

**DESAPARECIDOS DESDE CUARTEL JOSÉ DOMINGO CAÑAS.
DESAPARICIÓN DE Jorge Humberto D'Orival Briceño**

Santiago, veinte de julio de dos mil nueve.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 2182-98, de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia dictada por el Ministro de Fuero don Alejandro Solís Muñoz, en episodio ?José Domingo Cañas? ?Jorge D'Orival Briceño?, que se lee a fs. 3.094, se castigó a Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda a quince años de presidio mayor en su grado medio; a Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Francisco Maximiliano Ferrer Lima y a Miguel Krassnoff Martchenko a sendas penas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, en calidad de autores de secuestro calificado, cometido en la persona de Jorge Humberto D'Orival Briceño, a contar del 31 de octubre de 1974. A su turno, fueron sancionados en calidad de cómplices del delito antes señalado, Orlando José Manzo Durán y Basclay Humberto Zapata Reyes a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado medio (sic). El acusado César Manríquez Bravo fue absuelto de la acusación formulada en su contra, en cuanto a considerarlo autor del referido delito. Los sentenciados fueron condenados, además, a las accesorias legales y al pago de las costas del juicio. Impugnado dicho fallo por la vía de los recursos de casación en la forma y apelación, evacuado que fue el informe del Ministerio Público Judicial, a fojas 3.275, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil ocho, escrita a fs. 3.370, desechó el recurso de casación en la forma, aprobó el fallo en lo consultado y lo confirmó en lo apelado, con declaración que la pena de cinco años y un día de presidio mayor impuesta a cada uno de los sentenciados Orlando José Manzo Durán y Basclay Zapata Reyes, en sus calidades de cómplices del delito de secuestro calificado, cometido en la persona de Jorge Humberto D'Orival Briceño a contar del 31 de octubre de 1974, lo es en su grado mínimo, rechazando por tanto las apelaciones deducidas. Además el fallo aprobó la resolución de ocho de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 2.374, que sobreseyó definitiva y parcialmente la causa respecto a Osvaldo Enrique Romo Mena, por muerte de éste. En contra de la sentencia de fs. 3.370, la defensa del condenado Orlando José Manzo Durán, representada por el abogado don Enrique Ibarra Chamorro, dedujo recurso de casación en el fondo, basado en el número 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Declarado admisible el recurso, se ordenó traer los autos en relación a fojas 3408.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO: Que en lo principal de fojas 3.390, la defensa del encausado Orlando Manzo Durán interpuso recurso de casación en el fondo, sustentado exclusivamente en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, esto es, en que la sentencia de segundo grado, aunque calificó el delito con arreglo a la ley, le ha impuesto una pena más grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho al calificar los hechos que constituyen circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, y al fijar la naturaleza y grado de la pena; denuncia como normas conculcadas

los artículos 51, 68 y 103 del Código Penal.

SEGUNDO: Que el defecto reclamado se produjo -a entender del compareciente- tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, al aplicar la pena de cinco años y un día a su representado en calidad de cómplice, lo que se contrapone a lo establecido en el artículo 51 del Código Penal, norma que señala expresamente que a los cómplices de crimen o simple delito, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito y si la pena mínima para este delito es de cinco años y un día - de acuerdo a lo señalado en el artículo 141 del Código Penal a la época de los hechos - a partir de ésta se debió aplicar a Manzo Durán la pena correspondiente, que es de presidio menor en su grado máximo.

Agrega que se ha cometido error de derecho, también, al no estimar concurrente - estrictamente por razones jurídicas y no fácticas - la atenuante calificada del artículo 103 del estatuto punitivo, erróneamente llamada media prescripción, desde que se ha estimado por algunos que al no ser procedente aplicar la prescripción total de la acción penal no procedería reconocer la media prescripción, lo que es un error de derecho, precisamente subsumible en la causal referida.

TERCERO: Que, más adelante, se arguye por el recurrente que la atenuante calificada, regulada en el artículo 103 del Código Penal, establece que si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el plazo de prescripción de la acción penal, pero habiendo transcurrido ya la mitad de él, el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de dos o más atenuantes muy calificadas y ninguna agravante, para luego aplicar las reglas pertinentes de la aplicación de la pena o incluso disminuir la ya impuesta si se trata de una causa fallada. Se destaca asimismo, que la minorante reclamada es independiente y diversa de la prescripción propiamente tal, se trata de instituciones diversas, con características, fines y efectos diversos, una es minorante de responsabilidad y la otra causal de extinción de la responsabilidad, una implica la no sanción del hecho y la otra simplemente una pena menor, encontrándose tal parecer respaldado en sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de treinta de julio de dos mil siete, dictada en autos Rol.3808-06.

CUARTO: Que para terminar, se expresa por el oponente que el error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo de lo resuelto, ya que al rechazar la correcta aplicación del artículo 51 del Código Penal y de la atenuante mencionada, se ha impuesto a su representado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en lugar de una pena menor como corresponde de acuerdo al juego de los artículos 51, 68 y siguientes y 141 del Código Penal. La influencia además, se ha producido al no considerar la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas al regular la pena, lo que es obligatorio al tenor de la expresión deberá contenida en el artículo 103 del Código Penal. Una vez determinada la concurrencia de dicha atenuante, la sentencia definitiva recurrida debió hacer aplicación del inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, rebajando la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de las circunstancias concurrentes y aplicar a Orlando Manzo Durán una pena no superior a los 540 días de presidio menor en su grado mínimo.

QUINTO: Que el recurrente solicita acoger el recurso, declarando expresamente que la sentencia definitiva de segunda instancia, por errada aplicación de la ley penal, es nula, por haber, no obstante calificar correctamente el delito, aplicado a Orlando José Manzo Durán una pena superior a la señalada en la ley, incurriendo además en errores de derecho al calificar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal que lo beneficia. Solicita dictar sentencia de reemplazo de acuerdo al mérito de autos y derecho aplicable, imponiendo en definitiva a su representado una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, otorgándole el beneficio de la remisión condicional de la pena establecido en la Ley 18.216.

SEXTO: Que la sentencia que se revisa reprodujo el fundamento vigésimo noveno de la de primera instancia, en el cual se establece que Orlando Manzo Durán participó en calidad de cómplice en el delito de secuestro calificado cometido en la persona de Jorge D'Orival Briceño.

SEPTIMO: Que a la vez, se debe recordar que el delito por el cual fue procesado y en definitiva condenado, en calidad de cómplice, el mencionado Manzo Durán, es el de secuestro que contempla el artículo 141 incisos 1° y 3° del Código Penal y que se califica por el tiempo en que se prolongó la acción. A la época de ocurrencia del delito, se sancionaba en el referido precepto penal si el encierro o detención se prolongaba por más de noventa días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

OCTAVO: Que conforme lo disponen los artículos 51 y 61 N° 2 del Código Penal, cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, como ocurre en la especie, a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley.

NOVENO: Que en el presente caso, conforme las reglas de aplicación de las penas antes expuestas, teniendo en consideración que el encausado Manzo Durán fue sancionado en calidad de cómplice, la pena que se le pudo imponer era la de presidio menor en su grado máximo.

DECIMO: Que en mérito de lo antes indicado, aparece de manifiesto que la sentencia atacada ha incurrido en error de derecho, al imponer en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo la pena a Manzo Durán, ya que la rebaja de un grado que establece el artículo 51 del Código Penal, no se hizo en la forma expresada en el numeral 2° del artículo 61 del mismo cuerpo legal, reglas de carácter imperativo en la determinación de la pena concreta.

UNDECIMO: Que la infracción de ley detectada afecta la decisión adoptada como quiera que, producto de ese error, se impone al procesado Orlando Manzo Durán, una pena mayor a la asignada por la ley, atendida su participación en calidad de cómplice del delito de secuestro.

DECIMO SEGUNDO: Que en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 548 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal y encontrándose el sentenciado Basclay Zapata Reyes en la misma situación fáctica que el recurrente, se le hará extensivo lo resuelto en cuanto le aprovechar.

Por estos fundamentos y de acuerdo con lo previsto en los artículos 535, 546, 547 y 548 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, **se acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto en lo principal de fojas 3.390, en contra de la sentencia de veintisiete de noviembre de dos mil ocho, escrita a fs. 3.370, **la que es nula** y se reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin

nueva vista, pero separadamente.
Redacción del abogado integrante don Alberto Chaigneau del Campo.
Regístrese.
Rol N° 923-09.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Alberto Chaigneau del C.

3405 Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

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