

Santiago, nueve de septiembre de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos **Rol N° 2182-98** ingreso Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro Instructor don **Joaquín Billard Acuña**, el once de octubre de dos mil siete, que se lee de fojas 1.123 a 1.142, ambas inclusive, se condenó a **Blas Daniel Barraza Quinteros y a Froilán Mondaca (sic) Sáez**, a sendas penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales pertinentes por su responsabilidad penal en calidad de autores del delito de Homicidio Calificado de **Gerardo Francisco Poblete Fernández**, perpetrado el 21 de octubre de 1973 en la ciudad de Iquique. Se condenó además a **Enzo Claudio Meniconi Lorca** por su responsabilidad de encubridor en el mencionado delito, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales. Los sentenciados Mondaca (sic) Sáez y Meniconi Lorca fueron condenados al pago de las costas de la causa.

Impugnaron dicho fallo los abogados defensores de los encausados **Meniconi Lorca y Barraza Quinteros**, por la vía del recurso de apelación conforme aparece de fojas 1.144 y 1.151 respectivamente. Evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 1.163, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veinticinco de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 1.177 y siguientes, confirmó el fallo de primer grado, con declaración que Enzo Meniconi Lorca, queda condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales, en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Gerardo Poblete Fernández, perpetrado el 21 de octubre de 1973 en la ciudad de Iquique. Además, aprobó la resolución consultada de veinticinco de mayo de dos mil seis, escrita a fojas 1.016, por la que se sobreseyó parcial y definitivamente la causa respecto de Gustavo San Martín Ravanal.

En contra de esta última sentencia, a fojas 1.187 el abogado defensor del condenado Oscar Humberto Medina, don Mauricio Unda Merino, formalizó recurso de casación en el fondo, basado en la causal contenida en el número 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Por otra parte, a fojas 1.193 la defensa del condenado Enzo Meniconi Lorca, representado por la abogado Alejandra Meniconi Brito, interpuso recurso de casación en el fondo, invocando como motivos de nulidad los establecidos en los números 5 y 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

A fojas 1.232 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que se tiene presente que con arreglo al artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de conformidad con lo preceptuado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, puede este tribunal, conociendo por vía de la casación, invalidar de oficio una sentencia, cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolece de vicios que dan lugar a su invalidación en la forma, debiendo oír sobre este punto a los abogados que concurran a alegar en la vista de la causa.

SEGUNDO: Que una anomalía de esa naturaleza fue advertida por este Tribunal luego de la vista de la causa, sin que haya sido posible invitar a los abogados de las partes a debatir acerca de ello.

TERCERO: Que, en directa relación a la línea argumental que se viene construyendo, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal en su numeral 4° exige que

las sentencias definitivas de primera instancia y la de segunda que modifiquen o revoquen la de otro tribunal, deben comprender: “Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los procesados; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta”; para proseguir, en su número quinto con “Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”.

CUARTO: Que, las defensas de los **acusados Froilán Moncada Sáez y Blas Barraza Quinteros**, por intermedio de sus presentaciones de fojas 977 y 1.060, respectivamente, solicitaron en forma subsidiaria el reconocimiento -entre otras- de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal consistente en la aplicación de la prescripción gradual, contemplada en el artículo 103 del Código Penal.

QUINTO: Que, la sentencia de primer grado omitió todo razonamiento respecto de la petición expresada anteriormente, sin efectuar referencia alguna a la aludida atenuante, ya sea para acogerla o desestimarla.

SEXTO: Que, del examen de la resolución dictada por el Tribunal de Alzada, que hace suya la de primer grado, es posible apreciar que se mantuvo la omisión de todo razonamiento en torno a los fundamentos de hecho y de derecho que hacían procedente o no acoger la alegación efectuada por los acusados referente a la media prescripción.

SEPTIMO: Que, de lo dicho anteriormente, aparece de manifiesto que los sentenciadores de segundo grado dejaron en los hechos sin motivación específica el planteamiento y resolución acerca del rechazo a aplicar el artículo 103 del Código Penal, en tanto se limitaron a confirmar sin nuevos argumentos el laudo de primer grado en lo concerniente a Froilán Moncada Sáez y Blas Barraza Quinteros. De ese modo, no es posible encontrar en el dictamen en estudio, motivo alguno que permita dilucidar las circunstancias que llevaron a los jueces a resolver de la forma en que lo hicieron, lo que prueba la ausencia de los requisitos que ordena la ley, lo que trae consigo, como sanción, la nulidad.

OCTAVO: Que, en consecuencia, el fallo de alzada, ha quedado incurso en la causal contemplada en el numeral noveno del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 500, números 4 y 5, de la misma recopilación, pues no ha sido extendido en la forma dispuesta por la ley aplicable en la especie, presentando deficiencias que no pueden subsanarse sino con la anulación del fallo que la contiene, por lo que esta Corte procederá a invalidarlo de oficio, dictando en su lugar la sentencia de reemplazo que corresponda, en los términos de lo prevenido en los incisos segundo a cuarto del artículo 544, de la compilación adjetiva penal citada.

NOVENO: Que según consta del certificado allegado a fojas 1.247 Enzo Meniconi Lorca, falleció el 10 de septiembre de 2008, esto es, con posterioridad al dictamen de segundo grado, en consecuencia a su respecto debe estarse al mérito del sobreseimiento definitivo parcial por muerte de éste, de doce de enero de dos mil nueve, escrito a fojas 1.306, fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 4 de febrero del año en curso según se lee a fojas 1.314, lo que hace inoficioso emitir pronunciamiento respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por su defensa a fojas 1.193.

DECIMO: Que, atendida la existencia del vicio denunciado, lo descrito en los motivos anteriores, y lo dispuesto en los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y

808 del de Enjuiciamiento Civil, se tendrá por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del acusado Blas Barraza Quinteros, a fojas 1.187.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 535 y 541, del Código de Procedimiento Penal, **se invalida de oficio** la sentencia de segunda instancia de fecha veinticinco de junio de dos mil ocho, escrita a fojas 1.177 y siguientes, la que por consiguiente **es nula** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido por la defensa del condenado Blas Barraza Quinteros a fojas 1.187.

Regístrese.

Redacción del Ministro señor Künsemüller.

Rol N° 4378-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

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

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, nueve de septiembre de dos mil nueve.

En cumplimiento a lo prevenido en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia de primer grado, de once de octubre de dos mil siete, que se lee de fojas 1.123 a 1.142, con excepción del considerando décimo octavo el que se elimina.

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

PRIMERO: Que, como lo ha sostenido esta Corte ya en forma reiterada, la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal a los responsables de ciertos crímenes, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, no alcanza a la denominada media prescripción, o gradual o incompleta, como también se la conoce, que es motivo de atenuación de la pena, según lo previsto en el artículo 103 del estatuto punitivo.

En efecto, el señalado instituto constituye una atenuante calificada de responsabilidad criminal, con efectos que inciden en la determinación del quantum de la sanción, la que subsiste y es, por tanto, independiente de la prescripción, cuyos fundamentos y consecuencias son diversos, si bien ambas instituciones están reguladas en un mismo título del Código Penal. La prescripción extingue la responsabilidad penal ya nacida e impide la aplicación de toda sanción punitiva, siendo sus motivos histórico-políticos, jurídicos, humanitarios y otros muy conocidos. Los efectos que sobre el *ius puniendi* estatal provoca la denominada media prescripción son totalmente distintos, porque al tratarse de una circunstancia atenuante ésta sólo permite introducir una rebaja a la pena correspondiente y aunque su fundamento es también el transcurso del tiempo, en lo que se asemeja a la causal extintiva, no puede asimilarse jurídicamente, ya que esta última descansa en el principio de la *seguridad jurídica*. (Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, p. 578). Ella se justifica porque existe la necesidad social de que alguna vez lleguen a estabilizarse situaciones, aún de hecho, como son las de elusión prolongada de la responsabilidad penal que a alguno quepa, para que no se haga indefinida la aplicación de los preceptos penales y no subsista un estado permanente de incertidumbre respecto del que cometió un hecho punible, en cuanto a si hay responsabilidad criminal de su parte. Ello explica que en todas las legislaciones se contengan preceptos que declaren extinguida la responsabilidad penal después de corridos ciertos plazos. (Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal, Parte General, T.II, 3ª edición, p. 402)

Sin embargo, y como se dijo, la media prescripción difiere de la total y, entre otras circunstancias, a ella no son aplicables los principios y fundamentos que determinan la imprescriptibilidad de la acción penal persecutoria de los delitos de *lesa humanidad*, con lo que se evita su total impunidad, la que en el supuesto del precepto citado, queda excluida, desde que se trata de una circunstancia dirigida únicamente a disminuir la responsabilidad penal emanada del delito, idéntico efecto jurídico que producen las circunstancias atenuantes genéricas establecidas en el artículo 11 del Código Penal.

La doctrina señala que la institución de la media prescripción no es una entidad *de jure* que contemplen todos los regímenes jurídicos de corte liberal, pero que sí –y como también ocurre con otros- considera expresa y particularmente nuestro código punitivo, de donde se desprende su peculiaridad, se afinan sus efectos y se determinan sus deslindes o demarcaciones en cuanto a su ejercicio. Se aprecia como una “idea afortunada de la CR” la prescripción gradual de la acción penal y de la pena, cuyo hallazgo en el derecho comparado es escaso. (Texto y Comentario del Código Penal Chileno, obra colectiva dirigida por los profesores Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, artículos 93 a 105, comentario de José Luis Guzmán Dalbora).

SEGUNDO: Que, ocupándose de este tema, el profesor Jaime Náquira Riveros, en un Informe en Derecho citado en otras sentencias de esta Corte, afirma que las fuentes internacionales del delito imprescriptible no vedan la posibilidad (más bien la promueven) de aplicar el resto de las instituciones de Derecho que benefician al protagonista del delito o sujeto condenado, siendo una “cuestión obligada” dar aplicación al artículo 103 en estos casos, por tratarse de una rebaja legal de la pena, independiente del carácter del ilícito cometido.

A los anteriores razonamientos cabe agregar que por el carácter de norma de orden público que inviste el artículo 103 del estatuto punitivo, es imperativa para los jueces su aplicación a los casos en que concurren los supuestos legalmente establecidos.

TERCERO: Que, recurriendo al elemento lógico de hermenéutica y en él al método histórico, tampoco escapa a estos sentenciadores que la institución de la “media prescripción” -como circunstancia de atenuación muy calificada de la responsabilidad penal- se encuentra consagrada en nuestro Código Penal desde la época de su dictación en mil ochocientos setenta y cuatro, encontrándose el juzgador en condiciones de aplicarla, conforme a lo menos en base a dos parámetros: el tiempo transcurrido y el mérito de autos. En consecuencia, no se divisa antecedente que permita concluir *de jure*, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción, lo que ocurrirá sólo -en el caso a caso- si lo estimare en justicia pertinente. Por lo demás, ahora en el ámbito estrictamente jurisprudencial, esta Corte Suprema ha acogido la llamada media prescripción, en materia de crímenes de lesa humanidad en diversos fallos: autos N°s. 6188-06; 1.489-07; 1.528-06; 3.587-05; 559-04.; 2.422-08, aún cuando existe cierta discrepancia en cuanto a los delitos en que puede operar.

CUARTO: Que aceptada la procedencia de la aplicación de la circunstancia minorante de responsabilidad criminal establecida en el artículo 103 del Código Penal en abstracto, procede ahora analizar si en el caso en comento concurren los requisitos necesarios para su aceptación.

QUINTO: Que, en lo pertinente, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en su artículo 103. Dice, “Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.”.

En el caso en estudio, la calificación del delito que fue materia de la investigación en estos autos, corresponde a la de homicidio calificado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, cuya penalidad corresponde a presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

SEXTO: Que conforme a lo preceptuado en los artículos 94 y 95 del código punitivo, la acción penal prescribe, en el caso de los crímenes -ámbito atingente al punto debatido- en el plazo de quince años contados desde el día en que se hubiere cometido el delito y, en consecuencia, para los efectos previstos en el señalado artículo 103 del texto legal antes referido, se requiere que dicho plazo haya transcurrido, a lo menos, en la mitad del exigido para la prescripción y, en el caso de autos, el mínimo para su aplicación es de siete años y medio.

SÉPTIMO: Que el tiempo transcurrido desde el **21 de octubre de 1973** -fecha de inicio de la prescripción, acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el **28 de octubre de 2002**, fecha de la querrela criminal interpuesta por doña Edme Poblete Fernández, hermana de la víctima, que figura a fojas 1 del Tomo I de estos antecedentes, **o al 24 de marzo de 2003**, según aparece de fojas 303 del mismo Tomo, en que se somete a proceso a Froilán Moncada Sáez y Blas Barraza Quinteros, como autores del homicidio calificado materia de esta investigación; en cualquiera de estos supuestos, es al menos superior a veinticinco años, más que suficiente para determinar la procedencia de la media prescripción, que requiere, como se ha dicho, de siete años y medio.

OCTAVO: Que, en la forma como se ha venido razonando, procede reconocer, respecto de los acusados **Froilán Moncada Sáez y Blas Barraza Quinteros**, la concurrencia de la causal de mitigación de la pena contemplada en la citada disposición legal.

NOVENO: Que, en consecuencia y para los efectos de la aplicación de la pena, debe considerarse que **Froilán Moncada Sáez y Blas Barraza Quinteros**, resultan favorecidos por la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6° del Código Penal, reconocida en los motivos noveno y décimo séptimo respectivamente, del veredicto en alzada, y por aquella contemplada en el artículo 103 del texto señalado, que se acuerda en este fallo, sin que les afecte agravante alguna.

DÉCIMO: Que los referidos acusados son responsables, en calidad de autores del delito de homicidio calificado, sancionado con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, pero por aplicación de la circunstancia modificatoria especial contemplada en el artículo 103 del Código Penal, en relación al artículo 68 del mismo texto, se rebajará sólo en un grado dicha penalidad, quedando ésta en presidio mayor en su grado mínimo, atendidas la gravedad del delito y sus particularmente reprochables circunstancias de comisión.

DECIMO PRIMERO: Que con las razones que se contienen en los motivos que preceden, esta Corte se ha hecho cargo de lo informado por el Ministerio Público Judicial en su dictamen de fojas 1.163, del que se disiente en parte, desde que solicitó confirmar, sin modificaciones, la sentencia en alzada.

DECIMO SEGUNDO: Que como se señaló en el motivo noveno del fallo de casación que antecede, en lo concerniente a Enzo Meniconi Lorca debe estarse al mérito del sobreseimiento definitivo parcial por muerte de éste, de doce de enero de dos mil nueve, escrito a fojas 1.306, fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago el cuatro de febrero del año en curso según consta a fojas 1.314, por lo tanto, su situación procesal ha quedado consolidada de conformidad al artículo 93 N° 1 del Código Penal.

Y visto, además lo dispuesto en los artículos 526 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

I.- Se aprueba, en lo consultado, y se confirma, en lo apelado, la sentencia de once de octubre de dos mil siete, que se lee de fojas 1.123 a 1.142, con las siguientes declaraciones:

A.- Que **Froilán Moncada Sáez, queda condenado a sufrir la pena de seis años 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, por su responsabilidad penal en calidad de **autor** del delito de Homicidio Calificado de Gerardo Poblete Fernández, perpetrado el 21 de octubre de 1973 en la ciudad de Iquique.

B.- Que **Blas Daniel Barraza Quinteros, queda condenado a sufrir la pena de seis años 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, por su responsabilidad penal en calidad de **autor** del delito de Homicidio Calificado de Gerardo Poblete Fernández, perpetrado el 21 de octubre de 1973 en la ciudad de Iquique.

C.- Que atendida la extensión de la pena corporal impuesta, no se concede a los sentenciados beneficios de la Ley N° 18.216, debiendo iniciar su cumplimiento desde que se presenten o sean habidos, sirviéndoles de abono el tiempo de privación de libertad señalado en el fallo de primer grado.

II.- Se aprueba la resolución consultada de veinticinco de mayo de dos mil seis, escrita a fojas 1.016, por la que se sobreseyó parcial y definitivamente en la causa, por muerte del encausado Gustavo Erme San Martín Ravanal.

Acordada la condena, con el voto en contra de los Ministros señores Segura y Ballesteros, quienes estuvieron por absolver a los acusados Barraza Quinteros y Moncada Sáez, de los cargos que le fueran formulados, por encontrarse prescrita la acción penal que emana del delito de homicidio indagado en estos autos, teniendo para ello en consideración que:

1.- Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D. S. N° 752, de 1951, publicado en el Diario Oficial de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, encontrándose éstos vigentes a la fecha en que se perpetraron los hechos investigados en esta causa. En general, se aplican a conflictos armados entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas. (artículo 2° del IV Convenio de Ginebra). Excepcionalmente, se aplican en caso de “conflicto armado sin carácter de internacional”, conforme a lo previsto en el artículo 3° común para todos los Convenios de Ginebra.

2.- Jean Pictet, destacado jurista a quien se considera el padre de los Convenios de Ginebra, en su Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3° de estos Convenios (CIRC-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., noviembre de 1998), reconoce que las partes que negociaron los Convenios de Ginebra, después de extensas discusiones al respecto, decidieron no incorporar a ellos ninguna definición del concepto de “conflicto armado no internacional” ni enumerar las condiciones que debía tener el conflicto para que el Convenio fuese aplicable. Con todo, enumeró una lista de tales condiciones, extraídas de las diversas enmiendas discutidas, con el propósito de poder deducir el significado de tan importante concepto, entre las que cabe destacar: (a) que la rebelión en contra del gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar el convenio; (b) que el Gobierno esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional; (c) que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, que haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante o que haya reconocido a los insurrectos la calidad de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión, y (d) que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado; que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de *facto* sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional; que las fuerzas armadas estén a las ordenes de una autoridad organizada y que estén dispuestas a conformarse a las leyes y las costumbres de la guerra y que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

3.- A su vez, Hernán Montealegre, en la página 408 de su libro “La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos”, Edición Academia de Humanismo Cristiano, 1979, cita un documento de la CICR de 1972, que expresa que “para que se consideren como conflictos

armados sin carácter internacional, las situaciones aludidas deberán reunir también cierto número de elementos materiales, a saber: que haya *hostilidades*, es decir, actos de violencia ejecutados por medio de armas por las Partes contendientes y con la intención de que el adversario se someta a su voluntad. Estas acciones hostiles tendrán un *carácter colectivo*; procederán de un grupo que haya alcanzado determinado grado de organización y capaz de ejecutar acciones concertadas. Estas hostilidades no podrán, pues, proceder de individuos aislados, de donde se desprende la necesidad de que las fuerzas que se enfrenten sean *fuerzas armadas organizadas y dirigidas por un mando responsable...*”

4.- El II Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1948, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional, aprobado por D. S. N° 752, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1991, en su artículo 1° N° 1°, sin modificar las condiciones de aplicación del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, dispone que se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo I, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo II. En el N° 2 del aludido artículo 1° del Protocolo II se expresa que dicho protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

5.- Similar definición está contenida en el artículo 8.2.d) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

6.- Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos, tales normas, junto a los comentarios del jurista Jean Pictet y lo expresado por la CIRC son ilustrativos para que esta Corte interprete que “conflicto armado sin carácter internacional” es aquel que tiene lugar en el territorio de una de las Altas Partes contratantes; entre las fuerzas armadas de esa Alta Parte contratante y fuerzas armadas o grupos armados que no reconocen su autoridad, siempre que tales fuerzas armadas o grupos armados estén bajo el mando de una autoridad responsable y ejerzan un dominio o control sobre una parte del territorio del Estado de que se trata, que les permita realizar las operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

7.- Que, el D. L. N° 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de 1973, invocado para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los efectos de dicha legislación.

Para dictar el mencionado Decreto Ley se tuvo en consideración que: (a) en el país existía una situación de conmoción interna; (b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y (c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la

represión de algunos de los delitos de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión.

De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el D. L. N° 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un “conflicto armado no internacional”, en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 12 de octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados.

En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario.

Tampoco se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D. L. N° 5, de 1973.

8.- Que el D. L. N° 5, de 1973, ya citado, es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un “conflicto armado no internacional” el 12 de octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que constituye un error aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.

9.- Que, aún en el evento de estimarse aplicables los Convenios de Ginebra de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal impetradas por los condenados, no contienen prohibición alguna al respecto.

En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que “ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Alta Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Alta Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

10.- Que, en el caso de la existencia de otros instrumentos internacionales para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal, como la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D. S. N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma; en consecuencia, a la fecha de

comisión de los hechos investigados, el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto.

11.- Que, en todo caso, la prescripción es una institución amplia y de común aplicación fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a situaciones irregulares que se producen, con el transcurso del tiempo, entre la ocurrencia del hecho punible y el inicio de la persecución penal, o entre la expedición de la sentencia condenatoria y el comienzo del cumplimiento de la condena. Cuando el delito no ha sido objeto de persecución penal dentro de plazo o la pena, en su caso, no ha sido cumplida, se produce la cesación o fin de la potestad represiva del Estado. Se generan así, la prescripción de la acción penal o la prescripción de la pena. En este caso, se trata de la prescripción de la acción penal.

12.- Que, el transcurso del tiempo, la falta de ejercicio efectivo de la acción punitiva del Estado, la posibilidad del error judicial debido a las dificultades de conocimiento y rendición de pruebas tanto para los supuestos responsables como de los interesados en el castigo de éstos, así como la necesidad social que alguna vez lleguen a estabilizarse las situaciones de responsabilidad penal que corresponda y que no permanezca en el tiempo un estado de incertidumbre en relación al sujeto activo y quienes podrían tener interés en la concreción de la sanción penal, han hecho posible en nuestro Derecho Penal la subsistencia de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, institución que se ha reconocido regularmente y cuyo desconocimiento, en este tiempo, crearía una condición de desigualdad que no es posible ignorar, no obstante las motivaciones que pudiesen estimular la comisión de hechos punibles graves como los que refieren los antecedentes de la causa, y que, por ello, pudiese provocar el desconocimiento de los principios generales del derecho, especialmente la vigencia plena de la ley.

13.- Que, por tratarse de la imputación de un delito de homicidio calificado, cuya sanción es de presidio mayor en sus grados medio a perpetuo, que tiene por dicha circunstancia la condición de crimen, el plazo de la prescripción es de quince años contados desde la perpetración del ilícito.

14.- Que en el caso de autos, el tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1973 - fecha de inicio de la prescripción, acorde a nuestra normativa ordinaria- hasta el 28 de octubre de 2002, fecha de la querrela criminal interpuesta por doña Edme Poblete Fernández, hermana de la víctima, que figura a fojas 1 del Tomo I de estos antecedentes, o al 24 de marzo de 2003, según aparece de fojas 303 del mismo Tomo, en que se somete a proceso a Froilán Moncada Sáez y Blas Barraza Quinteros, como autores del homicidio calificado materia de esta investigación, es superior a veinticinco años,

15.- Que en atención a lo expuesto, en la especie, transcurrió en exceso el plazo de quince años entre el día en que se cometió el delito y aquel en que se dirige rectamente la acción criminal en contra de los condenados de la causa por lo que forzosamente debe concluirse que la responsabilidad de los sentenciados se había extinguido por la prescripción.

Regístrese y devuélvase con sus tomos I y II y sobre agregado.

Redacción del Ministro señor Künsemüller y de las disidencias sus autores.

Rol N° 4378-08.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

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