de don Juan Elías Espinoza Parra, ocurrida el 29 de diciembre de 1983, se dictó sentencia de primer grado, con fecha veintiséis de febrero del año en curso, que figura a fojas 1501 y siguientes, por la que se condenó a Luis Arturo Sanhueza Ros, a Jorge Fernando Ramírez Romero y a Aquiles Mauricio González Cortés, luego de reconocerse a su favor la prescripción gradual establecida en el artículo 103 del Código Penal, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y costas de la causa, en calidad de autores del delito de homicidio calificado del citado Juan Elías Espinoza Parra, sanción que deben cumplir efectivamente, por no habérseles otorgado ninguno de los beneficios previstos en la Ley N° 18.216. Asimismo, se acogió, con costas, la demanda civil intentada por Ema María Millar Gutiérrez y Lautaro Eduardo Espinoza Millar, cónyuge e hijo de la víctima, condenándose solidariamente al Estado de Chile a pagarle la suma de \$15.000.000.- a la cónyuge y de \$40.000.000.- al hijo, a título de indemnización por daño moral, más reajustes e intereses.

Segundo: Que, en contra de la singularizada decisión condenatoria, se alzan, en primer lugar según consta a fojas 1563, la parte querellante, viuda e hijo de la víctima, expresándose agraviados por el monto de la indemnización de perjuicios regulada a favor de cada uno de ellos. En síntesis, argumentan que se demostró en autos no sólo la unión sentimental existente entre los querellantes con la víctima hasta antes de su fallecimiento, sino también el abrupto y notorio cambio emocional y conductual que experimentaron a raíz de su trágica muerte, los que, además, se han extendido en el tiempo y, a pesar de ello, el sentenciador ninguna referencia y análisis realizó de la prueba rendida por su parte, pues de haberlo hecho se habría fijado un monto superior por concepto de resarcimiento. Invoca jurisprudencia acerca de la existencia del daño moral sufrido por el cónyuge y parientes cercanos de la víctima, sufrimiento que va más allá de toda demostración procesal. Agrega que los procesados ninguna prueba ofrecieron para intentar establecer hechos diferentes a los sostenidos y acreditados sobre el particular por su parte y, además, que en casos similares se

han otorgado cifras superiores, a cuyo efecto también hace valer una serie de fallos dictados en la materia.

Tercero: Que, a propósito de este capítulo, cabe señalar que en torno a la indemnización por el daño moral, en el motivo trigesimonoveno, el sentenciador se hace cargo de las particulares circunstancias vividas por el hijo y viuda de la víctima de autos, regulando prudencialmente su monto en las sumas que, respectivamente, otorgó a cada uno de ellos. Sin perjuicio de la circunstancia que el juzgador no pondera, precisamente, las declaraciones juradas e informes a que se alude en la apelación de esta parte querellante, lo cierto es que igualmente se tuvo por acreditada la existencia del daño moral reclamado, desde que se concede resarcimiento por ese concepto, cuya cuantía ha sido determinada discrecionalmente conforme al entender y convicción del sentenciador, de modo que en nada altera dicha regulación la prueba que sobre la existencia del perjuicio extrapatrimonial se invoca por este apelante, apareciendo que la fijación se ajusta al mérito de los antecedentes de que se trata. Por ello, la apelación incoada por la querellante, viuda e hijo de la víctima, será desestimada.

Cuarto: Que, enseguida y a fojas 1579, interpone recurso de apelación la parte querellante, Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos, pidiendo que la pena impuesta se eleve a presidio perpetuo, sobre la base de afirmar que el hecho ilícito debe estimarse agravado, además, por la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal establecida en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, prevalerse el hecho de su carácter público; y, además, en la improcedencia de aplicar la prescripción gradual al caso.

Señala que, en la sentencia impugnada, se desestima la agravante citada sobre la base de considerar que no se advierte el cumplimiento de los requisitos que ella exige, ni tampoco su debida comprobación. Argumenta que, por el contrario, debió aplicársela, desde que consta que los acusados eran oficiales del Ejército e integrantes de la Central Nacional de Informaciones, es decir, funcionarios públicos, que se valieron de las oportunidades y medios que dicha condición les otorgaba para asesinar a la víctima de autos, haciendo uso profuso, por ejemplo, de las armas que portaban, que no cabe sino presumir eran las que su institución les entregaba para llevar a cabo el accionar represivo que se describe en el motivo tercero del fallo de que se trata.

En lo que se refiere a la prescripción gradual, alega que resulta contradictorio considerar al hecho como imprescriptible por tratarse de un delito de lesa humanidad y, al mismo tiempo, hacer regir la media prescripción, lo que obedecería al hecho de considerar a esta última de naturaleza jurídica distinta a la prescripción, lo que constituye un equívoco a su entender y por las razones que explica, ya que participan de los mismos fundamentos. Así, en rigor las normas que dicen relación con la prescripción gradual son reflejo de las normas reguladoras de la prescripción de la acción penal y de la pena, comparten ubicación sistemática y, en definitiva, debe concluirse que las primeras constituyen una regla de aplicación de las segundas. Recuerda que los delitos de lesa humanidad –cuyo es el caso– llevan ínsito el ataque masivo a la población civil que no se encuentra en condiciones de ampararse en la protección de los tribunales de justicia, por ello, al rebajar la pena por el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y su condena, no sólo se produce el efecto de impunidad perseguido por los victimarios, sino que se ignora por completo que el paso del tiempo se debe, precisamente, a que se trata de un delito de lesa humanidad. Sostiene también que el transcurso del tiempo que impide aplicar la prescripción no pudo transcurrir a la mitad para la prescripción gradual.

Quinto: Que, en relación con la agravante prevista en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, el sentenciador la trata y desestima en el motivo undécimo, sosteniendo que no se advierte el cumplimiento de los requisitos que ella exige, ni tampoco su debida comprobación. En este aspecto, resulta necesario tener en consideración, en primer lugar, que dicha circunstancia complementa el tipo penal que se ha asentado, con los elementos particulares que ella describe y que requiere el reconocimiento de la verificación de ciertos y precisos supuestos fácticos. Así, la causal contemplada en el numeral 8° del artículo 12, "... supone que el agente ha puesto la función pública al servicio de sus propios y particulares fines ..." (Excma. Corte Suprema, causa N° 4240-2014), cuestión que no ha resultado fehacientemente demostrada en este proceso y que no es dable desprender de las circunstancias narradas por esta parte querellante en su escrito de apelación, quien, incluso, al efecto sugiere partir de una presunción en relación con las armas usadas por los autores condenados. Así, la propuesta agravatoria de la Asociación de Familiares de Ejecutados Políticos, no será oída.

Diferente suerte correrá la petición referida a la desestimación de la "media prescripción". A este respecto, dado que tanto la señalada

“prescripción gradual” como la causal de extinción de responsabilidad penal se fundan en un mismo presupuesto, esto es, el transcurso del tiempo, siendo así, la improcedencia para acoger la prescripción total en esta clase de delitos también alcanza a la prescripción gradual, ya que como consecuencia de acoger lo que prescribe el ordenamiento penal humanitario internacional, procede, en consecuencia, rechazar la mentada institución de la prescripción gradual que descansa sobre un supuesto similar. A ello debe agregarse la incoherencia que resultaría de hacer regir una institución, basada en que la totalidad del tiempo necesario a la extinción de la responsabilidad penal no ha transcurrido, a una situación en que dicho tiempo ha excedido con creces.

Por consiguiente, el delito sobre el que versa esta causa, no sólo es imprescriptible, como acertadamente lo resuelve el señor Ministro del Fuero, sino que no admite la llamada media prescripción consagrada por el artículo 103 del Código Penal; en consecuencia, deberá aplicarse la sanción que la ley le asigna al delito de homicidio calificado, sin considerarlo revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas, como se ha estimado en la sentencia de que se trata, la que se regulará en lo dispositivo de esta resolución.

Sexto: Que, a fojas 1597, se alza el representante del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, pidiendo que se eleve la pena impuesta a los sentenciados a la de 20 años de presidio mayor en su grado máximo sobre la base de considerar equivocada la aplicación de la media prescripción; errada la concurrencia de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y, por último, por no haber aplicado la agravante prevista en el artículo 12 N° 8 del mismo texto legal.

Argumenta que la figura de la media prescripción, regulada en el artículo 103 del Código Penal, se refiere a un delito prescriptible y, en el caso, un delito de lesa humanidad, es imprescriptible, desarrollando una serie de alegaciones acerca de la naturaleza de este tipo de delitos, para, enseguida, referirse a la prescripción gradual, sosteniendo la supremacía de los tratados internacionales en la materia y la proporcionalidad de la pena atendiendo al bien jurídico afectado.

A propósito de la atenuante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, este querellante sostiene que tratándose de un delito de lesa humanidad, resulta inaplicable, pues deben considerarse las circunstancias personales del hechor al momento

de los hechos o de la sentencia, citando al respecto a varios autores, para concluir que atendidas las características personales de los procesados no es dable dicha minorante a su favor, a lo que agrega las condenas que se han dictaminado en contra de los encausados por hechos anteriores al presente.

En cuanto a la agravante consistente en prevalerse del carácter público que tenga el culpable, el Programa señala que es un hecho fehacientemente acreditado que los acusados, aprovechando la investidura que les daba pertenecer a la Central Nacional de Informaciones, hicieron uso y abuso de sus calidades de funcionarios públicos para ejecutar a la víctima de autos por pertenecer al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, opuesto al régimen dictatorial que, a esa fecha, imperaba en Chile.

Séptimo: Que, en lo tocante a los capítulos relacionados con la prescripción gradual y con la agravante establecida en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, el querellante Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, debe estarse a lo que se ha razonado en el motivo quinto que precede, ya que allí se ha consignado el rechazo de dicha excepción de prescripción gradual y agravante de responsabilidad penal.

En torno a la atenuante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y que el sentenciador reconoce a los encausados en la motivación vigesimosexta, lo cierto es que ella resulta procedente desde que no registran anotaciones prontuariales por hechos anteriores a los pesquisados en la presente causa, sin que sea dable considerar para estimar lo contrario las características personales de los encausados al momento de la perpetración del homicidio, pues, incluso así, se trataba de agentes del Estado sin antecedentes pretéritos.

Octavo: Que, a fojas 1608, se agrega la apelación del Fisco de Chile, quien expresa agravios por el rechazo de sus excepciones de pago, de prescripción de la acción civil y, por último, por habersele impuesto condena solidaria. Pide que se revoque la sentencia y, en su lugar, se rechace la demanda de indemnización de perjuicios en todas sus partes, con costas.

En relación con la excepción de pago, el Fisco alega que es un hecho no controvertido y debidamente asentado, que los demandantes reciben y han recibido beneficios pecuniarios con fondos fiscales en su calidad de víctimas de violaciones de los derechos humanos, que son materia de la condena penal contenida en el fallo. Afirma que el

resarcimiento del daño que los actores reclaman, fue regulado por ley y, por consiguiente, no puede un tribunal mediante una sentencia complementar, modificar o aumentar la indemnización fijada en un instrumento de rango legal, aun cuando le parezca exigua o insuficiente al juzgador. Sostiene que, además, se vulnera un principio básico de la responsabilidad extracontractual, cual es, el daño ya indemnizado no admite una nueva indemnización, argumentando acerca de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.123, de la que se desprendería que se pretendió resarcir el daño moral y patrimonial sufrido por los familiares directos de las víctimas, a través de las prestaciones que allí se establecieron.

En cuanto a la excepción de prescripción de la acción civil, señala que invocó el artículo 2332 del Código Civil, en subsidio, lo dispuesto en el artículo 2515 del mismo Código, no obstante lo cual, el juzgador decidió tratar a las responsabilidades penal y civil en bloque, lo que constituye un equívoco y desconoce que aun cuando emanan del mismo hecho, son independientes, refiriendo las diferencias entre ambas, aludiendo a sus finalidades, a la competencia de los tribunales, a la cosa juzgada, a la capacidad delictual, a la disponibilidad de la acción, a la transmisibilidad y a los plazos de prescripción, concluyendo que el tratamiento normativo es también disímil. Invoca jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y realiza argumentaciones sobre la normativa internacional.

En lo que se refiere a la improcedencia de la solidaridad, sostiene la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, conforme al cual la solidaridad sólo tiene cabida cuando una convención, un testamento o la ley la disponga expresamente, según se prevé en el artículo 1511, la que jamás puede presumirse y que, en el caso, la única posibilidad es la de coautoría, establecida en el artículo 2317 del Código citado, la que no cabe en la especie, pues se trata de los condenados penalmente entre sí, pero no entre éstos y el Fisco, como equivocadamente lo resuelve el sentenciador. Destaca que su parte ha sido demandada y condenada en su calidad de tercero civilmente responsable por el hecho delictual de sus agentes, de modo que debe serlo de manera simplemente conjunta, lo que solicita en subsidio de las excepciones anteriores.

Noveno: Que, en relación con la excepción de pago opuesta por el Fisco de Chile, cabe señalar que el señor Ministro del Fuero acertadamente la desestima en el motivo decimosexto, argumentaciones a las que es dable agregar que " ... la normativa

invocada por el Fisco -que sólo establece un sistema de pensiones asistenciales- no contempla incompatibilidad alguna con las indemnizaciones que aquí se persiguen y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos, ya que se trata de formas distintas de reparación, y que las asuma el Estado voluntariamente, como es el caso de la legislación antes señalada -se refiere a la Ley N° 19.123- en que se asila el demandado, no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley ...” (Excma. Corte Suprema, causa N° 5.706-2015).

En cuanto a la excepción de prescripción de la acción civil, igualmente, ella es rechazada por el juzgador en la motivación trigesimoséptima, argumentos que estos sentenciadores comparten, a los que unen la circunstancia de tratarse de un mismo hecho -el homicidio calificado de Juan Elías Espinoza Parra- que genera responsabilidad de índole penal y civil, las que deben tratarse como un todo, sin perjuicio de que se materialicen de manera diversa, no sólo porque el tema de los derechos fundamentales constituye un sistema, sino también porque las normas internacionales imperantes en la materia obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger el derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política de la República. En otros términos, se trata de la actuación de un sujeto de derecho que se ha exteriorizado en un hecho ilícito sancionado por la ley penal y, al mismo tiempo, causa una lesión o daño que afecta al patrimonio económico o moral de otra persona; su autor debe responder por ambos efectos.

Por último, en cuanto a la solidaridad que se le ha impuesto al Estado de Chile con sus agentes, desestimada por la razones que se contienen en los fundamentos cuadragésimo a cuadragésimocuarto del fallo cuestionado, ella dimana, indudablemente, de la normativa de rango superior contenida en los artículos 38 de la Constitución Política de la República y 4° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de modo que las alegaciones formuladas por el Fisco en orden a que se han infringido las únicas fuentes de la solidaridad establecidas en el artículo 1511 del Código Civil, resultan inefectivas, por lo que se mantendrá lo decidido en este aspecto, desestimándose esta defensa subsidiaria.

Décimo: Que, a fojas 1592, la defensa del encausado Luis Sanhueza Ros, endereza apelación en contra del fallo de que se trata, en primer lugar, alegando que no se trata, en la especie, de un delito de lesa humanidad, pues la Ley N° 20.537, que tipifica ese tipo de ilícitos, entró en vigencia en el año 2009 y el hecho investigado se habría producido el 29 de diciembre de 1983, de modo que le es plenamente aplicable la prescripción establecida en los artículos 94 y 95 del Código Penal.

Asimismo, repudia el rechazo de la excepción de cosa juzgada, desde que, a su juicio, claramente, el asunto ya fue investigado ante la Fiscalía Militar, la que sobreseyó definitivamente la causa, resolución aprobada por la Corte Marcial, con fecha 21 de julio de 1989, de modo que no es dable enfrentar a su representado a una nueva sentencia condenatoria sobre la base de idéntico objeto ya pesquisado y terminado.

Igualmente, hace valer a favor del encausado la eximente de legítima defensa, ya que se encontraría demostrado que se configuran los presupuestos que ella exige, desde que hubo agresión ilegítima ór parte de Juan Espinoza Parra al haber efectuado cuatro disparos en contra de los funcionarios de la Central Nacional de Investigaciones para evitar ser detenido; existió la necesidad racional del medio empleado, por la misma razón anterior, esto es, la víctima portaba arma de fuego y la utilizó en contra de los aprehensores; y, finalmente, existió la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, ya que como consta en autos sólo se le dio la orden de detenerse, pero no fue agredido como para sostener que fue instado a la agresión. En subsidio, con iguales argumentos invoca lo dispuesto en el artículo 11 N° 1 del Código Penal, es decir, la legítima defensa incompleta, en la medida que si no concurren todos los requisitos para considerarla como eximente de su conducta, faltan uno o más requisitos, debiendo entonces tenerse como atenuante muy calificada.

Enseguida, controvierte la calificación jurídica del hecho como "homicidio calificado", pues no se da los elementos necesarios, ya que la víctima falleció en el enfrentamiento, producido por él, el 29 de diciembre de 1983, producto de las maniobras realizadas por los agentes de la Central Nacional de Investigaciones para repeler el ataque de Juan Espinoza Parra, quien, al ser interceptado e intimado a detenerse por funcionarios de dicha Central, extrajo de entre sus ropas una pistola marca Star, calibre 32 y disparó en cuatro oportunidades. Es

decir, lo hechos corresponden a la defensa realizada por los agentes ante la actitud agresiva y con arma en mano de la víctima, en los momentos en que se procedía a su detención.

En subsidio, invoca la prescripción gradual, establecida en el artículo 103 del Código Penal, por haber transcurrido más de la mitad del tiempo de la prescripción, además de las atenuantes previstas en el artículo 11 N° 6, es decir, la irreprochable conducta anterior al momento de los hechos y N° 9, la colaboración sustancial que siempre ha demostrado su defendido.

En suma, debe absolverse a su representado; en subsidio, otorgarle alguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216.

Undécimo: Que, a propósito de la inexistencia de un delito de lesa humanidad y la subsecuente prescripción de la acción penal, para desestimar la referida alegación del procesado, baste con consignar lo que, al respecto, ha señalado la Excma Corte Suprema: "es manifiesto que, dada la naturaleza de los hechos pesquisados, que representan un ultraje a la dignidad humana y una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en diversos instrumentos internacionales, constituyen un delito de lesa humanidad. El ilícito ocurrió en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por agentes del Estado, constituyendo la víctima de este caso y muchas otras un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo de numerosos compatriotas a quienes en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres se les sindicó de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder, garantizándoles la impunidad a los ejecutores de dicho programa mediante la no interferencia en sus métodos, tanto con el ocultamiento de la realidad ante la solicitud de los tribunales ordinarios de justicia de informes atingentes, como por la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera que las denuncias formuladas al efecto eran falsas y respondían a una campaña tendiente a desprestigiar al régimen militar autoritario. Así, personas que se sirven de medios e instrumentos estatales para perpetrar tan graves crímenes contra los derechos y libertades fundamentales del individuo, se

envuelven en un manto de impunidad tejido con recursos propios del Estado.”

“Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imposibilidad de amnistiarlos, de establecer circunstancias excluyentes de responsabilidad o de declarar su prescripción, institutos que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía. De este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa posible de invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo. Es por ello que en este tipo de transgresiones no es posible invocar la Ley de Amnistía y la prescripción de la acción penal, porque lo prohíbe el derecho internacional de los derechos humanos.”

“ ... Que de este modo no es posible sostener, como pretende el recurso, que ultrajes a la dignidad de las personas como los que aquí se han perseguido y sancionado, sólo hayan sido tipificados como delito en Chile con ocasión de la dictación de la Ley N° 20.357. Conforme a esa normativa, nuestro país ha recogido de modo expreso en su legislación interna conductas que eran punibles desde los inicios de nuestra legislación penal, por contravenir el ordenamiento internacional.” (sentencia de 9 de noviembre de 2015, causa N° 7308-15).

Criterios que son compartidos por estos falladores y plenamente aplicables en la especie, considerando, además, que en caso alguno aparece que a propósito del ilícito sancionado en la presente investigación se haya dado aplicación a las disposiciones de la Ley N° 20.357, normativa que no hace más que recoger y sancionar conductas vulneratorias de las garantías fundamentales de las personas y que no son de su creación, sino que dimanen desde antaño de la condición de ser humano.

Duodécimo: Que se ha alzado también la defensa del procesado Sanhueza, según se consignó, por habersele desestimado la excepción de cosa juzgada invocada a su favor en relación con la causa N° 1.583-83, en la que los mismos antecedentes se habrían conocido y en la que se dictó sobreseimiento definitivo por no ser los presupuestos de

violencia innecesaria constitutivos de delito y haberse extinguido la responsabilidad penal de Juan Elías Espinoza Parra, por su muerte, en relación con los delitos de porte y tenencia ilegal de arma de fuego, falsificación de documento público e ingreso clandestino al país, según consta de fojas 180 de estos autos.

En este sentido cabe tener presente que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 408 N° 7, establece lo siguiente: “El sobreseimiento se decretará ... 7.º Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado ...” y, por su parte, el artículo 418 del mismo texto legal, le atribuye al sobreseimiento definitivo la autoridad de cosa juzgada –eficacia específica de la sentencia– institución de escasa regulación en materia penal. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que, para estimarla concurrente, basta con que exista una identidad en la persona del procesado y en los hechos que se juzgan, requisitos a los que, internacionalmente y en la materia específica de que se trata –delito de lesa humanidad– se le agrega la circunstancia de no ser la resolución el resultado de un proceso que pretenda la impunidad fraudulenta de los agentes que intervinieron en los hechos.

En otros términos, este tercer requisito consagra la denominada “cosa juzgada fraudulenta”, entendiendo por fraude a la intención cierta de menospreciar la ley, de sustraerse a la fuerza coactiva del derecho, mediante apariencia de regularidad, aunque la finalidad ha sido eludir la norma o regla obligatoria. En este sentido, acertadamente decide el señor Ministro del Fuero, desde que, además, de no haberse agotado la investigación en la causa seguida en el año 1983 ante la Fiscalía Militar, omitiéndose todas aquellas diligencias que, pormenorizadamente, se consignan en el motivo vigesimosegundo del fallo apelado, por lo que no pudo decretarse legítimamente el sobreseimiento correspondiente, se advierte en la tramitación de aquella causa una suerte de “apariencia de regularidad” con el objeto de eludir o evadir la aplicación de la ley.

En consecuencia, no ha podido estimarse concurrente la excepción de cosa juzgada hecha valer por la defensa del encausado Sanhueza Ros, la que debe, por ende, ser rechazada.

Decimotercero: Que, en cuanto a la legítima defensa que ampararía al mencionado procesado Sanhueza, lo cierto es que si únicamente se contara con los antecedentes que dimanarían de las declaraciones de dicho procesado y del coautor Ramírez, podría hacer

surgir la duda sobre su procedencia. Sin embargo, la multiplicidad de otros elementos de convicción incorporados a esta causa, entre ellos y, fundamentalmente, los informes periciales, desmoronan las alegaciones defensivas de ambos encausados, desde que aun en el evento que se tuviera por cierto que la víctima extrajo una pistola y realizó varios disparos en contra de los señalados funcionarios acusados, su presencia solitaria en el sitio del suceso –ningún testigo ni antecedente conduce a sostener que estuviera acompañado- enfrentada a la pluralidad de autores premunidos de armas de fuego, que realizan un sinnúmero de disparos en contra de la víctima, a la que seguían desde antaño y a la circunstancia, no aclarada, de tratarse, en principio, de una pistola marca Astra –así se indica en el informe de fojas 134- y, posteriormente, de una pistola marca Star, conducen a desvirtuar la pretendida eximente de responsabilidad penal, tanto completa como no íntegra y a la forma en que verosímilmente ocurrieron los hechos investigados.

Decimocuarto: Que, en relación con la alegación que critica la calificación jurídica de los hechos, valgan las argumentaciones consignadas en el motivo anterior. Asimismo, en cuanto a la prescripción gradual, establecida en el artículo 103 del Código Penal, por haber transcurrido más de la mitad del tiempo de la prescripción, además de las atenuantes previstas en el artículo 11 N° 6, es decir, la irreprochable conducta anterior al momento de los hechos y N° 9, la colaboración sustancial que siempre ha demostrado su defendido, la defensa del procesado Sanhueza debe estarse a lo razonado en los motivos quinto y séptimo que preceden, en orden a que no se estima concurrente la denominada “prescripción gradual” y a que les fue reconocida a los procesados la atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal. No así la establecida en el artículo 11 N° 9 del mismo Código, rechazo –contenido en el raciocinio vigesimonoveno de la sentencia en examen- que se estima ajustado al mérito de la conducta desplegada por el encausado en la presente causa.

Decimoquinto: Que, por último y en forma verbal, se alzan en contra de la sentencia ya singularizada, los condenados Jorge Ramírez Romero y Aquiles González Cortés, según consta a fojas 1631 y 1643. En el caso del procesado Ramírez, en estrados, su defensor expresó agravios por habersele desestimado la excepción de cosa juzgada, prevista en el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal,

controvirtiendo la abundante jurisprudencia que se cita en el fallo en alzada, a cuyo respecto sostiene que se trata, precisamente, del evento de no haberse cerrado la investigación, a lo que agrega que los argumentos del señor Ministro del Fuero son febles, pues siempre pueden existir diligencias pendientes, debiendo aplicarse el principio *non bis in ídem*. Recayendo la carga de la prueba de proceso fraudulento en los otros y no en su parte, lo que no se acreditó, debiendo primar el principio de la inocencia.

Continúa su alegato realizando argumentaciones sobre la eximente de responsabilidad penal consistente en la legítima defensa, señalando que debió acogérsele, desde que la única prueba cierta que obra en contra del procesado en su propia declaración, ya que en el sitio del suceso se recabaron sólo 9 vainillas y ninguna de ellas corresponde al armamento utilizado por el encausado Ramírez, lo que conduce necesariamente a su absolución.

En relación con el procesado González, el defensor sostiene su inocencia, sobre la base de haber sido condenado por responsabilidad de mando, en circunstancias que se demostró que la única orden que dio fue lícita, cual sería, detener al sujeto apodado "Yuri".

Destacó también la procedencia de la prescripción gradual, la mantención de la atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 6 y, en subsidio, hizo valer la minorante de legítima defensa incompleta, establecida en el artículo 10 N° 10 del Código Penal.

Decimosexto: Que, en relación con todas las alegaciones formuladas por la defensa de los citados encausados Ramírez y González, debe estarse a lo ya razonado en orden a su desestimación, considerando que la prueba de proceso fraudulento dimana de los antecedentes que se han agregado a esta causa y agregándose que la pretendida inocencia del procesado González, por haber dado una orden lícita, no aparece comprobada en estos autos, por el contrario, resulta incoherente con su postura procesal examinada en el considerando trigésimo del fallo en alzada.

Decimoséptimo: Que, por lo razonado, se comparte la opinión del señor Fiscal Judicial manifestada en su dictamen de fojas 1654, en cuanto fue de parecer de desestimar la prescripción gradual reconocida a los acusados y resolver conforme a los antecedentes que obran en el proceso.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 144 del Código de

Procedimiento Civil, **se confirma** la sentencia apelada, de veintiséis de febrero del año en curso, escrita a fojas 1501 y siguientes, **con declaración** que se eleva la pena impuesta a los encausados Aquiles Mauricio González Cortés, Luis Arturo Sanhueza Ros y Jorge Fernando Ramírez Romero, a la de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, en calidad de autores del delito de homicidio calificado de Juan Elías Espinoza Parra, cometido el 29 de diciembre de 1983, 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 esta causa.

Se previene que el Abogado Integrante señor Cruchaga concurre al fallo pero no comparte la fundamentación de la mayoría en el sentido de confirmar, sin modificaciones, la sentencia apelada en aquella parte que luego de condenar al Fisco de Chile a pagar a los demandantes civiles una indemnización por concepto de daño moral , fija la cuantía de esta "prudencialmente".

El abogado disidente fundamenta su prevención en lo siguiente:

PRIMERO: Que, según se lee en el considerando TRIGESIMO TERCERO, el juez a quo reconoce que la demanda civil interpuesta en autos se dirigió en contra de Luis Antonio Sanhueza Ros; Jorge Fernando Ramírez Romero; Aquiles Mauricio González Cortés, como también, en contra del Fisco de Chile, solicitando que todos aquellos fueran condenados en forma solidaria.

SEGUNDO: Que, en los considerandos siguientes, es decir, del señalado TRIGESIMO TERCERO, hasta el último, este es, el CUADRAGESIMO CUARTO, el señor Juez a quo analiza las defensas opuestas por el Fisco de Chile, desechándolas todas éstas, pero no hace mención alguna a la acción civil dirigida en contra de los procesados de autos, por lo cual, concluir en la parte resolutive del fallo, en particular, en el la decisión que se titula **En cuanto a la acción civil**, numeral **III.- Que se acoge con costas la demanda civil.....quedando el Estado de Chile condenado a pagar a título de indemnización de perjuicios....."**

TERCERO: Que, de esta manera no se comprende por qué sólo fue condenado el Fisco de Chile en circunstancias que había otras tres personas igualmente demandadas solidariamente. Sin embargo lo recién señalado, en atención que el demandante civil no se alzó por tal motivo,

este disidente se limita a representar tal situación y no a emitir un voto revocatorio por lo señalado.

CUARTO: Que, por otra parte, este disidente no comparte tampoco la confirmación sin modificaciones, es decir, aquellos razonamientos y resolución del juez a quo que los sentenciadores de mayoría han hecho suyos, en particular en lo que expresa el sentenciador de instancia en el considerando TRIGESIMO NOVENO, **“Por lo mismo el Estado de Chile inició un proceso de reparación para ambos,** (se refiere a los demandantes civiles), **según consta de autos, que debe ser completado con la indemnización por daño moral de una suma de dinero, que será regulada prudencialmente por este sentenciador....”**(subrayado del disidente).

QUINTO: Que , como es evidentes, el señor Ministro sentenciador al usar la expresión **“suma de dinero que será regulada prudencialmente”** se está refiriendo a lo que en doctrina se denomina “determinación del quantum” de la indemnización.

Sobre el particular, y más allá de la copiosa literatura académica que existe con relación al daño moral, dos ideas son importantes de recordar:

a) **“El daño moral es identificado con las sensaciones aflictivas experimentadas por la víctima, a consecuencia de la lesión de bienes de particular valor aflictivo o personal: el honor, la salud, la vida de una persona querida”**

b) **“La evaluación cuantitativa del daño no patrimonial constituye un problema”.**

(ambas citas del Profesor de la Universidad de Parma, Giovanni Bonilini tomadas del libro Estudios sobre la Responsabilidad Civil, pag.292 y 313 ARA Editores, Primera Edición año 2001, analizadas por Cesare Salvi, Profesor de la Università degli Studi di Perugia.

SEXTO; Que, delimitado el análisis del daño moral en la forma señalada, en particular al quantum del mismo, cabe señalar que por muy difícil solución que tenga dicha tarea, no puede a juicio de este disidente, eludirse su análisis argumentando una **“regulación prudencial”**:

SEPTIMO: Que, a juicio de este Abogado Integrante **“Prudencia”**, de acuerdo a la definición más simple, es la virtud que lleva a alguien a desenvolverse de modo justo y adecuado. Se trata, “La Prudencia” de una virtud cardinal, **ial igual que la Justicia!** cualidades morales que son de la esencia de un juez y por consiguiente su normal y

diario actuar será, (o debería ser) prudencial, por lo cual, justificar el quantum de una indemnización en base una actuación prudencial, nada dice,

OCTAVO: Que, en consecuencia, la determinación de quantum de la indemnización, a juicio del disidente, es un proceso que requiere – más allá de prudencia- un análisis de los hechos investigados y de la prueba reunida en autos.

En efecto, conocido es el artículo 69 del Código Penal, norma que en su parte pertinente expresa: **“el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor extensión del mal producido por el delito”**.

Por su parte, el artículo 2330 del Código Civil establece: **“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él, imprudentemente”**. (ambas citas subrayadas son obra del disidente)

NOVENO: Que, si bien de los dos ejemplos anteriores corresponden a jurisdicciones diferentes, penal la primera y civil la segunda, la lógica jurídica en ambas es la misma. Establecida la existencia del delito en el caso del juez penal y establecida la existencia del daño por el juez civil, surge una segunda etapa para dichos sentenciadores: determinar la pena con que se castigará al delincuente y fijar la indemnización que deberá pagar el que cometió el daño. Es decir, en ambos casos el legislador se está refiriendo a la determinación del quantum.

De lo dicho se aprecia la importancia de los elementos “extensión del mal causado”; y, eventual “exposición imprudente al daño”, no bastado en consecuencia una apreciación distante y teórica del caso.

DECIMO: Que, en la actualidad nadie discute que una de las bases principales de la garantía esencial o constitucional, que constituye el **“debido proceso”**, es la necesidad de fundamentar las sentencias explicando el razonamiento seguido por el sentenciador incluyendo en éste el análisis y ponderación de la prueba reunida en autos para finalmente, hacer la subsunción de los hechos en la norma.

UNDECIMO: Que, lo señalado en el considerando OCTAVO, a pesar de sus particularidades, representa el espíritu del legislador en el sentido que cada caso es único y debe resolverse conforme a su mérito por lo cual determinar el quantum de una indemnización en base a la “prudencia” sin que se haya considerado la prueba reunida en autos, se acerca más al obrar **“en conciencia”** que a un juez e derecho.

DUODECIMO: Que, es por lo anterior qué, para evitar la subjetividad de los sentenciadores que amparados en “la prudencia” resuelven, al decir del Profesor Jorge Mosset Iturraspe, apreciando un **“dolorómetro”**, prescindiendo de toda la prueba reunida en autos, es que la Excma. Corte Suprema de Justicia ha preparado baremos en que se fijan estándares objetivos que deben servir o iluminar el actuar de los jueces Si se analizan dichos documentos se puede apreciar que están contruidos sobre variables que consideran particularidades que pueden encontrarse en cada caso, por ejemplo, edad del fallecido, sexo del familiar demandante, relación de parentesco entre fallecido y demandante, circunstancias de la muerte, etc.

En consecuencia, a juicio de este Abogado Integrante no basta fundar una sentencia en la “prudencia”, debe recurrirse a elementos objetivos que permitan entender el razonamiento del juez. . Sobre el particular, cabe recordar lo señalado por el profesor italiano Cesare Salvi en su obra antes citada, **“Puede decirse, entonces, que a efectos de la cuantificación, asumen un papel central la dimensión social del bien lesionado y la entidad de la lesión...”** más adelante agrega, **también será necesario, para la determinación del quantum, tener en cuenta el título y el grado de culpabilidad presentes en la conducta lesiva, así como las condiciones económicas del responsable...”**

DECIMO TERCERO: Que, en opinión del disidente, lo recién transcrito es en la actualidad la posición que la Excma. Corte Suprema de Justicia ha asumido. En efecto, en fallo dictado el 1º de diciembre en curso en a causa ingreso 2182-1998, el máximo tribunal, determinando el quantum de una indemnización por concepto de daño moral, resolvió:

“En cuanto a la acción civil

“QUINTO: Encontrándose acreditado y no controvertido, (se refiere a la existencia de los hechos ilícitos),.....**este tribunal fijará prudencialmente el monto de la indemnización en lo resolutivo del fallo, ponderando a estos efectos lo señalado en el documento de fojas 125 referido al daño emocional sufrido por el actor a consecuencia del hecho de autos de extrema gravedad e incuestionable motivo de dolor....”**

DECIMO CUARTO: Que, de esta manera, el proceder de la Excma Corte Suprema demuestra no que no basta una apreciación teórica del daño alegado, sino que se requiere apreciar la prueba rendida a tal efecto, En el caso de autos, la demandante civil acompañó declaraciones

juradas de los señores Jaime Navarrete Fiero; Carlos Zapata Sepúlveda; Carlos Poblete Montero, que coinciden en señalar el daño emocional de los demandantes; así también se acompañó certificados emitidos por la doctora Marianne Danhier Elgueta, del Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos PRAIS, y del Servicio Médico Legal, que dan cuenta de los tratamientos recibidos por el demandante y su madre. No obstante la existencia de abundante prueba, ningún análisis de la misma se hizo por el sentenciador.

DECIMO QUINTO: Que, atendido lo expuesto el disidente estuvo por eliminar el considerando TRIGESIMO NOVENO, y en su reemplazo, redactar un basamento analizando toda la prueba rendida y con ese análisis determinar el monto de la indemnización.

Acordada, en lo que se refiere a la desestimación de la prescripción gradual, con el voto en contra de la Ministra señora María Soledad Melo Labra, quien estuvo por mantener su reconocimiento, considerando para ello que respecto de la media prescripción, consagrada en el artículo 103 del Código Penal, corresponde su aplicación declarando la prescripción gradual de la pena pues, dicha institución tiene como objetivo solamente atenuar el *quantum* de la condena sin evitar la responsabilidad ni el castigo, por lo que su consideración para ese efecto no desconoce los principios que respaldan la imprescriptibilidad de la acción en delitos de lesa humanidad ni la normativa de los Tratados que la consagra; por el contrario, honra la misma preeminencia de la condición humana en que ellos se sustentan, en favor –ahora- de los victimarios. 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. En consecuencia, la disidente fue de parecer de mantener la sanción penal impuesta a los condenados, sin modificaciones.

Regístrese y devuélvase con todos sus agregados.

Redacción de la Ministra señora Javiera González Sepúlveda y de la disidencia y la prevención, sus autores.

Nº 749-2015.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por la Ministra señora Javiera González Sepúlveda, la Ministra señora María Soledad Melo Labra y el Abogado Integrante señor Angel Cruchaga Gandarillas, quien no firma por encontrarse ausente Autoriza el (la) Ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Santiago, diez de diciembre de dos mil quince, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.