

Santiago, siete de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos décimo tercero a décimo noveno, que se eliminan.

Y teniendo en su lugar, y además, presente:

Primero: Que estos autos, iniciados mediante querella presentada por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos para investigar el **homicidio de Edison Freddy Palma Coronado**, ocurrido el 30 de agosto de 1988 en la ciudad de Santiago, concluyeron con sentencia de primera instancia mediante la que el señor ministro en visita extraordinaria, don Mario Carroza Espinosa, condenó a Leopoldo Flores Sabelle a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo como autor del **delito de homicidio calificado en la persona de Edison Freddy Palma Coronado**, ocurrido el 30 de agosto de 1988 en la comuna de Peñalolén, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

Por otra parte, reuniéndose los requisitos del artículo 14 de la ley 18.216, modificado por la ley 20.603, resultando más beneficioso para el encausado aplicarla, se le concedió a éste el beneficio de la pena sustitutiva de libertad vigilada por el lapso de cinco años, debiendo en ese periodo cumplir las condiciones que la ley establece para gozar de dicha medida alternativa.

Se dispuso por el señor ministro instructor, además, que para el caso de que el encausado hubiere de cumplir la pena privativa de libertad impuesta, le servirán de abono los días que permaneció privado de libertad desde el 12 de noviembre de 2014 hasta el 18 de febrero de 2015, según consta de fojas 819 y 892.

Segundo: Que en contra del referido fallo se alzó la defensa del sentenciado, solicitando que se revoque la sentencia que condenó a Flores Sabelle, por estimar que a este último no le ha correspondido participación alguna en el hecho investigado, no estando acreditado por ningún medio de prueba legal la participación culpable de éste o, en subsidio, se confirme la sentencia impugnada.

Funda su recurso, en síntesis, y luego de realizar un análisis pormenorizado de los medios de prueba de que se le valió el tribunal a quo para arribar a la decisión ya referida, que en los hechos el condenado es absolutamente inocente de los cargos que se le imputaron, no existiendo elementos de juicio que permitan establecer más allá de toda duda razonable su participación culpable en el ilícito materia de la acusación. Sostiene que no existe evidencia científica de balística que pueda sostener que hubo una ejecución el día 30 de agosto de 1988, ya que se trató sólo de un proyectil balístico que ingresó en extrañas circunstancias en el tórax de la joven víctima, debiendo ser recalificados dichos antecedentes como homicidio culposo.

Añade que aparte de las minorantes de responsabilidad acogidas por el tribunal a quo, es procedente también la de colaboración con la investigación conforme lo establece el artículo 11 número 9 del Código Penal.

Tercero: Que el abogado David Osorio Barrios, por la querellante Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, se alza también en contra de la sentencia de primer instancia, solicitando la modificación de la misma y manifestando que ella causa agravio a su parte desde que el tribunal a quo acogió la atenuante del artículo 11 número 6 del

Código Penal, rebajó la pena asignada al ilícito por la aplicación, en su concepto, errónea, de lo establecido en el artículo 103 del mismo cuerpo normativo, por lo que solicita que se revoque que la sentencia en aquellos extremos dejándolos sin aplicación y elevando el quantum de la pena impuesta al sentenciado, con costas.

Cuarto: Que a fojas 1116 el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública deduce recurso de apelación en contra del fallo en alzada, en la parte que se refiere al acogimiento por el sentenciador de la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal y en la aplicación de la media prescripción hecha por el tribunal a quo, lo que en su concepto resulta del todo improcedente. Por otra parte solicita que se acojan las agravantes alegadas en su oportunidad del artículo 12 número 8 y 12 número ambas del Código Penal, elevando el quantum de la pena a la de presidio perpetuo.

Quinto: Que informando el señor Fiscal Judicial -según se lee a fojas 1143, estuvo por confirmar y aprobar el fallo en alzada, estimando que la sentencia dictada por el ministro de fuero se encuentra ajustada a derecho y conforme al mérito del proceso. Sólo realiza un alcance relativo a la circunstancia agravante acogida por el tribunal a quo y la minorante especial establecida en el artículo 103 del código punitivo.

Sexto: Que, aparte de los cuestionamientos realizados tanto por la defensa del condenado y los querellantes de autos, se planteó en estrados alegaciones relativas a la inexistencia de un delito de lesa humanidad, como ha sido calificado el de autos por el tribunal a quo, y de encontrarse prescrita la acción penal. Al efecto la defensa del encausado planteó dicha circunstancia desde que el hecho investigado no se encuentra dentro de los supuestos de causas de lesa humanidad, lo que fue refutado por las querellantes, quienes indicaron, compartiendo el criterio adoptado por el tribunal a quo, que estamos frente a un ilícito de esa naturaleza.

Séptimo: Que según se lee del fallo que se revisa, la causa se inició por querellas criminales deducidas por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos y por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, a fin que se investigaran los hechos y circunstancias de la muerte de Edison Freddy Palma Coronado. Durante el desarrollo de la investigación se decretaron diligencias y se acumularon antecedentes que reafirman que la noche del 30 de agosto de 1988, la víctima se encontraba en el lugar donde un grupo de manifestantes realizaba una agresión en contra de un local de Cema Chile y un Centro Abierto, consistente en encender fogatas, gritar consignas y arrojarles piedras, a raíz de lo cual, las personas que se encontraban en el Centro Abierto pidieron ayuda a Carabineros quienes acudieron con un piquete de la 16ª Comisaría de La Reina y dispersaron a los manifestantes, permitiendo que se retiraran las personas que se encontraban en el interior del referido centro, ordenando el oficial que se encontraba al mando de dicho piquete se retiraron del lugar regresando sus vehículos, siendo nuevamente agredidos por los pobladores, circunstancia en la que uno de los vehículos de Carabineros realizó un viraje y desde la ventanilla del lado derecho delantero salió un disparo contra la multitud, proyectil que impactó a la víctima, provocándole una lesión que finalmente le causó la muerte.

Para el fallo, los hechos descritos constituyen el delito de homicidio calificado previsto y sancionado en el artículo 391 número 1 del Código Penal, estimando el tribunal a quo que se trata de un delito de lesa humanidad, siendo la acción para perseguirlo imprescriptible.

Octavo: Que para resolver si nos encontramos frente a un crimen de lesa humanidad, cabe consignar que el referido concepto, conforme aparece del examen de la

evolución histórica de la doctrina y de la jurisprudencia, implica por exigencia de su núcleo esencial que sea el resultado de la actividad ilícita de algún grupo o sector de poder - usualmente el Estado o el Gobierno que tiene el mando del mismo-, tendiente a la afectación, disminución o eliminación de los integrantes de todo o parte de un sector o grupo que aquél considera contrario a sí mismo o a determinados intereses que declara superiores, de manera sistemática y sin límite en el uso de los instrumentos o medios encaminados a ese fin.

Asimismo, se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de estos ilícitos existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representa una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades de las personas.

La doctrina y la jurisprudencia han identificado hipótesis alternativas sobre cuya base se puede calificar un hecho delictivo como crimen contra la humanidad, refiriéndose en concreto al ataque generalizado y al ataque sistemático contra la población civil.

Noveno: Que el mérito de autos no permite concluir que los hechos aquí investigados sean demostrativos de una actividad policial o de agentes del Estado encaminada a la destrucción de los integrantes de un determinado grupo contrario o enemigo, sino que se trata de un delito común sin connotación política o de otro orden alguna, especialmente atentatorio contra las personas. Tampoco la circunstancia de encontrarse en un período previo a la vuelta de la democracia transforma la muerte de un Edison Freddy Palma Coronado en un delito de lesa humanidad, ya que no se ha acreditado que la víctima fuese objeto de persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, sino que su muerte obedeció al acto de un tercero, enfrentado a una turba de pobladores que realizaban actuaciones atentatorias del orden público y agresiones en contra de un centro abierto, pero que los antecedentes del proceso no permiten abandonar la calificación de delito común.

Décimo: Que, por otra parte, 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 4°.- 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 1°.”

Undécimo: 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.

Duodécimo: Que lo anterior es plenamente coincidente con la doctrina asentada por la 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). “.*

Décimo tercero: Que estos sentenciadores estiman 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, considerando para ello la época en que ocurrieron los hechos -30 de agosto de 1988- y su actuar ilícito razonablemente pudo tener como motivación el cumplimiento de sus obligaciones en cuanto al resguardo de las personas que estaban en el centro abierto que fue atacado.

Décimo cuarto: Que de lo anterior resulta que en los hechos el ilícito investigado no constituye un delito de lesa humanidad, por lo que aplicándole el estatuto jurídico general la acción que de él emana puede prescribir.

Décimo quinto: Que siendo únicamente posible imputar al sentenciado la autoría de un delito de homicidio calificado y no uno de lesa humanidad, resulta procedente analizar la procedencia de la prescripción de la acción penal.

En este sentido cabe señalar que el hecho que motivó la instrucción de la presente causa, ocurrió el 30 de agosto de 1988 y desde esa fecha hasta la presentación de la querella por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos de 3 de junio de 2010, que reactivó la acción luego de ser interrumpida por el proceso en la Fiscalía Militar, entre el 12 de septiembre de 1988 hasta el 24 de enero de 1995, indica que se mantuvo en dicho estado por más de 15 años.

Por su parte el artículo 94 del Código Penal establece que la acción penal prescribe respecto de los crímenes a que la ley impone pena de presidio, reclusión o

relegación perpetua en 15 años. A su vez, el artículo 95 del mismo cuerpo normativo establece que el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, en el presente caso, como se dijo, el 30 de agosto de 1988.

Luego, conforme a los hitos señalados precedentemente y los plazos que al efecto establecen las normas citadas, en los hechos ha transcurrido con creces el término para declarar la prescripción de la acción penal en estos autos, la que no obstante no haber sido pedido expresamente por la defensa del encartado, conforme al artículo 102 del Código Penal puede ser declarada de oficio por este tribunal.

Décimo sexto: Que atendido lo resuelto precedentemente, se omitirá pronunciamiento respecto de las alegaciones esgrimidas en torno a la procedencia de las atenuantes y agravantes que tanto la defensa como las querellantes solicitaron sean acogidas.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, **se revoca** la sentencia apelada de seis de octubre de dos mil quince, escrita a fojas 1009 y siguientes, en virtud de la que se condenó a Andrés Leopoldo Flores Sabelle a las penas allí indicadas y en su lugar se resuelve que estando prescrita la acción penal de autos, se absuelve al encartado de los cargos de que fue objeto en este proceso.

Acordada con el voto en contra de la Ministro Sra. Villadangos, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada, con declaración de aumentar el quantum de la pena impuesta al sentenciado Leopoldo Flores Sabelle a la de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°.- Que el homicidio de Edison Freddy Palma Coronado, perpetrado el 30 de agosto de 1988, en la comuna de Peñalolén constituye un delito de lesa humanidad, toda vez que se verificó en el conocido contexto generalizado y/o sistemático de aplicación por parte del Gobierno Militar, de múltiples actos de violencia llevados a cabo en contra de la población civil;

2°.- Que como reiteradamente se ha señalado, se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, de suerte tal que para la configuración de este ilícito existe una íntima conexión entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad, destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente. En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes;

3°.- 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, 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. (en el mismo sentido, SCS Rol N° 21.177-14 de 10 de noviembre de 2014, Rol N° 2931-14 de 13 de noviembre de 2014, Rol N° 11.983-14 de 23 de diciembre de 2014, Rol N° 25.657-14 de 11 de mayo de 2015);

4°.- Que con ocasión del estudio del elemento de contexto del crimen de lesa humanidad, contenido en el preámbulo del artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la doctrina más autorizada ha señalado que dicho precepto convierte en crimen de tal carácter los actos individuales enumerados en dicha disposición, en tanto cumplan con el test sistemático-general. Esta prueba se propone para garantizar que los actos individuales, aislados o aleatorios, no lleguen a constituir un crimen de lesa humanidad. Mientras que el término “generalizado” implica un sentido más bien cuantitativo, en orden a que un acto se llevará a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas, la expresión “sistemático” tiene un significado más bien cualitativo, pues hace referencia a que el acto se lleve a cabo como resultado de una planificación metódica. Sin perjuicio que la jurisprudencia siempre ha optado por una lectura disyuntiva o alternativa de estos elementos, se ha destacado que lo más importante ya no es el significado aislado que aporta cada uno de estos elementos expresados de modo alternativo, sino el que adquieren al interconectarse, en la medida en que la “comisión múltiple” debe basarse en una “política” de actuación, de modo que sólo su existencia convierte múltiples actos en crimen de lesa humanidad. Este elemento -de la política- deja claro que es necesario algún tipo de vínculo con un Estado o un poder de facto y, por lo tanto, la organización y planificación por medio de una política, para categorizar de otro modo los delitos comunes como crimen de lesa humanidad. (Ambos, Kai. “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”);

5°.- Que en ese orden de ideas, aparece pertinente reflexionar que de las dos hipótesis alternativas que prevén los crímenes contra la humanidad, a saber, el “ataque generalizado” y el “ataque sistemático” contra la población civil, en el caso de estos antecedentes nos encontramos, a lo menos, frente al primero, ante un ataque indiscriminado, que no exige que la víctima haya tenido una militancia política u opción política definida o que el delito se haya cometido a causa de tal militancia u opción política de la víctima, perpetrado por un funcionario de Carabineros al alero y en la lógica de una particular política estatal de control del orden público, desarrollada respecto de la población civil durante el Gobierno Militar;

6°.- Que, así las cosas, tratándose entonces efectivamente de un delito de lesa humanidad, debe concluirse enseguida que la acción penal derivada de las circunstancias en que se produjo la muerte de Edison Freddy Palma Coronado, durante la madrugada del 30 de agosto de 1988, resulta imprescriptible;

7°.- Que en lo que atañe al instituto que prevé el artículo 103 del Código Penal, denominado, también, “de la prescripción gradual”, es menester considerar, en primer lugar, que tal como se aprecia del propio tenor de la norma, ella condiciona la atenuación de la pena a imponerse a que “*el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal, pero habiendo transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones*”, de modo que, encontrándonos ante un delito de lesa humanidad, resulta imposible sostener que haya transcurrido esa mitad del tiempo exigido -la mitad de un plazo inexistente o indefinido-, por lo que en tales circunstancias solo resta colegir que el transcurso del tiempo en estos delitos es irrelevante, tanto para eximir de responsabilidad, como para atenuarla.

Luego de lo dicho y en un segundo orden de ideas, esta disidente no puede soslayar que la institución contemplada en el artículo 103 del Código Penal supone que se esté ante

un delito susceptible de prescribir conforme al derecho interno del Estado, dado que hace alusión al tiempo que se exige, en sus respectivos casos, es decir, 5, 10 o 15 años, dependiendo de si se trata de un crimen o un simple delito, para que operen tales prescripciones y, por tanto, mal podría referirse o aplicarse a delitos imprescriptibles, que infringen una norma ius cogens, regidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los cuales el tiempo que pueda haber transcurrido siempre será intrascendente.

Aceptar la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal para rebajar la pena que corresponde legalmente imponer, supone admitir que el delito es prescriptible; que puede regir al respecto el derecho interno, aun que sea parcialmente; y que, además, existe un periodo de tiempo de dicha prescripción, que conforme a la aludida normativa, se debe considerar, todo lo cual no resulta incompatible con la regulación que el Derecho Internacional Humanitario ha dispuesto para los delitos de lesa humanidad.

Finalmente, en relación a los argumentos que postulan que la prescripción gradual sólo incide en morigerar el rigor del castigo, porque no resultaría adecuado imponer penas tan altas para sancionar hechos ocurridos largo tiempo atrás y que el Derecho Convencional Internacional sólo limita el efecto extintivo, pero no impide considerar el transcurso del tiempo a efectos de atenuar la responsabilidad del delincuente; se dirá únicamente que el instituto en comento se funda en la prescripción de la acción penal, la que en este tipo de delitos no existe y que, si bien es efectivo que la justicia supone para ser tal, cierta rapidez en la obtención de la decisión judicial, no es posible desconocer que la larga impunidad que se observa en los delitos de lesa humanidad se produce usualmente por motivos imputables al propio Estado y/o a sus agentes.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción de la Ministra señora María Soledad Melo Labra y del voto en contra, su autora.

Criminal N°2195-2015.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, conformada por los Ministros señor Jaime Balmaceda Errázuriz y señora Maritza Villadangos Frankovich.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, siete de noviembre de dos mil dieciséis, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.