

Santiago, dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.

**Vistos:**

En estos antecedentes Rol N° 110.248-2013, provenientes de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el Ministro en Visita Extraordinaria don Jaime Arancibia Pinto, por sentencia de dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 387, condenó a Jaime Jofré Coloma a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de homicidio simple en la persona de Francesca Romana Antonieta d'Alessandri Matte, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, perpetrado el 24 de enero de 1974. La sentencia sustituye la sanción corporal por libertad vigilada intensiva, por el mismo lapso de cinco años.

Impugnada esa decisión por la defensa del condenado, la Corte de Apelaciones de Valparaíso por sentencia de nueve de agosto de dos mil dieciséis, que se lee a fojas 496, la confirmó con declaración que Jaime Jofré Coloma queda condenado a la pena privativa de libertad de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias, como autor del delito ya referido.

Contra este último pronunciamiento la defensa de Jofré Coloma dedujo recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación por decreto de fojas 522.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso de casación en el fondo se sustenta en la causal 1° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, denunciando que los sentenciadores han incurrido – en primer lugar- en infracción a los artículos 211 y 214 inciso 2° del Código de Justicia Militar.

Se sostiene que el sentenciador de autos ha reconocido en la especie la existencia de órdenes o disposiciones generales de parte de personal superior para subalternos en el cumplimiento de deberes militares, señalando que ello no



significa que se encontrara facultado para disparar a una persona con la intención de causarle muerte, por lo que la decisión de hacerlo obedece a una de carácter autónoma del acusado, generada por su propia visión de los hechos. Sin embargo, dicho razonamiento niega la imperatividad de las instrucciones generales recibidas de acuerdo a los tiempos que se vivían, suponiendo que su edad y grado militar le permitían evaluar si la instrucción era o no legítima y si debía o no ser obedecida, lo que no es efectivo.

En segundo término sostiene que lo resuelto infringe el artículo 103 del Código Penal, al no estimar concurrente la atenuante calificada señalada en base a haber descartado la posibilidad de declarar la extinción de su responsabilidad penal por el paso del tiempo, lo que considera equivocado ya que la minorante alegada es independiente de la situación de la prescripción propiamente tal.

Por último, señala que los errores de derecho denunciados acarrearán que también se infrinja el artículo 68 inciso 3º del Código Penal, ya que la ley obliga al tribunal a graduar la pena examinando el número y la calidad de las circunstancias atenuantes concurrentes, lo que impone analizar los hechos y sus características especiales al determinar la pena, permitiendo el otorgamiento de beneficios alternativos de cumplimiento.

Finaliza solicitando que se anule el fallo de alzada y se dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que imponga al acusado una pena no superior a la de presidio menor en su grado mínimo, con alguno de los beneficios de la Ley 18.216.

**Segundo:** Que para mayor claridad de lo que debe resolverse es preciso consignar que el tribunal estableció como hechos de la causa que *“el 24 de enero de 1974, siendo aproximadamente las 14.30 horas, Francesca Romana Antonieta D’Alessandri Matte, en momentos en 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 de 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.”*

Estos hechos fueron calificados por el fallo de primer grado como constitutivos 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; por lo que tiene lugar en la especie la figura subsidiaria del homicidio simple al haber sobrevenido, además la muerte de la víctima a través del dolo directo del autor de su muerte.

La sentencia recurrida, además, hizo suyo el fallo de primer grado en la parte en que determina la concurrencia de la agravante prevista en el artículo 12 N° 8 del Código Penal, esto es, prevalerse del carácter público que tenga el culpable, al encontrarse demostrado que el sentenciado, al momento de cometer el delito, tenía la calidad de funcionario de la Armada de Chile en pleno ejercicio de sus funciones como vigilante apostado en la Escuela de Operaciones de la Armada. Además, señaló el fallo, atendida la naturaleza del delito que se investigó y la forma en que ocurre, el autor se ha prevalido de su carácter de público al utilizar el armamento con que dio muerte a la víctima de autos. En razón de lo expuesto, y al no compartir los fundamentos dados por el sentenciador de primer grado en lo referido a la calificación de la atenuante de irreprochable conducta reconocida, los jueces de segunda instancia reconocieron sólo la concurrencia de la referida minorante en forma pura y simple y procedieron a compensar la agravante ya citada con ella y a regular el quantum de la pena de la forma ya expresada.



**Tercero:** Que la exposición de motivos que precede da cuenta que para los jueces del fondo la agravante de responsabilidad consagrada en el artículo 12 N° 8 del Código Penal sólo requiere para su concurrencia de la demostración de la calidad de funcionario público del autor, así como del uso de los medios entregados por el Estado para el ejercicio de su cometido en el delito pesquisado, los que dan por satisfechos de la manera señalada.

**Cuarto:** Que la comprensión de la modificatoria de responsabilidad penal expuesta da cuenta del error de derecho en que incurre la sentencia de autos al estimarla concurrente, ya que en su configuración prescinde de considerar que, como ha señalado este tribunal, ella supone que el agente ha puesto la función pública al servicio de sus propios y particulares fines (SCS 4240-2014), lo que en este caso no se ha demostrado. Así, además, lo ha considerado la doctrina nacional al señalar que “*prevalerse ... es un concepto que equivale a “abusar”, esto es, quiere decir “servirse, aprovechar, valerse del carácter público para ejecutar el delito... también se prevale quien usa de las ventajas otorgadas por su función pública para asegurar mejor la impunidad u obtener más provecho de la perpetración del hecho punible”* (entre otros, Cury, Derecho Penal, Parte General, pag 503). Coherente con esta inteligencia de la disposición, la misma doctrina ha situado esta circunstancia en la categoría de agravantes subjetivas al descansar sobre una característica personal del agente que envuelve un elemento de naturaleza psíquica, conceptualización que da cuenta del yerro cometido por los jueces del grado al declarar su configuración sobre la base de los elementos reseñados.

**Quinto:** Que, por otra parte y aceptando considerar que los requisitos de esta modificatoria de responsabilidad tienen el cariz extremadamente objetivo que la sentencia de autos le asigna – lo que, como se ha dicho, no es así- , dicha decisión también silencia tener en cuenta que en autos se ha calificado el hecho como delito de lesa humanidad no sólo considerando que en este caso no se cumplieron los requisitos mínimos de una persecución penal imparcial, racional y



lógica, ya que la practicada lo fue por funcionarios que formaban parte del mismo estamento del autor (motivo 6º de la sentencia de primer grado, reproducida por la de segunda instancia), sino también porque en él participó *“un agente del Estado”* bajo el alero de *“un aparato organizado de poder”* que llevó *“adelante políticas de persecución y/o exterminio de población civil indefensa o con un grado de reacción mínimo”* como este caso en que se trató de *“turistas que en forma inocente sacaban fotografías de lugares que llamaban su atención pero que en rigor no representaban riesgo alguno para las instituciones que eran cobijadas en los recintos en cuestión”* (considerando 8º de la sentencia de primera instancia, reiterado en los motivos 23º y 24º del mismo fallo), situación que impone considerar que los elementos por los cuales se la ha tenido por acreditada ya han sido tenidos en cuenta para calificar el injusto como homicidio – desde el punto de vista de la acción suficiente para producir el resultado- y como delito de lesa humanidad- analizando el marco en que se desplegó la acción del agente-, por lo que no pueden ser nuevamente empleados para agravar la penalidad a imponer, so pena de infringir con ello el artículo 63 del Código Penal.

**Sexto:** Que al resolver de esta manera los sentenciadores infringieron el artículo 12 N° 8 del Código Penal, pues con los elementos tenidos en cuenta y que han sido reseñados no ha podido ella declararse, de manera que el fallo incurre en una transgresión por aplicación errónea del precepto citado y del artículo 68 inciso 1º del mismo código.

**Séptimo:** Que la infracción de ley antes reseñada tiene influencia en lo dispositivo del fallo desde que al momento de determinar la pena aplicable al caso, señaló que no existen modificatorias de responsabilidad penal que considerar en virtud de haber privado a la irreprochable conducta anterior de su carácter de muy calificada que se le había reconocido en primera instancia y compensarla con la agravante ya mencionada, por lo que se configura así la causal de nulidad prevista en el artículo 546 N°1 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por haberse cometido en la sentencia un error de derecho al calificar la circunstancia agravante



contemplada en el numeral 8° del artículo 12 del Código Penal y, por ende, en la determinación de la pena.

**Octavo:** Que en mérito de lo razonado, esta Corte procederá de oficio a invalidar la sentencia de fecha nueve de agosto del año dos mil dieciséis, que rola a fojas 496 y siguientes, dictando en su lugar la de reemplazo que corresponda conforme a la ley, acorde con lo prevenido en el artículo 535 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 785 del Código de Enjuiciamiento Civil.

**Noveno:** Que conforme lo expresado, se omite pronunciamiento respecto del recurso de fojas 504.

Y visto lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, 12 n° 8 y 68 del Código Penal, y los artículos 767, 772 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que **se invalida, de oficio**, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha nueve de agosto de dos mil dieciséis, escrita a fojas 496 y siguientes, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

**Acordada la actuacion de oficio con el voto en contra del Ministro señor Brito**, quien estuvo por no disponerla en atención a que en su opinión no concurre en la especie un yerro de tal entidad que torne indispensable la actuación dispuesta, siendo del parecer de proceder a analizar los capítulos de impugnación y, con su mérito, resolver lo pertinente.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 65.368-2016

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E. No firma el Abogado Integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por ausente.





Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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





Santiago, dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.

En cumplimiento a lo ordenado en la sentencia que antecede y lo dispuesto en el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

**VISTOS:**

De la sentencia de casación, se reproducen sus fundamentos tercero, cuarto y quinto; así como el fallo en alzada de fojas 389 y siguientes, con excepción de sus motivos trigésimo noveno y cuadragésimo primero, que se eliminan.

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

1° Que conforme a lo expresado precedentemente, no puede estimarse que la responsabilidad penal que asiste a Jaime Jofré Coloma en los hechos de la causa se vea agravada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 N° 8 del Código Penal.

2° Que la pena del homicidio simple a la fecha de los hechos era presidio mayor en su grado mínimo a medio, de manera que al favorecer al sentenciado una sola circunstancia modificatoria de responsabilidad penal que se ha tenido como muy calificada en el fundamento 37° de la sentencia en alzada, esta Corte procederá a hacer aplicación de la facultad consagrada en el artículo 68 bis del Código Penal al determinar el quantum de la pena, imponiendo al sentenciado la pena inferior en un grado de la señalada al delito.

3° Que de esta manera, esta Corte comparte lo expresado por la sra. Fiscal Judicial en su dictamen de fojas 476, al expresar su parecer de confirmar la sentencia apelada.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 12 N° 8 y 68 bis del Código Penal, **se confirma** la sentencia de dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, escrita a fojas 389 y siguientes.



**Se deja constancia que el Ministro señor Künsemüller concurre a lo decidido** teniendo en particular consideración que lo razonado para resolver como se ha hecho regulando la pena a imponer de la manera que se ha expresado, torna innecesario emitir pronunciamiento sobre la media prescripción materia del recurso de apelación, atendida la falta de influencia que tendría en lo decidido la referida modificatoria especial, en caso de ser acogida, atendida la facultad que consagra el artículo 68 del Código Penal, a través de la expresión “*podrá*”.

**Se previene que el abogado integrante señor Rodríguez estuvo por confirmar el fallo apelado**, con declaración que se reduce la sanción privativa de libertad impuesta al sentenciado, a presidio menor en su grado máximo por el término de tres años y un día, en atención a las razones que pasa a exponer:

1º) Que concurre en favor del agente la atenuante de la media prescripción o prescripción gradual de la acción penal ejercida en autos, que es menester añadir a la de su irreprochable conducta pretérita que le ha sido reconocida.

2º) Que, desde luego, no es en posible declarar la extinción de la responsabilidad criminal del encausado en virtud de la prescripción de la acción penal, dado el carácter fijado al ilícitos perpetrado, aunque este previniente sólo acepta la imprescriptibilidad de esa acción persecutoria debido exclusivamente a que los hechos se cometieron cuando todo el territorio nacional se encontraba bajo el estado de guerra interna legalmente declarado por el Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, lo que torna plenamente aplicables los Convenios de Ginebra, aprobados por nuestro país en 1950 y en vigor desde aquella época.

3º) Que lo expuesto no impide considerar la circunstancia modificatoria especial consagrada en el artículo 103 del Código Penal como “muy calificada”, puesto que, si bien la causal recoge algunos elementos propios de la prescripción de la acción penal, tales como el transcurso de cierto período de



tiempo y la forma de computarlo, ello de ninguna manera la hace perder su identidad jurídica de mitigante de la responsabilidad criminal, y que la doctrina ubica entre aquellas denominadas especiales o específicas, diseminadas a lo largo de toda la normativa punitiva, pero que “nada tienen que ver con la extinción de” esa responsabilidad (Politoff et al: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, t. I, 2006, pág. 587; Yuseff: “La prescripción penal”, tercera edición, 2009, pág. 17; y González et al: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, pág. 120), cuya colocación se explica sólo para aprovechar las reglas comunes recién indicadas y que por su calidad excepcional, deben aplicarse en forma restrictiva, toda vez que, en todo el resto, el instituto se gobierna por la preceptiva general señalada para las morigerantes por los artículos 62 y 65 al 69 del Código Penal.

4°) Que, por lo demás, los tratados internacionales suscritos por Chile sobre la materia y vigentes ni siquiera mencionan esta institución de la prescripción, lo cual, amén de corroborar su esencia diferente del motivo de extinción, en realidad no pudo ser de otro modo, si se repara en su origen contenido en la sesión 138, de 16 de mayo de 1873, de la Comisión Revisora de nuestro Código Penal (Pedro J. Fernández: “Código Penal...explicado y concordado”, t. I, segunda edición, 1899, pág. 238; y Manuel de Rivacoba: “Actas de las sesiones...”, 1974, págs. 197 y 198), recogida más tarde por Austria, así reafirma su naturaleza de atenuante con la condición de muy calificada que expresamente le confiere la ley.

5°) Que en los casos como el presente, aunque el decurso del tiempo desde la comisión del injusto se haya prolongado en exceso, ello no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, por lo que atendido el carácter de orden público de la regla que se revisa su aplicación es obligatoria para los jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la



norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado se encuentra consumado desde el momento de su ocurrencia, esto es, el día 24 de enero de 1974, fecha que permite precisar el inicio del término que es necesario considerar para la procedencia de la institución que se analiza.

**Acordada la confirmación de la sentencia apelada en la parte que ratifica la calificación de la atenuante de irreprochable conducta del condenado, con el voto en contra del Ministro señor Brito,** quien fue del parecer de declarar la concurrencia de la referida modificatoria de responsabilidad penal pura y simplemente, por no existir antecedentes que tornen procedente la aplicación de la norma excepcional del artículo 68 bis del Código Penal al caso de autos, de manera que estuvo por imponer al apelante la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito pesquisado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y la prevención, de su autor.

Rol N° 65.368-16.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E. No firma el Abogado Integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por ausente.





Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

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

