

Santiago, siete de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos:

En estos autos Rol N° 157-2011, por sentencia de veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, que rola a fojas 1.284 y siguientes, la ministro de fuero doña Marianela Cifuentes Alarcón condenó a Alejandro Saúl Jofré Melo, en calidad de autor de homicidio simple, en grado de consumado, en contra de doña Mercedes Luzmira Polden Pehuén, cometido el 5 de mayo de 1979, en la comuna de La Granja, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas. Se dispuso que el sentenciado deberá cumplir la sanción impuesta de manera efectiva.

En contra del aludido fallo, la defensa del acusado, fojas 1353, dedujo recurso de apelación.

A su vez, don Gabriel Aguirre Luco, en representación de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos, fojas 1441, apeló en contra del mismo fallo.

El Ministerio Público Judicial, a través del informe de la fiscal doña Tita Aránguiz Zúñiga, de fs. 1.456, fue del parecer de confirmar en lo apelado, la sentencia en alzada.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos décimo quinto, vigésimo, vigésimo primero, trigésimo séptimo, trigésimo octavo, quincuagésimo y quincuagésimo primero, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:



Primero: Que el acusado solicita en su escrito de apelación “se revoque la sentencia impugnada y, en su reemplazo, declare que se absuelve a don Alejandro Jofré Melo, ya sea porque no nos encontramos ante un crimen de lesa humanidad y por tanto, los hechos se encuentran prescritos o, por no estar acreditado, a través de los diversos medios probatorios, su participación en los hechos investigados en autos. En subsidio en el evento que sea rechazado el presente recurso, solicito se acoja las atenuantes 11N° 9, y artículo 103 todos del Código Penal, y en definitiva se aplique una condena que se enmarque en el presidio menor en su grado máximo, con beneficio de libertad vigilada.”

Por su parte, en la apelación formulada por el Programa de Derechos Humanos, se discrepa de la calificación jurídica, en cuanto estiman que el hecho investigado es constitutivo del delito de homicidio calificado, por lo que solicitan se aplique la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias legales y costas.

Segundo: Que, esta Corte comparte el razonamiento expresado en el considerando décimo tercero del fallo en alzada en relación al establecimiento de los hechos, esto es, “Que el día 5 de mayo de 1979, en horas de la madrugada, en circunstancias que Mercedes Luzmira Polden Pehuén, de 17 años de edad, se encontraba en compañía de Graciela Guillermina Ossa Olguín, Miguel Ángel Concha Palacios y óscar Nelson García Cepeda en una cancha de fútbol, de tierra, situada al interior de la Población Pablo de Rokha de la comuna de La Granja, denominada “El Hoyo” fueron fiscalizados por funcionarios de carabineros de la dotación de la Tenencia San Rafael, entre ellos, Alejandro Saúl Jofré Melo, quien los amenazó con el arma de fuego que portaba, el Revolver marca Ruby Extra, calibre 38 especial, serie N° 701662.



Que, ante lo ocurrido, la joven Mercedes Luzmira Polden Pehuén, asustada trató de tomar el arma de fuego que portaba Jofré Melo, y éste, haciendo uso excesivo e irracional de la fuerza, disparó en su contra, ingresando el proyectil por el tercio superior de la parte posterior de la región axilar izquierda de la víctima, perforando el proyectil el lóbulo inferior del pulmón derecho, lesión que le causó un hemotórax, anemia aguda y la muerte.”

Tercero: Que se sostiene por la apelante, Unidad Programa de Derechos Humanos que han concurrido las calificantes de alevosía y premeditación conocida. Ello por cuanto, en lo que hace a la primera circunstancia, la víctima se encontraba indefensa y el autor contaba con un armamento que le permitía asegurarse que la víctima se viera imposibilitada de huir, excediéndose en el uso de su arma, para asegurar el resultado de huir.

En cuanto a la premeditación conocida, se avizora al establecerse que hubo un lapso de tiempo en que el autor pudo efectivamente deliberar sobre la muerte de la víctima.

Cuarto: Que, con las probanzas relacionadas en los considerandos cuarto, quinto, sexto, séptimo, noveno, décimo y undécimo de la sentencia de primer grado quedan legalmente establecidos los hechos asentados en el motivo décimo tercero del fallo. En el caso de autos, el Tribunal a quo fija los hechos jurídicamente relevantes estableciendo que son constitutivos del delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, (fundamento décimo cuarto) calificación que esta Corte comparte.

Así, la primera de las circunstancias calificantes contemplada en el artículo 391 N° 1 del Código Penal es la de la alevosía, se ha caracterizado en el artículo 12 N° 1 del mismo cuerpo legal, como un obrar a traición o



sobre seguro, en otras palabras se trata de una acción realizada *"empleando medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido"* (Matus Acuña, Jean Pierre, Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia, Editorial AbeledoPerrot, 2011, p. 413)

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido que el obrar alevoso "significa que el sujeto activo procede sin aventurarse a ningún riesgo, ya sea creando o aprovechándose de las circunstancias de hecho que le permitan evitarlo con el propósito de asegurar su acción (C.S. Rol 4306-07, de 19.05.2008).

Lo anterior pone de manifiesto que para que proceda la calificación contemplada en la circunstancia primera del N° 1° del artículo 391 del Código Penal la conducta desplegada por el o los autores debe estar revestida de condiciones que impidan la respuesta de la víctima por encontrarse en situación de indefensión y que aseguren la indemnidad de la persona del victimario, debiendo dichos elementos derivar de los hechos que son motivo de la acusación.

La doctrina ha señalado que tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, *no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima*, sino que es imprescindible que el hechor haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, "ánimo alevoso", elemento subjetivo que implica el buscar o procurar expresamente circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando estén dadas. Así lo ha resuelto también



nuestra jurisprudencia al señalar que "el simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para estimar que un homicidio ha sido cometido con alevosía."

El hecho de que la víctima no portara armas ni otro elemento para defenderse, no involucra en ninguno de sus extremos un aprovechamiento o prevalimiento de circunstancias especialmente favorables o una forma de asegurar el resultado de la acción o la integridad de los autores, puesto que lo usual es que las personas se encuentren desarmadas, en tanto la observación y aproximación a la víctima correspondió a la forma de materializar el hecho.

En lo que hace a la premeditación conocida, la doctrina lo considera ligado con la idea de una reflexión o determinación anterior al hecho mismo de la muerte, puede afirmarse según su sentido natural que "premeditar" significa "meditar antes", por lo que se ha establecido a nivel doctrinario y jurisprudencial que esta calificante requiere dos etapas: una primera en que el agente antes de adoptar la decisión de ejecutar el hecho punible, reflexione y medite, ponderando las ventajas y desventajas de perpetrarlo para finalmente llevarlo a cabo; una segunda en la cual perseverando en la decisión tomada, pero antes de iniciar la ejecución del hecho típico, discurre sobre la forma de poner por obra su propósito, seleccionando los medios, escogiendo el momento y lugar apropiados y, en general "trazando un plan de acción para realizar su designio" el cual, sin embargo, no precisa ser minucioso y pormenorizado, pero si revelador de una resolución firme e invariable durante el lapso que media entre ella y la ejecución del ilícito.

Así, compartiendo lo razonado por la señora juez a quo, atendida las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, no es posible inferir que la muerte de Mercedes Luzmira Polden Pehuén, haya sido producto de un



plan preconcebido, por lo que no concurre la calificante de premeditación esgrimida por el apelante.

De este modo, se desestima la alegación de las recurrentes en orden a calificar el hecho como de homicidio calificado, desde que no se acreditó la existencia de alguna de las circunstancias previstas en el N° 1 del artículo 391 del Código Penal, no resultando suficiente por sí solas la gravedad de las lesiones, la superioridad objetiva del agresor ni el hecho de que la víctima se encontrare desarmada.

Quinto: Que en seguida, toca determinar si el ilícito perpetrado en autos, corresponde sea calificado como uno de lesa humanidad, como ha sido calificado por el tribunal a quo, y en su caso si se encuentra prescrita la acción penal.

El concepto de crimen de lesa humanidad, conforme aparece 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.

Sexto: 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 haberse cometido el delito en dictadura trasforma la muerte de Polden Pehuén 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, en momentos que se efectuaba una fiscalización en horas de la madrugada, en una cancha de fútbol, pero los antecedentes del proceso no permiten abandonar la calificación de delito común.

Así, no se desprende de los antecedentes, 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.

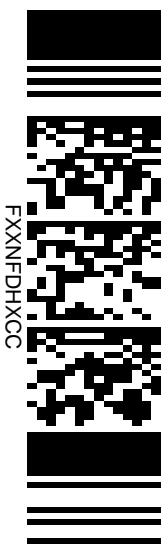
Séptimo: Que consecuentemente, el hecho el ilícito investigado no constituye un delito de lesa humanidad, por lo que aplicándole el estatuto jurídico general la acción que de él emana es prescriptible.

El hecho que motivó la instrucción de la presente causa, ocurrió el 5 de mayo de 1979 y desde esa fecha hasta la presentación de la querrela por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos de 4 de marzo de 2011, que reactivó la acción luego de ser interrumpida por el proceso en la Fiscalía Militar, entre el 7 de mayo de 1979 hasta el 01 de septiembre de 1981, indica que se mantuvo en dicho estado por más de 15 años.

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 5 de mayo de 1979.

De este modo, en los hechos ha transcurrido con creces el término para declarar la prescripción de la acción penal en estos autos.



Octavo: Que atendido lo resuelto, se omitirá pronunciamiento sobre las peticiones subsidiarias de la defensa, relativas a las atenuantes del artículo 11 N° 9 y artículo 103, ambos del Código Penal

Noveno: Que en virtud de lo razonado, esta Corte se ha hecho cargo del informe de la Sra. Fiscal, disintiendo de su dictamen.

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 veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1284 y siguientes, en la que se condenó a Alejandro Saúl Jofré Melo a las penas allí indicadas y en su lugar se resuelve que por encontrarse prescrita la acción penal de autos, se absuelve al encartado de los cargos formulados en su contra en este proceso.

Regístrese y devuélvase con sus tomos.

Redactó la ministra señora Claudia Lazen M.

Rol N° 236-2017

Pronunciado por los ministros señor Carlos Farías Pino, señora Claudia Lazen Manzur abogado integrante señor Pablo Hales Beseler.



Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de San Miguel integrada por los Ministros (as) Carlos Cristobal Farias P., Claudia Lazen M. y Abogado Integrante Pablo Jose Hales B. San miguel, siete de mayo de dos mil dieciocho.

En San miguel, a siete de mayo de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.