

Valparaíso, dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Se ha ordenado instruir sumario en estos autos criminales **Rol N° 110-248-2013**, iniciados originalmente ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Ministro en Visita Extraordinaria don Mario Carroza Espinosa), bajo el Rol 302-2012; luego traspasados al Ministro don Julio Miranda Lillo, de esta Corte de Apelaciones (fojas 25); y finalmente de conocimiento de este Ministro en Visita Extraordinaria, conforme a lo ordenado por la Excma. Corte Suprema de Justicia por acuerdo de 24 de Abril de 2014, el que rola desde fojas 75 a 78, con el objeto de investigar la muerte de Francesca Romana Antonietta D' Alessandri Matte, hecho ocurrido en la ciudad de Viña del Mar el 24 de Enero de 1974; y establecer la responsabilidad que en este hecho le asiste a **Jaime Jofré Coloma**, 63 años, casado, natural de Valparaíso, cédula de identidad N° 5.564.214-1, Sargento 2° ® de la Armada, domiciliado en Avda. Grecia N° 1093, comuna de Hualpén, cuyo extracto de filiación y antecedentes rola a fojas 218-219.

La presente investigación se inicia por querella de fojas 1 y siguientes, interpuesta por la Presidente de la Organización no Gubernamental denominada “Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos”, por los delitos consumados de homicidio y asociación ilícita, cometidos en perjuicio de Francesca Romana D' Alessandri Matte, hecho ocurrido el 24 de Enero de 1974 en Viña del Mar.

A fojas 38 vuelta se tuvo a la vista la causa Rol A-138, “Consejo de Guerra”, del Juzgado Naval de Valparaíso, por el cuasidelito de homicidio de Francesa Antonieta D' Alessandro Matte.

A fojas 140 -141 rola el auto de procesamiento dictado en contra de Jaime Jofré Coloma, como autor del homicidio simple de Francesa Romana Antonietta D' Alessandri Matte, hecho ocurrido el 24 de Enero de 1974 en la ciudad de Viña del mar, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal.

A fojas 182 rola querella criminal interpuesta por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por el delito de homicidio.

A fojas 255 se declaró cerrado el sumario y a fojas 256 – 257 rola la acusación fiscal en contra de Jaime Jofré Coloma por el delito de homicidio simple de Francesca Romana Antonietta D' Alessandri Matte.

A fojas 261 rola adhesión a la acusación de parte del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la que realiza en los mismos términos que los expresados en la acusación. Además señala que al momento de considerar las circunstancias agravantes de responsabilidad penal respecto del acusado, se evalúe la concurrencia de las circunstancias 8° y 10°, ambas establecidas en el artículo 12 del Código Penal.

A fojas 275 se tuvo por abandonada la acción penal de parte de la Agrupación AFEP.

A fojas 299 y siguientes la defensa del acusado Jofré Coloma interpone excepciones de previo y especial pronunciamiento y en subsidio, contesta la acusación de oficio y adhesión a la misma.

A fojas 320 el Ministerio del Interior y Seguridad Pública evacua el traslado respecto de las excepciones opuestas y por resolución de fojas 332, se difiere la resolución de las excepciones para definitiva.

En esta misma foja se tiene por contestada la acusación por parte de la defensa del acusado y se recibe la causa a prueba.

A fojas 355 esta Corte declara inadmisibles las apelaciones deducidas por la defensa del acusado y a fojas 360 – 366 rola informe de libertad vigilada evacuado por Gendarmería de Chile.

A fojas 379 se certifica que el término probatorio se encuentra vencido, y a fojas 383 se traen los autos para los efectos del artículo 499 del Código de Procedimiento Penal,

A fojas 385 se decreta una medida para mejor resolver, la que se deja sin efecto a fojas 386, teniéndola por cumplida sin resultado.

A fojas 386 se traen los autos para fallo.

CONSIDERANDO:

A.- En cuanto a las excepciones de previo y especial pronunciamiento de amnistía y de prescripción de la acción penal:

PRIMERO: Que en lo principal del escrito de fojas 299, la defensa del acusado Jofré Coloma opone la excepciones de amnistía y prescripción de la acción penal como de previo y especial pronunciamiento. Respecto de la primera, señala que para que exista delito, es necesario que la ley describa y sancione la figura penal como tal, lo que no es posible colegir, deducir e incluso inducir del auto acusatorio, pues los hechos investigados se encuentran cubiertos por el Decreto Ley 2191 de 1978, la que se encuentra plenamente vigente, según refiere, y dado que en su artículo 3° se indican determinadas conductas que no se encuentran comprendidas en sus beneficios, entre las cuales no aparece el homicidio simple, produciéndose respecto de Jaime Jofré Coloma pleno efecto. Dice que esta institución nació para resolver profundos casos políticos y sociales, especialmente en situaciones revolucionarias en las cuales se hace necesario y conveniente que el Estado renuncie temporalmente a su facultad de juzgar y castigar determinadas conductas delictuales, en aras de intereses superiores, como son el orden y la pacificación social y nacional. Dice que la amnistía tiene su expresión jurídica como causal de extinción de responsabilidad penal en el artículo 93 N° 3 del Código Penal y su concreción procesal es el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal. Dándose los requisitos del DL 2191 de 1978, debería dictarse sobreseimiento definitivo en esta causa. Agrega que este Decreto Ley ha sido aplicado por los Tribunales de Justicia y tiene carácter obligatorio para los jueces. Al haber ocurrido los hechos en el espacio de tiempo que corre entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, fechas en las que se encuentra comprendido el ilícito investigado, procede se acoja esta excepción.

SEGUNDO: Que respecto a la prescripción que también se alega como excepción, señala que al margen de que su representado es absolutamente inocente de los hechos que se le imputan, las acciones referidas a los sucesos investigados se encuentran absolutamente prescritos y ello en atención a que

al momento de ejercerse la acción penal, habían pasado con creces el plazo de 10 años que exige la ley para ejercerla, respecto del delito de homicidio simple. Que, por tanto, han transcurrido 40 años desde la época de los hechos, hasta la interposición de la respectiva querrela. Que la prescripción penal es una institución jurídica penal de amplia y común aplicación en nuestro país y entre los fundamentos básicos de su existencia es que ella opera por el simple transcurso del tiempo, con el objeto de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica, eliminando de esta manera la incertidumbre de las relaciones penales entre el posible autor del delito y el Estado. Menciona el artículo 94 del Código Penal, empezando a correr la prescripción a partir del 24 de enero de 1974. Se refiere a la suspensión de la prescripción y las distintas posiciones que existen al respecto, concluyendo que en su concepto el plazo de 10 años a que se refiere el artículo 94 del Código Penal ha transcurrido con creces.

En apoyo de su petición, se refiere también a los tratados internacionales de derecho humanitario en relación a la aplicación de la amnistía y la prescripción, a los principios de legalidad y reserva, a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (1968), a los Convenios de Ginebra y a la vigencia de la Ley 20.357, respecto de lo que en su momento han resuelto los Tribunales de Justicia, entendiendo que la última ley, que tipifica y penaliza los Crímenes de Lesa Humanidad, de Guerra y Genocidio es del 18 de Julio del 2009, por lo que esa ley debe ser aplicable a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia.

TERCERO: Que a fojas 320 el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, evacua el traslado conferido respecto de estas excepciones, referido tanto a la prescripción de la acción penal como a la amnistía, señalando al efecto que el delito materia del caso *subjudice*, homicidio, por sus características y por el período en que se cometió, constituye al mismo tiempo tanto un crimen de guerra como un crimen de lesa humanidad y es por ello que el Estado de Chile, en concordancia con las especiales obligaciones internacionales que en estas materias surgen, no puede aplicar a este tipo de delitos, la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad criminal. Que, al respecto, el artículo 3°, común

a los cuatro Convenios de Ginebra, que regula los conflictos armados de carácter no internacional, señala que en caso de conflicto armado sin carácter internacional, las personas de todo tipo que sean, léase civiles o militares, heridas o detenidas, serán tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogos, quedando prohibidos los atentados a la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas, suplicios, etc., como también las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo. Por su parte, el Convenio sobre Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (Convenio IV), estableció en su artículo 147 que, entre otros, deben considerarse como infracciones graves el homicidio intencional. También este mismo Convenio, en su artículo 148, indica que ninguna parte contratante podrá exonerarse a sí mismo o exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades que haya incurrido ella misma, respecto de las infracciones que ha señalado. Que, de esta forma, ningún Estado Parte podrá amnistiar o declarar extinguida la responsabilidad por los ilícitos mencionados, quedando establecida la responsabilidad penal en el presente caso. Por consiguiente, desde la vigencia de los Convenios de Ginebra de 1949 el Estado de Chile se encuentra impedido jurídicamente de declarar extinguida su responsabilidad penal, lo que ha sido reconocido por la Excma. Corte suprema en su sentencia de 9 de septiembre de 1998 (“Detención ilegal de Pedro Poblete Córdova”. Que en este mismo fallo se ha resuelto que entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de septiembre de 1974, en virtud del Decreto Ley N° 3, en relación con el Decreto ley N° 5, ambos de 1973, la Junta de Gobierno colocó a todo el territorio del Estado bajo Estado de Sitio, asimilándolo a un estado de guerra para efectos de la penalidad y demás efectos legales, lo que se prolongó a través de los Decretos Leyes N°s. 641 y 922, estableciéndose posteriormente Estado de Sitio en grado de seguridad interior y Estado de Sitio en grado de simple conmoción interior. Las consecuencias de la aplicación de esos textos legales fueron gravísimas, pues se aplicó penalidad agravada que derivó en muchos casos en pena de muerte, se constituyeron Consejos de Guerra, la Excma. Corte Suprema fue inhibida de revisar estos procesos, los procedimientos se hicieron sumarios, coartándose

las posibilidades de defensa. Sin embargo, entró también a regir el Estatuto de Derecho Internacional Humanitario contenido en los cuatro Convenios de Ginebra.

CUARTO: Que, agrega esta parte, el homicidio es un crimen de lesa humanidad pues por su particular y excepcional gravedad agreden y hieren no solamente a las víctimas, sino también a la conciencia misma de la humanidad, violando principios que deben regir la vida de las naciones civilizadas, transgrediendo los propósitos y principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas. Las consecuencias prácticas de esa calificación es que los autores y demás partícipes en el crimen deben ser perseguidos en cualquier lugar del mundo en que se encuentren y no puede invocarse en su favor ni amnistía ni prescripción. Que el hecho investigado en esta causa debe ser considerado como crimen contra la humanidad por las características con las que fue llevado a cabo y por el conjunto de bienes jurídicos que afectó. Este hecho formó parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil y sus ejecutores toman conocimiento de que se estaba llevando adelante dicho ataque. Estos requisitos están señalados en el artículo 7° del Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional y son los requeridos por la jurisprudencia internacional para considerar un hecho ilícito un crimen contra la humanidad. Que, además, existe la prohibición de aplicar la prescripción de la acción penal como causal de extinción de la responsabilidad penal, en caso de graves violaciones de derechos humanos, como norma imperativa de Derecho Internacional, pues es necesario considerar que el delito de homicidio tiene su principio de ejecución en un contexto de violaciones a los derechos humanos graves, masivas y sistemáticas cometidas por agentes del Estado de Chile, según lo ha declarado reiteradamente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y por lo mismo, este ilícito constituye un delito contra la humanidad, según lo preceptuado en el artículo 60 del Estatuto Constituyente del Tribunal Internacional de Núremberg y el Principio VI de Derecho Internacional penal convencional y consuetudinario, acogido por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución del año 1950, formando parte ambos textos normativos de los principios y normas consuetudinarias de Derecho Internacional

Humanitario, que es también derecho aplicable en Chile. Que la obligación de investigar, perseguir y sancionar delitos como el de autos y la prohibición de auto-exoneración de los mismos, emanan de Principios Generales de Derecho Internacional vigentes a la época de los hechos y que posteriormente han sido afirmados y reiterados mediante el reconocimiento por parte de la comunidad internacional, de la cual Chile forma parte y que no puede desconocer. Menciona en el orden convencional, la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de Naciones Unidas de 1948, vigente en Chile desde 1953; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en vigor internacional para Chile en 1990; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, vigente en Chile desde 1988; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, vigente desde 1988; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificada por Chile en 1972 y la Ley 20.357 que tipifica y penaliza los crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio, la cual contribuyó a codificar la costumbre y dar forma a los principios de Derecho Internacional. Que todo lo anterior ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Almonacid Arellano y otros), de lo cual se desprende la adquisición de compromisos internacionales en esta materia y la obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de este tipo de delitos, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema. Por tanto, concluye que la discusión respecto de la aplicación de la amnistía y/o la prescripción de la acción penal, sentada por la defensa del acusado, por la cual se pretende evadir la responsabilidad en la comisión del homicidio de doña Francesca D' Alessandri Matte, cometido en el contexto de la dictadura cívico militar que vivió nuestro país, es absolutamente improcedente y contraria al derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos.

QUINTO: Que, tal como se ha indicado, la defensa del acusado Jofré Coloma ha opuesto como excepciones de previo y especial pronunciamiento la amnistía, esto es, por haberse dictado en el año 1978 un Decreto Ley que consagró esta forma de extinción de la responsabilidad penal por encontrarse el delito que se investiga, dentro de sus extremos; y la

prescripción de la acción penal, o sea, haber transcurrido más de 40 años desde la perpetración de los hechos materia de autos.

SEXTO: Que, si bien ambas formas de extinción de la responsabilidad penal se encuentran consagradas en nuestra legislación penal interna (artículo 93 N°s. 3° y 6° del Código Penal), lo cierto es que, atendida la naturaleza del delito que se investiga –homicidio simple–, el contexto en que estos hechos ocurrieron y la forma irregular en que fueron investigados (Causa Rol A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso), ello permite concluir que estamos en presencia de un crimen de lesa humanidad que no permite que las mencionadas causales de extinción de responsabilidad penal operen en este caso. En efecto, en autos se investiga la existencia de un homicidio simple ocurrido en un contexto de transgresión de las normas mínimas que deben regir en un estado moderno de derecho. Por una parte, es un hecho de notoriedad pública que estos sucesos tienen lugar cuando el país se encontraba en Estado de Sitio, al amparo de una normativa ad hoc que implicó la existencia de graves violaciones a los derechos humanos y que se manifestó en la existencia de Consejos de Guerra, en la aplicación de penas de muerte en juicios de carácter sumario, en haber preterido a la Corte Suprema de sus facultades económicas y jurisdiccionales y en una situación de persecución sistemática y brutal de los adeptos al régimen que fue depuesto el 11 de Septiembre de 1973. En ese contexto se produce la muerte que se investiga, lo que conforme a los antecedentes emanados de la causa Rol A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, se hace a través de un “cuasidelito de homicidio de Francesca Antonieta D’ Alessandri Matte” y que termina con el sobreseimiento total y temporal de fecha 5 de Junio de 1974, según se lee de fojas 29 de esa causa. Que, de acuerdo a lo expuesto, resulta evidente que en ese expediente, tramitado por la justicia militar, respecto de la muerte de una civil a manos de una persona del fuero militar, no se cumplen con los requisitos de estar en presencia de una persecución penal adecuada, racional y lógica, pues no es posible que personas aforadas sean juzgadas por los funcionarios que forman parte del mismo estamento al que pertenecen, no vislumbrándose ningún elemento de imparcialidad que es necesario en la tramitación de los juicios en un estado regular de derecho. Que todas estas situaciones

irregulares y otras consideraciones político – criminales, han motivado en definitiva la existencia de Ministros en Visita Extraordinarias que han debido investigar y conocer precisamente de estos hechos, especialmente aquellos en que aparece patente una cosa juzgada aparente o fraudulenta, cuyo es el caso con la resolución dictada por la justicia naval en su oportunidad y que ha permitido recoger el encargo que al efecto ha dispuesto la Excma. Corte Suprema para investigar, primero y sancionar, si corresponde, a los responsables en la comisión de estos hechos. Que sin perjuicio de que esta materia también se abordará al hacerse cargo este Ministro de la contestación de la acusación, atendido su tenor, en la oportunidad procesal que corresponda, es posible concluir, en esta parte, que tratándose en la especie de un delito de lesa humanidad, no es posible aplicar las normas de amnistía y de prescripción penal que se pretende, teniendo presente básicamente a que no puede el Estado auto eximirse a través de sus agentes, aplicando una normativa que no corresponde, atendida la naturaleza del delito y a la imposibilidad de juzgar los hechos en forma durante todo el tiempo en que corrió la prescripción ordinaria.

SÉPTIMO: Que, en apoyo de lo anterior, cabe agregar que se considera este delito investigado como de lesa humanidad, toda vez el mismo tiene lugar en un contexto especial, en que el autor material del delito, para evitar o más bien “sancionar” a una persona, que conforme a los antecedentes, estaba sacando fotografías a un recinto militar custodiado por el autor del delito y las personas que conformaban la patrulla correspondiente, decide efectuar un disparo en dirección al vehículo que llevaba como pasajera a la persona que sacaba fotografías, produciéndose la muerte de la víctima que conducía el móvil. En ese contexto, resulta inentendible que el hecho de sacar una fotografía, aunque sea a un recinto militar, traiga aparejada la muerte del conductor del vehículo, pues lógicamente existen otros medios o arbitrios que puedan racionalmente cubrir esa “falta”, sin perjuicio de que también pudo haberse sacado fotografías de otros lugares menos comprometedores y que no ameritaban una reacción como la analizada. Lo anterior resulta más patente por cuanto las cuatro personas que viajaban en el automóvil eran extranjeros y/o tenían residencia en el exterior, y no podían saber o suponer la prohibición que tuvo su desenlace con los

disparos o el disparo ya mencionado. Por último, el hecho de que la investigación se hubiera dirigido a través de la justicia naval como un “cuasidelito”, resulta contrario a todas las reglas de la lógica, por cuanto resulta evidente el ánimo doloso del autor de los disparos, lo cual se evidencia en el reconocimiento del acusado de que la generación de los disparos pretendió evitar que se continuara sacando fotos del lugar y que las personas que realizaran esa acción hubieren quedado impunes.

OCTAVO: Que el concepto de “crimen de lesa humanidad”, tiene su origen al término de la Segunda Guerra Mundial, oportunidad en que la comunidad internacional reacciona ante los atropellos flagrantes en contra de personas indefensas que tuvieron lugar tanto en Alemania como en el Japón, para lo cual se empezó a gestar un orden normativo que consagró las figuras relacionadas con dicho flagelo, como asimismo las figuras de genocidio y crímenes internacionales. Que en todas esas figuras, además, participan agentes del Estado, lo cual importa un grado de impunidad a nivel institucional, desde el momento en que todo un aparato organizado de poder lleva adelante políticas de persecución y/o exterminio de población civil indefensa o con un grado de reacción mínima. En el presente caso se trató de turistas que en forma inocente sacaban fotografías de lugares que llamaron su atención, pero que en rigor no representaba riesgo alguno para las instituciones que eran cobijadas en los recintos en cuestión. En concreto, ocurridos los hechos que se investigan en autos, han debido pasar más de 40 años para iniciar una persecución penal en forma, todo lo cual implica que ante esa flagrante situación de demora, claramente estamos en presencia de un crimen de lesa humanidad, atendida esa circunstancia y el retraso que importa sancionarlos. No obsta a lo anterior de que en la especie se trate de un homicidio simple, por cuanto el bien jurídico protegido es la vida y en la comisión del hecho está patente el dolo que cubre la figura.

NOVENO: Que la necesidad de investigar y sancionar estos hechos, pasando por alto la normativa interna de cada país que podría evitar tal resultado, ha sido también consagrado a nivel internacional, cuando precisamente no operan las normas internas. Es así que es posible mencionar los Convenios de Ginebra dictados a partir de 1949, debiendo destacarse el artículo 3° común a estos Convenios, en cuanto, tratándose de

un conflicto interno o no internacional, deben ser sancionados los atentados a la vida y a la integridad personal, como ocurre en el presente caso. También el Convenio sobre Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, estatuye en sus artículos 147 y 148, que el homicidio intencional debe ser perseguido y no pueden las partes auto exonerarse de la responsabilidad que se desprende de la comisión de estos hechos. Que también es atinente a esta materia la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad”, dictada en 1968 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la que si bien no está ratificada por Chile, constituye una norma del *ius cogens* con el carácter de principio general de derecho internacional y que es aplicable precisamente cuando existe una imposibilidad material de investigar y sancionar estos crímenes, ante una situación de ausencia de un tribunal idóneo que conozca de la causa, todo lo cual ha acontecido en la especie. Que todas estas ideas y argumentaciones han sido recogidos abundantemente por la jurisprudencia internacional sobre la materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Barrios Altos en Perú; caso Almonacid Arellano en Chile) y por la Excma. Corte Suprema (caso Poblete Córdova, rol 469-98). Que, por consiguiente, en virtud de estas consideraciones, no es posible aplicar en el presente caso las normas sobre amnistía y prescripción de la acción penal que se ha planteado a nivel de excepciones de previo y especial pronunciamiento, pues una solución contraria implicaría transgredir los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país en estas materias, por una parte; y, además, dejar de aplicar la normativa internacional que opera tratándose de ilícitos de lesa humanidad.

DÉCIMO: Que lo anterior no obsta a la existencia de la Ley 20.357, que tipifica y penaliza los crímenes de lesa humanidad, de guerra y genocidio en Chile, que si bien fue publicada el 18 de Julio de 2009, no implica que antes de esa fecha, estos crímenes no tuvieran su consagración, pues como se ha dicho, ello forman parte del *corpus iuris* internacional de carácter humanitario, aplicable por lo menos desde el año 1951 en Chile y solo la ley referida ha venido simplemente a codificar la costumbre ya reconocida a nivel de principio general de derecho internacional. Una solución contraria a la indicada

implicaría que durante períodos considerables de tiempo, pudieron tener lugar crímenes que eran prescriptibles y amnistiables y que sólo a partir del año 2009 perdieron ese carácter, lo cual constituye un contrasentido de carácter lógico, pues el Estado a través de sus Tribunales de Justicia debe dispensar la protección de los bienes jurídicos más preciados en una sociedad, en todo tiempo y lugar, y si ello no fue posible efectuar en los tiempos ordinarios, es deber ineludible de los órganos jurisdiccionales competentes paliar tal situación anómala.

UNDÉCIMO: Que en cuanto a la prescripción de la acción penal que se alega como excepción de previo y especial pronunciamiento, no obstante haber transcurrido más de 40 años desde el acaecimiento de los hechos que son investigados, tampoco opera esa forma de extinción de la responsabilidad penal, por cuanto los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, dado que precisamente la naturaleza de tales ilícitos, el contexto en que ellos tienen lugar, las personas que los cometen, mayoritariamente pertenecientes al fuero militar o tratarse de funcionarios del Estado, impide la investigación dentro de los plazos que contempla en este caso el Código Penal; y tampoco es posible entender que aun durante el plazo en que se extiende la prescripción en su hipótesis más extensa, 15 años, hayan podido las personas afectadas iniciar las acciones legales dentro de ese término. Por lo demás, incluso más allá del plazo señalado, y hasta dos años más, completando un período de 17 años, se mantuvo el régimen militar en que las facultades de investigación de los tribunales ordinarios de justicia se encontraba cercenada a través de una legislación que privilegiaba la actuación de los tribunales militares y en que operaban instrumentos jurídicos como la amnistía que también impedía la investigación, razón por la cual la institución de la prescripción penal no tenía cabida en estos casos. En cuanto a los objetivos que esta institución tiene de alcanzar la paz social y la seguridad, ella no puede operar sólo para un segmento de la población y también la seguridad jurídica se fundamente y edifica a través de la actuación real y efectiva de los tribunales de justicia. Al operar ella sin considerar estos aspectos, importa una mayor incertidumbre jurídica y una alteración flagrante del estado de derecho. Que, por otro lado, cualquiera que sea la tesis que se esgrima para entender que empieza a correr el plazo

para computar esta prescripción, ella carece de sentido desde el momento que al tratarse de un crimen de lesa humanidad, tal como se ha indicado en los considerandos precedentes, impide que ella opere, por lo que las normas internas que existen al respecto quedan preteridas ante el surgimiento de la profusa legislación de carácter internacional que no la permite aplicar en estos casos. Que también por estas razones carece de importancia la comparación entre el antiguo y nuevo sistema procesal al respecto, pues en el presente caso opera otro contorno normativo y que es el que se ha señalado en los considerandos precedentes. Que, por tanto, en virtud de lo anterior, estas excepciones de previo y especial pronunciamiento de amnistía y prescripción de la acción penal, serán rechazadas en todas sus partes.

B.- En cuanto a la determinación del hecho punible:

DUODÉCIMO: Que en orden a acreditar los hechos materia de la acusación judicial, se han reunido en este proceso los siguientes elementos de convicción:

1.- Querella criminal de fojas 1 a 5 interpuesta por doña Alicia Lira Matus, Presidente de la Organización No Gubernamental “Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos”, por los delitos consumados de homicidio y asociación ilícita cometidos en perjuicio de Francesca Romana D’ Alessandri Matte, de 19 años, sin militancia política, ocurrido el 24 de Enero de 1974, producto de una herida a bala en el cuello tras recibir un disparo desde la Escuela de Operaciones Navales en Viña del Mar, Quinta Región. Indica que el día de los hechos la afectada y su familia se dirigían a Reñaca en un automóvil. Debido a un atochamiento del tráfico, el vehículo quedó detenido frente al recinto naval y una prima de la víctima decidió tomar fotografías del lugar. Repentinamente, un efectivo de la Armada disparó hacia el interior del vehículo, impactando la bala en el cuello de la afectada. Trasladada a un hospital, falleció a las pocas horas.

2.- Informe Policial evacuado por la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones de Chile de fojas 11 a 18, la que contiene la declaración extrajudicial de Luca Arturo D’ Alessandri Matte de fojas 17, quien señala que la situación que se investiga la ha sabido de oídas, refiriendo que

en el mes de enero de 1974, teniendo 15 años de edad, se encontraba de vacaciones en Viña del Mar en la casa de un amigo. Paralelamente su hermana Francesca D' Alessandri Matte también estaba de vacaciones en la misma ciudad, alojada en el Hotel O'Higgins y que tenía residencia en los Estados Unidos. Por otra parte, unos primos hermanos Paolo Capocaccia D' Alessandri y Livia Capocaccia D' Alessandri, junto a una tía de ellos, Franca Putignano Leonetti, que tenían residencia en Italia, también se encontraban de visita en Viña del Mar, reuniéndose los cuatro para concurrir al balneario de Reñaca y siendo aproximadamente las 14:30 horas, mientras su hermana conducía por la avenida costanera del sector de Las Salinas de Viña del Mar, debido al tránsito lento del momento, su prima Livia Capocaccia procedió a tomar una fotografía del frontis del recinto de la Escuela de Operaciones Navales, escuchándose en ese instante un estruendo del parabrisas trasero explosando y su primo Paolo observó que Francesca apoyó la cabeza en el pilar del costado izquierdo del vehículo, el que se fue "cuneteando" lentamente hacia el costado de la vía, hasta detener su marcha. Luego personal de la Armada llegó hasta el vehículo donde se encontraba su hermana y demás familiares, pero no le prestaron asistencia a ninguno de ellos. Después se constató que Francesca tenía un impacto de bala en su cuello, pero como no recibió ayuda médica inmediata, por cuanto los marinos estaban más preocupados de retirar la cámara fotográfica, falleció producto de una anemia aguda.

3.- Informe policial de esta misma Brigada, de fojas 31 a 34, en que se indica que la tía de la víctima Franca Putignano Leonetti estaría fallecida y se acompaña un correo electrónico de Paolo y Livia Capocaccia, en traducción, referido a sus estados emocionales por los hechos de autos, el que se adjunta a fojas 34 y que les imposibilitaba para prestar declaración.

4.- Informe policial de la Brigada señalada de fojas 57 a 64, que contiene la declaración extrajudicial de Hipólito Sergio Viveros Beltrán de fojas 62, quien señala, respecto del incidente que se le pregunta, que en una ocasión que no puede precisar, cuando se encontraba cumpliendo con un rol de guardia y vigilancia en el ingreso vehicular de la Escuela de Operaciones, por calle Jorge Montt, estando con él el Marinero Jaime Jofré, se dirigió hasta el pasaje Guardiamarina Riquelme

para controlar unos vehículos y en esos instantes escucha un par de disparos provenientes del acceso vehicular, observando al Marinero Jaime Jofré corriendo hacia un vehículo particular que se encontraba a un costado de la Avenida Jorge Montt en dirección a Reñaca, instantes en que comienzan a salir de la escuela diversos funcionarios para saber qué había ocurrido, conversándole posteriormente el Marinero Jofré que había divisado que desde el interior de un automóvil que se movilizaba por la Avenida Jorge Montt en dirección a Reñaca, una persona sacaba fotografías desde el casino de oficiales a todo lo largo del recinto naval, situación que le pareció muy extraña, además esa acción estaba prohibida y señalizada en la vía pública, ante lo cual procedió a ordenar que se detuviera dicho vehículo, pero su conductor hizo caso omiso, por lo que efectuó un disparo al aire y cómo no se detuvo ante esa nueva orden, procedió a disparar al vehículo hiriendo a una persona, no enterándose del fallecimiento de algunos de los tripulantes del vehículo. Del hecho antes narrado se instruyó un sumario administrativo al interior de la Escuela de Operaciones pero no recuerda si prestó declaración al respecto. Los disparos que efectuó el Marinero Jofré fueron mediante un fusil M-1.

5.- Informe policial de la Brigada señalada, de fojas 67 a 73, la que contiene la declaración extrajudicial de Gustavo Alejandro Bahamondes Schulz de fojas 71, quien refiere, respecto de los hechos consultados, que posiblemente el 24 de Enero de 1974 se encontraba como Oficial de guardia, estando a su cargo alrededor de 15 a 20 personas, entre marineros, cabos y sargentos, llegando una persona que le dio cuenta que “hubo disparos en el exterior de la Escuela de Operaciones Navales con heridos”, específicamente en la Avda. Jorge Montt, no recuerda si le refirieron en detalle lo ocurrido, pero inmediatamente dio cuenta al jefe de Servicio de ese día, como también al Subdirector de la Escuela. También debe haber ordenado llamar a la ambulancia. Después se enteró que los hechos tenía relación con un disparo realizado por un Marinero que se encontraba de guardia externo, al parecer de apellido Olguín, quien habría sorprendido a un ocupante de un automóvil que transitaba por el frontis de la Escuela de Operaciones Navales, sacando fotografías, lo cual estaba estrictamente prohibido de acuerdo a instrucciones entregadas por el Jefe del Sector Naval Oriental. Dice que posteriormente

debe de haber entrevistado al Marinero responsable del disparo, quien le dijo que se había percatado que un tripulante de un automóvil había intentado fotografiar el recinto militar, ante lo cual efectuó un disparo al aire, advirtiéndolo que se detuviera, sin embargo, en vez de detenerse, el vehículo aceleró, por lo que efectuó un solo disparo, hiriendo a uno de los tripulante, que se trataría de una mujer, la que posteriormente falleció. Dice que recuerda que el armamento utilizado por el personal que cumplía servicios de guardia, era el fusil Steyr.

6.- Informe policial de la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones de Chile de fojas 81 a 90, la que contiene declaración extrajudicial de Manuel Alejandro Neira Campos de fojas 88, quien refiere que en relación al incidente que se le consulta, mientras se encontraba cumpliendo funciones como guardia en la Escuela de Operaciones, por calle Jorge Montt, estando en una de las casetas de acceso al recinto naval, repentinamente escuchó unos gritos que decían “alto” y luego escuchó dos disparos de un arma de fuego, con una frecuencia de algunos segundos, 3 o 4 segundos, seguidamente se asustó y se parapetó en el lugar, observando que algunos funcionarios corrían desde el interior del recinto naval hacia la calle Jorge Montt. Se le ordenó acercarse al lugar, observando que había un vehículo detenido arriba de la vereda, sobre la cuneta, distante a unos 60 metros del ingreso principal, instantes en que pasó corriendo un médico naval de sanidad dental que vestía cotona. Después se enteró que una persona desde el interior de un móvil procedió a sacar fotografías hacia el recinto naval, ante lo cual uno de los centinelas apostados en el acceso de calle Guardiamarina Riquelme, donde existe una barrera, se percató de esa situación, la que estaba prohibida pues se trataba de un recinto militar, gritó hacia el vehículo para que se detuviera, lo que no realizaron, por lo que efectuó un disparo al aire y luego hacia el vehículo logrando alcanzar a su conductor. Después llegó una ambulancia, enterándose que el conductor del vehículo era una mujer y que había fallecido. Dice que el funcionario que efectuó el disparo corresponde al Marinero Jaime Jofré. No recuerda si se instruyó algún sumario pero en su caso nunca lo citaron para declarar.

7.- Informe policial de la Brigada ya individualizada de fojas 115 a 119, en el que se indica que de acuerdo a las

consultas efectuadas a familiares de la víctima, ella fue incinerada a los pocos días de su muerte.

8.- Registro de defunción de la víctima de autos Francesca D' Alessandri Matte, de fojas 96, en copia fotostática autorizada, de fecha 26 de Enero de 1974, en el que se indica que la causa de la muerte es "herida a bala en el cuello, lado derecho, con destrozo de vasos importantes, anemia aguda por hemorragias profusas", indicándose además que el requirente es Ernesto del Carmen Ponce Rodríguez y el certificado médico es del Dr. Carlos Sotomayor Pozo.

9.- Certificado de defunción de Francesca D' Alessandri Matte de fojas 97, indicándose como fecha de defunción el 24 de Enero de 1974 a las 23:15 horas y la causa de la muerte la ya señalado en el número precedente.

10.- Certificado médico de defunción de Francesa D' Alessandri Matte, de fojas 99, indicándose que la edad de la occisa es 20 años, instrucción secundaria y estudiante, fecha de nacimiento 23 de Octubre de 1954 y la causa de muerte la ya indicada.

11.- Declaración judicial de Juan Fernando Agurto Iturra de fojas 124, quien señala que ratifica en parte la declaración prestada en causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso y que rola a fojas 21 de dicho proceso, señalando que los instruyeron para declarar en la Fiscalía Naval. Que se encontraba de guardia en el acceso principal de la repartición, frente al puesto de guardia, cuando de repente sintió un disparo, sale a mirar y ve al Marinero Jofré deteniendo el tránsito, en ese momento iba una buena cantidad de vehículos, al momento de colocar su fusil en posición de disparo hacia donde estaban los vehículos, se aparta de la dirección del disparo, dándose cuenta que un vehículo comienza a zigzaguear, se sube a la vereda y se detiene a la altura del estadio naval y en ningún momento se dirigió al lugar en donde el vehículo estaba detenido para comprobar en terreno lo sucedido, siempre se mantuvo en su puesto de guardia. Posterior a los hechos se les informa que la persona herida era una Sra. Argentina y mayor y que ello había ocurrido porque estaba tomando fotografías en un sector prohibido. Agrega que no escuchó un segundo disparo, sólo el sonido de un silbato. No recuerda si en el sector había algún cartel que prohibiera sacar

fotografías a las instalaciones de la Armada, cree que hasta el día de hoy no las hay.

12.- Declaración judicial de Ernesto Audito Paredes Carrasco de fojas 126, quien expresa que ratifica íntegramente la declaración prestada en causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, que rola a fojas 24 de dicho proceso, agregando que no vio el vehículo al momento que el marino de apellido Jofré hizo uso de su arma para detenerlo, porque se encontraba en la guardia principal de la repartición, al interior de la Escuela de Operaciones. Recuerda que el tránsito era muy poco ese día por lo que el vehículo debe haber ido en marcha, no había atochamiento vehicular por lo que nunca estuvo detenido frente a la escuela y no recuerda haberse acercado a éste para ver qué había ocurrido, de los detalles se enteró por comentarios posteriores al hecho.

13.- Declaración judicial de Luca Arturo Matte D' Alessandri, quien manifiesta que ratifica íntegramente la declaración extrajudicial prestada ante la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones de Chile y que rola a fojas 17 y 18 de autos y que se le exhibe, haciendo presente que sólo ha prestado declaración ante la Comisión Valech, en donde hizo la denuncia respectiva.

14.- Declaración judicial de Gustavo Alejandro Bahamondes Schulz de fojas 131, quien indica que ratifica en parte la declaración extrajudicial prestada ante la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones de Chile, la que rola de fojas 71 a 72 de autos, en el sentido de dejar establecido que no estaba de guardia apostado el día de los hechos, dado que su labor comenzaba a las 00:00 horas y duraba hasta las 08:00 horas del día siguiente, sí estaba al interior de la escuela el día de los hechos en sus horas de descanso. El que estaba a cargo de la guardia era el Teniente Gabriel Munita o el Teniente Gabriel Pérez de Arce, no recuerda bien. Asimismo, ratifica en su totalidad la declaración judicial prestada en causa Rol N° A.138 ante el Juzgado Naval de Valparaíso, que rola a fojas 28 de esos autos, en relación con el parte de fojas 1 de dicho expediente. Dice que en el frontis de la Escuela de Operaciones, hacia el lado sur, existían letreros que indicaban que no se podía tomar fotografías a las reparticiones

navales en esa época, además de las barreras existentes y vigilancia, lo que no tiene cómo demostrarlo.

15.- Declaración de Juan José Guillermo Armando Acuña Elorza de fojas 135, quien refiere que reconoce la firma estampada en la causa Rol N° A-138, prestada ante el Juzgado Naval de Valparaíso, del documento de fojas 27, en relación con el parte de fojas 1 y 2 de dicho expediente y que se le exhibe, agregando que no recuerda haber prestado declaración en el referido expediente, como también de haber concurrido el día 24 de enero de 1974 al lugar de los hechos, como lo señala el parte. Para el año 1974 se desempeñaba como motorista de la Prefectura de Viña de Mar. Por comentarios y por la prensa de la época se enteró de la muerte de la víctima y no recuerda haber llegado al lugar de los hechos. No le consta que en el sector en donde se producen los hechos, haya habido letreros que indicaban la prohibición de tomar fotografías a las instalaciones de la Armada, pero sí tiene conocimiento que en toda repartición armada existen letreros que prohíben esos actos, incluso hasta el día de hoy.

16.- Declaración judicial de Manuel Alejandro Neira Campos de fojas 138, quien dice que ratifica íntegramente la declaración extrajudicial prestada ante la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones y que rola a fojas 88 y 89, dejando en claro que por comentarios del sargento de guardia, se enteró que Jaime Jofré Coloma fue el que había disparado hacia un vehículo en movimiento que transitaba por la avenida Jorge Montt, de sur a norte y personalmente no lo vio disparar, porque se encontraba a unos 30 metros de distancia del lugar de los hechos. Asimismo ratifica la declaración judicial prestada en causa N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, que rola a fojas 24 vta., haciendo presente que no recordaba haber prestado dicho testimonio, reconociendo la firma que en ella aparece. Dice que efectivamente existía un letrero de un metro por un metro ochenta, era negro y las letras eran medias amarillas o blancas, decía textualmente “Prohibido sacar fotografías, recinto militar”. Le consta porque se le ordenó pintarlo en una oportunidad, por estar un poco oxidado. Estaba ubicado en toda la esquina de la Calle Guardiamarina Riquelme con Jorge Montt, era visible de todas partes.

17.- Causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, acompañada por oficio de fojas 38 y tenida a la vista por resolución de fojas 38 vuelta, iniciada por parte de fojas 1 a 2, en que el objeto del mismo es informar acción tomada por la Guardia con vehículos que tomaba fotografías al personal apostado, instruyéndose sumario, conforme a la resolución de fojas 3. Rola a fojas 4 declaración prestada por Franca Putignano Leinetti, quien dice que el jueves 24 de enero de 1974, alrededor de las 15.00 horas, viajaba en el automóvil Fiat 125 S color blanco marfil, Patente DM.693 de Las Condes, en compañía de sus sobrinos Francesca Romana Antonieta D' Alessandri Matte, quien conducía el vehículo y en el asiento posterior sus sobrinos Paolo y Livia Capocaccia D' Alessandri, iban en dirección a Reñaca, por la pista derecha, en marcha lenta y al pasar frente a las Escuelas de la Armada, su sobrina Livia tomó fotografía de dichos establecimientos. Que el vehículo continuó su marcha en forma lenta cuando vio en el vidrio delantero un orificio y que se rompía, y al ver a la conductora, ya que el vehículo zigzagueaba, observó que tenía apoyada su cabeza en el ventanal izquierdo del vehículo, y al ver a Paolo, observó que el vidrio posterior estaba destruido y que Paolo tenía una herida en su brazo derecho. Después que el vehículo paró llegaron unos marinos diciéndoles “cuál habría sido la razón para disparar a Francesca y porque no lo había hecho al aire o a las ruedas del auto”. Los marinos les solicitaron la cámara fotográfica y retiraron el rollo, solicitó una ambulancia, la que llegó como a los 30 minutos y en la noche le fue comunicada que Francesca había muerto.

A fojas 5 vuelta comparece Paolo Capocaccia, quien señala que el día 24 de enero de 1974, alrededor de las 14,45 horas viajaba en el automóvil ya individualizado, en compañía de su tía Franca Putignano, Francesca D' Alessandri Matte, quien conducía el vehículo y su hermana Livia. Recuerda que el vehículo circulaba por la izquierda en dirección a Reñaca y como su hermana Livia deseaba tomar una fotografía de los edificios de la Armada que existen en la Avenida Jorge Montt, le solicitó a Francesca que se cambiara de pista al lado derecho de la vía y que disminuyera la velocidad, ella tomó la fotografía y el vehículo continuó su marcha en forma lenta y pasados unos escasos segundos, sintió una explosión en el vidrio posterior. Verificó que su hermana Livia se encontraba bien al igual que

su tía Franca, Después notó que Francesca estaba desmayada y reclinada sobre la ventanilla del lado izquierdo, sin que notara señales de alguna herida. Simultáneamente con lo anterior, el automóvil se desvió hacia la izquierda perdiendo velocidad. Se detuvo a una cierta distancia después de haber realizado una maniobra de desplazamiento hacia la derecha. Se bajó del vehículo y notó que tenía el antebrazo derecho herido. Comprobó además que Francesca tenía una herida a la altura del cuello y en el costado derecho y que perdía sangre por esta razón. El vidrio trasero se había roto instantes antes y le parece que el parabrisas delantero. Justo en el medio quedó con un orificio de salida de proyectil. Lo que ha descrito se produjo obviamente por la acción de disparos provenientes de los guardias armados que había en ese lugar. Declara que la acción de tomar una fotografía con una máquina de simple aficionado fue simplemente de interés turístico, excluyendo cualquier otro. El interés en cuestión era de obtener una fotografía del edificio de la Escuela y no así de la persona de los guardias. Hace presente que durante estos hechos y previamente a los disparos, no sintió ninguno de advertencia, como tampoco voces de alto o ruidos de silbato. Una vez acontecidos los hechos y a pesar de los continuos llamados, los guardias no se acercaban y solamente llegó una persona vestida de verde, que parecía oficial y venía desarmado. Se solicitó la presencia de una ambulancia, la que se demoró alrededor de treinta minutos, más o menos y en ella se subió a Francesca y a él mismo.

A fojas 7 de esos autos, declara María Livia Capocaccia, señalando que alrededor de las 14,45 horas del 24 de enero de 1974, viajaba en el automóvil ya señalado en compañía de su tía Franca, de Francesca, quien manejaba y Paolo ocupando el asiento de la mano izquierda trasero, en dirección a Reñaca, por la pista de la mano izquierda, y como manifestara su intención de sacar una fotografía a los edificios de la Armada, Francesca disminuyó paulatinamente su velocidad y se desplazó hacia la derecha. Quería sacar la fotografía como simple turista. La ventanilla del lado derecho se encontraba abierta y sin sacar la cámara, la orientó hacia la zona indicada. Transcurrieron algunos segundos, 5 o 6 y sintió una explosión y vio que el vidrio trasero se rompía, primeramente con un orificio y luego se desmenuzaba. El vehículo continuó su marcha en forma lenta y después

zigzagueó. Vio que Francesca tenía su cabeza apoyada en la ventanilla izquierda y que se encontraba desmayada. Se detuvo el vehículo unos metros más allá. Vio que su hermano Paolo tenía el antebrazo derecho herido y que Francesca también se encontraba lesionada. Durante estos hechos y previamente a los disparos, no se sintió ninguno de advertencia, como tampoco voces que dieran señales de alto o ruidos de silbatos. Hace presente que el automóvil tenía la radio descompuesta y como las ventanas se encontraban abiertas, fácilmente se podía escuchar ruidos desde afuera. Agrega que una vez acontecidos los hechos y a pesar que doña Franca llamaba a los guardias, éstos no se acercaban y después llegó una persona vestido de verde, desarmado, que parecía ser un Oficial. Como a los 30 minutos llegó una ambulancia y en ella se colocó a Francesca y a Paolo. Uno de los guardias solicitó el negativo o el rollo de la cámara.

A fojas 8 rola un croquis que indica la posición de los ocupantes del vehículo.

Desde fojas 9 a 10 rola acta de inspección ocular al vehículo.

A fojas 11 rola declaración de David Pérez de Arce Becerra, Teniente 2° de la dotación de la Escuela de Operaciones de la Armada, quien señala que el día 24 de enero de 1974 se desempeñaba como Oficial de Guardia y siendo las 14,45 horas de ese día, estando en el Hall de la entrada de la escuela, escuchó un disparo, razón por la cual salió corriendo para ver qué sucedía, llegando a la Avenida Jorge Montt. Cuando iba llegando a la salida de la Escuela, escuchó un segundo disparo, dándose cuenta que éste provenía de la guardia apostada en la barrera ubicada a la entrada de la Avenida Guardiamarina Riquelme y que da acceso a los vehículos que llegan a la Escuela o que pasan al Subdepartamento de Municiones o Población Naval “Almirante Allard”. Miró en dirección a Las Salinas y vio un automóvil Fiat 125 de color blanco marfil que zigzagueaba, aparentemente sin control, viendo además que el vidrio trasero se encontraba totalmente destrozado. Este vehículo continuó en forma lenta hasta detenerse totalmente poco antes de llegar a la puerta del Estadio Naval. La primera medida a adoptar fue ordenar detener el fuego ya que la mayoría de los vigilantes se encontraba

preparado para abrir fuego nuevamente. Una vez detenido el vehículo bajo de él primero una dama y posteriormente bajó otra. Una de ellas decía “la han matado”. Al inspeccionar el interior del vehículo, vio en el asiento del conductor a una joven que se encontraba recostada sobre el volante y presentaba una herida en la región cervical posterior. Al percatarse que había personas heridas dispuso que se fuera a buscar una ambulancia al policlínico del sector naval oriental. Interrogado el vigilante, Marinero 2do. Jaime Jofré Coloma, manifestó que el automóvil pasó lentamente tomando fotografías, por lo cual él le dio el “alto a viva voz”. Posteriormente le disparó un tiro al aire rasante sobre el techo del automóvil, y como éste no se detuvo, disparó el segundo tiro directamente al auto. El vehículo no obedeció a las señales de detención que le hizo el vigilante. Sobre las instrucciones de los vigilantes, éstas eran que debían detener a cualquier persona que tratara de obtener información, tome fotografías o esté en actitudes sospechosas. En este caso, si no obedeció el chofer del auto la orden de “alto”, cumpliendo las instrucciones del plan Pri-ancha, el vigilante hizo el primer disparo al aire, y posteriormente, como no se detuvo, ni a las señales del vigilante de la puerta principal de la escuela, le hizo el segundo disparo para detenerlo.

A fojas 13 rola declaración de Modesto Julio Figueroa Mazzoni, Cabo 1º, quien señala que efectivamente se encontraba apostado como Sargento de Guardia en la Escuela de Operaciones en el cuarto de 12.00 a 16.00 horas. Alrededor de las 14.45 horas de ese día, sintió el ruido característico de un tiro, pensando que se le habría escapado a algunos de los vigilantes, corriendo de inmediato a la Avenida Jorge Montt, percatándose que el vigilante apostado en la barrera de visitas, hacía señales de detención con su fusil y otro que se encontraba de pie con su fusil en posición de disparo, el que se produjo casi al instante. Al mirar hacia Reñaca, vio que un automóvil se salía de su pista de circulación aparentemente sin control, el que se detuvo cerca de la puerta de acceso al Estadio Naval. Que no llegó al lugar en donde se había detenido el vehículo. Que sólo se han dado instrucciones verbales sobre el uso del armamento, insistiendo que primeramente debe obrarse con mucho tino, gritar el alto, disparar al aire y cuando no se cumplen estas sencillas instrucciones o las personas tratan de

escapar o de atacar, se deberá hacer uso inmediato de las armas.

Desde fojas 14 a 18 rolan fotografías del sitio del suceso, del automóvil referido y de los daños producidos a éste.

A fojas 20 rola declaración de Hipólito Viveros Beltrán, Marinero 2°, quien dice que el 24 de enero de 1974 le correspondió cubrir guardia de vigilancia en la barrera de la escuela de operaciones, junto al Marinero Jaime Jofré y el Marinero 2° Juan Peña Acevedo, a cargo de una ametralladora. Alrededor de las 14,45 horas pasó por la guardia un auto de color blanco, marca Fiat 125 y una de las personas que venía en los asientos de atrás tomaba fotografías a la guardia y posiblemente al vigilante de la terraza y escuela. Al ver esto, el Marinero Jofré le gritó la orden de “alto”, pero el auto siguió su camino. Entonces el Marinero Jofré hizo un disparo rasante por sobre el auto, quien tampoco se detuvo. De inmediato el Marinero Jofré hizo un segundo disparo, alrededor de 70 metros de distancia al auto, acto seguido se subió a un automóvil que pasaba en esos precisos momentos y en él siguió al vehículo blanco.

A fojas 21 declara Juan Iturra Agurto, Marinero 2°, quien el día 24 de enero de 1974 cubría guardia en la puerta principal de la Escuela de Operaciones y alrededor de las 14,00 horas sintió voces y gritos que no pudo identificar pues a esa hora había un tráfico intenso. Justo en ese momento vio pasar frente a la Escuela un Fiat 125, color blanco y sintió un disparo, el que había sido hecho por el Marinero Jofré, quien se encontraba apostado de Vigilante de Guardia en la Avenida Guardiamarina Riquelme, ubicado frente a la Escuela. Que como el auto trató de emprender la fuga, salió para intentar con señas de manos que se detuviera y en esos momentos vio que el Marinero Jofré apuntaba hacia el vehículo, retrocediendo unos pasos. Casi al instante Jofré disparó, viendo que el vidrio trasero del auto se rompía, no dándose cuenta donde había impactado el disparo, pero sí que el vehículo empezaba a zigzaguear y detener la marcha casi frente a la puerta principal del Estadio Naval. Posteriormente se acercó el Teniente David Pérez de Arce, comprobando que se encontraba una persona herida de gravedad.

A fojas 22 de este expediente rola declaración de Miguel Ángel Pérez Silva, Operario 4°, quien indica que el 24 de enero de 1974 se encontraba apostado como vigilante en Blanco Encalada, y siendo alrededor de las 14,45 horas, se encontraba mirando hacia Reñaca, cuando sintió un disparo, percatándose que se había formado una pequeña confusión de vehículos, se parapetó, escuchando casi al instante un segundo disparo, viendo que un automóvil de color blanco marfil se salía de la pista de circulación y aparentemente sin control, se detenía cerca de la puerta de entrada del Estadio Naval, bajándose una Sra. que le hacía señas para que acudiera, pero como ya venía corriendo el sargento de guardia y el oficial de guardia, más el Sub-director de la escuela y el mensajero, no abandonó su puesto de vigilante. Los Oficiales le pidieron que fuera a buscar una ambulancia al policlínico, la que demoró unos 15 minutos.

A fojas 23 declara Juan Bautista Peña Acevedo, Marinero 2°, quien refiere que el día 24 de enero de 1974, se encontraba apostado como vigilante en la terraza del Edificio C.I.C. a cargo del armamento allí instalado. Que alrededor de las 14,45 horas estaba efectuando una ronda en la terraza cuando sintió voces proveniente de los vigilantes apostado en un costado de la Avenida Guardiamarina Riquelme, tratando de dar el “alto”. Vio que el Marinero 2° Jaime Jofré Coloma acciona el cierre de su fusil y realiza un disparo de advertencia al aire, acto seguido nuevamente prepara su arma y pasado un instante procedió a efectuar un nuevo disparo. Después se percató que iba una hilera de unos cinco vehículos y al escuchar el segundo disparo, se percata que un automóvil se salía de la pista de circulación y aparentemente sin control, se detenía antes de llegar a la puerta de acceso al Estadio Naval, saliendo de dicho vehículo una dama y luego una joven y un muchacho.

A fojas 24 presta declaración Ernesto Paredes Carrasco, Marinero 2°, quien señala que el día 24 de enero de 1974, el día de los hechos, cubría un puesto de Cabo de Guardia, y alrededor de las 14,30 horas, identificaba a unas personas en la guardia de la Escuela, escuchó un disparo y vio que un vigilante de la guardia, que estaba apostado cerca de la calle, hacía señas para detener a un vehículo. En esos momentos escucha un segundo disparo y gritos. Salió a mirar y vio que un auto Fiat 125 se detenía frente a la puerta del Estadio Naval Las Salinas. Hasta ese lugar acudió el Oficial de

Guardia, Teniente David Pérez de Arce, acompañado del Subdirector de la Escuela, Teniente 1° Luis Montenegro. Después supo que la gente del auto había tomado unas fotos de la Escuela y por cometarios supo que en el auto había heridos y que el autor de los disparos había sido el Marinero 2° Jaime Jofré Coloma.

A fojas 24 vuelta declara Alejandro Neira Campos, Marinero 2°, quien indica que el 24 de enero de 1974, en circunstancias que se encontraba como mensajero de guardia en la Escuela, cuando fue enviado a cumplir una orden a otro edificio, escuchó un disparo y en seguida otro. Salió corriendo y vio que un auto de color blanco estaba detenido frente a la puerta del Estadio Naval Las Salinas. Se acercó al lugar y vio que una persona estaba herida. Entonces el Teniente Pérez de Arce le ordenó ir a buscar una ambulancia, lo que cumplió y después debió controlar el tráfico de vehículos. Posteriormente supo que el Marinero Jofré había hecho un tiro de advertencia a este vehículo porque se le había sorprendido tomando fotos a la Escuela y que había hecho un segundo disparo porque dicho vehículo no se detuvo.

A fojas 25 rola la autopsia efectuada a la víctima Francesca D' Alessandri Matte, realizado por el Dr. Sotomayor, señalándose como conclusión; "La causa precisa y necesaria de la muerte de la autopsiada se debe a: Herida a bala en el lado derecho del cuello, con destrozo de vasos importantes de la región y con hemorragias profusas, con la anemia aguda consiguiente. Hubo salida del proyectil, encontrándose solo una esquirla metálica que corresponde al forro o camisa de un proyectil."

A fojas 26 rola informe de atención a los accidentados Francesca D' Alessandri Matte y Pablo Capocaccia D' Alessandri, emanado de la Asistencia Pública de Viña del Mar. En él se indica que la primera falleció el día 24 de enero de 1974, a las 23,10 horas y el segundo resultó con lesiones de mediana gravedad.

A fojas 27 declara el Teniente de Carabineros Juan José Acuña Elorza, quien señala que es efectiva la referencia que se le hace en el parte de fojas 1 y 2.

A fojas 27 vuelta declara Alberto Enrique Illanes Castex, Capitán de Corbeta, quien señala que el día 24 de enero de 1974, mientras se encontraba trabajando en la clínica dental del sector naval oriental, aproximadamente a las 14,45 horas, un miembro del personal de la guardia fue a avisar al policlínico dental que había una persona herida cerca de la guardia, acudiendo al lugar, observando un automóvil Fiat 125, de color blanco marfil, el que tenía su vidrio posterior destrozado. A indicación del Teniente Montenegro prestó atención al chofer, pudiendo constatar que se trataba de una dama que estaba bañada de sangre. Pudo constatar que aun estaba viva para lo cual procedió a sacarla de su sitio para depositarla en la camilla de la ambulancia.

A fojas 28 declara Gustavo Bahamondes Schultz, Teniente 2°, quien dice que es efectiva la cita que se hace de su persona en el parte denuncia de fojas 1. Llegó al lugar alrededor de las 15,00 horas, y en esos momentos le ordenaron llevar a las personas ilesas a la asistencia pública.

A fojas 29 rola sobreseimiento total y temporal de la causa, de conformidad al artículo 409 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, estimándose que no encuentra completamente justificada la comisión de algún delito en relación con los hechos de que da cuenta dicho proceso.

18.- Declaración judicial de Modesto Julio Figueroa Mazzoni de fojas 156, quien reconoce su firma estampada en la declaración prestada en causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, la que rola a fojas 13 de ese proceso, ratificando lo allí señalado, con excepción cuando se indica que los heridos fueron enviados al Hospital, lo que no recuerda. Agrega que todos los hechos relacionados con la muerte de la víctima de esta causa, lo sabe por cometarios. No recuerda que en el lugar en donde se producen los hechos, hayan existido letreros de advertencia que prohibieran sacar fotografías a las instituciones armadas.

19.- Querella criminal interpuesta por Mahmud Segundo Aleuy Peña y Lillo, Subsecretario del Interior, Programa Continuación Ley N° 19.123, de fojas 182 a 196, por el homicidio de la víctima de autos.

20.- Declaración judicial de Hipólito Sergio Viveros Beltrán de fojas 213. Este deponente ratifica la declaración que prestó ante el Juzgado Naval de Valparaíso, como asimismo la declaración extrajudicial prestada ante la Policía de Investigaciones al respecto, aclarando que la guardia la componían tres personas, dos en la barrera y uno en la terraza, esto es, en Las Salinas de Viña del Mar, y se encontraba con el Marinero Jofré haciendo guardia y en la terraza el Marinero Peña.

21.- Informe y antecedentes, emanados del Instituto Nacional de Derechos Humanos, respecto de la víctima de autos, rolantes desde fojas 230 a 255. En cuanto a los informes, consta las fotocopias de los formularios completados por la Comisión Asesora para detenidos desaparecidos o ejecutados políticos, en donde aparecen los datos de las personas que acompañaban a la víctima el día de los hechos y una descripción de lo ocurrido, cédula de identidad de Luca Arturo D' Alessandri Matte, escrito de este último, de fecha 18 de marzo de 2010, fichas de la víctima, certificado de nacimiento y de defunción de la señalada, certificado médico de defunción, libreta de familia y recorte de diario.

DÉCIMO TERCERO: Que los medios de prueba enumerados y desarrollados en el considerando anterior, debidamente analizados y ponderados conforme a la normativa probatoria del Código de Procedimiento Penal y relacionados entre sí conforme a las reglas de la lógica, constituyen un conjunto de presunciones judiciales que reúnen todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 488 del referido código, permitiendo tener fundado y legalmente acreditado en este proceso los siguientes hechos:

Que el día 24 de enero de 1974, siendo aproximadamente las 14:30 horas, Francesca Romana Antonieta D' Alessandri Matte, en momentos que conducía un vehículo particular marca Fiat 125, color blanco marfil, patente DM.693 de Las Condes, en compañía de su tía Franca Putignano Leinetti y de sus primos Paolo Capocaccia y María Livia Capocaccia, por la Avenida Jorge Montt, en el sector de Las Salinas, Viña del Mar, en dirección a Reñaca, al pasar por el frontis de la Escuela de Operaciones de la Armada, ubicada en ese mismo sector, en los instantes en que su prima María Livia

Capocaccia procedía a sacar fotografías del lugar, recibió un disparo de un sujeto que se encontraba apostado en las barreras existentes en Pasaje Guardiamarina Riquelme con Jorge Montt de Viña del Mar, disparo que recibió en el cuello, muriendo horas más tarde en el Hospital Gustavo Fricke de esa ciudad, producto de las heridas recibidas.

C.- En cuanto a la calificación del hecho punible:

DÉCIMO CUARTO: Que los hechos descritos en el considerando anterior, configuran la existencia del delito de **homicidio simple**, previsto en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, por cuanto se produjo la muerte de la víctima sin que medien las circunstancias de los artículos 390, 391 N° 1 y 394 del mismo Código, esto es, sin que existan los presupuestos que podrían configurar un parricidio, homicidio calificado e infanticidio que contempla nuestra legislación, por lo que tiene lugar en la especie la figura subsidiaria del homicidio simple y al haber sobrevenido, además, la muerte de la víctima, a través del dolo directo del autor de su muerte.

DÉCIMO QUINTO: Que, respecto a lo señalado precedentemente, y en relación con la causa Rol A-138 seguida ante el Juzgado Naval de Valparaíso en que inicialmente se investigaron estos hechos, ella fue caratulada como cuasidelito de homicidio e igual predicamento tuvo lugar cuando se sobresee temporalmente dicho proceso, conforme a la resolución dictada el 5 de Junio de 1974 en esos autos, en que no obstante hacerse referencia a la no existencia de algún delito, ello debe entenderse que se refiere a un cuasidelito. Que, no obstante ello, se concluye que en la especie no existe un cuasidelito de homicidio sino que un homicidio simple, pues conforme a todos los antecedentes probatorios a que se ha hecho referencia, no cabe duda que a través de la acción desplegada por el ejecutor directo de la muerte de la víctima, existió una intencionalidad evidente en la producción del resultado, toda vez que todos los testigos refieren que los disparos producidos se debió a que uno de los ocupantes del vehículo en que se desplazaba la víctima, se encontraba sacando fotografías del lugar o a las personas que conformaban los guardias en ese sector, por lo que independientemente de las razones que se haya tenido para disparar, lo cierto es que no

advierte una actuación culposa o negligente o con infracción a algún reglamento, sino que un dolo directo de matar.

Que lo anterior se encuentra acreditado en mérito de lo que señala David Pérez de Arce Becerra cuando declara a fojas 11 en la causa Rol A-138, en el sentido de que al interrogar al Marinero Jofré Coloma, éste señaló que hizo dos disparos al automóvil, uno rasante y otro directamente al vehículo. Por su parte, Hipólito Viveros Beltrán indica a fojas 20 de esa causa, que el Marinero Jofré, después del primer disparo rasante sobre el vehículo en cuestión, hizo un segundo disparo a 70 metros del auto. A fojas 21, Juan Iturra Agurto vio, después del primer disparo, que Jofré apuntaba hacia el vehículo y casi al instante vio que el vidrio trasero del automóvil se rompía. A fojas 22, 23 y 24 Miguel Ángel Pérez Silva, Juan Bautista Peña Acevedo y Ernesto Paredes Carrasco, respectivamente, se refieren a la inmediatez del segundo disparo.

Todos estos testimonios, en suma, dan cuenta de que el disparo que dio muerte a la víctima, se hace en forma directa al auto y por ende a los ocupantes del mismo, lo que implica indudablemente el ánimo de matar en el presente caso.

DÉCIMO SEXTO: Que, además, aún en el supuesto no demostrado de que se encontraba prohibido tomar fotografías del lugar, la reacción en este caso concreto del sujeto que estando en la barrera dispara directamente al vehículo, no resulta una acción idónea y proporcionada a la falta que habría sido cometida, desproporción que importa el ánimo doloso a que se ha hecho referencia.

D.- En cuanto a la participación del acusado:

DÉCIMO SÉPTIMO: Que prestando declaración indagatoria el procesado Jaime Jofré Coloma a fojas 139, señala que ratifica íntegramente la declaración extrajudicial que prestó ante la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones que rola a fojas 86 de autos, como asimismo la declaración de fecha uno de febrero de 1974 en causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, a fojas 19 de ese proceso, señalando que no recordaba haberla prestado, pero si reconociendo la firma que en ella aparece.

En cuanto a lo que declara a fojas 86, expresa que para el año 1973 se encontraba efectuando el curso de especialización de Navegante Radarista en la Escuela de Operaciones de la Armada, ubicada en el sector de Las Salinas, en Viña del Mar. Una vez ocurridos los hechos del 11 de Septiembre de 1973, el personal de la escuela fue dividida en compañías navales, las que fueron destinadas a distintos puntos de la comuna de Valparaíso con la finalidad de resguardar el orden público. En su caso lo integraron a una compañía a cargo del Teniente David Pérez de Arce, específicamente a la Aduana. Cuando retornaron a la Escuela de Operaciones, efectuaron servicios de patrullaje en Valparaíso y en el sector de Ventanas en Concón. En relación al incidente por el cual se le consulta, señala que en una ocasión en que no puede precisar fecha ni hora, cuando se encontraba cumpliendo con un rol de vigilancia en el ingreso vehicular a la Escuela de Operaciones por el pasaje Guardiamarina Riquelme, ubicado en avenida Jorge Montt, repentinamente observó que desde un vehículo que transitaba por la referida avenida de sur a norte, en dirección a Reñaca, y frente a la Escuela de Operaciones, una persona procedía a grabar o sacar fotografías mediante una cámara en toda la extensión del recinto naval. Precisa que estaba prohibido a toda persona fotografiar o grabar imágenes de los militares, situación que estaba señalizada cuando se acercaban a un recinto militar. Por lo anterior, procedió a apuntar el arma que tenía de servicio en ese momento, al parecer un fusil M-1, y procedió a fijar la mira hacia las ruedas del vehículo, procediendo seguidamente a percutir un disparo, viendo luego que el auto detuvo su marcha unos metros más adelante. Indica que posteriormente fue relevado de su puesto, ignorando qué ocurrió después, sólo puede señalar que no se le reprendió por su actuar en el incidente en cuestión, ya que la superioridad de la Escuela de Operaciones determinó que su actuar estaba ajustado a reglamento y al servicio que en ese momento cumplía. Nunca se le notificó sobre quiénes eran los tripulantes del vehículo al cual apuntó y disparó, ni menos si hubo heridos o muertos. Dice que no recuerda si se instruyó algún sumario administrativo al interior de la Escuela de Operaciones de la Armada, pero en su caso no recuerda si prestó declaración al respecto.

En la declaración indagatoria de fojas 19 de la causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, interrogado al tenor del parte de fojas 1, señala al respecto que todo lo indicado en dicho parte es efectivo. Agrega que las instrucciones para los vigilantes eran que si pasaba un vehículo tomando fotos a la repartición, se debía dar la voz de alto, si no se obedecía, disparar un tiro de aviso al aire y si no se detenían había que disparar al bulto, en este caso al vehículo, lo que cumplió en su calidad de vigilante. Que el vehículo marca Fiat 125 venía desde Viña del Mar hacia Las Salinas. Al pasar frente a su puesto de guardia que era la barrera de la Escuela de Operaciones, dicho vehículo disminuyó su velocidad y vio que una persona de la ventanilla de atrás, sacó una fotografía a la guardia. Solamente vio la acción de esta persona al tomar la foto, pero no se percató si era hombre o mujer. Tampoco cuantos ocupantes venían en el auto. Les dio la orden de alto, pero el auto no se detuvo y continuó su marcha. De inmediato disparó un tiro por sobre el auto para que se detuviera pero al no hacerlo entonces disparó al vehículo el que comenzó a zigzaguear y se detuvo a la altura de la puerta del Estadio Naval Las Salinas. Después del segundo disparó, subió a un auto y le indicó que siguiera al vehículo que huía, viendo el zigzaguo y su posterior detención. Llegó primero al lugar de la detención del auto y vio que lo ocupaban tres damas y un hombre joven. Estaba herida la señora que conducía el auto y el hombre joven. Tomó la cámara fotográfica y le pidió al joven herido que sacara el rollo, lo que hizo una dama. De inmediato llegaron al lugar el Oficial de Guardia, Teniente Pérez de Arce, el Teniente 1° Luis Montenegro y el Operario Pérez. El rollo de la cámara se lo entregó al Teniente Pérez de Arce, dirigió el tránsito y posteriormente se fue a su puesto de guardia.

DÉCIMO OCTAVO: Que estas declaraciones, prestadas de conformidad a lo establecido en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, constituye una confesión judicial que reuniendo todos los requisitos legales para considerarla como tal, permite concluir que al procesado y acusado Jaime Jofré Coloma le cabe plena participación, en su calidad de autor de los hechos investigados en autos.

Que no obsta lo anterior las diferencias e imprecisiones que se observan entre las declaraciones prestadas en esta causa (declaración de fojas 86 a 87) con aquélla de la

causa ante el Juzgado Naval de Valparaíso, atendido el espacio temporal entre una y otra, y tampoco que haya señalado el sentenciado en la causa naval que después del segundo disparo se subió a un vehículo para seguir al que recién había disparado, versión que ninguno de los demás testigos que estuvieron en el lugar de los hechos ratifican. Que, además, también resulta poco creíble la mencionada versión del sentenciado, toda vez que el vehículo baleado siguió su marcha un breve trecho hasta detenerse sólo unos metros más allá después del impacto, por lo que no era necesaria la mencionadas maniobra por parte del acusado. En todo caso estas discordancias no afectan el reconocimiento esencial efectuado por el sentenciado.

Que, por consiguiente, el hecho sustancial que constituye el disparo que realiza el acusado en contra de la víctima, se encuentra plenamente acreditado, puesto que las indagatorias correspondientes concuerdan plenamente, en lo que se ha indicado que interesa, con lo mencionado por los testigos que declaran en ambos proceso y también con lo que exponen básicamente los familiares de la víctima ante el Juzgado Naval ya referido.

DÉCIMO NOVENO: Que, de otro lado, las diferencias fundamentales entre las declaraciones de los testigos compañeros de armas del acusado con los familiares de la víctima, dicen relación con el hecho de haber existido en la especie uno o dos disparos y si se dio la voz de alto. Esta discrepancia, respecto de la responsabilidad penal que aquí se analiza, no afecta su establecimiento, pues en uno u otro caso, igualmente el acusado aparece como responsable y ejecutor directo del disparo que dio muerte a la víctima de autos. Lo mismo ocurre con la supuesta voz de alto que se habría dado momentos antes de producirse los disparos, pues, tal como se ha dicho, no es posible legitimar el uso de un fusil ante el hecho de que personas estén tomando fotografías a un recinto militar. Incluso cabe precisar que aunque efectivamente exista una prohibición de tomar fotografías a recintos militares, no resulta adecuado que la solución legal o reglamentaria sea disparar, en este caso, ni siquiera a quien tomaba las fotografías, sino que a la persona que manejaba el vehículo en cuestión.

Que, en consecuencia, en virtud de estas consideraciones, se concluye que la responsabilidad del acusado, en calidad de autor, se encuentra plenamente configurada con su confesión judicial y el resto de la prueba que ya ha sido analizada.

E.- En cuanto a la contestación del acusado:

VIGÉSIMO: Que en el primer otrosí del escrito de fojas 299, la defensa del acusado Jofré Coloma contesta la acusación fiscal y pide primeramente se dicta sentencia absolutoria a través de la amnistía y prescripción penal y además, alega en su favor eximente de responsabilidad penal. En cuanto a la amnistía y prescripción penal, da por reproducido lo expuesto en lo principal de ese escrito, referido a las excepciones de previo y especial pronunciamiento que también alegó, lo que renueva como defensa de fondo de conformidad a lo establecido en el artículo 432 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal. En cuanto a la exención de responsabilidad penal, cita la causal del número 10 del artículo 10 del Código Penal, puesto que señala que no existe duda que su representado se encontraba de guardia en el sector de Las Salinas, como tampoco la existencia y vigencia del estado de sitio decretado en el territorio nacional y en que consecuentemente las fuerzas armadas tomaron el control del país, y dentro de su funciones estaba la de garantizar la seguridad y el orden público, citando al efecto el artículo 1 letra e) de la Ley 7.421 de 1944. Se refiere a continuación a la inexistencia del delito por no concurrir sus elementos esenciales, agregando que de la sola lectura del auto acusatorio se desprende una incompleta exposición de los hechos investigados, omitiendo precisamente los antecedentes que transforman lo ocurrido en un hecho policial que no reviste caracteres de delito. Dice que consta que su representado el día 24 de enero de 1974 recibió una comunicación radial desde el regimiento Coraceros en que se le ordenaba la detención de un vehículo Fiat 125 que se encontraba fotografiando los cuarteles militares, cuestión expresamente prohibidas por la ley 7.421 de fecha 9 de julio de 1943 que reprimen las actividades que vayan contra la seguridad interior del estado, conforme lo expresa su artículo 1° letra e). Señala que la Srta. Francesca D' Alessandri conducía el vehículo mientras que su tía, que iba en el asiento del copiloto, iba fotografiando los cuarteles. Al recibir la orden,

su representado intentó detener el vehículo y la Srta. D' Alessandri ignoró la orden, se efectuó el disparo al aire, la conductora aceleró el auto y luego su representado efectuó un disparo a los neumáticos del móvil con la intención de inhabilitarlo. Al incrementar rápidamente la velocidad, el tiro rebotó en el asfalto y siguió su trayectoria, esta vez ascendente, atravesando el vidrio trasero para finalmente, en un resultado no previsible, buscado ni muchos menos querido o buscado. Dice que se desconocen las motivaciones que tuvo la Srta. D' Alessandri para conducir el vehículo mientras su acompañante sacaba fotografías, pudo tratarse de una simple conducta de turista, un registro gráfico de la belleza de la arquitectura de la ciudad jardín, o de una actividad de espionaje tendiente a proporcionar información estratégica a grupos armados nacionales o de algún país extranjero. Lamentablemente dicha respuesta no se puede obtener puesto que al intentar fugarse y evadir el control, nunca pudo formularse, renunciando a la posibilidad de explicar sus actos. Señala que en estos hechos falta a lo menos 2 de los 4 elementos del delito, a saber, la antijuridicidad, puesto que el país se encontraba en estado de sitio, por lo que su representado, legalmente facultado, hizo parar el vehículo, y al ignorar la señal, el acusado Jaime Jofré estaba obligado a efectuar el tiro al aire y luego a los neumáticos, tiro que como consecuencia de la aceleración repentina del automóvil, impactó el pavimento, desviando la trayectoria del proyectil que finalmente hirió a la conductora. En cuanto a la culpabilidad, dice que no existe en autos ni prueba ni tan sólo un indicio de la existencia de dolo homicida en la actuación de su representado y los hechos, de la manera en que están expuestos en la acusación, ni siquiera lo mencionan como el autor del disparo ni dan razón de las circunstancias en que éste se produjo, omisión insalvable si se tiene presente que dentro de los elementos de convicción mencionados, está el proceso A-138, iniciado como cuasidelito de homicidio. Por el contrario, ocurridos los hechos, se dio inicio la investigación correspondiente, dictándose el sobreseimiento temporal el 30 de junio de 1974, sin que la defensa tenga información de haberse revocado dicha resolución ni por la justicia militar ni por la ordinaria. Al no existir antecedentes que acrediten el dolo homicida ni establecerse por el legislador una condición objetiva de punibilidad, no puede presumirse y al existir evidencia de intentar detener el vehículo para ser

controlado y la fuga de la víctima, no es posible que concurra este elemento del delito.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la defensa del acusado, en cuanto al ítem “atenuantes de responsabilidad criminal”, alega en su favor en primer lugar la señalada en el artículo 103 del Código Penal, “aminorante” denominada también media prescripción o prescripción gradual, la que es absolutamente independiente de la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad penal. Dice que el artículo 103 es aplicable a las situaciones en que se hace necesario “aminorar” la pena teniendo en consideración especialmente a la cantidad de años transcurridos desde la perpetración del ilícito, la situación de convulsión en que este pudo haberse cometido y la calidad subalterna del presunto hechor, todo lo cual permite considerar el hecho revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, permitiéndole al juez aplicar la pena con mayor justicia en consideración a los hechos señalados. Señala por último que la aplicación de esta “aminorante” es independiente del pensamiento que tenga el magistrado para la aplicación de la prescripción.

Como segunda atenuante, indica el cumplimiento de órdenes, establecida en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, señalándola como muy calificada, en atención que el actuar de ella, para supuestamente participar en los hechos, proviene de una orden emanada de un superior jerárquico, ya que obviamente Jaime Jofré no estaba de guardia por voluntad propia sino que por orden de un superior jerárquico, lo que no es susceptible de ser discutido o cuestionado en la verticalidad del mando que opera en las instituciones armadas y que evidentemente era relativa la servicio. A su vez alega la atenuante establecida en el inciso 2° del Art. 214 del Código de Justicia Militar que señala: “el inferior que fuera del caso de excepción a que se refiere a la parte final del anterior, se hubiere excedido en su ejecución o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del Art. 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito”. En el ilícito materia de la acusación se da justamente lo señalado en la primera parte del inciso transcrito. También alega la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 10 N° 10 del mismo cuerpo legal.

Como tercer atenuante indica la irreprochable conducta anterior, lo que consta del extracto de filiación de su representado, la que no tiene anotaciones prontuariales y su conducta por lo tanto ha sido ejemplar e intachable, por lo que debe aplicarse la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales.

Como cuarta atenuante invoca la colaboración sustancial, señalando que su representado ha concurrido absolutamente a todas las citaciones y diligencias que se han decretado y ha prestado declaración contestando todas y cada una de las preguntas que se le han formulado y exhortado a decir verdad y lo ha hecho con todo lo que sabe al respecto, permitiendo de manera fundamental al esclarecimiento de los hechos.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la defensa del acusado, respecto de la penalidad a aplicar, se remite a lo preceptuado en el artículo 68 inciso 3° del Código Penal, en que el Tribunal puede rebajar la pena hasta en tres grados, teniendo en cuenta de que existen circunstancias atenuantes muy calificadas, aplicando una pena que va desde 61 días a 540 días de presidio menor en su grado mínimo, debiendo ser favorecido con la remisión condicional de la pena; y en el caso de que la penalidad sea en su grado máximo, pide se le hagan los exámenes presentenciales a su representado, necesarios para la aplicación de la libertad vigilada.

En cuanto a las agravantes alegadas por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, sin hacerse cargo siquiera que, de haber ocurrido los hechos como se indica en la querella, acusación y adhesiones, aparece que el mismo Estado que ordena la realización de determinada conducta a sus agentes, hoy pide que sean consideradas como más graves simplemente porque le resulta conveniente en este caso separar a la persona del cargo e institución a la que representa, inconsistencia que no resiste análisis, además de que las agravantes están simplemente mencionadas, sin indicar la forma en que supuestamente se configuran, privando el organismo estatal del derecho de defensa de su representado.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en relación con esta contestación, la petición de que se absuelva a Jaime Jofré

Coloma de los cargos formulados en base a los argumentos esgrimidos al momento de oponerse excepciones de previo y especial pronunciamiento, referido a la amnistía y prescripción penal, lo que ha sido planteado en lo principal del escrito de fojas 299 y que reproduce para estos efectos, cabe desestimar tal pretensión en base precisamente a las razones que tuvo el Tribunal para rechazar tales excepciones, lo que a su turno ha sido desarrollado en los considerandos sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de este fallo, y que se reproducen para los efectos del rechazo ya indicado. En efecto y a modo de resumen, estas formas de extinción de la responsabilidad penal que se han esgrimido, amnistía y prescripción de la acción penal, no operan tratándose en la especie de crímenes de lesa humanidad, esto es, ilícitos cometidos en un contexto en que tales hechos, o bien no fueron investigados, o bien en caso de haber ello ocurrido, se efectuó a través de una justicia especial basada en el fuero militar, no obstante tratarse de una víctima civil, lo que implicó que la investigación quedó a cargo de un tribunal de carácter militar que debía indagar lo realizado por personas perteneciente a ese mismo fuero y que en este caso, terminó con un sobreseimiento que al examinar la causa en cuestión, no estableció las responsabilidades que el caso ameritaba, o, por último, las razones que se tuvieron para legitimar la muerte ocurrida. Ninguna parte de esa investigación aporta luces de que la muerte producida haya sido le medida necesaria y adecuada al hecho de estar tomando fotografías a un recinto militar. En ese sentido, en esa investigación, se señala que no hay evidencia de la comisión de un delito, no sabiéndose porqué se ha llegado a esa resolución, lo que, en razón de lo indicado, permitiría entender que la situación de la muerte de una persona que tomaba una fotografía de un recinto militar fue aceptaba por los superiores jerárquicos del acusado, y al no existir evidencia ni prueba alguna de investigación sumaria interna o de medida que se haya tomado al respecto, ello implica la anuencia ya mencionada. En consecuencia, a través de la investigación de la causa referida, se falta a la imparcialidad necesaria que debe tener un Tribunal, máxime si en este caso concreto, en aplicación de las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, otros Tribunales de mayor grado podrán analizar los hechos en una segunda instancia, y eventualmente a través de la casación en el más alto Tribunal de la República, lo que no ocurrió en la causa en cuestión.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, fuera de lo ya señalado en los considerandos que se han indicado, resulta patente que se trata de un delito de lesa humanidad porque en la especie no se indagó si las fotografías contenidas en el rollo de fotos incautadas, y que habrían sido entregadas a un funcionario de la inteligencia naval, según da cuenta el parte de fojas 1 de la causa Rol N° A-138, contenían otras fotos de otros recintos militares, lo que podría eventualmente justificar una medida como la que se tomó, circunstancias que no fueron investigadas ni analizadas, por lo que esa carencia de antecedentes al respecto, implica que la versión de las personas que viajaban en el vehículo atacado eran sólo turistas, lo que no puede validar la acción que se tomó. Lo mismo cabe señalar si también se pudieron cometer otras infracciones, como no detenerse ante una voz de alto o traspasar una barrera sin advertir a los guardias que permanecían en esos lugares. Cabe señalar al respecto que las víctimas eran mayoritariamente extranjeros que no tenían porqué saber la situación concreta y específica por la que atravesaba el país en esos momentos o las medidas que se tomaron en el lugar en donde ocurrió la muerte de la víctima, el cual se trata de un sector inminentemente turístico en todo tiempo o al menos para los turistas que visitan la zona. Además, en cuanto a lo señalado por la defensa de que no fue posible saber las motivaciones de los ocupantes del automóvil en cuestión por sacar fotografías al lugar porque la conductora escapó, ello no es efectivo, pues el automóvil detenido precisamente a través del disparo que hirió a la conductora del móvil, por lo cual el personal de la Armada estaba en perfectas condiciones de indagar las posibles motivaciones que indica la defensa, y si ello no se hizo y no consta ninguna diligencia en ese sentido, con excepción del rollo que habría sido entregado a un funcionario de la inteligencia y cuyo resultado también se desconoce absolutamente, es porque resultaba evidente que se había actuado en forma desproporcionada, se habían producido heridas graves a una persona que después muere y a otra lesiones menos graves por razones fútiles, prefiriéndose sobreseer la causa, desconociéndose incluso a quien podía favorecer esta decisión, o al autor de los disparos o a los ocupantes del móvil, por sobre una investigación acuciosa y responsable. En concreto, cualquiera de las posibles infracciones que pudieron cometer los ocupantes del automóvil baleado, no ameritaba en ningún caso la situación con que ella

concluye y la impunidad que se ha extendido por más de 40 años en el presente caso, lo que ratifica que se esté ante crímenes de lesa humanidad, al no proveer el Estado los mecanismos necesarios para que situaciones como la investigada, puedan haber sido resueltas judicialmente.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, de otro lado, no es posible aplicar las reglas de la amnistía y prescripción de la acción penal, por cuanto, en relación a la primera, no es propio que el propio Estado dicte normativas que impliquen que sus propios agentes o funcionarios queden al margen de una persecución penal en forma. También resulta evidente que las pretendidas razones de una “pacificación nacional” en el país para validar esta forma de extinción de la responsabilidad penal, operen en forma mayoritaria para un sólo sector de los “contendientes”, esto es, que se beneficien en su gran medida los victimarios de la comisión de graves delitos en contra de víctimas muchas veces indefensas, pues ello importa la auto generación de normas que aspiran solamente a dejar sin sanción tales hechos, y la supuesta “pacificación” no puede existir si las víctimas no encuentran respuestas, de cómo simplemente ocurrieron los hechos y las personas que en ellos se encuentran involucradas. Que estas consideraciones, por último, han llevado a los Tribunales Superiores de Justicia a desestimar esta forma de extinción de la responsabilidad penal, por cuanto aparece un bien jurídico superior en el presente caso, cual es, establecer la verdad de los hechos que se investigan.

VIGÉSIMO SEXTO: Que en cuanto a la prescripción de la acción penal que se alega como defensa de fondo en el número 1. del escrito de contestación (fojas 312), debe estarse para su rechazo a lo que ya se ha indicado en el considerando undécimo de esta sentencia, debiendo precisarse que por tratarse de un delito de lesa humanidad el investigado en autos y no haber operado los tribunales de justicia ordinaria con facultades suficientes, durante el período que comprende los límites de la prescripción, cabe rechazar esta forma de extinción de la responsabilidad penal, al igual delo que ha manifestado respecto a la amnistía.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a continuación, como eximente de responsabilidad penal se invoca el número 10 del artículo 10 del Código Penal, esto es, el que obra en

cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, lo que funda por el hecho de que su representado se encontraba de guardia, existía estado de sitio en el país y que las funciones de las fuerzas armadas era la de garantizar la seguridad y el orden público. Menciona lo establecido en la Ley 7.421 de 1944. Que, a este respecto, cabe tener presente que no es posible sostener que se ha obrado en cumplimiento de un deber, autoridad, oficio o cargo mediante la acción que se le reprocha al acusado. En efecto, no puede existir disposición normativa alguna que permita dar muerte a una persona por estar sacando una fotografía a un recinto militar. A lo más ameritará una detención del sujeto y una investigación del suceso, para evaluar recién su gravedad. Tampoco sería el caso de que no se obedezca a una orden de “alto”, pues razonablemente existirán otras medidas menos infaustas o invasivas en detrimento de quien la comete y que fue precisamente lo que no se hizo en el presente caso. Además, en su momento no se hizo ninguna investigación en forma que permitiera, por último, aclarar los términos en que tiene lugar el incidente y no resulta plausible que ante un resultado como el ocurrido en la especie, en que fallece la persona que conducía un vehículo desde el cual una pariente de ella sacaba fotografías, que la autoridad competente en ese momento no haya reaccionado como correspondía, por lo menos al nivel de establecer pericialmente lo que había realmente sucedido. Al no hacerlo, se tiende un manto de duda respecto de la respuesta de la autoridad y sobre todo del órgano jurisdiccional que en ese momento inicia la investigación, de manera que en definitiva resulta que ante una situación perfectamente explicable desde el punto de vista de las personas que se desplazaba en el vehículo en cuestión, sobreviene una reacción excesiva y desproporcionada, y que constituye precisamente el homicidio simple que se ha tenido por configurado. Que, por último, la defensa señala una disposición que fue derogada en su momento, habiéndose desde entonces dictado otro tipo de normas que en su oportunidad formaron parte de la Ley de Seguridad Interior del Estado vigentes en Chile, y en ninguna de esa normativa se permite una reacción como la que ahora nos convoca, de manera que no corresponde interpretar la reacción del acusado formando parte de alguna normativa legal que la respalde. En virtud de estas consideraciones, se rechazará la

petición de la defensa de aplicar esta norma de exención de responsabilidad penal.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que en relación al argumento planteado por la defensa en orden a que en la especie el delito es inexistente por no concurrir sus elementos esenciales, señala que el auto acusatorio omite aquellos hechos que implicarían que los hechos denunciados constituirían en “hecho policial” que no reviste caracteres de delito. Al respecto, es dable señalar que no obstante indicarlo la defensa, no se encuentra establecido de ninguna manera que la patrulla causante del baleo de autos había sido avisada desde el Regimiento Coraceros que un vehículo se encontraba fotografiando cuarteles militares. Esta versión es introducida por la defensa en esta parte y, como ya se dijo, no se encuentra comprobada de manera alguna, ni por el acusado ni por los testigos que han depuesto en la causa. Incluso, en caso de haber sido ello cierto, también se ha señalado que la reacción del autor de los disparos debió ser una muy diferente de la muerte que se produjo. También se señaló que la Ley 7.421 fue derogada y en ninguna disposición que repriman las actividades que vayan contra la seguridad interior del Estado, permiten la muerte de una persona que simplemente toma una fotografía. Yerra también la defensa cuando señala que fue la tía de la víctima quien iba tomando las fotos, dado que esa acción la desplegó una prima de ella, lo que se ha establecido por los propios testimonios de la familia de la occisa y las declaraciones del resto de la patrulla. Por lo demás, poco importa tal hecho en ese contorno, pues de lo que se trata es de la muerte de la conductora del vehículo. Tampoco se encuentra establecido en el proceso que la bala rebotó en el pavimento primero para después impactar a la víctima, aserto que también es introducida por la defensa en esta parte, puesto que esa explicación tampoco es dada por el resto de la patrulla que observó cuando ocurrieron los disparos y ellos hablan primero de un disparo al aire y luego de un disparo al automóvil en forma directa, tal como se ha señalado en considerandos anteriores. Tampoco que el resultado era uno no previsible ni buscado, puesto que a los menos el acusado señala que pretendió que el auto se detuviera y un disparo hacia las personas que iban al interior de un móvil, implica una alta posibilidad de un desenlace fatal, por lo que en el mejor de los

casos habría un dolo eventual en la conducta del hechor, porque no podía menos que representarse la muerte de alguna persona al disparar directamente al automóvil en que se desplazaba la víctima, y no obstante ello, igualmente hace uso de su arma de fuego, atendido además el alto calibre de esta última que se utilizó en esa oportunidad. En cuanto a las razones que habrían existido para que la familia de la occisa se encontrara tomando fotografías, en consideración a la falta de investigación oportuna, las respuestas no pueden darse, primando el hecho de que al tratarse de personas extranjeras, lo más propio era de que se trataba de fotografías con fines turísticos, lo cual ameritaba, a lo más, incautar el rollo fotográfico correspondiente.

VIGÉSIMO NOVENO: Que en cuanto a la antijuridicidad que se dice no existe, puede reiterarse que si bien puede estimarse que el acusado estaba facultado para detener un vehículo cuando existieran conductas “sospechosas” de los ocupantes de algún móvil que se trasladara frente a recintos militares, en ningún caso podía disparar con ánimo doloso, pues ella no es la conducta jurídicamente esperable tratándose de estos casos. Al no encontrarse la conducta del acusado amparado por alguna normativa específica que legitime su actuar, se concluye que este elemento del delito, la antijuridicidad, se encuentra presente en este caso.

TRIGÉSIMO: Que con respecto a la culpabilidad, este Tribunal, tal como se ha señalado en acápites anteriores, estima que ella está presente y el dolo homicidio se patentiza desde el momento en que se dispara con un arma de gran calibre hacia un vehículo que no respeta, en concepto del acusado, la orden de alto, en la que viajaban cuatro personas, todas de nacionalidad italiana y no residentes en el país. Ahora bien, es claro que este último dato no era manejado por el acusado y no podía saber tales pormenores. Lo que se le reprocha en suma es que yendo más allá de sus naturales y acotadas funciones de custodia y control del tránsito vehicular frente a un recinto militar, la acción que desplegó fue absolutamente desproporcionada, superando incluso los límites que pudieran referirse a un cuasidelito de homicidio. En virtud de lo señalado, también se estima que el elemento de culpabilidad se encuentra también presente en este caso, sin perjuicio de que

el dolo pertinente al caso de autos, puede cubierto a través del dolo eventual, tal como ya se ha dicho precedentemente.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que respecto a la causa que se siguió ante el Juzgado Naval de Valparaíso, también ya se ha dicho que la resolución de sobreseimiento dictado por ese tribunal no le empece a este Tribunal, básicamente porque se trata de investigar y sancionar, en su caso, aquellas situaciones que conforman crímenes de lesa humanidad, no alcanzando los procesos que se incoaron en esa época los estándares mínimos de imparcialidad y racionalidad dentro de lo que se conoce como un debido proceso y en donde la situación de la víctima de esa clase de delitos tiene una preeminencia substancial para los efectos de esa investigación y eventual castigo de los responsables. En consecuencia, en el presente caso se manifiestan todos los elementos del delito que permiten sancionar legítimamente la conducta que en estos autos ha sido investigada.

F.- En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal:

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que con respecto a las minorantes que cabe considerar, en el orden que las plantea la defensa cabe referirse, en primer término, a la atenuante del artículo 103 del Código Penal, también denominada media prescripción o prescripción gradual, señalándose que ella es independiente de la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad penal, para lo que señala debe considerarse la cantidad de años transcurridos desde la perpetración del ilícito, la situación de convulsión en que este se pudo haber cometido y la calidad de subalterno del presunto hechos, todo lo cual permite considerar el hecho revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante, permitiéndole al juez aplicar la pena con mayor justicia en consideración a los hechos señalados.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que para los efectos de dilucidación de lo anterior, debe señalarse, primeramente, que se está alegando como atenuante una circunstancia que forma parte de la prescripción en general, esto es, como una forma de extinguir la responsabilidad penal, cuando se cumplen con los plazos legales que la propia ley establece para ello y que aparecen establecidos en el artículo 94 del Código Penal. En

segundo término, en autos no se ha alegado la media prescripción y uno de los fundamentos, y posiblemente el más importante, para haber rechazado la prescripción como forma de eximir de responsabilidad penal, es que tratándose de los delitos que aquí se investigan, al revestir la forma de crímenes de lesa humanidad, no opera dicha forma de poner término al proceso. En tercer lugar, debe considerarse que si no se aceptó la prescripción como una forma de extinción de la responsabilidad, tampoco puede operar la media prescripción, y en el presente caso, tampoco sus efectos. En cuarto lugar, porque ambas prescripciones no son independientes, en ambas está presente el paso del tiempo, y en la general, transcurre todo el plazo prescrito en la ley, y en la segunda, media prescripción, por lo menos la mitad de ella. En quinto lugar, porque el hecho de que la norma (artículo 103 del Código Penal) diga que el hecho debe considerarse como revestido de dos o más circunstancias atenuantes, muy calificadas y de ninguna agravante, es una mención al efecto que se produce cuando transcurre la mitad del tiempo correspondiente, lo que no puede operar en el presente caso, dado que cualquier tiempo que pase, no puede considerarse por tratarse de crímenes de lesa humanidad. Por consiguiente, no puede confundirse el efecto con un contenido inexistente, además de que la ley utiliza la expresión “considerar el hecho”, denominación que en materia penal tiene una connotación limitada o restringida, esto es, de tomar en cuenta algo que naturalmente tiene otra lectura o interpretación (por ejemplo, artículo 15, “se consideran autores”) y que se utiliza para efectos más bien limitados. En ese sentido, se entiende que el artículo 103 del código del ramo es inaplicable, pues por una parte el delito de que se trata es un crimen de lesa humanidad, y por la otra, el régimen de las atenuantes tiene dos formas de manifestarse; la primera, tratándose de las atenuantes genéricas del artículo 11 del Código Penal y dos, las atenuantes específicas, relacionadas con algún delito en particular. Aparece claro que en ninguna de estas dos categorías podemos englobar el artículo 103 del Código Penal. Por último, si bien se ha dicho que la prescripción es una forma de extinguir la responsabilidad penal y la media prescripción una forma de aplicar o más bien atenuar una pena, ambas tienen en común, como ya se dijo, el paso del tiempo, y en cuanto a la segunda, puede operar cuando no se

trate de un crimen de lesa humanidad, según también ya se ha explicado.

En cuanto a que debe considerarse la situación de convulsión en que el delito pudo haberse cometido y la calidad de subalterno del presunto hechor, tales circunstancias tienen que ver con la defensa de fondo que le compete a la defensa y el Tribunal en los considerandos anteriores ya se ha referido a tales tópicos. Y en cuanto a la mayor justicia en consideración a lo que ha indicado la defensa, debe estarse, además de lo anterior, a la naturaleza del ilícito, la situación de las víctimas y el tiempo transcurrido desde que se cometieron los hechos investigados y la posibilidad cierta de sancionarlos, elementos todos que latamente se han tomado en consideración.

Que, en mérito de lo señalado, estas minorantes no serán consideradas.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que en cuanto a la segunda atenuante que se alega, cumplimiento de órdenes, ella se regula en el artículo 211 del Código de Justicia Militar, señalando que ella es muy calificada. Que, sobre este particular, en la especie no se reúnen los requisitos que exige la norma, toda vez que no existe constancia de que algún superior jerárquico del sentenciado haya dado la orden de disparar al vehículo en que se desplazaban las víctimas. Que tampoco el acusado señala haber recibido una orden en ese sentido. Ahora bien, la existencia de normativas de carácter general que pueda recibir el personal subalterno de superiores en el cumplimiento de deberes militares, no significa que en este caso concreto el hechor estuviere facultado para disparar a una persona con la intención de darle muerte. Aun más, la decisión de disparar del sentenciado aparece como autónoma, generada por su propia visión de los hechos y que lo hace responsable de los resultados que tal acción produjo. Que, también en este punto, no existe elemento alguno que permita calificar esta atenuante.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que también en el rubro “cumplimiento de órdenes”, se menciona el inciso 2° del artículo 214 del Código de Justicia Militar, disposición que se refiere al exceso en la ejecución de una orden, hipótesis que no corresponde, toda vez que no se ha acreditado precisamente la orden a que la norma se refiere, tal como se ha indicado en el considerando anterior.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, por último, en el párrafo final de este número, se alega la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 del Código penal, en relación con el artículo 10 N° 10 del mismo cuerpo legal. Que esta última disposición se refiere al cumplimiento de un deber o haber actuado en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. Que, sin embargo, para que opere esta atenuante se requiere que la eximente conste de requisitos, cuyo no es el caso, o que ella sea susceptible de dividirla intelectualmente de manera lógica, lo que tampoco tiene lugar, pues se obra o no se obra en el cumplimiento de un cargo o se obra o no se obra en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, esto es, no se actúa a medias en cualquiera de esos casos, y además, porque el elemento fáctico fundamente para considerarla también se encuentra ausente, tal como se explicó en los dos considerandos anteriores.

Que, en mérito de lo expuesto no se dará lugar a las atenuantes que se engloban en el número 2 correspondiente.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a continuación, y como número 3) se alega la irreprochable conducta anterior del sentenciado. Que, al efecto, teniendo presente para ello el extracto de filiación y antecedentes del condenado que rola desde fojas 218 a 219, se configura la atenuante en cuestión, establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, no obstante a ello la anotación de una falta que aparece en su extracto, lo que data del año 2008. Teniendo en consideración la fecha de comisión del delito, 24 de Enero de 1974 y no existiendo desde entonces reproche alguno en contra del sentenciado a nivel de crimen o simple delito hasta la actualidad o de que se encuentre involucrado en hechos de similar naturaleza a los pesquisados en autos, se considerará esta atenuante como ,muy calificada. Por último, en este punto, no tiene incidencia lo señalado en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, vigente a la época de los hechos, toda vez que no se ha decretado acumulación alguna en este proceso.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que respecto a la colaboración sustancial, ella se encuentra establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, y ella tiene lugar cuando se colabora sustancialmente al esclarecimiento de los hechos. Que, sin embargo, la defensa funda esta circunstancia en el hecho de

haber concurrido su representado a todas las citaciones y diligencias decretadas y también ha prestado declaración contestando todas y cada una de las preguntas que se le han formulado. Que, por consiguiente, se trata de situaciones distintas, una se trata de colaborar de tal forma que se esclarezcan los hechos, lo que no ocurre en el presente caso, pues desde un primer momento, se estableció claramente como ellos tuvieron lugar e incluso la persona que efectuó el disparo mortal. Por lo demás, para establecer efectivamente la colaboración, debe suprimirse mentalmente los aspectos que la defensa ha señalado en este caso, y claramente en caso de que el procesado haya tenido otra actitud, igualmente se hubiera obtenido el mismo resultado, esto es, una sentencia condenatoria. Por último, concurrir a las citaciones o diligencias, son obligaciones procesales de las cuales nadie está exento y confesar la comisión de un delito se inscribe, en el presente caso, dentro del cúmulo de antecedentes probatorios que permitieron configurar plenamente la responsabilidad penal del reo.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que respecto a las circunstancias agravantes de responsabilidad que ha señalado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública que concurren en este caso, cabe referirse, en primer lugar, a la indicada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, prevalerse del carácter público que tenga el culpable. Que consta de los antecedentes de este proceso y de la causa Rol N° A-138 del Juzgado Naval de Valparaíso, que el sentenciado, al momento de cometer el delito, tenía la calidad de funcionario de la Armada de Chile, encontrándose en pleno ejercicio de sus funciones como vigilante apostado en la Escuela de Operaciones de la Armada, ubicada en el sector de Las Salinas de la ciudad de Viña del Mar. Que, además, atendida la naturaleza del delito que se investigó y la forma cómo ello ocurre, implica que el autor se ha prevalido de su carácter público, al utilizar el armamento con que dio muerte a la víctima de autos. En virtud de lo anterior, deberá considerarse esta agravante para los efectos de regular la pena.

CUADRAGÉSIMO: Que en cuanto a la circunstancia 10° del artículo 12 del Código Penal, esto es, cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia, se indica por

el Ministerio del Interior y Seguridad Pública que la normativa vigente a la época de ocurrencia de los hechos, esto es, los Decretos Leyes 640 y 641 de 10 y 11 de Septiembre de 1974, implicó el funcionamiento de Tribunales Militares en tiempo de guerra y que la investigación de la época se tramitó bajo la justicia militar que ordenó sobreseer temporalmente dicha investigación. Que, sin embargo, a juicio del Tribunal esta circunstancia está ausente, pues la norma en cuestión se refiere principalmente a situaciones que no pueden asimilarse naturalmente al presente caso, en que se investiga los disparos que un vigilante infiere en contra de la víctima; fuera de que las normas indicadas aparecen dictadas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. Que, en virtud de lo anterior, esta agravante no será considerada.

G.- En cuanto a la penalidad aplicable:

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que para los efectos de la aplicación de la penalidad correspondiente, debe considerarse la atenuante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior del sentenciado, establecida en el artículo 11 N° 6 del código Penal, la que se estima tiene lugar como muy calificada, en confluencia con la agravante estatuida en el artículo 12 N° 8 del mismo cuerpo de leyes, esto es, prevalerse del carácter público del culpable, por lo que de conformidad al artículo 68 inciso final del Código punitivo, en relación con lo dispuesto en el artículo 67 inciso final del mismo código, debe efectuarse una compensación racional entre la atenuante y la agravante que se han establecido, y siendo la primera de ella considerada como muy calificada, corresponde rebajar la penalidad en un grado al mínimo del establecido en la ley. Teniendo en consideración que la pena del homicidio simple es la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio a la fecha de ocurrencia del delito de autos, corresponde aplicar entonces la penalidad en el rango del presidio menor en su grado máximo.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que atendido el quantum de la pena que corresponde aplicar al sentenciado y considerándose además el informe presentencial favorable de éste, el que rola desde fojas 360 a 366, evacuado por el Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Concepción, y reuniéndose los requisitos establecidos en el artículo 15 bis de

la Ley 18.216, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603, se le concederá la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, por el tiempo de la condena.

En virtud de lo expuesto, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 12 N° 8, 14, 15 N° 1, 18, 24, 29, 50, 57, 67, 68, 68 bis y 391 N° 2 del Código Penal, artículos 10, 42, 81, 108, 109, 110, 456 bis, 457, 481, 488, 500 y 533 del Código de Procedimiento Penal y artículos 14, 15, 15 bis y 16 de la Ley 18.216, **SE DECLARA:**

I.- Que **no ha lugar** a las excepciones de previo y especial pronunciamiento de amnistía y de prescripción de la acción penal opuestas por la defensa del sentenciado Jofré Coloma a fojas 299.

II.- Que **se condena** a **Jaime Jofré Coloma**, ya individualizado, como autor del delito de homicidio simple en la persona de Francesca Romana Antonieta D' Alessandri Matte, hecho ocurrido el 24 de Enero de 1974 en la ciudad de Viña del Mar, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, a la pena de **cinco años** de presidio menor en su grado máximo, 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.

III.- Que reuniendo el sentenciado los requisitos establecidos en los artículos 15 bis, en relación con el artículo 15, ambos de la ley 18.216, se le favorece con la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, la que se decreta por el lapso de **cinco años**, debiendo el sentenciado cumplir con las condiciones que al efecto le imponga Gendarmería de Chile de su domicilio, de acuerdo a lo establecidos en el artículo 16 de la mencionada ley.

Notifiquese personalmente al sentenciado y a los representantes legales de éste y los querellantes en forma legal.

Para lo primero, exhórtese al Juzgado de Letras de Concepción, atendido el domicilio del condenado.

Regístrese y consúltese, si no se apelare.

Dése cumplimiento en su oportunidad con lo dispuesto en el artículo 509 bis del Código de Procedimiento Penal.

Rol N° 110.248-2013.-

Pronunciada por el Ministro en Visita Extraordinaria don **JAIME ARANCIBIA PINTO**.