

C.A. Valparaíso.

Valparaíso, nueve de agosto de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos trigésimo séptimo, cuadragésimo primero y cuadragésimo segundo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar presente:

1° Que corresponde acoger respecto del sentenciado la atenuante de responsabilidad penal establecida en el N°6 del artículo 11 del Código Penal, toda vez que de su extracto de filiación y antecedentes que rola a fojas 218 y 219, aparece que no tiene anotaciones anteriores a la comisión del delito, la que no se tendrá por muy calificada porque no existen en el proceso antecedentes que permitan así concluirlo, toda vez que tal ejercicio exige constatar una conducta que va más allá de ser ésta simplemente buena o carente de faltas. En efecto, en el juicio no declaró nadie a favor de Jaime Jofré Coloma, el acusado tenía solo 23 años al momento de los hechos y, por lo demás, el día 30 de julio de 2008 fue condenado a una multa de una unidad tributaria mensual como autor de la falta contemplada en el artículo 494 N°5 del Código Penal.

2° Que la pena para el delito de homicidio a la fecha de comisión del hecho, el día 24 de enero de 1974, estaba prevista en el numeral 2° del artículo 391 del Código Penal y era de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Beneficiando al sentenciado una atenuante y perjudicándolo una agravante, estas se compensan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal pudiendo el tribunal aplicar la pena en cualquiera de sus grados, decidiéndose la cuantía en el mínimo legal teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 69 del Código citado, la atenuante que favorece al sentenciado y la extensión del daño causado con el actuar del acusado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 11 N°6 y 28 del Código Penal; y 510 y siguientes del Código Procesal Penal, se confirma la sentencia de dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 387 y siguientes, con declaración que JAIME JOFRÉ COLOMA queda condenado a la pena única cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como **autor de delito de homicidio simple en la persona de Francesca Romana Antonieta D' Alessandri Matte**, la que deberá cumplir efectivamente, por no reunirse en la especie los requisitos establecidos en los antiguos artículos 4°, 8° y 15 de la Ley N°18.216, ni en sus actuales artículos 4°, 8°, 11°, 15 y 15 bis, sirviéndolo de abono los tres días que permaneció privado de libertad entre el 2 y 4 de septiembre de 2014, según consta de fojas 144 y 153.

Acordada con el voto en contra de Ministro señor Droppelmann quien estuvo por absolver al sentenciado, por beneficiarlo la prescripción de la acción penal, toda vez que, en su concepto, si bien no existe duda que nos encontramos frente a un delito de lesa humanidad, no se acreditó en la especie que Jaime Jofré Coloma cubriera con su dolo los hechos que constituyen la mencionada tipificación internacional, esto es, tuviese el conocimiento y quisiera con su voluntad realizar una acción que fuera parte de un ataque generalizado en contra de la población civil producto de una política de Estado, por las siguientes razones:

Primero.- Que, teniendo presente la necesidad de que figuras y penas se acúñen en tipos precisos, y atendido lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, en cuanto a los delitos de lesa humanidad para el sólo efecto de su definición y en cuanto sea más favorable al sentenciado, ha de estarse a lo prevenido por el artículos 1º, 2º y 4º de la Ley N°20.357, a saber:

“Artículo 1º.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.”

“Artículo 2º.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:

1º. Por "ataque generalizado", un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y

2º. Por "ataque sistemático", una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.”

“Artículo 4º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, el que mate a otro, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º.”

Segundo.- Que de lo anterior se desprende que el delito de lesa humanidad que se sanciona en este caso corresponde a un homicidio cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, que responde a una política del Estado o de sus agentes.

Tercero.- Que, sin lugar a dudas, a esta clase de ilícitos han de aplicarse las normas generales del derecho penal que exigen para la concurrencia de la condena que la conducta sea cubierta por el dolo del actor, esto es, que el autor tenga conocimiento del hecho que integra el tipo penal y la voluntad de realizarlo o, al menos, la aceptación que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria.

Cuarto.- Que lo anterior es plenamente coincidente con la doctrina asentada por la Excelentísima Corte Suprema, a propósito de los delitos de lesa humanidad en sentencia de 4 de junio de 2015, dictada en los antecedentes Rol N°28.737-2014, en cuanto en su considerando cuarto señala: “Cuarto: Que, tanto la preceptiva internacional como nacional relativa a la materia en estudio, en especial el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Ley N° 20.357 del año 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, respectivamente, así como la jurisprudencia de los Tribunales y organismos internacionales que el propio recurrente reseña en su libelo, hoy es conteste en considerar como elementos típicos del crimen contra la humanidad -en lo que aquí interesa-, el que las acciones que los constituyen sean parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque por el agente (así también se ha recogido en SSCS Rol N° 559-04 de 13 de diciembre de 2006, Rol N° 7089-09 de 4 de agosto de 2010, Rol N° 6.221-10 de 11 de octubre de 2011, Rol N° 5969-10 de 9 de noviembre de 2011, Rol N° 1686-13 de 20 de marzo de 2014, Rol N° 3641-14 de 30 de

junio de 2014, Rol N° 1813-14 de 2 de septiembre de 2014, Rol N° 15.507-13 de 16 de septiembre de 2014, Rol N° 4549-14 de 16 de octubre de 2014, Rol N° 21.177-14 de 10 de noviembre de 2014, y Rol N° 2931-14 de 13 de noviembre de 2014).“

Quinto.- Que, sin perjuicio de considerar el hecho investigado como un delito de lesa humanidad, este disidente estima que no se acreditó, en los términos que señala el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que el acusado tuviese conocimiento y deseara con su actuar formar parte de un ataque generalizado en contra de la población civil, respondiendo a una política del Estado o de sus agentes, ya que:

i.- a la fecha de los hechos era un simple marinero 2° (Mr.), que sin ejercer mando alguno se encontraba efectuando labores de vigilancia en la barra de la Escuela de Operaciones de la Marina, sin que se haya acreditado que sea parte de los Órganos de Seguridad que el Estado creó al efecto para reprimir cualquier oposición, como la DINA o siquiera de algún órgano de inteligencia interna de la Marina.

ii.- en su declaración judicial, de apenas 8 líneas, nada reconoce al respecto y tampoco la circunstancia en estudio se desprende de las declaraciones de los testigos que declararon en el sumario, que se limitan a disponer sobre el hecho en concreto.

iii.- se siguió en contra del acusado, un proceso penal, el cual terminó por sobreseimiento temporal, lo que indica que su actuación no fue tenida por la autoridad de la época, como parte de una acción acorde con los intereses del Estado, las que, en el evento de ser investigadas judicialmente solían terminar en sobreseimientos definitivos.

iv.- su actuar ilícito razonablemente pudo tener como motivación el cumplimiento de lo que entendió el acusado constituían las órdenes emanadas de sus superiores, tendientes a resguardar cuarteles militares, según se desprende de las declaraciones prestadas en la causa seguida ante el Juez Naval -tenida a la vista- por don David Pérez de Arce Becerra, a fojas 11 y por don Modesto Figueroa Mazzoni, de fojas 13; y del hecho reconocido que desde en el vehículo conducido por la víctima se tomaron fotos de las dependencias militares, lo que estaba prohibido.

v.- en la acusación nada se dice al respecto y el artículo 500 N°4 del Código de Procedimiento Penal, limita el contenido de la sentencia a los hechos que se le imputen al sentenciado en ésta. Al efecto se tiene presente que la igualdad ante la Ley, es un derecho consagrado en los artículos 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es plenamente aplicable al sentenciado. Así, ante la existencia de dos procedimientos penales paralelos, el aplicable en la especie, donde aparentemente los derechos de los encausados se aprecian disminuidos en relación con la tratativa que les da el nuevo Código Procesal Penal, para los efectos de salvaguardar la garantía antes referida, resulta necesario interpretar las normas del Código de Procedimiento Penal, de la manera que más se avenga a los principios consagrados en el nuevo Código Procesal Penal. En el caso en concreto a la luz de lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal. Lo anterior de ninguna manera significa aplicar las normas del último Código mencionado en este proceso, si no que solamente de un ejercicio de exégesis legal que pretende garantizar los derechos del acusado.

Sexto.- Que, así, siendo únicamente posible imputar al sentenciado la autoría de un delito de homicidio simple y no uno calificable de lesa humanidad, resulta procedente pronunciarse acerca de las alegaciones de su defensa al respecto de la prescripción de la pena. Y cómo entre la fecha de la resolución de término de la causa rol A-138 de Juzgado Naval, el día 30 de junio de 1974, en que se investigó este delito y la de

presentación de la querrela de fojas 1, el día 30 de octubre de 2012 transcurrió con creces el doble plazo de 10 años establecido en el artículo 94 del Código Penal para declarar la prescripción de la acción penal de crímenes, esta excepción, entiende el disidente, debe ser acogida. No obsta lo anterior el que no se cuente con el registro de entradas y salidas del país del sentenciado, en atención a que dicho plazo se cumple incluso si siempre hubiese permanecido en el extranjero. Tampoco perjudica al sentenciado la existencia de una falta en su extracto de filiación, porque tal conducta no interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del Código citado.

Redacción del Ministro señor Droppelmann.

Regístrese y devuélvase.

N° Crimen -176-2016.

No firma el Ministro Sr. Mario Gómez Montoya, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del presente fallo, por encontrarse ausente.

Pronunciada por la Segunda Sala de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, integrada por los Ministros Sr. Mario Gómez Montoya, Sr. Álvaro Carrasco Labra y Sr. Pablo Droppelmann Cuneo.

Resolución incluida en el estado diario del día de hoy.