

Santiago, tres de agosto de dos mil veinte.

**VISTOS:**

En estos antecedentes, por sentencia de catorce de noviembre de dos mil diecisiete, que rola a fojas 1946 y siguientes del Tomo VI, el Ministro de Fiero don Mario Carroza Espinoza, resolvió:

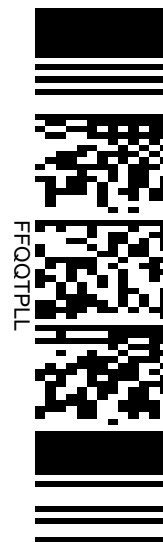
**“EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL:**

*I.- Que se condena a los acusados Martiniano Arias Fernández, Manuel Tibaldo Flores Jorquera y José Hernán Huaiquimil Uribe, ya individualizados en autos, como cómplices del delito de Homicidio Calificado de Ernesto Enrique Zúñiga Vergara, ocurrido el 16 de enero de 1982, a la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.*

*Reuniéndose en la especie las exigencias del artículo 15 bis de la Ley N° 18.216, se le suspende a los sentenciados la pena privativa de libertad y se les otorga el beneficio de la libertad vigilada intensiva, debiendo cumplir además las condiciones del artículo 17 del mismo cuerpo normativo y artículo 20 del Reglamento de la misma Ley. Si por cualquier motivo debiere cumplir la pena privativa de libertad, se les deberá abonar el tiempo que permanecieron privados de libertad, a Martiniano Arias Fernández desde el 10 de febrero al 2 de mayo de 2014, según consta a fojas 534 y 784, a Manuel Tibaldo Flores Jorquera desde el 10 al 14 de febrero de 2014, según consta a fojas 549 y 570, y a José Hernán Huaiquimil Uribe desde el 4 al 6 de febrero de 2014, según consta a fojas 406 y 503.*

**EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL:**

*II.- Que, ha lugar, a las acciones civiles deducidas a fojas 1438 y 1462, con costas, quedando el Fisco de Chile condenado a pagar la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) a María Adriana Vergara Marín, de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) a cada uno de los actores civiles Ana María Zúñiga Vergara, Carlos Alberto Zúñiga Vergara, y Cristina Eugenia Zúñiga Sánchez, sumas que se*



*reajustarán según la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas entre la fecha que la sentencia adquiera el carácter de ejecutoria y su pago efectivo, e intereses desde que se constituya en mora”.*

La referida sentencia fue rectificada el veintitrés de abril de dos mil dieciocho, a fojas 2169, en virtud de la cual **“Se modifica la sentencia que rola a fojas 1949 y siguientes, sustituyéndose en el número II, de la parte resolutive el nombre de “María Adriana Vergara Marín” por el de “MARTA Adriana Vergara Marín”.**

En contra de la signada sentencia, presentaron recursos de apelación en forma verbal y/o escrita las defensas de los sentenciados que se precisan en la minuta de remisión de fojas 2210 y 2211, correspondientes a los enjuiciados José Hernán Huaiquimil Uribe, Martiniano Arias Fernández y Manuel Tibaldo Flores Jorquera.

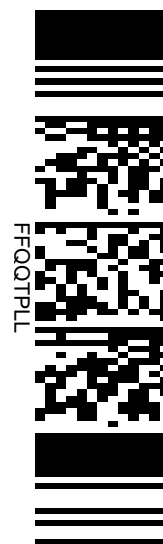
Por su parte, el abogado don Javier Contreras Olivares, en representación de la Unidad del Programa de Derechos Humanos interpuso recurso de apelación a fojas 2082, la que fue concedida a fojas 2083.

Asimismo, el abogado don Nelson Caucoto Pereira, en representación de los querellantes y demandantes civiles Marta Vergara Marín, Ana María Zúliga Vergara, Ernesto Zúñiga Vergara, Carlos Zúñiga Vergara y Cristina Zúñiga Sánchez, mediante presentación de fojas 2096 interpuso recurso de apelación, el que fue concedido a fojas 2132.

En tanto que la abogada doña Ruth Israel López, en representación del Consejo de Defensa del Estado recurrió de apelación, sólo en su parte civil, en los capítulos expresados en su libelo de fojas 2105, la que fue concedida a fojas 2132.

Por último, se adhirió a la apelación, a fojas 2214, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos.

El Ministerio Público Judicial, a través del Informe de la Fiscal doña María Loreto Gutiérrez Alvear de fojas 2244, en lo apelado consideró una serie de observaciones, estimando en definitiva la participación de los encartados en calidad de autores, de conformidad



con lo previsto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal y rechazar la calificación de la minorante contemplada en el artículo 11 N° 6 del referido cuerpo legal; en lo demás fue del parecer de confirmar y aprobar la señalada sentencia.

A fojas 2255, se trajeron los autos en relación.

**VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos, tercero, undécimo párrafo segundo, décimo quinto párrafo segundo, vigésimo primero y trigésimo tercero.

En el considerando trigésimo segundo se elimina en la parte final la expresión “cooperando”.

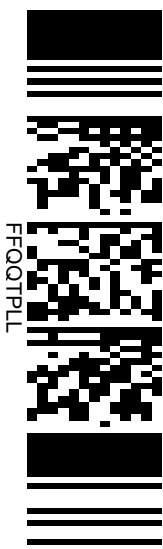
En el considerando trigésimo tercero se elimina “y hacen que la atenuante se considere además como muy calificada”.

En la reflexión cuadragésima tercera se sustituye la suma de \$40.000.000 (cuarenta millones de pesos) por \$60.000.000 (sesenta millones de pesos)

**Y SE TIENE, ADEMÁS, Y EN SU LUGAR PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que, acertadamente la sentencia recurrida razona en torno a calificar los hechos como **crímenes de lesa humanidad**, en las motivaciones tercera, décimo quinta, trigésima segunda y principalmente en el vigésimo párrafo final.

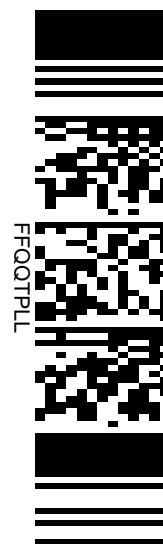
En efecto, los crímenes de lesa humanidad encuentran su origen más remoto en los preámbulos de Convenios de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1899 y 1907. A partir de ese momento, se fue desarrollando este concepto, consagrándose en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, convenido en el Acuerdo de Londres por las Potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial el 8 de agosto de 1945. Por su parte, los crímenes de guerra también se consagran en dicho Estatuto y, posteriormente, en los mencionados Convenios de Ginebra de 1949. En consecuencia, el hecho tenido por cierto en la sentencia en alzada es punible en virtud de la predominancia del derecho internacional por sobre el nacional, lo que se traduce en que aquellos tratados que reconocen y garantizan derechos humanos tienen un rango constitucional, debiendo, por ende,



primar por sobre la normativa de derecho común de menor rango legal. Este reconocimiento es de vital importancia porque le otorga la relevancia que ameritan a “los crímenes de lesa humanidad”, ante la gravedad que éstos implican, ya que su contravención afecta a la humanidad en su integridad, a los bienes jurídicos de paz, seguridad y bienestar internacional, que el derecho penal internacional busca proteger. Por otra parte, de los tratados internacionales, resulta pertinente destacar el IV Convenio de Ginebra -derecho vigente en nuestro país al momento de perpetrarse el hecho- y que, por ende, forma parte del sistema normativo de nuestro país. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Resolución 3074 (XXVIII) de las Naciones Unidas de fecha 3 de diciembre de 1973, contienen expresamente la obligación para el Estado de Chile de investigar y juzgar aquellos actos que constituyan crímenes de guerra y de lesa humanidad, indicándose como *“Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”*, señalándose que *“Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, será objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”*, es decir, claramente resulta improcedente la prescripción frente a tales delitos, elemento a tener en consideración en el segundo acápite a analizar.

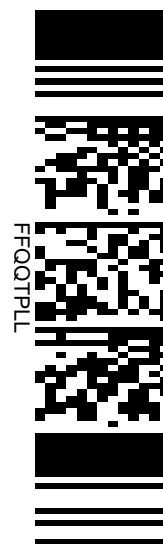
En este orden de ideas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en su artículo 7°, refiere que: *“A los efectos del presente Estatuto se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; a) Asesinato (...)”*.

A vía de criterio orientador, resulta pertinente señalar, que en el derecho penal internacional se distinguen los siguientes requisitos comunes a los crímenes de lesa humanidad, desde lo objetivo, un



ataque y en lo subjetivo el conocimiento de que ese ataque existe y de que se actúa como parte de él. De esta forma, los crímenes de lesa humanidad se definen como ciertas conductas que son cometidas en el contexto de un ataque, el que debe ser generalizado o sistemático y dirigirse contra la población civil. El término ataque se puede describir en proporción a la definición que recoge el artículo 7° párrafo 2 letra a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como “*una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos*”. Esto implica, la perpetración de una multiplicidad de actos, que tienen entre sí una relación tal que son susceptibles de ser entendidos como una línea de conducta. Se ha sostenido que un ataque es generalizado cuando alcanza a un gran número de personas y es sistemático, si en su ejecución existe un cierto grado de organización que hace observable que en él se sigue un plan o política (Werle, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2da. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 477-479). Para los efectos de la competencia material de la Corte Penal Internacional, se exige que las conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad se cometan de conformidad con la política de un Estado u organización o para promoverla (artículo 7, párrafo 2 letra a) del Estatuto de Roma). Es este plan o política lo que une a la multiplicidad de actos de manera que constituyan una “línea de conducta”. Por último, este ataque debe tener como objeto a la población civil, la que abarca a todo grupo de personas unidas por alguna característica común (como vivir en un mismo territorio, o seguir determinadas corrientes políticas o religiosas), excluyendo por cierto al grupo que lleva adelante al ataque (Werle, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2da. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 47 y ss.)

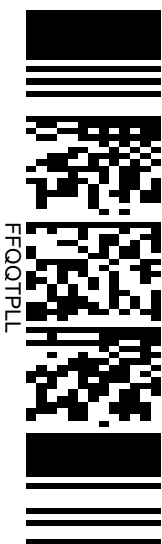
En cuanto a su aspecto subjetivo, se requiere el conocimiento del ataque y actuar como parte de él. Por su parte, el artículo 7 párrafo 1 del Estatuto de Roma explicita el requisito del conocimiento del ataque que ha de tener quien actúa. Además, dispone que se ha de actuar “*como parte de un ataque (...)*”, entendiendo que esa conducta se inserta en una multiplicidad, conformando una misma línea con las demás que constituyen el ataque (se actúa en un mismo sentido).



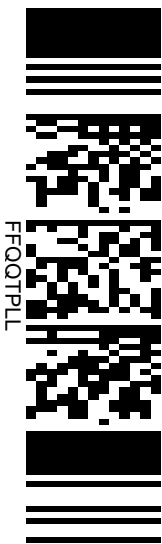
No obsta a la calificación de delito de lesa humanidad, que los sujetos activos no hubieren formado parte de la CNI, sino de la BIA de la Policía de Investigaciones de Chile, por cuanto ambos organismos representaron y cumplieron funciones dentro de una política de Estado imperante a esa época y en ese contexto, los hechores desviaron el cometido de la orden de investigar que se ajustaba a derecho, por cuanto hicieron uso desmedido de la fuerza para dar muerte al inculpado, no constituyendo aquel un hecho aislado, sino inserto en una línea de conducta compuesto por una multiplicidad de actos de similar naturaleza dirigidos contra civiles -violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos-, acaecidos desde una larga data en contra de todo aquel que participara de una ideología distinta de quienes detentaban el poder en esa época, tal como sucedió en este caso con don Ernesto Enrique Zúñiga Vergara -activo integrante del MIR-, por lo que no puede ser considerado como un suceso policial, a pesar de que la Comisión de Verdad y Reconciliación creada por el Decreto Supremo N° 35 de 1990, indicara en relación a él, que resultó muerto en “*un enfrentamiento real*”, víctima de violencia política, mas no de violación a los Derechos Humanos, por cuanto sólo en un proceso judicial legalmente tramitado, en el que se llevaron a cabo exhaustivas diligencias de prueba, conforme a las garantías del debido proceso puede establecerse la verdad formal de cómo aquellos acontecieron.

Por último, en el contexto de análisis de un delito de lesa humanidad, los hechores se encontraron amparados por un sistema, de hecho o de derecho, que en su momento permitió, favoreció o garantizó su impunidad, todo con el fin de ocultar, negar o desvirtuar la realidad y naturaleza del atentado, permitiendo de esa manera el efecto perseguido, estos es, la impunidad absoluta o relativa, curso que siguió la tramitación que en su momento tuvo la causa seguida al efecto.

**SEGUNDO:** Que como consecuencia de declarar el hecho como crimen de lesa humanidad, corresponde necesariamente pronunciarse sobre la **imprescriptibilidad de la pena**, compartiéndose los razonamientos contenidos en la motivación vigésima de la sentencia recurrida.

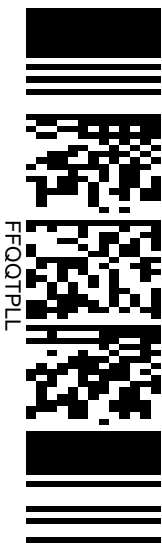


En otro orden de ideas, las normas que declaran que los crímenes de guerra y de lesa humanidad no prescriben se encuentran vigentes en nuestro país como costumbre internacional, por cuanto la naturaleza de estos ilícitos reconoce per se estas características en ellos. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial el caso Almonacid Arellano y otros v/s Chile, constituye un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho internacional, encontrándose la obligación de los Estados Partes de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad, no pudiendo, como consecuencia, aplicar las excepciones de prescripción y amnistía, cuya aplicación vulneraría el mandato antes dicho. La imprescriptibilidad en estos crímenes constituye una excepción configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo, ni por sus protagonistas, ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal, sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron delitos). En consecuencia, según se ha indicado la imprescriptibilidad de estos ilícitos se encuentra reconocida como norma de *ius cogens* en el derecho internacional, por cuanto se pretende amparar intereses esenciales para la comunidad internacional en su conjunto, y, por tanto, revisten el carácter de imperativas. En este sentido, la prescripción de la acción penal contra los culpables de éstos da lugar a una ineficacia jurídica de estos crímenes y deja a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual pudiese identificar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. En esta materia, la sanción de las violaciones graves de estos derechos resulta esencial para garantizar el respeto y la protección de los mismos, como también para asegurar la protección del bien jurídico dignidad del ser humano. Por ello, resulta imprescindible abordar la cuestión de la



prescripción, considerada como una institución extinguidora de la acción penal y de la pena, respecto de aquellos ilícitos que además implican una violación de los derechos humanos. Esto resulta también fundamental toda vez que la impunidad, que es la consecuencia final y el efecto inmediato de la aplicación de la prescripción en esta materia, constituye en sí, además, otra violación más de dichos derechos. Es decir, no sólo se configura la violación de los derechos humanos por los actos positivos que constituyen el ilícito criminal, sino que también se configura una segunda violación con la actitud pasiva del Estado que ampara dicha impunidad. La prescripción y sus efectos así planteados, resultan cuestionables desde el comienzo, pues aceptarla como una institución legítima dentro de la normativa protectora de los derechos humanos, constituiría una segunda violación más de esos mismos derechos, pues la persona-víctima (el centro del ordenamiento) se ve doblemente afectada, por el crimen y por la impunidad que implica la falta de sanción (y a veces también la ausencia de la misma investigación).

De esta forma, la profesora doña María Inés Horvitz señala que *“el fundamento del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención especial). En su base operan, pues, consideraciones de racionalidad conforme a fines, es decir, de falta de necesidad prospectiva de la pena. La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal), sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos. Este es el fundamento de justicia política de las disposiciones convencionales en el ámbito*



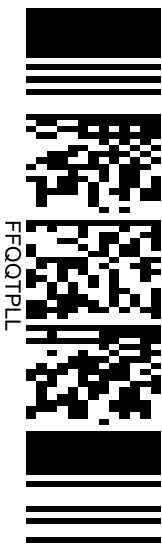


*internacional que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos, normas que, sin embargo, no se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico chileno*". ("Amnistía y Prescripción en Causas sobre Violación de Derechos Humanos en Chile". María Inés Horvitz L. Profesora Asociada Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Directora del Centro de Estudios de la Justicia de la misma Universidad).

Dicha apreciación establece un fundamento básico de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que constituye un pilar que sustenta esta teoría, esto es, la superposición de la verdad sobre la ignorancia y el olvido; la supremacía de la persona por sobre la norma, y con ello, en consecuencia, de la justicia por sobre la seguridad jurídica y la impunidad. Un elemento importante a considerar, en los crímenes de lesa humanidad es la supresión institucional del Estado de su punición, no resultando viable por esos hechos la persecución penal.

La finalidad de no aplicar la prescripción en materia de violaciones a los derechos humanos radica en velar por la justicia y evitar la impunidad en su más amplio sentido, restableciéndose la verdad histórica como bases de la convivencia. En este orden de ideas, al ser Chile un Estado suscriptor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, queda, de hecho y de derecho, obligado por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país y que no se debe frustrar, de acuerdo a su artículo 18.

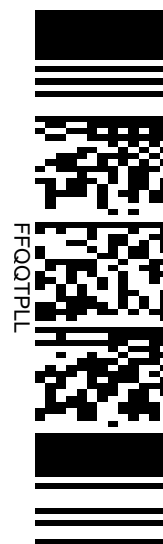
Por su parte, en el año 1968 fue suscrita en el marco de las Naciones Unidas, la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, tratado cuya esencia es la protección y garantía de los derechos humanos, lo que se contempla plenamente en nuestra Constitución Política de la República, en los artículos 1, 5 inciso 2° y 19 N° 26. En esta Convención se refrenda la imprescriptibilidad de la acción pública y de las sanciones para los crímenes que son objeto de la Convención. Además, esta Convención tiene efectos retroactivos, ya que tiende a abolir cualquier prescripción que se disponga en una ley o en cualquier otra norma. Esta



convención, que si bien no está vigente en Chile, con el hecho de establecer un carácter propio de los derechos esenciales de la persona, queda indirectamente incorporada vía interpretación del artículo 5 inciso 2° de nuestra Carta Fundamental, pues se establece expresamente como límite para el ejercicio de la soberanía, el respeto de los derechos esenciales que emanan de la persona humana. En efecto, conforme las normas de interpretación constitucional -pro hombre-, debe realizarse en su sentido más amplio, lo que sumado al carácter progresivo de los derechos humanos, permite concluir que se refiere a todo derecho esencial reconocido como tal, encontrándose no sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana -de carácter universal-, contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, no pudiendo en consecuencia eludirse su aplicación por la existencia de una normativa interna que disponga lo contrario -conforme lo previene el artículo 27° de la Convención de Viena-.

Por su parte, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que *“es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado”*; y que *“Un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes”*.

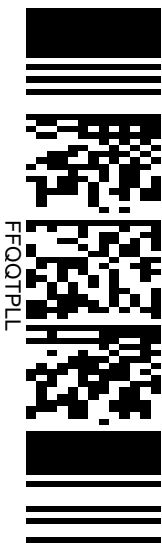
En síntesis, en materia de Derechos Humanos se ha establecido en el ámbito internacional la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales o de lesa humanidad, también conocidos como “violaciones a los derechos humanos”, ello atendida la naturaleza del bien jurídico protegido, los derechos esenciales de la persona humana, existiendo a su respecto tratado internacional sobre la materia, y que priman, incluso, por sobre la Constitución, al constituir una fuente Supraconstitucional. En efecto, Chile no puede aplicar la prescripción en aquellos crímenes que constituyan una violación a los derechos esenciales de la persona humana, puesto que existe un imperativo



Constitucional -al reconocer Chile como límite para el ejercicio de su soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sin limitación- y legal para ello -al ser nuestro país un Estado suscriptor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, quedando obligado por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país, a no frustrar el objeto y fin de ella antes de su entrada en vigor, por lo que si las diversas situaciones descritas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional y que han ocurrido en Chile, quedaran impune, el Estado de Chile estaría vulnerando el objeto y fin de esta Convención Internacional-.

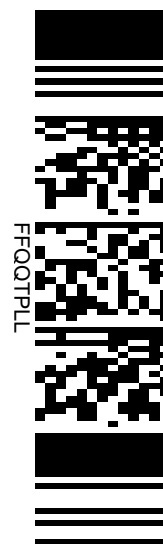
**TERCERO:** Que en lo tocante a la tipificación de los hechos tenidos por ciertos en el considerando segundo, el sentenciador los subsumió en el ilícito de **homicidio calificado -artículo 391 N° 1 del Código Penal-**, bajo la concurrencia de las circunstancias de **alevosía y ensañamiento**, desarrollo que efectuó en primer término en la motivación tercera. Asimismo, en el considerando vigésimo primero se reitera la calificación que precede, desestimando las alegaciones de las defensas de los procesados Arias Fernández y Huaiquimil Uribe.

En efecto, **la alevosía** está establecida en consideración a la imposibilidad de defensa que enfrenta la víctima y a la reacción de temor que el hecho provoca en los demás, lo que no descarta del todo la consideración de la situación subjetiva del criminal, que evidencia hipocresía y cobardía o sea mayor peligrosidad. Externamente la alevosía aparece exigiendo condiciones en relación al homicida como a la víctima. Del homicida requiere que oculte lo que pretende realizar, encubriendo el carácter real de su acción, en forma que ésta aparentemente pierda ante el sujeto pasivo su naturaleza letal, sea por el empleo de una maquinación o el aprovechamiento de circunstancias que impidan a la persona contra la cual se atenta el conocimiento de la ejecución del delito o lo imposibilite a defenderse. La meta del victimario es garantizar la realización del fin ilícito perseguido o su seguridad. El agente debe, en consecuencia, buscar o crear situaciones fácticas que imposibiliten al ofendido la protección de su vida y no sólo que la



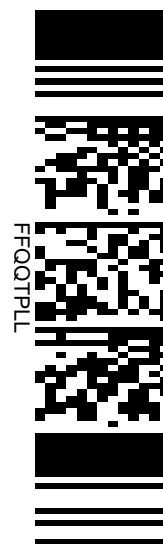
disminuyan. De parte de la víctima, la alevosía requiere que no esté en condiciones de defenderse o que, estando en situación de hacerlo, no alcance o no logre advertir el ataque de que es objeto, presupuesto que no es factible de tener por cierto, de acuerdo a la dinámica de los hechos indicados en el reproducido considerando segundo, en razón a que se señala, *“Que, ya en el vehículo, los funcionarios Martiniano Arias Fernández y Manuel Flores Jorquera se dirigieron de inmediato hasta los asientos posteriores en el cual se encontraba la víctima, quién al percatarse de la situación habría procedido probablemente a extraer desde sus vestimentas un arma de fuego, respecto de la cual no ha sido posible establecer en autos que la haya utilizado (...).”*

Señala Cerezo Mir (Curso de Derecho Penal Español, II, Editorial Tecnos, 6° Edición, p.372), que la alevosía exige que el sujeto haya elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla y de evitar los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima, sin que sea preciso que el sujeto *“haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima”*, sino que *“basta con que utilice los medios, modos o formas de ejecución con los fines mencionados”*. Ahora bien, para la apreciación de la indicada circunstancia es necesario que la seguridad en la ejecución y la indefensión de la víctima sean deliberadamente buscadas o aprovechadas por el agresor, eliminándose el riesgo que pueda provenir de la defensa del ofendido, por lo que su apreciación es desde una perspectiva *ex ante*. De esta forma, el logro de los fines de aseguramiento de la ejecución e impedimento de los riesgos procedentes de una posible defensa de la víctima aparecen como algo no absolutamente improbable u objetivamente idóneos para ello, siendo irrelevante que el sujeto logre de manera efectiva asegurar la ejecución e impedir los riesgos procedentes de una posible defensa del afectado. La doctrina diferencia tres clases de alevosía en función de sus peculiaridades: a) La denominada *alevosía proditoria*, *aleve o traicionera* que es la forma más característica, referida a aquellos supuestos en los que el ataque que tiene lugar sobre el sujeto pasivo va



precedido de trampa, emboscada, celada, lazo, acecho, insidia, apostamiento o asechanza, actuando el autor “a traición sobre seguro”, como señalaba el Código Penal Español de 1822, concurriendo una cierta premeditación en orden a la consecución del objetivo lesivo, encuadrándose aquí aquellos supuestos en los que el sujeto activo utiliza estratagemas o procedimiento engañosos o tretas para atraer pérfidamente a la víctima con ocultación sinuosa del ánimo hostil, caracterizándose en ocasiones por tratarse de un ataque por la espalda, dándose en ella la máxima ocultación de las intenciones y proyectos homicidas o lesivos, en cuanto el propio agresor se esconde a la vista de la víctima; b) La denominada *alevosía sorpresiva, súbita o inopinada* caracterizada por tener lugar un ataque *ex improvisu*, es decir, por desencadenarse de forma sorpresiva, repentina e inesperadamente, de forma fulgurante e imprevisto por el sujeto activo que no permite al afectado reaccionar, ni eludir el golpe, estando esta última de espaldas o de frente, caracterizándose con frecuencia por cuanto el agresor aun cuando no se oculta físicamente, sin embargo no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión, concurriendo generalmente un lapso de tiempo mínimo entre el pensamiento concreto -no la idea previa de matar- y la ejecución, de suerte que estando totalmente desprevenido el ofendido, éste no espera aquel ataque a su integridad corporal y, por tanto, impide toda preservación o el intento defensivo más elemental; c) La denominada *alevosía de prevalimiento, desvalimiento o indefensión*, caracterizada por el aprovechamiento de una especial situación accidental de indefensión o desamparo -absoluto o muy acentuado- de la víctima en la que ésta no puede defenderse y reservada para cuando el ataque sobre la misma tiene lugar de forma especialmente ruin, cuando está acostada, tendida en el suelo, sentada, de rodillas, dormida, embriagada en fase de crisis aguda o en otra situación de indefensión no provocada por la acción del sujeto, dirigida a la producción del resultado de muerte.

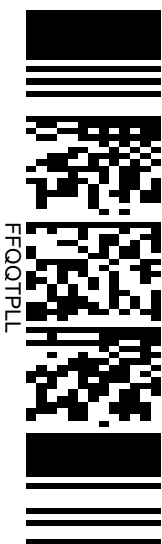
Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español no cabe aplicar la alevosía, en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo es partícipe y conocedor de la posibilidad del ataque por parte del sujeto



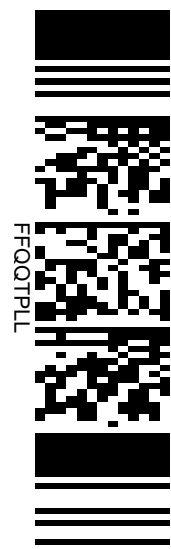
activo por haber sido amenazado, advertido o estar inmerso en una disputa, lucha recíproca, riña consentida o pelea o de cualquier modo espera o puede contar racionalmente con un acometimiento contra su integridad, escenario que no es posible de contextualizar en relación al afectado, toda vez que conocía que era buscado por los policías o agentes del Estado y más aún se percató de su presencia, subiéndose a un bus de la locomoción colectiva, a fin de huir y evitar ser aprehendido, ubicándose en un espacio de libre acceso a terceros ajenos al procedimiento seguido en su contra.

Por su parte, el concepto de alevosía alberga dos hipótesis:

1.- **“A traición”**: El Diccionario de la Real Academia Española, define “a traición” como *“alevosamente, faltando a la lealtad o confianza; con engaño o cautela”*. Es decir, la falta que se comete quebrando la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener. En la especie no se configura, por cuanto no se ha acreditado que entre los autores y la víctima hubiera habido algún grado de fidelidad o lealtad o confianza preexistente que se deba guardar o temer, ocultándose de parte de los encartados las intenciones delictivas, el ánimo y el propósito, simulando una doblez, una actuación mañosa de su parte. De esta forma, se desestima que los sujetos activos hubieren creado una maquinación tendiente a engañar o a aparentar ante la víctima una situación diversa de la verdadera, que importe un aprovechamiento de la confianza o lealtad que aquélla hubiera depositado en los sujetos activos. La E. Corte Suprema ha señalado que por “traición” se alude a desplegar una puesta en escena de confianza, en términos tales que la víctima espera un comportamiento amistoso. Agrega, que debe entenderse el aprovechamiento de la indefensión de la víctima, a causa de la confianza que experimenta por el autor, sea porque éste con su conducta alevosa se las ha ingeniado para generarla, sea simplemente, porque por cualquier causa preexistía a consecuencia de la cual el ofendido no sólo no temía un ataque del sujeto activo del hecho, sino que incluso esperaba de él un comportamiento amistoso. (Libro de Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Jorge Mera y Álvaro Castro, Lexis Lexis, 2007, págs. 236 y 237)

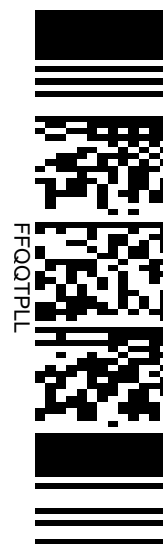


2.- **“Sobre seguro”**: El Diccionario de la Real Academia Española, define “*sobre seguro*” como, “*sin aventurarse a ningún riesgo*”; actuar creando o aprovechando oportunidades materiales -fácticas- que permitan que los agentes eviten todo riesgo de su persona, sea que este provenga de la posible reacción del sujeto pasivo o de terceros que lo protegen. El aseguramiento puede corresponder a la creación por el delincuente de una situación de seguridad para la consumación del hecho o del simple aprovechamiento de circunstancias materiales que dejan en la indefensión a la víctima, condiciones que influyen en el autor para llevar a cabo el delito (Garrido Montt, Mario, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile 1998, Tomo III, págs. 56 y 57). En efecto, consiste en cometer el ilícito creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que aquél provenga de la posible reacción del sujeto pasivo o de terceros que lo protegen, constituyéndose un ejemplo gráfico de esta circunstancia, el sujeto que espera al asecho a su víctima. Es una suerte de aprovechamiento del sujeto activo de una situación favorable que tiene respecto del sujeto pasivo, dejándolo en una situación de indefensión. El aseguramiento puede corresponder a la creación por el hechor de una situación de seguridad para la consumación del hecho -una emboscada- o del simple aprovechamiento de circunstancias materiales que dejan en indefensión a la víctima, condiciones que influyen en el autor para llevar a cabo el delito. Obrar sobre seguro puede consistir en ocultar los medios comisivos del delito siempre de cara a encestar el golpe en forma segura. En la especie, no se provocó la indefensión de la víctima mediante el ocultamiento de los medios comisivos, esto es, atacándosele por sorpresa, por cuanto los agentes no actuaron con el propósito de asegurar la realización del delito, dado que su propósito fue en primer término dar cumplimiento a la orden de detención dictada en contra del afectado y luego, verificándose otras condiciones, que el sentenciador refiere que “*probablemente*” ocurrieron, constituido por el hecho que el sujeto pasivo extrajo desde sus vestimentas un arma de fuego, información proporcionada por el testigo presencial don Segundo Hipólito Jofré Moreno de fojas 396 -conductor del microbús-, diligencia de



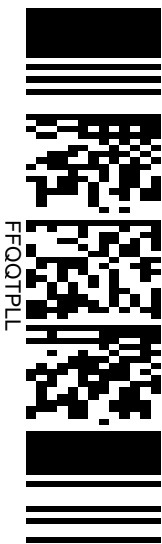
reconstrucción de escena de fojas 1313 y siguientes, informes periciales de las doctoras Carmen Cerda Aguilar y Laura Börgel A., rolantes a fojas 1217 y 1775 y de los testimonios de los propios encartados-, aunado en lo pertinente por lo declarado por don Víctor Zúñiga Arellano a fojas 9 -quien refiere que la víctima era una persona entrenada, dispuesta a enfrentarse a la policía con armas de fuego-. Tampoco se ha acreditado que las condiciones de seguridad fueron las que de algún modo determinaron a los sujetos activos a concretar el delito, generándose una situación de indefensión real y objetiva respecto de la víctima, por cuanto aquéllos desconocían si aquél se encontraba armado o acompañado de terceros que permitieren repeler el ataque, toda vez que sólo de esa forma, se puede afirmar el mayor injusto del hecho. La Corte Suprema ha resuelto que la sola indefensión de la víctima no basta para afirmar la existencia de la alevosía, siendo necesaria alguna evidencia de que el estado de indefensión fue el motivo decisivo del ataque que, de no haber existido aquélla, no se habría producido (Corte Suprema, Rol N° 4164-2002, de fecha 1 de abril de 2003). En igual sentido se pronuncia la sentencia publicada en la RDJ, Tomo LXXXVII, sección 4, pág. 121, en la que precisa que la indefensión o desvalimiento de la víctima deben ser buscados de propósito por el delincuente y aprovechados para ejecutar su acción dolosa, descartando que la sola demostración de maldad o perversidad configuren la alevosía.

En este orden de ideas, se puede desestimar que se hubiera actuado sobre seguro porque si bien eran tres los imputados los que se ubicaron en el interior del microbús y existieron por otro lado, funcionarios policiales que se encontraron en las afueras del sitio del suceso -todos ellos armados-, no hay evidencia de que el estado de indefensión hubiera sido el motivo decisivo del ataque y que, de no haber existido aquélla, éste no se habría producido. En consecuencia, para que exista el actuar sobre seguro inherente a la alevosía, no debe darse una situación de simple seguridad para el agente por la indefensión, que él no ha buscado, de la persona a quien pretende atacar. Es imprescindible, por tanto, que el ofendido no tuviera *aptitud* para defenderse o que se contare con terceros encargados de



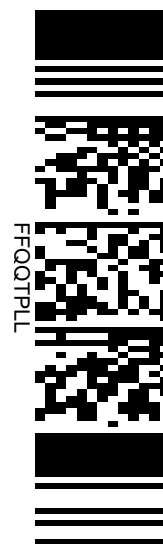


protegerlo y que los sujetos activos hubieran determinado formas para evitar esa protección o también que se haya decidido a actuar aprovechando precisamente el estado de indefensión en que su víctima se encontraba, sin que nadie la protegiera, escenario que no concurre en la especie. Más bien de la dinámica tenida por cierta, de acuerdo a las características del hecho, permiten colegir que el ubicar a la víctima al interior del microbús, sin la compañía de terceros, ha sido consecuencia del “simple azar”. Es así como en el considerando segundo, se indica que resultaba aleatorio que Ernesto Enrique Zúñiga Vergara, el día de los hechos concurriera a una casa ubicada en calle Teniente Cruz, de la comuna de Pudahuel -“y se logra establecer en base a testimonios recopilados a otros detenidos, que en algún momento éste debería concurrir a una casa ubicada en calle Teniente Cruz de la comuna de Pudahuel”-. Agrega, que la víctima al tiempo de acontecer los hechos, se percató de la presencia policial -“Que al contar con esta información, el día 16 de enero de 1982, cerca del mediodía, se dispuso un operativo de vigilancia en las inmediaciones de la calle Teniente Cruz por Martiniano Arias Fernández, a la espera de la posible llegada de Ernesto Zúñiga Vergara, **quien al acercarse al lugar percibe la presencia de los policías en el sector y decide abordar apresuradamente un microbús de la locomoción colectiva, una acción que lleva a los funcionarios policiales a seguirles con sus vehículos**”-. Añade además, que una vez que los hechores se subieron al microbús, el afectado también se percató de su presencia -“Que, ya en el vehículo, los funcionarios Martiniano Arias Fernández y Manuel Flores Jorquera se dirigieron de inmediato hasta los asientos posteriores en el cual se encontraba la víctima, **quien al percatarse de la situación habría procedido probablemente a extraer desde sus vestimentas un arma de fuego, respecto de la cual no ha sido posible establecer en autos que la haya utilizado**” (...)- De esta forma, se deja en evidencia que los hechores no se subieron al microbús disparando en contra del sujeto pasivo, sino que aquello ocurrió “probablemente”, una vez que la víctima habría hecho lo propio en contra de uno de los encartados mediante la utilización de su arma de fuego. En otras



palabras, se desestima que se tratase de una acción realizada “empleando medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido”. (Matus Acuña, Jean Pierre, Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia, 2011, p. 413). En efecto, la agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes, por cuanto se requiere además, que los sujetos activos hubieren actuado con un especial ánimo -alevoso-, elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando estén dadas como en el caso lo constituyó el número de funcionarios policiales que pretendieron adoptar el procedimiento de detención, dado el conocimiento que tenían de manera previa de la eventual forma de proceder de la víctima. Tal como se ha señalado, el simple azar de las circunstancias favorables no es motivo suficiente para estimar que un homicidio se ha cometido con alevosía. En efecto, las condiciones de aseguramiento no fueron especialmente buscadas o procuradas por los hechores, a modo de revelar la existencia del ánimo alevoso. Por tanto, se desestima la calificante de alevosía, dado que no se ha acreditado la concurrencia de circunstancias que objetivamente aseguren, sea la ejecución del delito, la integridad de los agentes ante la eventual reacción del agredido, especialmente buscadas o procuradas o aprovechadas por los hechores, evidenciándose con ello un ánimo alevoso como elemento subjetivo del tipo penal en análisis, por cuanto en este caso, la referida indefensión no importó un motivo determinante para la ejecución del delito.

En este orden de ideas, según se ha indicado, se desestima que los sujetos activos hubieren obrado “a traición”-ocultamiento de la intención verdadera de los agentes ante la víctima- y “sobreseguro” -creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo al autor-. Con arreglo a lo expuesto, cuando el estado de indefensión de la víctima preexiste, podrá apreciarse alevosía si esa condición fue *decisiva* para la ejecución del delito y “abusada” por el

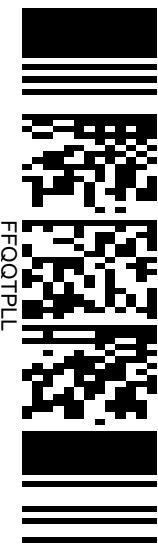


autor, lo que en la especie de acuerdo a los razonamientos que preceden no aconteció. Por el contrario, si es patente que el agente habría actuado aunque el sujeto pasivo hubiera contado con la posibilidad de oponerle resistencia efectiva -tal como aconteció en los hechos tenidos por ciertos-, la calificante debe ser descartada.

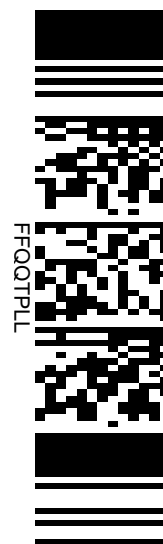
Por otro lado, es dable señalar que en los presupuestos fácticos tenidos por ciertos en el considerando segundo, no se describen supuestos o circunstancias que permitirían configurar la calificante de alevosía, ya sea en su hipótesis de actuar a traición o sobre seguro, en los términos latamente explicitados con antelación.

En segundo término, en lo relativo a actuar “**con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido**” -artículo 391 N° 1 causal cuarta del Código Penal-, existe consenso entre los juristas que se requiere de:

a) El elemento subjetivo: el que se desprende del término “deliberada” empleado por el artículo 391 N° 1 del Código Penal, que alude al *dolo directo*. Es insuficiente el simple conocimiento de que se está usando un medio de matar, que aumente el dolor del ofendido, por cuanto se requiere la intención concreta de provocar ese plus de sufrimiento, que objetivamente debe alcanzar el límite de lo inhumano, como lo señala la ley, buscándose conscientemente producir ese resultado, lo que no exige la concurrencia de premeditación, pero sí de la determinación de actuar en la forma precisa escogida para aumentar la intensidad del sufrimiento, resolución que puede formarse de manera inmediata a la comisión del hecho o mientras se realiza. La exigencia de este dolo directo en relación al ensañamiento deja de lado situaciones en que objetivamente puede haberse causado un mayor dolor en la víctima, siempre que el autor no haya tenido intención de obtener este resultado, por cuanto el paroxismo emotivo es incompatible con la deliberación e inhumanidad propias de la calificante. La gravedad o intensidad del daño no es índice, en consecuencia, que sirva para determinar el ensañamiento, así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia (Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1950, T. XLVIII, part. 2°, sec. 4°, pág. 80, año 1952, T. XLIX, part. 2°, sec 4°, pág. 178).



En efecto, no es ensañamiento provocar cualquier dolor, pues generalmente en toda muerte es connatural el padecimiento, aunque el mismo sea brevísimo; debe tratarse de uno de carácter magnificado y para determinar esto será necesario atenderse a las circunstancias objetivas concurrentes, en particular el medio empleado, la forma en que se usó, las condiciones y características del victimario y del ofendido. El simple aumento del sufrimiento del occiso también es insuficiente, el exceso debe alcanzar una intensidad que permita calificarlo como inhumano. Los males adicionales **no deben ser necesarios** para la consumación del delito, sino **considerables** en cuanto a su magnitud, porque la ley habla de **“inhumanamente”**. La expresión **deliberada** significa que la conducta ha de llevarse a cabo con **dolo directo**, con el propósito de realizar la acción penada con un plus -sufrimiento de la víctima-, voluntaria y concretamente, evidenciándose una insensibilidad del autor. Claramente, el proferirle a la víctima veinticuatro disparos, los que fueron detallados en el Informe de Autopsia N° 159/82 de Ernesto Enrique Zúñiga Vergara emitido por el Servicio Médico Legal, rolante a fojas 17, 124 y siguientes, en que se refiere que *“La causa de muerte fueron los politraumatismos esqueléticos y viscerales por balas. Los principales impactos son: 1 cráneo encefálico, sin salida de proyectil, cuya trayectoria es de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha; 1 cervical izquierdo, sin salida, su trayectoria es de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha; 2 torácicos anteriores, con salida; 8 abdominales, uno de ellos sin salida; 1 del muslo derecho, sin salida; 1 del hombro izquierdo, con salida; 1 de tórax izquierdo; 2 de brazo izquierdo, con salida; 1 de antebrazo izquierdo, con salida; 1 mano izquierda, y finalmente, 9 orificios de entrada y salidas y otro en la mano del mismo lado”*, no permiten evidenciar que los sujetos activos aumentaron deliberadamente el mal causado al afectado, por cuanto aquél falleció de manera inmediata en el sitio del suceso, sin que pudiese determinarse cuál de dichos disparos provocó su deceso, a vía de contextualizar la calificante en análisis, más aún si se tiene en consideración que estamos frente a la hipótesis de

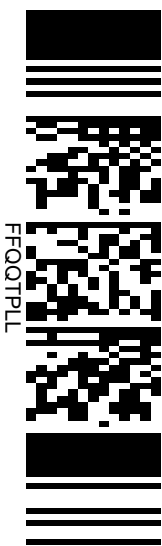


pluralidad de autores, en que cada uno de ellos llevó a cabo una conducta funcional al resultado muerte.

Asimismo, en el considerando segundo de la sentencia recurrida se afirma que *“ya que antes es herido por los funcionarios policiales, quienes en un accionar desmesurado y en forma indiscriminada, utilizan sus armas de fuego para eliminarlo, tanto aquellos que suben al vehículo como los que se encontraban en el exterior, actuando evidentemente con el solo propósito de ejecutarle, ya que su cuerpo en la autopsia presentó al menos veinticuatro impactos de bala, circunstancia que sin lugar a dudas le ocasionó la muerte inmediata en el lugar”*, no describiéndose, ni precisándose, ningún presupuesto fáctico que pudiere configurar la calificante de ensañamiento.

En la especie, los sujetos activos tuvieron conocimiento de las circunstancias referidas precedentemente, esto es, de los reiterados disparos proferidos en contra del afectado -por cuanto además, se encontraban de manera próxima a él- y no rechazaron el empleo o la forma de ejecución, la que se condice con el análisis de la participación, más no del ensañamiento. De esta forma, los elementos de convicción que obran en la presente causa, no permiten orientar a un ensañamiento en el actuar de los acusados, conclusión a la que se arriba en atención a los hechos que se tuvieron por probados, de los que se desprende sólo un dolo directo de matar como consecuencia de una multiplicidad de disparos, no existiendo un plus de injusto superior al necesario para lograr únicamente la muerte del ofendido. Tales aspectos no permiten tener por justificado el elemento objetivo de la calificante, considerándose como un exceso al accionar propio del *animus necandi*, a vía de proferir un mayor sufrimiento a la víctima. El legislador penal no sanciona en este caso causar dolores, sino aumentar inhumanamente el inherente a la provocación del deceso, por cuanto se requiere que los otros sufrimientos “aumenten” aquellos que necesariamente debe sufrir la persona a quien se priva de la vida con la acción tendiente a este efecto.

En síntesis, se desestima la calificación de los hechos efectuada en el considerando tercero, esto es, de **homicidio calificado en la**



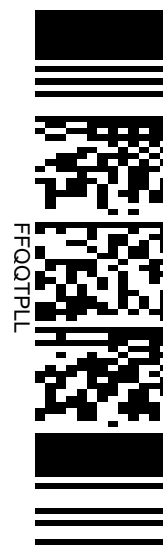
**circunstancia de ensañamiento, en los términos del artículo 391 N° 1 causal cuarta del Código Penal.**

De esta forma, los hechos deben subsumirse en la figura residual de **homicidio simple, en la hipótesis del N° 2 del artículo 391 del Código Penal.**

**CUARTO:** Que en lo concerniente a la **participación**, no se comparte la calificación que efectúa el sentenciador -en el considerando undécimo- al subsumirlos en la hipótesis de artículo 16 del Código Penal -complicidad-. De esta forma, no será oída la alegación de absolución por falta de participación de la defensa de Arias Fernández, por cuanto se comparte, las reflexiones de los fundamentos que se indicarán del fallo de primer grado, desde que los elementos de convicción indicados en él, reúnen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal y constituyen, por ende, un conjunto de presunciones judiciales que permiten tener por demostrada la participación del referido encartado, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Punitivo, según se desarrollará.

Al respecto es dable consignar que en el considerando segundo, se describieron presupuestos fácticos propios de una intervención en calidad de autores, misma proposición que fue efectuada en la acusación, a saber: ***“4.- Que en esa persecución, los agentes de la Brigada logran darle alcance en la intersección de las calles Teniente Cruz con José Joaquín Pérez, y desde uno de los vehículos **desciende Martiniano Arias Fernández con dos de sus subalternos, Manuel Flores Jorquera y José Hernán Huaiquimil Uribe, con los cuales sube al vehículo en que viajaba Ernesto Zúñiga Vergara y el resto de los funcionarios policiales que les acompañaban lo rodean externamente;*****

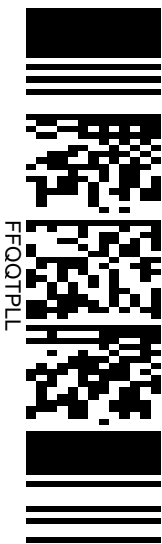
***5.- Que, ya en el vehículo, los funcionarios Martiniano Arias Fernández y Manuel Flores Jorquera se dirigieron de inmediato hasta los asientos posteriores en el cual se encontraba la víctima, quién al percatarse de la situación habría procedido probablemente a extraer desde sus vestimentas un arma de fuego, respecto de la cual no ha sido posible establecer en autos que la haya utilizado, ya que antes***



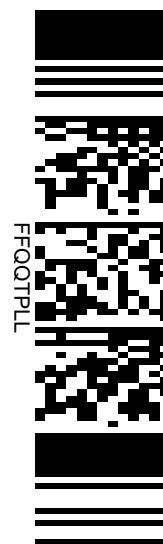
***es herido por los funcionarios policiales, quienes en un accionar desmesurado y en forma indiscriminada, utilizan sus armas de fuego para eliminarlo, tanto aquellos que suben al vehículo como los que se encontraban en el exterior, actuando evidentemente con el solo propósito de ejecutarle, ya que su cuerpo en la autopsia presentó al menos veinticuatro impactos de bala, circunstancia que sin lugar a dudas le ocasionó la muerte inmediata en el lugar”.***

En efecto, en los delitos dolosos la autoría supone la conducción final del acontecimiento típico por el autor, lo cual es una precondition del dominio del hecho. De esta forma, *“autor en general es aquel sin cuya intervención el hecho típico no puede siquiera principiarse o, aunque se ejecutara, no sería ya típico o sólo satisfaría las exigencias de un tipo penal diferente del que se trata en el caso concreto”*. En los delitos de dominio es autor quien cuenta con el *dominio del hecho*. Para determinar en quien concurre esa cualidad, hay que distinguir los casos en los cuales el sujeto domina el hecho porque domina inmediatamente la realización de la acción (*autoría de propia mano, autor ejecutor o autor directo*), de aquellos en que lo domina porque domina la voluntad del que ejecuta la acción (*autoría mediata*) y de los que comparte tal dominio con otros, en conjunto (*co-dominio del hecho o dominio del hecho funcional o coautoría*) (Derecho Penal, Parte General, Enrique Cury Urzúa, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición ampliada 2005, págs. 589 y siguientes)

En lo pertinente es *autor ejecutor, directo o de propia mano* aquel que realiza dolosamente y por sí mismo, la conducta descrita por el tipo. Por otro lado, son *coautores* *“quienes se han dividido la realización del hecho, en términos tales que disponen del condominio del hecho, cuya consumación deciden en conjunto, porque su contribución es funcional a la ejecución total”*, (Enrique Cury Urzúa, obra antes citada), tal como se advierte en la descripción de los presupuestos fácticos tenidos por ciertos en el considerando segundo de la sentencia recurrida, se situó a los tres hechores al interior del microbús en que aconteció el homicidio, atribuyéndoseles la conducta de disparar en contra del afectado. De esta forma, se les considera autores, por cuanto los tres realizaron la



acción descrita en el tipo penal previsto en el artículo 391 N° 2 del Código Penal. Por otro lado, en parte de nuestra doctrina, que se apoya en el texto del artículo 15 N° 3 del Código Penal, ha encontrado con frecuencia acogida una concepción *subjetiva*, de conformidad con la cual lo que decide sobre la autoría de estos concurrentes es la existencia de “*concierto previo*”. Lo peculiar en los casos de coautoría es que ninguno de los coautores cuenta con el control total del acontecimiento, de cuya configuración, en cambio, sólo pueden disponer todos ellos en común. De aquí el carácter *funcional* al todo de cada una de las contribuciones separadamente consideradas. De esta funcionalidad de la cooperación de los coautores depende, a su vez, la distinción entre ellos y aquellos intervinientes que son simples partícipes. A diferencia de la participación, la coautoría no es *accesoria*. Esto se debe a que cada uno de los coautores es corresponsable de la totalidad del hecho, y por ello, “*la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva de un hecho ajeno*”. Desde el punto de vista subjetivo, la coautoría requiere de un *acuerdo de voluntades* y, desde el objetivo, la recién mencionada *prestación de una contribución que sea funcional a la realización del hecho común*. Por ello, aun cuando se estimare que los encartados se hubieren concertado en torno a materializar y hacer efectiva una orden de detención decretada en contra de Ernesto Enrique Zúñiga Vergara, los tres estuvieron en conocimiento que eran portadores de armas de fuego -cargadas- y las usaron, proceder que se evidencia del Informe de Autopsia N° 159/82 rolante a fojas 17 y 124, en que se indica que existieron numerosos impactos de bala -al menos veinticuatro-, que provocaron la muerte -“*politraumatismo esquelético y visceral por balas*”- relacionado con el certificado de defunción que obra a fojas 143. Asimismo, se señala en el Informe Pericial Balístico N° 791/2013, que rola a fojas 404, que es posible por la cantidad de disparos que recibió la víctima, que los tres efectivos policiales los efectuaron de manera conjunta, a pesar de que no es factible determinar cuántos realizaron cada uno de ellos, sin descartar con ello, la presencia de otros tiradores, quienes los hicieron desde el exterior del microbús hacia el interior del mismo. De esta

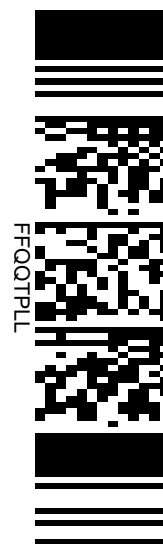




forma, de acuerdo a la dinámica de los hechos, el protocolo de autopsia y el resultado del examen médico policial externo realizado, es dable colegir que Zúñiga Vergara recibió al menos veinticuatro disparos -máximo veintinueve- desde adelante hacia atrás, provenientes de los tres encartados, por cuanto de otra manera, no se entiende lo razonado por el sentenciador en el considerando noveno, a saber: *“Que el modo en que verosíblemente ocurrieron los hechos, no son concordantes con las versiones entregadas por los procesados Flores Jorquera y Huaiquimil Uribe, ya que uno dice haber disparado solamente en dos oportunidades y el otro, ni siquiera haberlo hecho, pero el cuerpo de la víctima tiene 24 impactos de bala, si a ello le agregamos que Arias Fernández dice que tampoco dispara, significaría que todos los disparos recibidos por Zúñiga Vergara son efectuados por efectivos que se encontraban en el exterior del bus, lo que no es lógico ni racional, acorde con lo señalado en el informe de autopsia.*

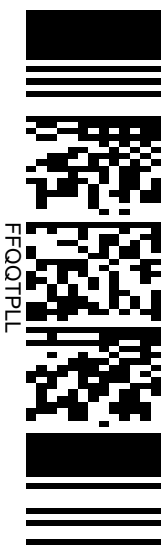
*(...) A su vez, tal como lo hemos señalado en los motivos precedentes, si bien existe un testigo que afirma que Zúñiga Vergara extrae un arma de fuego, no existe la misma certeza que le dispara a los encausados, ya por la inexistencia de cartuchos en el sitio del suceso, de fotografías del cargador del arma y la inexistencia de la granada a la cual alude el Parte de la Brigada Investigadora de Asaltos, y además porque las encontradas en el sitio del suceso no corresponden al arma periciada, lo cual es extraño e inusual, por el contrario al no haber informes periciales de las armas de los funcionarios policiales, **se debería estimar que los tres encausados disparan en contra de la víctima, aunque no se puede establecer cuantos disparos llega a realizar cada uno de ellos**”.*

Por otro lado, aun cuando se estimare que uno de ellos no hizo uso de su arma de fuego, es dable señalar que aquél no realizó nada para asegurarse de que no fueran usadas las que portaban los otros dos encausados, por lo que debe igualmente responder en calidad de autor del delito de homicidio simple, el que a la postre se consumó, pues su modesta expresión de oposición, no constituye manifestación seria de una *voluntad de evitación*.



En efecto, el acuerdo de voluntades es condición *necesaria*, pero en modo alguno *suficiente* de la coautoría, pues ésta requiere, además, que el coautor intervenga funcionalmente en la realización del hecho típico, tal como aconteció en la especie, dado que los tres efectuaron disparos en contra del afectado. En síntesis, para que exista coautoría es indispensable que los distintos intervinientes presten a la realización del hecho una contribución que hizo “funcionar” el plan conjunto, que sea *funcional* a su realización, de tal manera que si uno de ellos la retira, el proyecto fracasa; pero, al mismo tiempo, la actividad de cada cual es a su vez, dependiente de que los restantes realicen la suya, porque por sí sola es incapaz de conducir a la consumación. Al respecto, resulta ilustrador aclarar que no es necesario que el coautor intervenga directamente en la ejecución del hecho típico, por cuanto basta que su contribución sea decisiva para su consumación.

En este orden de ideas, se desestima la calificación de la participación efectuada por el sentenciador -en el considerando undécimo-, por cuanto los encartados no intervinieron dolosamente en un hecho ajeno. Muy por el contrario, concurrieron a la ejecución de la conducta típica -dar muerte a Ernesto Enrique Zúñiga Vergara-, contando con el dominio del hecho, realizando ciertos actos descritos en forma expresa por la ley, que no dicen relación con un carácter preparatorio o de colaboración ulterior a la consumación. Como señala don Mario Garrido Montt *“la esencia de la coautoría radica” en la existencia de un acuerdo previo de los sujetos y la participación de todos ellos en un “hecho común”, cuestión que la distingue de la simple autoría, en que lo que ejecuta el autor es un “hecho propio”*. (Garrido Montt, Mario, 2005, Derecho Penal Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, cuarta edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, págs. 407 y 408). Al respecto, el mentado autor refiere que son dos las condiciones que se requieren para la existencia de coautores: 1° *Que se configure un concierto previo*, esto es, un propósito, resolución y plan común en la ejecución del hecho, no siendo necesario tampoco el que sea expreso, “pero sí categórico”, el que puede materializarse al tiempo de ocurrir los hechos (Garrido Montt,

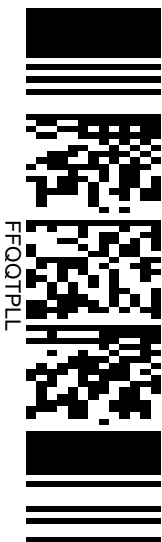


Mario, obra citada págs. 408 y 409); 2° *Que los sujetos intervengan en la ejecución del hecho*, no siendo indispensablemente que deba ser de carácter material, pudiendo igualmente ser moral -presenciar la ejecución del hecho, cumpliéndose por ejemplo labores de vigilancia para que el delito sea perpetrado- o intelectual, por cuanto lo importante es que se efectuó cualquier aporte en cumplimiento de la división de trabajo, proceder que se evidencia en relación a todos los inculpados.

No obstante, lo expuesto precedentemente, en la descripción de los presupuestos fácticos no se indicaron los actos que los sujetos activos hubieren realizado antes o durante la ejecución del hecho y que el autor considerare necesarias para materializar su cometido, los que habrían permitido estimar la participación de los encartados en calidad de cómplices, en los términos del artículo 16 del Código Penal. Muy por el contrario, según se ha expuesto, se precisaron conductas propias de la autoría, consistentes en ejecutar el hecho delictivo, disparando los tres funcionarios policiales Arias Fernández, Flores Jorquera y Huaiquimil Uribe, causándole la muerte al afectado, contexto que permite aseverar que aquéllos tuvieron dominio o control final del hecho o de su desarrollo, esto es, la capacidad de decidir acerca de la consumación o no de un acto que se supieron que era ilícito, considerándose su participación, en calidad de **autores, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal.**

**QUINTO:** Que en cuanto a la alegación de la defensa de Flores Jorquera, se comparte lo razonado latamente por el juez a quo, en los considerandos vigésimo cuarto a trigésimo de la sentencia recurrida, al desestimar la **excepción de cosa juzgada**, contemplada en el numeral 4° del artículo 433 del Código de Procedimiento Penal.

**SEXTO:** Que en lo relativo a las alegaciones de Arias Fernández respecto a la concurrencia de la **eximente prevista en el artículo 10 N° 10 del Código Penal y; la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 4 del Código Penal -legítima defensa incompleta-**; se comparte lo razonado por el sentenciador en los considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero, respectivamente, por lo que se desestima su configuración.

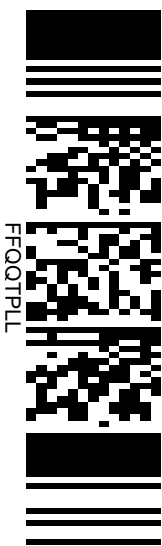


**SÉPTIMO:** Que en lo concerniente a **la calificación de la atenuante de irreprochable conducta anterior -artículo 11 N° 6 del Código Penal-** en relación con lo previsto en el artículo 68 bis del referido cuerpo legal, en el considerando trigésimo tercero de la sentencia recurrida se refiere *“Que beneficia a todos los encausados sus irreprochables conductas anteriores, establecida en el numeral 6° del artículo 11 del Código Penal, ya que sus extractos de filiación y antecedentes de José Hernán Huaiquimil Uribe, de fojas 456, de Martiniano Arias Fernández, de fojas 535, y de Manuel Tibaldo Flores Jorquera, de fojas 639, no arrojan conductas reprochables, y hacen que la atenuante se considere además como muy calificada”*, sin indicarse a su respecto, las razones por las que se arribó a tal calificación.

En efecto, si bien la irreprochable conducta anterior se configura en base a la constatación de un extracto de filiación libre de anotaciones penales pretéritas -indicio de exigibilidad disminuida por cuanto el sujeto activo se abstuvo anteriormente de obrar mal-, esta Corte estima que tal circunstancia no puede ser calificada, dado que no existe ningún presupuesto fáctico que la hiciera procedente -exigibilidad máxima-, ya que no se ha probado que la conducta de los acusados haya sido tan sobresaliente, a modo de haber actuado en forma destacada dentro de la comunidad o que hubieran prestado grandes servicios a ella.

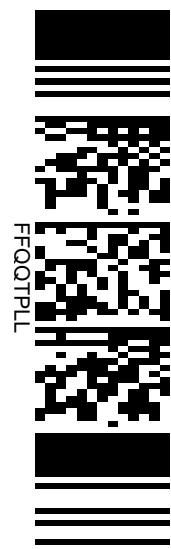
**OCTAVO:** Que en lo concerniente a la alegación de la defensa de Arias Fernández, se comparte lo decidido por el juez del grado, en relación a rechazar la configuración de **la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos -artículo 11 N° 9 del Código Penal-**, razonada en el considerando trigésimo quinto de la sentencia recurrida, por cuanto además no se desprende que los sujetos activos efectuaren en sus declaraciones aportes efectivos, serios y sostenidos durante el proceso destinados a propender el éxito de la investigación, conforme a los presupuestos fácticos tenidos por ciertos en la motivación segunda del fallo en alzada.

**NOVENO:** Que en lo concerniente a la alegación de **media prescripción o prescripción gradual -artículo 103 del Código Penal-**, la sentencia recurrida desestimó su aplicación en el considerando



trigésimo cuarto, argumentos que esta Corte comparte, por cuanto se trata de un crimen de lesa humanidad, lo que determina su imprescriptibilidad, por ende, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza a la gradual, dado que no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, en atención a que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional. Lo anterior, debido a que la calificación del delito de lesa humanidad del hecho ilícito cometido, obliga a considerar la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que excluye la aplicación tanto de la prescripción total como de la llamada media prescripción, por entender tales institutos estrechamente vinculados en sus fundamentos y, consecuentemente, contrarios a las regulaciones de *ius cogens* provenientes a las regulaciones de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo. Pero junto con ello, se subraya que cualquiera sea la interpretación que pueda hacerse del fundamento del precepto legal en discusión, lo cierto es que las normas a las que se remite el artículo 103 del Código Penal, otorgan una mera facultad al juez y no le imponen la obligación de disminuir la cuantía de la pena, aunque concurren varias atenuantes.

**DÉCIMO:** Que se desestimaré la aplicación de **la circunstancia agravante del artículo 12 N° 8 del Código Penal -prevalerse del carácter público que tenga el culpable-** alegada por el querellante, por cuanto si bien se encuentra acreditada la calidad de funcionarios públicos de los acusados, lo cierto es que dicho carácter forma parte de la calificación del homicidio -delito de lesa humanidad- desde que en su comisión han actuado agentes del Estado, que en definitiva pertenecen al aparato público, conforme lo previene el artículo 260 del referido cuerpo punitivo. De esta forma, tal calidad no puede ser parte, al mismo tiempo del hecho punible y de una circunstancia agravante, ya que atenta directamente contra la norma prohibitiva del artículo 63 del Código Penal, en cuanto no agravan la pena aquellas circunstancias

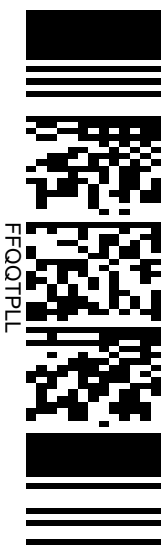


inherentes al delito, que sin su presencia no puede cometerse, pues si en los presupuestos fácticos se suprime el carácter público de los partícipes -funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile-, no podría calificarse el ilícito como de lesa humanidad.

**UNDÉCIMO:** Que, en consecuencia, al momento de determinar la pena, se tendrá presente que los acusados Arias Fernández, Flores Jorquera y Huaquimil Uribe son autores del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, cuya pena asignada -a la época de ocurrencia de los hechos- es la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio –cinco años y un día a quince años- y que les favorece una atenuante -artículo 11 N° 6 del Código Penal- sin que les perjudique agravante alguna, por lo que la pena no se podrá imponer en el grado máximo de los contemplados por la ley, acorde con el artículo 68 inciso segundo del referido cuerpo legal.

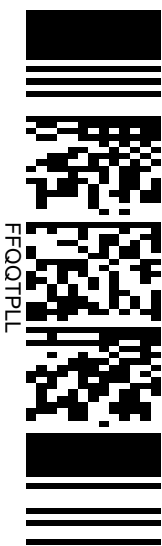
**DUODÉCIMO:** Que, de esta forma se difiere en primer término de lo dictaminado por el Ministerio Público Judicial, en su informe de fojas 2244, en el acápite en que estuvo por confirmar la sentencia recurrida, tipificándose los hechos como homicidio calificado. Por su parte, se comparte en lo demás, la opinión efectuada por la señora Fiscal Judicial, en cuanto estuvo por estimar que los presupuestos fácticos deben ser considerados como un delito de lesa humanidad y que por tanto la acción penal es imprescriptible, que la participación de los encartados es en calidad de autores, que debe desestimarse las alegaciones de cosa juzgada, las eximentes de los artículos 10 N° 4 y 10 del Código Penal y la calificación de la minorante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, sin perjuicio de compartir los razonamientos vertidos en las motivaciones a través de las cuales el tribunal a quo arriba a la decisión de acoger **la acción civil**, expresamente reproducidos, en lo concerniente a la alegación de la querellante y demandante civil respecto a que se  **aumente prudencialmente el monto de la indemnización concedida a la madre de Ernesto Enrique Zúñiga Vergara, doña Marta Adriana Vergara Marín**, se comparte lo razonado en el considerando



cuadragésimo tercero de la sentencia recurrida, pero se acoge la petición de elevarse la respectiva suma a \$60.000.000 (sesenta millones de pesos).

En una primera aproximación, en doctrina se entiende por daño moral un perjuicio que se sufre como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito que, lesionando la persona o sus bienes, afecta los elementos psíquicos o espirituales que inciden en el normal desarrollo del ser humano. En términos amplios, significaría un menoscabo afectivo, representado en un atentado a los valores o más largamente a los sentimientos de un individuo, en cuanto intereses tutelados por el derecho, que se produce con ocasión de la comisión de un hecho ilícito sobre su persona o bienes. El daño moral desde un punto de vista jurídico puede concebirse, tal como ha sido postulado por la doctrina, como aquel que se caracteriza por atentar contra los derechos de la personalidad y los no patrimoniales de familia, lo que significa que consistirá en la lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, fama, integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, sus cualidades morales de la persona con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia. La determinación del daño moral y la procedencia de su reparación supone, en efecto, la violación o lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido, sea de orden patrimonial o extrapatrimonial, generando otras consecuencias que necesariamente deberán valorarse en esa misma esfera afectiva o sentimental del sujeto perjudicado. Como consecuencia de lo anterior, los daños morales, recubren diferentes tipos de perjuicios o intereses lesionados, que la doctrina moderna denomina “*factores de atribución*” y que corresponden a la esfera afectiva del sujeto en donde se precisa este tipo de daño, el que en la especie se relaciona con *pretium affectionis* o perjuicio de afección que se radica en la esfera íntima del individuo bajo la forma de pena, traumatismo afectivo o inconformidad permanente que sufre como consecuencia de la pérdida de un ser querido. Razonar como se ha sostenido, implica aseverar que la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima son todos aquellos que posee la persona y que deben ser garantizados por el ordenamiento.

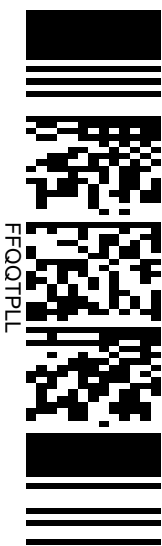


Por otro lado, en cuanto a los criterios o pautas de evaluación del daño moral, adoptaremos aquellos que se realizan sobre la base de circunstancias personales de la víctima -edad y valoración de la sensibilidad del lesionado-; los que atienden a la naturaleza del bien afectado (vida) -el que debe primar al momento de cuantificarlo-; los que dicen relación con el hecho ilícito -gravedad objetiva de la falta, postura que tiene como principio que no es posible evaluar el daño moral atendida su naturaleza, es decir, no puede ser cuantificado en dinero, las lesiones extrapatrimoniales, por lo que la indemnización no cumple una función de equivalencia, sino más bien compensatoria- y; los que se fundan en el daño mismo -la gravedad objetiva del daño, modificaciones de las condiciones de existencia y la permanencia de aquél en el tiempo (la afectada nació en el año 1928, por lo que los hechos ocurrieron cuando tenía 54 años de edad y en la actualidad, 92 años de edad)-

Al respecto cabe precisar, que se ha probado que a la actora se le originaron una serie de secuelas psicológicas a raíz de los hechos tenidos por ciertos, constituidos por el duelo, depresión, angustia, desesperanza, decepción y temor descrito como patología de estrés postraumático, las que por el tiempo transcurrido tienen el carácter de irreversibles, supeditados todos ellos a la muerte de su hijo. De esta forma es indiscutible y fácil de comprender el dolor que la demandante ha debido sufrir y sufrirá por el fallecimiento imprevisto de quien fuere su hijo, seguido de la secuela de preocupación, inquietud y angustia que le provocó y sigue ocasionando un hecho fatal y grave como lo fue la muerte de un ser querido, en las circunstancias sociales y políticas habidas al tiempo de acaecer los mismos.

En el derecho chileno al demandar los daños, el rol que cumple la acción de perjuicios es como se señaló de carácter compensatoria, tratándose de aquel de índole material y meramente satisfactorio, en el caso del de carácter moral y muy excepcionalmente puede cumplir un rol de sanción o de pena.

En efecto, el daño moral sólo tiene por objeto reestablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito al estado anterior al mismo, esto es, lo que se denomina la *“restitutio in integrum”* y en el caso de la



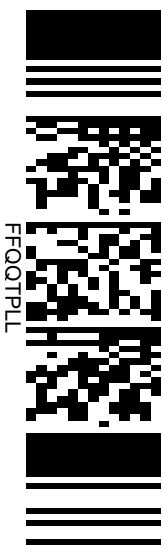


reparación del daño moral, su función no es la de compensar sino dar a la víctima una ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, morigerarlo o hacerlo más soportable. En Chile el principio básico es la reparación integral del daño, esto es, dejar a la víctima en el mismo estado anterior. Se afirma que todo daño debe ser reparado en toda su extensión, es decir, el objeto de la reparación es poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado. El daño aun cuando indemnizable (artículos 2320 y 2329 del Código Civil), siempre supone un mayor grado o menor grado de consecuencias irreparables desde el punto de vista emocional, moral, patrimonial, lo que refleja la necesidad de evitar su irrogación y no sólo de propender a su reparación.

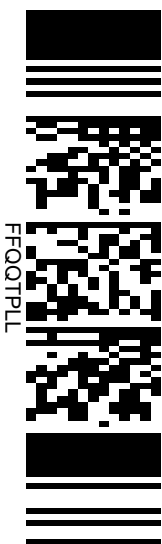
Por su parte, para determinar el alcance monetario del daño moral no resulta posible recurrir a situaciones análogas, por cuanto en la especie, no existe un patrón que determine la cuantía, pues como se ha dicho, los daños que individualmente sufren las personas por hechos como los acreditados son únicos, personales y probablemente no replicables en situaciones análogas. De ahí, que la determinación del monto del daño moral en estas materias es sólo respecto del caso particular que se somete al conocimiento jurisdiccional. De esta forma, la reflexión anterior lleva a esta Corte a señalar que el daño moral solamente puede ser apreciado para el caso en concreto que se somete a su conocimiento, no siendo extrapolable a otras situaciones.

En estas circunstancias, si bien la causa basal del daño moral radica en el ilícito que ha sido acreditado, los efectos del mismo y su duración en el tiempo, se extienden más allá. Es decir, estamos en presencia de un daño que se inicia en un momento, pero que se prolonga después del hecho puntual que lo genera, por cuánto éste se acaba, termina, pasa; mas no se olvida y, su remembranza suele o tiende a ser recurrente.

Dado el hecho ilícito respecto del cual surge la obligación para el Estado de Chile de indemnizar, resulta ilustrador traer a colación el análisis económico que ha tenido influencia en el daño moral y señalan que el derecho tendría una función conductual, más que de justicia para



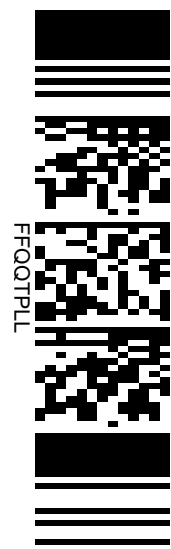
el caso particular y esto sería lo relevante porque las personas en el futuro se comportarían de esa forma, esto es, evitar el daño en el futuro -costo de prevención versus que se produzca-, de manera de poder generar incentivos de conducta. En efecto, se persigue inducir al comportamiento adecuado a los individuos para reducir la producción de daños y los costos sociales que dicho acontecer implica en la sociedad, tal como los que han sido los causantes de los ocasionados a la actora, en atención a que debe ser el Estado el que deba propender a proteger a las personas frente a afectaciones a sus garantías fundamentales, más no es esperable y menos aceptable que sean sus agentes quienes le provoquen sufrimientos e incluso la muerte, sin respeto a las normas del debido proceso. Sostenemos, que además en este escenario, el derecho civil tiene una función preventiva, esto es, generar un incentivo en el comportamiento de aquél que tiene un mayor reproche y que se quiere disuadir. En este orden de ideas la sanción preventiva o sancionatoria es aquella que tiene por objeto disminuir la incidencia de un hecho ilícito en la sociedad, mediante la fijación del quantum de la indemnización, el factor subjetivo de atribución, el control del daño de quien detenta el poder, desincentivándose la comisión de conductas dañosas y dar señales de comportamiento social. No se atiende bajo esta postura al daño para su fijación, sino a la conducta del hechor y de la víctima y a la gravedad del hecho. Por tanto, los daños punitivos deberían aplicarse en los casos que se compruebe que el sujeto actuó en forma dolosa o gravemente culposa en la irrogación del perjuicio, tal como aconteció en relación a los presupuestos fácticos tenidos por ciertos, esto es, como factor subjetivo de atribución, más precisamente, el grado de reproche de la conducta- y; en aquellas circunstancias en que la posición particular del dañante, por ser dominante o poderosa, impide que un simple proceso de responsabilidad lo disuada de incurrir nuevamente en la conducta y de adoptar las medidas de diligencia aconsejables o apropiadas. En estos casos, independiente del factor de atribución, el daño punitivo, se erige como una herramienta para controlar las actuaciones de quien detenta un poder y que, en



consecuencia, podría continuar dañando sin que la indemnización fuera un escollo para el efecto.

En conclusión, una vez que se acreditaron las secuelas sufridas por doña Marta Adriana Vergara Marín, en cuanto al dolor, la angustia y consecuencias negativas que le produjeron la muerte de su hijo de veintiocho años de edad, considerándose los parámetros antes desarrollados, además de la gravedad del hecho ilícito, sus consecuencias y las circunstancias en que aquél aconteció es dable considerar que en la especie, el daño se ha prolongado en el tiempo y permanecido durante 38 años, atendida la edad de la actora al momento de sufrir las consecuencias del hecho ilícito -54 años de edad-, lo que se ha materializado en heridas sin cicatrizar, ocasionándosele efectos psicológicos permanentes los cuales han sido explicitados latamente en las motivaciones precedentes, aplicándose los principios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo especialmente en consideración, la línea de filiación respecto de esta demandante -madre (debiendo existir a su respecto una razonable diferenciación en relación al quantum con quienes revistieron la calidad de hermanos)-, razones todas por las cuales se aumentará la suma concedida en la sentencia recurrida por concepto de indemnización de perjuicios, en la forma que se indicará. Asimismo, en lo relativo al daño moral, no es discutible que éste ha sido ampliamente acreditado en estos antecedentes, tanto en cuanto a su existencia como a su entidad, lo que ha permitido a esta Corte adquirir convicción de que la actora ha sufrido durante años una afectación psicológica grave y prolongada en el tiempo, que se originó precisamente en el hecho dañoso que ha sido acreditado en este proceso y del que fue víctima.

**DÉCIMO CUARTO:** Que asimismo se comparte lo resuelto por el juez a quo, en torno a la condena al Fisco de Chile al pago de las costas de la causa, por estimarse que resultó totalmente vencido en todas sus alegaciones -artículo 144 del Código de Procedimiento Civil-. Por esas consideraciones y de conformidad, a lo previsto en los artículos 1, 5, 10 N° 1, 4, 8 y 10, 11 N° 6 y 9, 12 N° 8, 14, 15, 16, 18, 24, 26, 28, 29, 50, 51, 68, 69, 103 y 141 del Código Penal y los artículos 10, 42, 108, 109,

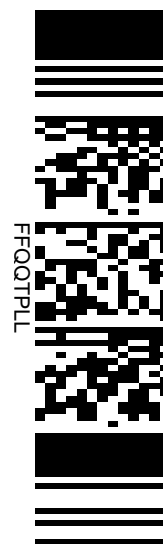


110, 481, 482, 488, 500, 514, 527 y 533 del Código de Procedimiento Penal, **se confirma**, sin costas, la sentencia apelada de fecha catorce de noviembre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1946 y siguientes y su posterior rectificación de fecha veintitrés de abril de dos mil dieciocho, rolante a fojas 2169, **con las siguientes declaraciones:**

- I. Que se eleva la pena impuesta a los acusados **MARTINIANO ARIAS FERNÁNDEZ, MANUEL TIBALDO FLORES JORQUERA y JOSÉ HERNÁN HUAQUIMIL URIBE**, quienes quedan condenados como **autores de un delito de homicidio simple**, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, cometido en la persona de Ernesto Enrique Zúñiga Vergara, a sufrir la pena de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, sin perjuicio de las sanciones accesorias correspondientes.
- II. Atendida la extensión de la pena impuesta y lo dispuesto por la Ley 18216, los sentenciados deberán cumplir efectivamente la pena impuesta, debiendo abonárseles el tiempo que permanecieron privados de libertad, a Martiniano Arias Fernández desde el 10 de febrero al 2 de mayo de 2014, según consta a fojas 534 y 784, a Manuel Tibaldo Flores Jorquera desde el 10 al 14 de febrero de 2014, según consta a fojas 549 y 570, y a José Hernán Huaiquimil Uribe desde el 4 al 6 de febrero de 2014, según consta a fojas 406 y 503.
- III. Que se eleva el monto que por daño moral debe pagar la demandada Fisco de Chile a la actora doña Marta Adriana Vergara Marín, a la suma de \$60.000.000 (sesenta millones de pesos), reajustada en la forma señalada en el fallo de primer grado.

Acordada la condena en costas, contra el voto de la Ministra Ravanales, quien estuvo por no imponerlas al Fisco de Chile, por estimar que le asistieron motivos plausibles para litigar.

Se previene que la Ministra señora Jenny Book Reyes estuvo por estimar que los hechos acreditados en el motivo segundo del fallo que se revisa, se calificaron acertadamente por el juez del fondo como **un**

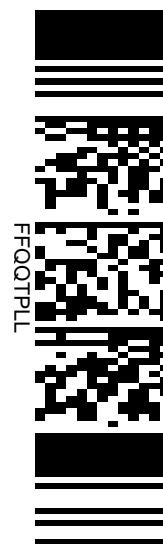


**delito de homicidio calificado del artículo 391 N° 1 del Código Penal** en relación con el numeral 1°, es decir, el sentenciador tuvo por establecido que los agentes obraron con alevosía -sobre seguro-, pues actuaron en un ataque sorpresivo, ejecutado en contra de una persona que se encontraba imposibilitada en absoluto de repeler cualquier agresión, porque los autores de la muerte de las víctimas procedieron fuertemente armados y eran superiores en número, circunstancia de la cual evidencia el número de disparos que recibió, asegurando tanto el éxito de la ejecución del delito, como la propia integridad ante una eventual, pero improbable, reacción del ofendido y encontrándose capacitados para realizar estas acciones, de forma disciplinada y sujeto a un mando policial.

Por otro lado, además es del parecer de **acoger la prescripción gradual** alegada por la defensa de Arias Fernández, en razón a las siguientes consideraciones:

a) Que en palabras que ha empleado la Corte Suprema y que esta previniente hace suyas, 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 el instituto de la prescripción gradual constituye una minorante calificada de responsabilidad criminal, cuyos efectos inciden en la determinación del quantum de la sanción corporal y que es independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diferentes. 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 morigerante -que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo profundamente insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediamente sancionados, aunque resulta de su reconocimiento una pena menor.

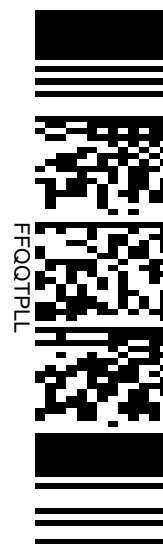
b) Que de este modo, en los casos como el presente, aunque el transcurso del tiempo desde la comisión de los ilícitos se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la



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. Y de hecho es precisamente al revés: sancionar un delito de hace más de cuarenta años como si se hubiese cometido hace poco tiempo constituye un castigo cruel que las normas del derecho internacional humanitario proscriben. 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. 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.

c) Que entonces no se divisa razón que obstaculice el considerar el larguísimo tiempo transcurrido para a lo menos mitigar la responsabilidad criminal que afecta a los encausados, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima, lo que ocurre en el caso en análisis a lo menos desde febrero de mil novecientos setenta y cuatro, fecha cierta que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza. Del estudio de los autos fluye que el lapso requerido para la procedencia de la institución de la prescripción gradual de la pena ha transcurrido con creces, de suerte que ha debido aplicarse al ser claramente favorable a los procesados, por lo que, en opinión del que previene, procedía hacer uso de lo que dispone el artículo 103 del Código Penal.

Se previene además que la Ministra señora Verónica Sabaj Escudero fue del parecer de confirmar también la sentencia recurrida -considerando trigésimo tercero- en lo que dice relación con la



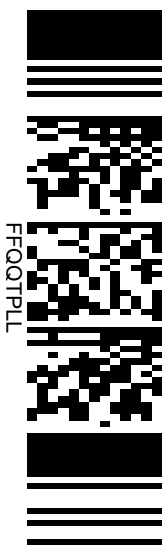
**calificación de la minorante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.**

En efecto, no resulta controvertido que durante toda la vida de los encartados mantuvieron una conducta intachable, por lo que hay motivos para suponer que la perpetración del delito fue ocasionada por unas circunstancias extraordinarias que conmovieron su capacidad de autodeterminarse. En tal sentido, la atenuante se apoya sobre un *indicio de exigibilidad disminuida*: como la ejecución del hecho punible no puede reconducirse fácilmente a una personalidad que hasta entonces ha permanecido fiel a los dictados del derecho, cabe sospechar que no es un producto enteramente libre de ella, sino el de una situación anómala que la perturbó, por cuanto durante el resto de su vida actuaron conforme a derecho, respetando los requerimientos éticos con significación social y con perseverancia para resistir a toda tendencia criminal.

Por su parte es dable tener presente, que la correcta aproximación que se debe efectuar, en torno a calificar o no una conducta, es analizar la misma dentro de un contexto general, no existiendo parámetros comunes que permitan determinar a priori, que circunstancias llevan a tal conclusión.

En este orden de ideas, según se desprende del historial de los imputados, basado en sus Extractos de Filiación y Antecedentes, se tiene por cierto que a la fecha, Martiniano Arias Fernández, Manuel Flores Jorquera y José Hernán Huaiquimil Uribe tienen 77, 67 y 62 años de edad, elementos de convicción que implican un mayor reconocimiento de parte de ellos, en cuanto a comportarse y someterse durante toda su vida conforme al ordenamiento jurídico vigente y las normas sociales imperantes en dicho sentido.

De esta forma, ha quedado de manifiesto que su actuar en la sociedad ha estado exento de toda trasgresión a la ley durante todo el tiempo que han vivido, con el consecuente arraigo social y familiar, situación que lleva a concluir que sus comportamientos han sido irreprochable y consecuentemente con ello, será calificado, en los términos del artículo 68 bis del Código Penal, por lo que la pena

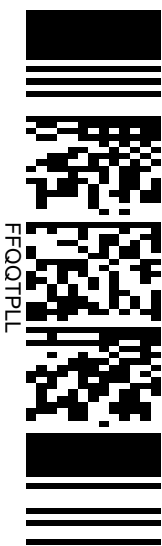


asignada al ilícito deberá bajarse en un grado, encontrándonos dentro del marco del presidio menor en su grado máximo, en la forma en que fue dispuesta en la parte resolutive de la sentencia, esto es de tres años y un día con las consecuentes accesorias y el beneficio de la libertad vigilada establecidas para tal efecto.

Se previene que la Ministra Sabaj estuvo por confirmar la sentencia en alzada en su aspecto civil teniendo, además presentes las siguientes consideraciones:

1°: Que, sin perjuicio de compartir e los razonamientos vertidos en las motivaciones a través de las cuales el tribunal a quo arriba a la decisión de acoger la acción civil, expresamente reproducidos, se tiene presente que el motivo fundamental que determina a la previniente a hacer lugar a ella es que se encuentra acreditado el daño, la muerte de Ernesto Enrique Zúñiga Vergara, actuación que corresponde a un delito calificado como de lesa humanidad, generador de responsabilidad del Estado.

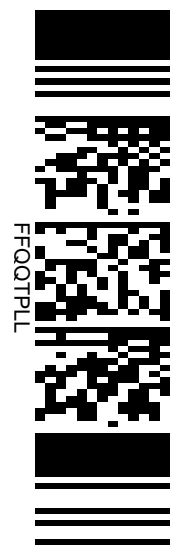
En efecto, constituye una máxima del Derecho Internacional que los primeros llamados a garantizar y promover el respeto a los derechos humanos son los Estados, ocupando los organismos internacionales un rol más bien orientador y fiscalizador de estas obligaciones, a la vez que subsidiario en materia jurisdiccional. Es por estas razones que los instrumentos internacionales comprenden dentro de los imperativos jurídicos, dirigidos a los Estados Partes, la necesidad de que éstos garanticen a los particulares la existencia de recursos judiciales eficaces (Pacto de Derechos Civiles y Políticos artículo 2 N° 3 letra b; Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 25, sólo por citar algunos ejemplos) al tiempo que ordena que se asegure una justa y adecuada reparación a las víctimas de estas violaciones (es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en su artículo 14) junto con la necesidad que se remuevan las trabas internas que impidan el goce efectivo de los derechos consagrados en dichos instrumentos. Como se observa, la Declaración Internacional de Derechos Humanos, obliga a los Estados a que: primero, aseguren el goce efectivo de sus derechos humanos; segundo, que otorguen a los





sujetos de estos derechos la posibilidad cierta de activar los recursos judiciales que sean eficaces para salvaguardar tales garantías -constituyendo este derecho a recurrir no sólo una medida procesal, sino un derecho humano autónomo-; y por último, obligando al Estado a reparar a las víctimas de estas violaciones, siendo imperativo que se dispongan los medios para que dichas vulneraciones no se repitan. Asimismo, la acción objeto de la presente causa tienen una naturaleza humanitaria, motivo por el cual se debería adoptar una decisión a partir de los postulados del derecho internacional, en particular en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Al respecto es dable sostener en primer término, que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector, en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos y ello ha de ser necesariamente así, porque este fenómeno de graves transgresiones es muy posterior al proceso de codificación, el que no lo considera por responder a criterios ligados de manera directa con el interés privado y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.

De esta forma, conforme a lo anteriormente expuesto, la acción indemnizatoria deducida en autos por los actores no es de índole patrimonial como se ha asegurado, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria. Por su parte, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada por los actores, por lo que en lo tocante a la indemnización de perjuicios hace aplicable también en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para “conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001) los convenios o tratados internacionales “que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento de derecho internacional y de buena fe (*bonna fide*), (*pacta sunt servanda* ), regla de derecho

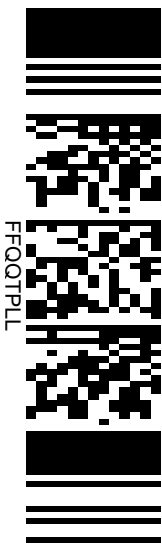


internacional que se considera *ius cogens*, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la que se encuentra vigente en nuestro país, desde el 27 de enero de 1980, y que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales; de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas; página 231)

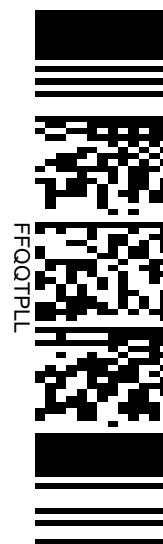
En este orden de ideas, se colige que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución Política sino también de los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.

2°: Por su parte, en cuanto a las alegaciones del Consejo de Defensa del Estado, tendientes a desconocer su responsabilidad civil es dable reflexionar que sin perjuicio de concordar estas sentenciadoras sobre el particular con lo expresado en la sentencia que se reproduce en su parte civil, lo que bastaría para desecharlas, se tiene además presente en cuanto al rechazo de la excepción de pago -considerando cuadragésimo del fallo recurrido- que la Ley N° 19.123, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, no establece de modo alguno la incompatibilidad entre la reparación pretendida en estos antecedentes y aquéllas que se hayan obtenido en virtud de leyes o normas especiales. Así como el rechazo de la petición subsidiaria de considerar los beneficios recibidos por planes de reparación, como parte imputable a la indemnización del daño que se solicita desde que las leyes creadas con fines reparatorios, tienen una finalidad distinta a la indemnización que se persigue en estos autos.

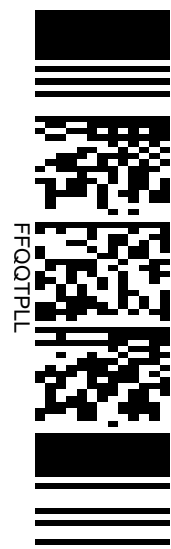
Al respecto es dable señalar, que las pensiones de reparación se adscriben en un marco general que se denomina Justicia Transicional y



es desde ese contexto desde donde debemos abordar el asunto. Los alcances de esos objetivos han sido intensamente debatidos en estrados judiciales y en particular ante la Corte Suprema a partir de la defensa que el Estado ha deducido con la excepción perentoria de pago, contemplada en el Título XIV del Libro IV del Código Civil (“De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo), que dispone en su artículo 1567 que “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1º Por la solución o pago efectivo;”. En síntesis, el Fisco de Chile adujo que una acción jurisdiccional reparatoria es incompatible con los fondos que fueron proveídos a los afectados en el contexto de las políticas transicionales y que de aceptarse ello importaría una doble reparación. Para contextualizar esta afirmación es necesario recordar que a partir de las recomendaciones hechas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación se adoptaron una serie de medidas de justicia y reparación hacia las víctimas de violencia política en el periodo histórico que va desde el año 1973 al año 1990, bajo el entendido que fue el Estado de Chile el responsable de las violaciones a los derechos humanos durante este periodo. En ese sentido, el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación consignó que: “Es sabido que un mismo hecho puede generar distintas responsabilidades y, por tanto, distintas sanciones. Desde el punto de vista legal, puede haber responsabilidad penal, administrativa, civil (contractual y extracontractual) o política. Desde un punto de vista de las normas efectivas o sociales, se puede hablar de responsabilidad moral, histórica, y en un sentido distinto del término, también responsabilidad política” (“Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, Tomo I, Reedición, año 2007, p. 21) Para el Estado de Chile, señala el Informe, existe responsabilidad moral “y que tal determinación no tiene efectos legales, como no sea servir de antecedente para medidas de reparación que los poderes del Estado quieran arbitrar, dentro de sus propias atribuciones. Finalmente, la Comisión deja constancia de que su



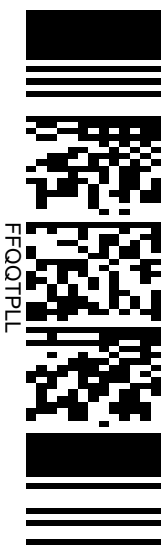
determinación de responsabilidad moral es sin perjuicio de otras responsabilidades del Estado o de individuos que puedan establecerse por la Justicia o por otros órganos competentes”. Como se observa, los comisionados del Estado dejan constancia del fundamento de esta responsabilidad que puede dar origen a una reparación por parte del Estado, lo es sin perjuicio de otras responsabilidades. Bajo estos criterios se implementaron con el correr de los años una serie de medidas traducidas muchas ellas en leyes. En efecto, respecto a los detenidos desaparecidos y ejecutados políticos se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación el 25 de abril de 1990 mediante Decreto Supremo N° 355, la que junto con establecer el panorama general de las violaciones a los derechos humanos, así como identificar a la mayoría de las personas víctimas de homicidio y secuestros, realizó recomendaciones para la reparación y reivindicación de las víctimas, reparación simbólica y prestaciones sociales de bienestar. Estas recomendaciones se tradujeron en la dictación de la Ley N° 19.123 y la creación del Programa PRAIS. Esta misma normativa creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación con el objeto de llevar adelante estas tareas y continuar la calificación de casos de violación a los derechos humanos, dictándose al efecto algunas leyes complementarias (Leyes N° 19.274, N° 19.358 y N° 19.441). De esta forma, cabe precisar que la Ley N° 19.980 amplió los beneficios aumentando las pensiones otorgadas por la Ley N° 19.123, incluyendo a los padres en caso de ausencia o renuncia de la madre de la víctima directa de los crímenes. Además, ya que los hijos de las víctimas directas nunca recibieron pensión, se les otorgó un bono por única vez de diez millones de pesos y se facultó a entregar un número limitado de pensiones de gracia para personas que en vista de situaciones particulares no fueron contemplados por la Ley N° 19.123. Respecto a los beneficios la Ley N° 19.123 se estableció una pensión vitalicia para el cónyuge sobreviviente, la madre del causante o el padre cuando ésta faltare o renunciare, los hijos menores hasta los 25 años y las personas con discapacidad de cualquier edad. Como se señaló, esta pensión luego fue aumentada por la Ley N° 19.980, la que permitió que el padre



la recibiera en caso de fallecimiento de la madre y otorgó un bono de reparación por única vez a los hijos de los causantes, sin perjuicio de otras prestaciones de seguridad social.

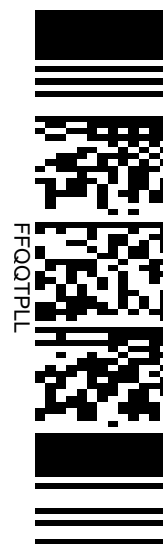
En este orden de ideas, uno de los problemas en relación a este acápite ha sido determinar el alcance del artículo 24 de la Ley N° 19.123, que establece la compatibilidad de los beneficios con otras pensiones, a saber: “La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario. Será, asimismo, compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes.”

En efecto, 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, asumidas voluntariamente por el Estado, presupuesto que 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. Se observa entonces, que de privarse unilateralmente el derecho a demandar, ello supondría una atribución prohibida por la ley, traduciéndose esta limitación unilateral en una restricción al ejercicio de un derecho fundamental -el de reparación- la que debiera ser interpretada de manera restrictiva, utilizándose los ya citados criterios de hermenéutica sustentados en la aplicación de “buena fe” de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y en las disposiciones de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas reglas deben tener aplicación preferente en nuestro régimen jurídico, según se ha indicado, al tenor del artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquella normativa de orden jurídico nacional que posibilitaría eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno. Asimismo, la citada ley no establece de modo alguno la incompatibilidad que ahora reclama el representante del Fisco y que su pago haya sido asumido por el Estado voluntariamente, por cuanto no importa la



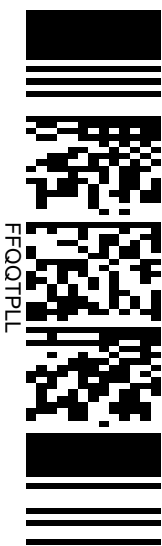
renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley. En consecuencia, los beneficios establecidos en dicho cuerpo legal, no resultan incompatibles con la reparación material del daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la existencia de un hecho ilícito.

Por su parte, sin mediar una previa determinación convencional de lo que se debe, no puede sostenerse en propiedad que haya existido pago o solución de lo que se adeuda. Dicho de otro modo, sin que preexista una obligación de objeto determinado llamada a extinguirse, no ha podido verificarse el pago de lo que se adeuda, sin que pueda atribuirse por analogía esa naturaleza jurídica a las acciones reparatorias emprendidas por el Estado de Chile. De allí se sigue que llevar la limitación impuesta del derecho civil interno hacia una controversia relativa a derechos fundamentales, supone una interpretación extensiva de la norma interna cuyo resultado es la restricción de una garantía de orden constitucional e internacional, suponiendo el desconocimiento del principio pro administrado, además de una inobservancia de la limitación proporcional de los derechos de las personas, la inaplicación de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la vulneración de la prohibición, reconocida en el derecho convencional, de no apelar al derecho interno para incumplir las obligaciones internacionales, aunado el no respeto del principio de la reparación integral, que se encuentra presente en el derecho interno y en plano internacional ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -“Ahora bien, la controversia radica en el monto que debe otorgarse a la víctima como compensación por el daño inmaterial. Al respecto, la Corte no considera apropiado que se utilice un porcentaje de los daños materiales para fijar la indemnización por los daños inmateriales. Revisten naturaleza distinta y no dependen el uno del otro. Además, no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso. Sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal



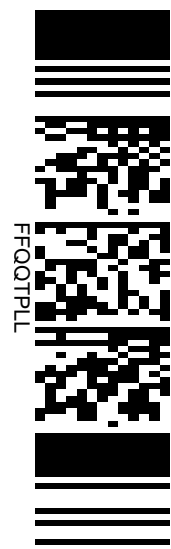
determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, teniendo en cuenta además que la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación.”-

Por otro lado, es dable tener en consideración en primer término, que debido a que en las leyes de reparación se excluyen a algunos afectados, aceptar sus limitaciones conllevaría una solución que, en la práctica, bien podría resultar discriminatoria. Sobre el particular, es necesario recordar que la propia Ley N° 19.123 permitió entregar pensiones de gracia, en el entendido que bajo determinadas situaciones algunos legitimados podrían resultar excluidos. Entonces, si el propio legislador previó estas discriminaciones, nos resulta cuestionable que luego en una sede jurisdiccional, sea el Estado quien defienda su derecho a hacer tal discriminación impidiendo a la justicia revisar estos criterios. En segundo lugar, un acto del Estado, al que se le asigna naturaleza de clausura significaría una privación del derecho de petición, contrario a las normas del debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental. Al respecto cabe recordar que así lo ha resuelto -reiteradamente- nuestro máximo Tribunal de Justicia: “CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, en relación a un quinto capítulo denominado "Improcedencia de la indemnización en el caso de haber sido ya indemnizados los actores de acuerdo con la ley 19.123”, por la que se busca obtener la improcedencia de la indemnización demandada al cobijo de los términos que dispone la Ley citada, tal alegación del Fisco será desechada, toda vez que no resulta incompatible con la reparación material el daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la comisión de los delitos cuya certeza se obtiene recién como resultado de este proceso. Por lo demás, el espíritu de la ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992, respecto de los beneficios allí contemplados, expresa que éstos dicen relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objeto de coordinar ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión



Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, circunstancias éstas que en ningún caso pueden confundirse con aquéllas que emanan del derecho común, relativas a la responsabilidad civil como consecuencia de un delito, conforme expresamente lo disponen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil, por lo que claramente el derecho ejercido por la actora, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.” Dos cuestiones nos parecen destacables de este considerando. En primer lugar, subrayamos que los sentenciadores acuden a indagar el espíritu del legislador al establecer los bonos y pensiones recordando aquella declaración de responsabilidad que hiciera la Comisión Rettig al entregar su informe, es decir, en una clara mención a lo preceptuado en el artículo 19 inciso 2° del Código Civil, en consonancia con la doctrina predominante de interpretación legal de los civilistas. En segundo lugar, razonan desde el estatuto de responsabilidad del derecho civil, para sostener que las políticas transicionales son de una naturaleza diversa a la responsabilidad que pueda surgir de un ilícito extracontractual. Los puntos anteriores revelan, que una interpretación del artículo 24 de la Ley 19.123 que lleve a declarar la incompatibilidad de los fondos con las reparaciones en sede jurisdiccional constituiría una interpretación restrictiva de la norma, que escapa a los imperativos del artículo 19 del Código Civil. Si bien los jueces no han utilizado criterios provenientes del DIP, nos parece que la utilización del principio pro persona no habría producido un resultado distinto, ya que como hemos visto, este nos lleva a determinar el sentido de una norma con el objetivo de la mejor protección de los derechos, limitando hacer interpretaciones restrictivas de los mismos (...)”

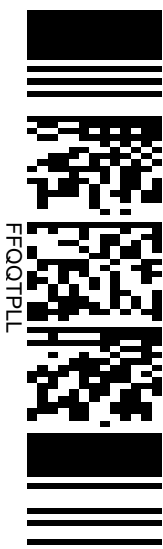
“QUINCUAGÉSIMO: Que, a mayor abundamiento, la normativa referida en el numeral que antecede, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno la incompatibilidad a que se refiere el Fisco de Chile en su





contestación, sin que sea procedente suponer aquí que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de que se trata ante, la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en definitiva, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado, voluntariamente en el primer caso, no importando de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia (...)"

“DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto a la alegación del Fisco de Chile para que se declare improcedente la indemnización por daño moral que se ha demandado en razón de que, de conformidad con la Ley N° 19.123, los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización, tal alegación debe ser igualmente rechazada, por cuanto la ley citada, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí, que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. Se trata, en consecuencia, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado -voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4° de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que “En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiere caber a personas individuales. Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en



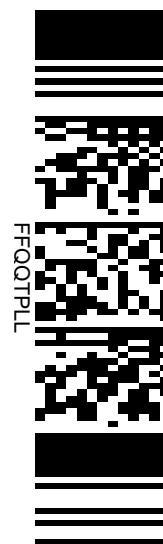
conocimiento de los Tribunales de Justicia”. (E. Corte Suprema Rol N° 4662-2007)

De acuerdo a lo que se ha venido razonando, se desestima la alegación del Fisco de Chile, en torno a sostener que la sentencia recurrida resultaría constitutiva de agravio, en atención a haber rechazado la excepción de pago interpuesta oportunamente por su parte.

3°: Que en lo tocante a la alegación de excepción de prescripción sostenido como uno de los acápites de la apelación del Consejo de Defensa del Estado, esta Corte comparte las motivaciones contenidas en el considerando cuadragésimo primero de la sentencia recurrida.

En efecto, al contemplarse en el artículo 2497 del Código Civil que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza, según se ha dejado en evidencia; y por el contrario, corresponde tener presente las contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta forma, de acuerdo con esta última norma, la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno.

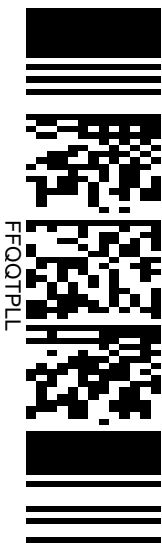
Asimismo, las referidas normas hacen eco del imperativo contenido en el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que no puede ser interpretada en el sentido de sustraer de la necesidad de esas medidas de otro carácter al poder judicial, ya que, éste es parte del Estado de Chile, de tal manera que aún en el caso de no existir una reforma legislativa, el juez igualmente está llamado a realizar la integración jurídica que sea necesaria para amparar los derechos humanos de los particulares sujetos a su jurisdicción, dado que de otra manera se estaría incurriendo en responsabilidad internacional. Por otra parte, acotar el sentido del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos sólo a los poderes ejecutivos y legislativos, se traduciría en una interpretación de mala fe del tratado, cuestión que va en contra del objetivo y fin de la fuente del



derecho antes signada. Lo anterior además de constituir un principio general del Derecho Internacional es una necesidad contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por su parte, retomando el principio de la coherencia jurídica del argumento de la imprescriptibilidad sostenido en materia penal respecto de los delitos de lesa humanidad, no resulta atendible y consecuente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos -integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental- que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta contrario a derecho declarar prescrita la acción intentada por los actores contra el Estado de Chile. A resultas de lo explicado, no era aplicable la normativa interna del Código Civil, cuyo diseño y redacción no es propio de la naturaleza de los hechos tenidos por ciertos y que, como ya se adelantó, corresponden a un delito de lesa humanidad, por lo que no es posible sujetar la acción civil indemnizatoria a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna como reclama el representante del Fisco. De esta forma, el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente, implica desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna.

En relación a la argumentación sustentada en base a la coherencia jurídica resulta ilustrador tener presente lo sostenido por el autor Gonzalo Aguilar Carvallo: “A partir de los mismos hechos, emanan los mismos principios, son los mismos principios que operan y rigen la misma situación. Tanto la acción penal -que se estima imprescriptible y no hay debate en aquello por el tribunal- como la acción civil emanan de una misma situación de hecho, el crimen internacional, en consecuencia, los principios aplicables a la situación son los mismos, tanto a la acción civil como a la acción penal. Cualquier diferenciación

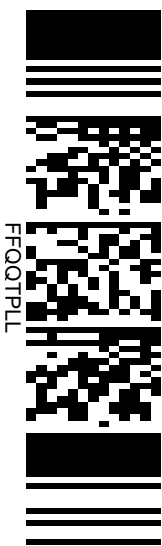


efectuado por el juez, en cuanto a separar ambas acciones y otorgares un tratamiento diferenciado es discriminatoria y no guarda coherencia” (Aguilar Carvalho, Gonzalo, “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violación de los derechos humanos”, Gaceta Jurídica N° 341, Santiago, año 2008, p.20)

En el mismo sentido, ha sido resuelto por nuestro máximo Tribunal al señalar: “Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental” (Corte Suprema Rol N° 2918-2013)

En este contexto, las mentadas directrices dicen relación con abordar la prohibición de aplicar la analogía para resolver la presente controversia a la luz de las normas sobre prescripción contenidas en nuestro Código Civil; respetar el deber de proporcionalidad en la toma de decisiones; la no discriminación como criterio rector y; la integración normativa del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos como una necesidad; postulados que no necesariamente se coligen de la lectura de una norma en particular, sino que tienen que ver con la fundamentación del sistema jurídico en su conjunto -interpretación sistemática o integración- cuyo objeto y fin no es otro que la protección de la persona humana, teniendo para ello en consideración los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso.

De esta manera, la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional implican no hacer extensible las normas de prescripción aludidas por el recurrente Consejo de Defensa del Estado. En este sentido, dichos preceptos deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, pero por sobre



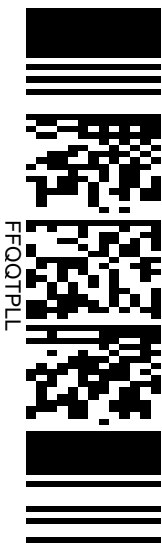
aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Por su parte, la Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención que consagra el deber de reparar, no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que “acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno” (Corte I. D. H., caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre 2006).

En conclusión, dados los argumentados jurídicos desarrollados latamente en las motivaciones que preceden, se desestimará la alegación de la recurrente Fisco de Chile, en torno a estimar como agravante el rechazo que el juez de la instancia efectuó de la excepción de prescripción impetrada por su parte.

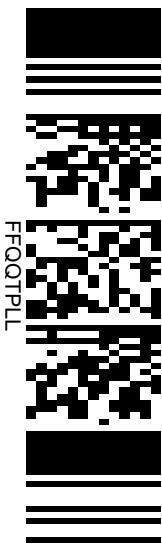
4°: Que en lo relativo a la alegación de la recurrente Fisco respecto de la excepción de preterición de los hermanos de la víctima, se comparte en cuanto a su rechazo, lo razonado en el considerando trigésimo noveno de la sentencia recurrida, desestimándose de esta forma, la infracción del artículo 988 del Código Civil.

En primer término, es dable señalar que el ilícito puede dañar no sólo a la víctima directa, personalmente afectada, sino a otras personas. El daño experimentado por aquéllas es consecuencia del personalmente sufrido por otra, constituyendo el denominado daño por contragolpe, por rebote, carambola o por repercusión. Estos terceros, respecto de quienes también se produce el perjuicio son igualmente víctimas y tienen el mismo título de quien ha sufrido el daño personal y por eso disponen de una acción autónoma para la reparación a su propio daño, independientemente del resarcimiento al causado al accidentado o



fallecido. La condición de damnificado indirecto o por repercusión surge no de un daño indirecto a su persona o bienes sino como consecuencia de un daño causado a otro con quien guarda alguna relación.

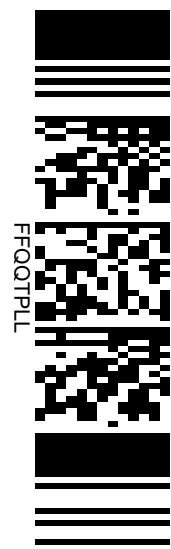
En efecto, es posible que el daño moral como repercusión del perjuicio sufrido por otro sea pretendido por varias personas, pudiendo ser complejo discernir sobre el derecho de reparación por este tipo de daños. Ello porque, como ha dicho la jurisprudencia, “el daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza de la sicología afectiva de cada ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre que un hecho externo afecta a la integridad física o moral de un individuo” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVIII, Sección 1ª, p. 374). El fenómeno de la pluralidad de víctimas es frecuente en situaciones dañosas que acontecen en el tráfico social. Como dicen Aubry y Rau, “el mismo hecho puede dar nacimiento a muchas acciones que tiendan a reparaciones distintas, nacidas en interés de personas diferentes y de tal naturaleza que permiten ser ejercidas simultánea o aisladamente por ellas sin que el ejercicio de una pueda tener un efecto cualquiera sobre el ejercicio de las otras” (Aubry y Rau, Curso de Derecho Civil Francés, Tomo VI, p. 384, Marchal et Billar, Paris, 1902). Un mismo delito o cuasidelito puede dañar a varias personas y en distinta forma. En tales casos, si se dan los requisitos de la responsabilidad respecto de todos, el juez debe conceder a cada demandante una indemnización distinta, considerando la entidad del daño sufrido, probado respecto de cada uno de ellos. La acción de responsabilidad pertenece a todos los que sufren el perjuicio causado por el ilícito, esto es, a la víctima directa y a la que lo es por repercusión. No debe haber restricción o condición de admisibilidad para demandarla, porque se reconoce acción de reparación a todo sujeto que tenga interés en ello, por la sola autoatribución o mera afirmación de corresponderle un derecho o una situación jurídica, sin perjuicio que la procedencia final de su pretensión habrá de ser juzgada con arreglo al derecho sustantivo que regula este derecho subjetivo. La doctrina reconoce que en ausencia de norma limitativa o que establezca prelación, revisten carácter de damnificados



indirectos quienes demuestran perjuicio a raíz del fallecimiento de la víctima. Para pretender tal resarcimiento del daño basta que éste consista en el menoscabo de un interés legítimo, en el sentido de ser digno de protección. Nuestro ordenamiento, exceptuado el artículo 2315 del Código Civil, no ha explicitado mayormente quienes son damnificados indirectos, por lo que se estima que existe titularidad cuando hay un interés quebrantado por el hecho dañoso. La legitimidad de ese interés puede estar reconocida en normas positivas explícitas o por el derecho en general cuando no contravenga la ley, la moral o las buenas costumbres. Vale decir, se legitima el derecho de reparación a partir de invocar un interés digno de protección y se extiende la legitimación sin mayores restricciones a familiares diversos o más distantes que los hijos o el cónyuge. Ciertamente, en todos estos casos el demandante deberá probar cumplidamente el perjuicio que invoca. En conclusión, la Corte Suprema, ha señalado que en nuestro derecho el sujeto activo de la acción de reparación por daño moral por repercusión es evidentemente todo perjudicado o dañado con el acto ilícito (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 37.713-14, de fecha 25 de noviembre de 2015)

Por su parte, en cuanto a los alcances del artículo 108 del Código Procesal Penal, parece evidente que no se trata de una norma sustantiva instalada en el ordenamiento procesal o decisorio litis, sino sólo ordenatorio litis con validez para el nuevo enjuiciamiento penal y destinada a regir sólo en el proceso penal atendido su propósito de juzgamiento de ilícitos penales. Como sostiene el profesor De la Fuente “Esta jerarquía de demandantes en sede penal no puede extinguir el derecho de los perjudicados preteridos a demandar la indemnización en el procedimiento civil” (De la Fuente, Felipe, La Acumulabilidad de la Acción en el Proceso Penal. Derecho de Daños, Lexis Nexis, 2002, p. 138).

En conclusión, la sentencia recurrida al desestimar la excepción de preterición legal no ha causado agravio al demandado Fisco de Chile, por cuanto cada vez que se ha optado por establecer un orden legal respecto de beneficios o posibilidades de accionar, existen



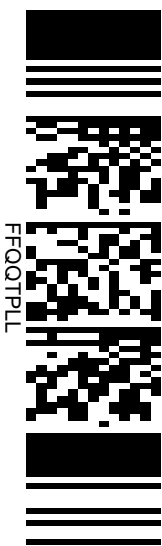
disposiciones expresas que así lo resuelven, lo que en la especie no sucede, pues las únicas limitantes que tienen quienes reclaman un daño sufrido como consecuencia del actuar de agentes del Estado es demostrar la existencia de dicho detrimento, de manera que formalmente basta con alegar la existencia del daño y la relación con la víctima para plantear la pretensión, lo que en este caso no ha sido cuestionado.

Se previene que la Ministra Ravanales en lo que atañe a la acción civil, estuvo por acoger la demanda civil en los términos que se dirá, de modo que estuvo por confirmar con declaración la sentencia en aquella parte, teniendo presente únicamente, además, de lo expresado por el fallo de primer grado, lo siguiente:

1° El hecho de encontrarse o no incluidos quienes demandan civilmente en la leyes de reparación y específicamente en las reparaciones pecuniarias entregadas por el Fisco de Chile a los familiares de los detenidos desaparecidos, no conduce a la improcedencia de la acción, menos por preterición legal, desde que la obligación de indemnizar que se pretende hacer efectiva no emana de tales leyes sino que de la falta de servicio en que habría incurrido el Fisco.

2° Así las cosas, el hecho que las leyes de reparación optaran- al momento de indemnizar pecuniariamente- por el núcleo familiar más cercano, esto es padres, hijos y cónyuge, excluyendo al resto de las personas ligadas por vínculo de parentesco o amistad y cercanía sólo rige para tales leyes, sin que pueda hacerse extensiva tal limitación al ordenamiento jurídico en general, sin perjuicio de examinar -en caso de ser procedente- la medida en que las otras reparaciones otorgadas por el Fisco de Chile pueden considerarse satisfactivas de los parientes excluidos de las víctimas.

3° Enseguida y en consecuencia, en cuanto al monto de la indemnización, estuvo por determinarlo en UF 1575 para doña Marta Vergara Marín, UF 1172 para Carlos y Ana María Zúñiga Vergara y Cristina Zúñiga Sánchez (cada uno) cantidad a la que se arriba al considerar el Baremo Jurisprudencial Estadístico del Poder Judicial,





junto con reconocer los esfuerzos hechos por el Estado de Chile para la reparación por causas de DDHH pues de ese modo se asume el daño causado de una manera más integral e igualitaria, reconociendo su particularidad, y atendiendo a criterios objetivos, tanto generales como particulares, teniendo presente que no es posible pensar que la indemnización que se fije ni otra mayor haga desaparecer el daño, satisfaga completamente a los ofendidos, ni restablezca la situación anterior al acaecimiento de los hechos.

4°: Así las cosas, resulta que según el criterio de fallecidos hombres, entre 28 y 38 años (víctima tenía 29 años) tratándose de la madre demandante-doña Marta Vergara Marín- de un rango etario entre los 48 y 58 años,(madre tenía 53) que no vivía con la víctima, se arriba a un universo de 12 causas, donde en el 50% de los casos se ha otorgado una indemnización que va entre las 227 UF y 1575 UF, estimándose del caso asignar la indemnización correspondiente a tramo más alto del mayor porcentaje de casos encontrados, determinándose la indemnización en el equivalente a 1575 UF.

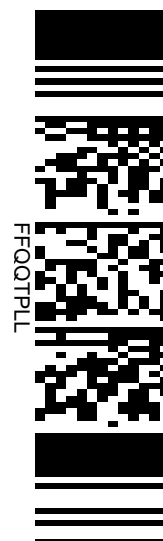
5°: En el caso de los hermanos, se trata de tres, cuyas edades fluctúan entre los 20 a 40 años (20, 21 y 37), que no vivían con el fallecido, encontrándose el 80% de los casos entre las 120 a 1170, determinándose establecer en 1170 UF para cada uno.

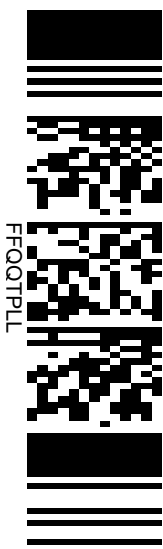
6° Cabe hacer constar, que para la cuantificación del daño se ampliaron los criterios de búsqueda, toda vez que con los criterios exactos del hecho que se revisa, casi no se registran casos.

Redacción de la Ministra señora Verónica Sabaj Escudero y de la prevención su autora la Ministra Ravanales.

**Regístrese, notifíquese y devuélvase en su oportunidad**  
**Rol N° Criminal 5702-2018**

Pronunciada por la **Tercera Sala** de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada, conformada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y por la Ministra señora Verónica Sabaj Escudero.

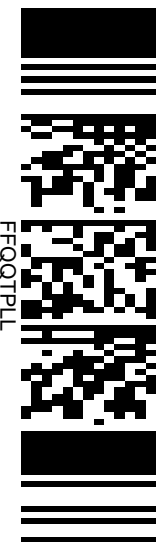




FQOITPLL

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Adelita Ines Ravanales A., Jenny Book R., Veronica Cecilia Sabaj E. Santiago, tres de agosto de dos mil veinte.

En Santiago, a tres de agosto de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>