



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

ESCUELA DE DERECHO

“EL ERROR Y SU USO EN EL DERECHO CHILENO”

Tesis para optar al grado de:

Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Autora:

ANGÉLICA MARÍA FERNÁNDEZ GARRIDO.

Profesor de Cátedra:

EDMUNDO ENRIQUE VILCHES LUZIO.

SANTIAGO, CHILE – 2020

La vida nos trae siempre lo que nos hace feliz, esta vida me premio con tenerte, conocerte y que día a día seas parte de mí, nunca dejaré de sentirme orgullosa de ti, eres mi máximo tesoro mi linda Isidora.

Siempre juntas y de la mejor forma que podemos, ser hija única tiene sus ventajas, gracias mamá por estar y amarme tal cual soy, sobre todo con mis defectos que no son pocos, siempre estaré para ti, hasta el último de nuestros días

Mi mentor, mi maestro, me llena el alma, de pensar todo lo que hicimos juntos y haremos, todo lo que me enseñó y me transmitió y por sobre todo que permitiera que esta chiquilla atarantada, sea parte de su vida y por sobre todo que gracias a usted soy la persona que soy hoy, siempre en mi alma y con un amor incondicional.

Gracias por ser ese maestro ejemplar y con sabios consejos, citas, libros, conversaciones, ayudaron a forjar quien soy hoy, gracias por permitirme avanzar contigo y permitirme aprender de este gran maestro.

Tu que llegaste para quedarte, tu que estas aun cuando no estas, eres el apoyo que siempre soñé, los príncipes si existen y me faltará vida para agradecer tu gran amor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pág.7
OBJETIVOS.....	Pág.8
OBJETIVOS GENERALES.....	Pág.8
OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	Pág.8
MARCO TEÓRICO.....	Pág.8
CAPITULO I.....	Pág. 8
1.- Definición del Error en Chile, Argentina, Alemania según algunos autores.....	Pág. 8
2.- El Error en el Derecho Romano.....	Pág. 9
2.1.-Clasificación del Error en el Derecho Romano.....	Pág.9
3.- El Error en el Derecho Penal Alemán, según Jeschek.....	Pág. 10
4.- El Error en el Derecho Penal Peruano.....	Pág. 11
4.- El Error en el Derecho Penal Argentino.....	Pág. 11
CAPITULO II.....	Pág.12
1.- El Error en el Derecho Civil Chileno.....	Pág.12
1.1.- Según Luis Claro Solar.....	Pág.12
1.2.- Según Avelino León Hurtado.....	Pág.12
1.3.- Según Antonio Vodanovic Hablicka.....	Pág. 12
1.4.- Según Antonio Juan Andrés Celis.....	Pág. 12
1.5.- Según Antonio Juan Orrego Acuña.....	Pág. 13

CAPITULO III.....	Pág.13
1.- Concepto de Error en el Código Civil Chileno.....	Pág. 13
1.1.- Artículo 1.451, Concepto de Error.....	Pág. 13
1.2.- Artículo 1.452, Concepto de Error de Derecho.....	Pág. 13
1.3.- Artículo 1.453, Concepto de Error de Hecho.....	Pág. 14
1.3.1.- Artículo 1.453, Concepto de Error Sustancial.....	Pág. 15
1.3.2.- Artículo 1.453, Concepto de Error Accidental.....	Pág. 15
1.3.3.- Artículo 1.453, Concepto de Error en la Persona.....	Pág. 15
2.- Clasificación conceptual de Error de Hecho en el Código Civil Chileno	Pág. 15
3.- Ejemplos de Error.....	Pág. 16
4.- Mapa conceptual sobre Error en ámbito penal.....	Pág. 21
CAPITULO IV.....	Pág. 23
1.- El Error Según Gustavo Balmaceda Hoyos.....	Pág. 23
2.- El Error según Enrique Bacigalupo Zapatear.....	Pág.23
3.- El Error en el Derecho Penal Chileno.....	Pág. 23
4.- Principios en el Código Penal.....	Pág. 23
5.- Principios que da la Doctrina.....	Pág. 24
6.-El Derecho Penal y sus límites para castigar.....	Pág. 24
6.1.-Límites a la facultad de castigar en un Estado de Derecho.....	Pág. 24
6.2.- Excepciones al Principio de Legalidad.....	Pág.25
6.3.- Los límites en un Estado Social.....	Pág. 26

6.4.- Limitaciones al Ius Puniendi en un Estado Democrático.....	Pág. 27
7.- Análisis del Error en ámbito del Derecho Penal.....	Pág. 27
8.- Clasificación del error en ámbito Penal.....	Pág. 30
9.- Casos de Errores de tipo.....	Pág. 30
10.- Mapa Conceptual del Error en ámbito Penal.....	Pág. 30
CAPITULO V.....	Pág. 32
1.- El Error en el Derecho Tributario Chileno.....	Pág. 32
2.- El Error en el Servicio de Impuestos Internos.....	Pág. 34
3.- Mención al Error del contribuyente en el procedimiento de reclamo del artículo 149 y siguientes del Código Tributario.....	Pág. 35
CONCLUSIÓN.....	Pág. 36
APENDICE.....	Pág. 38
Sentencia N°1, Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Error de prohibición, Rit N° 041-2004.....	Pág.40
Sentencia N°2, Corte de Apelaciones de Santiago, Error de derecho, error judicial, Rol 2.182-98.	Pág.48
Sentencia N°3, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Error de derecho, Ingreso de Corte N° 4.960-2001.	Pág.77
Sentencia N°4, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Error de derecho, Ingreso de Corte N° 288-2009.	Pág.87

BIBLIOGRAFÍA.....Pág. 94

INTRODUCCIÓN.

La presente tesis, se basa en la institución del Error, en los ámbitos Civil, Tributario, Penal y de Familia.

En cada una de estas áreas del derecho, existen distintas formas de abordarla y utilizarla, por ejemplo, en el área del Derecho Civil es un vicio del consentimiento o de la voluntad; en el campo del Derecho Tributario, según el Código pertinente es una omisión o un vicio, una equivocación, si se mira desde el punto de vista del contribuyente o del Servicio de Impuestos Internos; en Derecho Penal constituye un falso conocimiento de un hecho, pudiendo utilizarse como una eximente de responsabilidad penal y, en el área del derecho de Familia, si falta consentimiento, puede haber error en la identidad en la persona o del otro contrayente o existir error en alguna de las calidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, se estimará para otorgar el consentimiento.

En la norma chilena, el error es una institución que tiene muy poco uso, debido a que, generalmente, los abogados no hacen mención de ella, no la ocupan por desconocimiento o porque los tribunales de justicia no la consideran como debería ser, en virtud que no se trata de una causal contundente para revocar un fallo, para anular un acto o contrato, declararlo inexistente o en una eximente de responsabilidad penal.

En definitiva, veremos que, si tiene uso y fuere invocada continuamente, sería una institución con mayor aplicabilidad de la que cuenta hoy.

El área del Derecho Civil no da un concepto del error, solo entrega clasificaciones, por lo que recurriremos a la doctrina a objeto de conformar una definición del mismo.

En el campo del Derecho Penal, ocurre lo mismo, únicamente es clasificado.

Respecto del Derecho Tributario, el Código pertinente menciona al error y lo hace sinónimo de una omisión o de un vicio, y claramente, ahí tenemos dos conceptos completamente distintos.

OBJETIVOS.

Objetivos Generales.

Analizar, describir, comentar el tema propuesto, finalizando con mapas conceptuales acerca del error, en los ámbitos ya mencionados y ver qué criterio aplican hoy los tribunales de justicia y como se están dando los fallos a su respecto.

Objetivo Específico.

- 1.- Identificar conceptos acerca de error.
- 2.- ¿Es lo mismo el error en materia civil que el error en ámbito, penal o tributaria?
- 3.- Se invoca el error en civil, penal o tributario.
- 4.- Identificar si se le da un buen uso o se abusa del concepto de error.

MARCO TEÓRICO.

CAPÍTULO I

1.- Definición del error en Chile, Argentina, Alemania y Roma según algunos autores.

El error en materia Civil, es el falso conocimiento que se tiene de una cosa.

En el Derecho Penal, también es el falso conocimiento que se tiene de una norma y puede distinguir entre los siguientes tipos de error, de acuerdo al objeto jurídicamente relevante al que se refieren: el error de tipo, el error de prohibición, el error de hecho, error de derecho y el error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad.

2.- El Error en Derecho Romano.

Según Juan Iglesias, “el error era un vicio inconsciente o inintencionado. El error es tanto el falso conocimiento o la ignorancia de la realidad de una cosa o, si se quiere, de una circunstancia de hecho”. (Iglesias, pág. 112)

Juan Iglesias, clasifica el error en: Error de Hecho y Error de Derecho.

Iuris quidem ignoratiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere (la ignorancia de derecho perjudica, mientras que la de hecho no perjudica). (Paulo).

2.1.- Clasificación del Error en Roma.

1.- Error in negotio: Recae sobre la naturaleza del negocio que las partes celebran. Ejemplo: Si Juan entrega a María una cantidad de dinero con el ánimo de donársela y María entiende que la está recibiendo como préstamo. En este caso, el error es esencial, no hay donación ni préstamo.

2.- Error in Persona: Se produce al celebrarse un negocio con persona distinta de aquella con la cual se creía negociar. Es esencial el Error cuando versa sobre la identidad de la persona, del sujeto en concreto con el que únicamente se quiere celebrar el negocio, o bien sobre cualidades de la misma. Piénsese, por ejemplo, en la concesión de un crédito a un individuo, cuando la hacemos fundándola en la particular confianza que nos inspira, o en la realización de una obra por parte de un artista en quien valoramos su especial competencia. En otros casos, el error no tiene relieve o significación.

3.-Error in Corpore: Es el que versa sobre la identidad del objeto. Tal ocurre, cuando declaro comprar el fundo Corneliano, siendo así que el que quiero comprar es el fundo Semproniano. El equívoco sobre la identidad, y no simplemente sobre el nombre, califica de esencial a este error.

4.- Error in Substantia: Es el que recae sobre las cualidades esenciales y constantes de la cosa, substantia rei, atendida la función económico – social que tiene la misma en la vida en común. Hay error in substantia, por ejemplo, cuando se compra vinagre por vino, o plomo por oro. Lo mismo ocurre si se compra una esclava bajo la creencia de que es un esclavo. Si el error versa sobre la simple cualidad de la cosa, identificada ya en su genus error in qualitate, no destruye la validez del negocio.

5.- Error in Quantitate: La stipulatio es el ejemplo típico al que se refieren los textos en materia del error sobre la cuantía. Este error acarrea la nulidad de semejante negocio, ya que es necesaria una exacta correspondencia entre la pregunta y la respuesta. El Derecho Justiniano se pronuncia en otro sentido, al admitir la validez del negocio no formal, como es el arrendatario, el consentimiento dado por el arrendatario sobre una suma mayor a la perdida por el arrendador no determina la nulidad. (Iglesias, pág. 112 y 113)

3.- El Error en el Derecho Penal Alemán Según Jescheck.

La idea equivocada del autor puede repercutir de modo diverso sobre su punibilidad: pueden excluir el dolo, afectar solo a la culpabilidad o incluso, carecer de relevancia alguna para la punibilidad. Según el punto de referencia de la representación errónea se distinguen diversas clases de error que también conducen a consecuencias jurídicas heterogéneas. En un primer plano se encuentra la distinción entre error de tipo y error de prohibición. (Jescheck, pág. 451).

Según Jescheck, Error se clasifica en: Error de Tipo y Error de Prohibición.

4.-El Error en el Código Penal Peruano.

El Código Penal de Perú, se refiere al error en su artículo 14 "Error de tipo y Error de prohibición. El Error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

Error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad, si el error fuere vencible se atenuará la pena. (Código penal peruano).

5.- El Error en el Código Penal Argentino.

El artículo 34, Título V Imputabilidad señala.

No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. (Código Penal argentino)

Como comienza el título con la palabra "Impunidad", debemos entender que cualquier conducta que se pueda encuadrar en dicho artículo, no tendrá una pena, porque la persona no actuó con todas sus facultades, porque tuvo una alteración, por un estado de inconciencia, por error o ignorancia.

CAPÍTULO II

1.- El Error en el Derecho Civil Chileno.

1.1.- Según Luis Claro Solar, “El reconocimiento debe ser un acto libre, es decir, exento de todo vicio; el error, la fuerza y el dolo vician el reconocimiento lo mismo que vician todo acto o declaración de voluntad”. (Solar, 05 febrero 1.992).

1.2.- Según Avelino León Hurtado “Es el falso concepto o ignorancia de la ley. Nuestro código se refiere al error de derecho en diversas disposiciones, pero todas arrancan del artículo 8 que dispone, nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que esta haya entrado en vigencia”. Esta norma se remonta a los primeros orígenes del derecho. Los romanos la enunciaban “nemini licet ignorare jus”, pero establecieron numerosas excepciones.

1.3.- Según Antonio Vodanovic Haklicka “En lógica, se dice que el error es la disconformidad del pensamiento con la realidad”, puede definirse también como el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa. (p.415) Doneau en la obra de Vodanovic “el error consiste en creer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero” (p.415).

1.4.- El Error según Juan Andrés Celis. Para comenzar a estudiar el error debemos analizar los vicios del consentimiento que son: error, fuerza y dolo.

El Error es el primero de los vicios de la voluntad según el Código Civil y en su artículo 1451, menciona los vicios del consentimiento. En el artículo 1452 del Código Civil, comenta el error, pero este no da una definición de él y debemos recurrir a la doctrina para darle un concepto “el falso concepto o la ignorancia que se tiene sobre un hecho como del derecho” ejemplo, al celebrar un acto una de las partes en acto unilaterales o bilaterales, incurrió en una falsa percepción de la realidad, que puede

recaer sobre un hecho o en el derecho. (Clases grabadas, del Profesor Juan Andrés Celis).

1.5.- El Error según Juan Andrés Orrego Acuña. Se define como el concepto equivocado o la ignorancia que se tiene de la ley, de una persona, de un hecho o una cosa. Aun cuando no son los mismos, nuestro Derecho equipara al ignorante con el que incurre en error. En sentido estricto, el primero no conoce algo; el segundo lo conoce mal.

¿Un concepto equivocado, como podría ocuparse a favor? o ¿Cómo alguien que conoce mal algo, podríamos decir que no tiene la intención de hacerlo mal?

Ante dichas interrogantes, en Chile la ley se presume conocida por todos los habitantes del país, en virtud de eso, un extranjero que no habla el idioma, como puede conocerla si ni siquiera habla español o un extranjero que, si habla y entiende español, pero que en su país el acto que comete tiene un significado distinto. (Orrego, 2011).

CAPITULO III

1.- Concepto del error en el Código Civil Chileno

1.1.- Concepto de Error: Art. 1.451. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.

1.2.- Concepto Error de Derecho Art. 1.452. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Ejemplo 1 en ámbito Civil.

En definitiva el error que recae sobre una norma jurídica, es decir, el autor realiza un contrato y cree que una de sus cláusulas está dentro de la norma jurídica en sentido amplio, por ejemplo, la ley, la Constitución, decreto con fuerza de ley, pero debe ser una norma que tenga rango legal y no cualquier fuente del derecho y si no está dentro de ella, ese error no se puede invocar como vicio de la voluntad, porque la ley se presume conocida por todos y el Código Civil es claro en señalar que si se alega error de derecho se presume mala fe y no admite prueba en contrario. En definitiva, es una presunción de derecho de mala fe, pero como en el Derecho siempre existe excepción, en este caso no es “El Pago de lo no debido”.

Ejemplo 2 en ámbito Civil.

Juan celebra un contrato de compraventa. Le venden una parcela y resulta que dicho terreno tiene casas, pero Juan no sabe que la parcela las incluye, es decir, la casa y otros bienes. El vendedor dice ignorar el contenido de la ley y que esta lo obligaba a entregar todo lo que estaba dentro del predio. Ello sería un error de derecho y, en tal situación, se entendería que el vendedor está actuando de mala fe frente a la negativa de cumplir con entregar las construcciones y los bienes que estén dentro del parcela, por lo que, al no cumplir, está constituido el error de derecho.

El error de derecho tiene poca utilidad, careciendo de mucha relevancia jurídica, debido a que, en el ejemplo expuesto, las personas saben que si venden una propiedad entienden que deben entregar todo lo que está dentro de la ella y, más aún, si no se entrega de esa forma se presume mala fe.

1.3.- Concepto Error de Hecho Art. 1.453. “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor

entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra”.

1.3.1.- Concepto Error Sustancial Art. 1.454. “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante”.

1.3.2.- Concepto Error Accidental Art. 1.453: “El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”.

1.3.3.- Concepto Error en la Persona Art. 1455. “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”.

2.- Clasificación conceptual de Error de Hecho en el Código Civil Chileno.

a) Error Esencial, artículo 1453.

a.1) Negocio

a.2) Objeto

b) Error Sustancial, artículo 1454

b.1) Sustancia

b.2) Calidad esencial del acto o contrato

c) Error Accidental, artículo 1454 inciso 2

c.1) Recae sobre otras calidades

d) Error en la Persona, artículo 1455

d.1) Identidad

3.- Ejemplos

A) Error Esencial: Artículo 1454, es aquel que recae en la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra o sobre la identidad de la cosa específica y se clasifica en:

A.1) Error en el negocio.

A.2) Error en el objeto.

Ejemplo de Error en la Naturaleza en el negocio: Juan va a una empresa de telefonía y obtiene un aparato para su casa. Dice: compre este teléfono y pagué x suma de dinero por él, pero la empresa se lo está dando en arriendo. En este caso, las partes tienen un conflicto respecto del acto que han celebrado, una cree que ha comprado el teléfono y la otra que lo ha dado en arriendo.

Error en la Naturaleza del Objeto: es también conocido como error incorpore, este error recae sobre la identidad del objeto, no en el color o forma, es la identidad, vale decir, sobre lo que el objeto es en sí.

Ejemplo de Error en la Naturaleza del Objeto: Juan está comprando un auto y María cree que está vendiendo un caballo. No tiene que ver ni con la marca ni color del vehículo, es la identidad del objeto.

Estos dos tipos de error: respecto del negocio y del objeto, están comprendidos en el concepto de error esencial. La doctrina los llama, asimismo, "Error Obstáculo".

¿El error esencial vicia o no vicia el consentimiento, vicia o no la voluntad? La respuesta es que, al no entender cada una de las partes que es lo que está haciendo, al no comprender la naturaleza del acto que se está celebrando, o la

identidad o naturaleza del objeto sobre el que se contrata, no se lograría formar el consentimiento. Es por ello se dice que obstaculiza la formación del consentimiento. La respuesta quizás resulta algo abstracta y puede dificultar su entendimiento. Extendámonos sobre este punto. Para que exista vicio del consentimiento o poder hablar de un consentimiento viciado, primero tiene que formarse este a objeto de analizar si se encuentra o no viciado. Si no hay consentimiento no puede existir vicio del mismo. Ejemplo: si queremos saber si se quemó o no el pan, primero debe existir este alimento. Imposible la existencia de consentimiento cuando una persona cree estar comprando algo y para la otra es un arriendo o si la primera cree estar comprando un auto y le están vendiendo un caballo. Por tanto, al no existir acuerdo entre las partes, no hay contrato.

B) Error Sustancial: Artículo 1454 del Código Civil. Es aquel que recae sobre la sustancia o la calidad esencial del objeto del acto o contrato y lo que se entiende por sustancia es la materia prima. Ejemplo: Juan cree comprar una silla de madera y María cree vender una silla de metal. El problema no es la silla, sino el principal componente de la misma. Ejemplo 2: Juan cree comprar un jeans hecho en Chile y María que es importado de USA. Existe consentimiento, pero está viciado por el error en que han incurrido las partes. Produce nulidad relativa.

Existe error sustancial en tres casos: 1) Si recae sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa de que se trata, aun cuando una de las partes no haya tenido conocimiento de la intención de la otra. Ejemplo: Juan va a comprar una cadena de oro y le venden una de oropel; 2) Si recae sobre una cualidad accidental de la cosa, razón tenida por una de las partes para contratar, y tal razón ha sido conocida por la otra. Ejemplo: Juan quiere rematar cierto objeto que perteneció al Rey Luis XVI. No le interesa la materia de que está hecho, solo le importa la circunstancia de haber pertenecido a dicho personaje histórico. Se adjudica tal objeto, pero resulta que este nunca estuvo en poder del mentado rey; 3) Si recae sobre la persona con quien se contrata, y esta era la razón terminante del contrato. Ejemplo: matrimonio, mandato.

B1).- La calidad esencial. La doctrina la explica refiriéndose a aquella característica que distingue a las cosas por sobre otras. Distingue tal característica que hace que la cosa sea diferente a otras de su misma naturaleza.

Una de las partes cree contratar sobre un televisor y la otra sobre una lámpara. Jurídicamente el contrato es inexistente, pero como nuestro Código Civil no distingue entre inexistencia y nulidad absoluta, dicho error provoca, entonces, nulidad absoluta del contrato. El art. 1453 C.C, dice impropriadamente que tal error vicia el consentimiento, porque en realidad este impide se forme el consentimiento.

Existe error Esencial en dos casos: a) Si recae sobre la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra (Ejemplo: una de las partes entiende “donación” y la otra “compraventa”) y b) Si recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata (Ejemplo: una de las partes cree adquirir un “caballo” y la otra entiende vender una “vaca”)

C) -Error Accidental: Es aquel que recae sobre cualquiera otra característica de la cosa, que no sea la calidad esencial. No vicia el consentimiento, no afecta en lo absoluto la validez del contrato.

Ejemplo de error accidental. Tenemos una mesa rectangular que no tiene cuatro patas, dos bases, dos cubiertas o que está pintada de negro. Las características anteriores constituyen algo accidental. Ahora, si Juan compra una mesa que es blanca y él la adquiere creyendo era negra, en principio no existe error en el objeto, porque Juan creía que compraba una mesa y le vendieron una mesa. Tampoco sería error sustancial porque Juan pensaba que la mesa era de madera y es de madera, pero sí habría error accidental porque el error recae sobre una cualidad que no es esencial, vale decir, el color. Este último, como también el uso, origen, etc. todas estas cualidades para el legislador no son relevantes, por lo tanto, dicho error no vicia la voluntad. Pero el Código sí señala que este error accidental podría viciar la voluntad, cuando se cumplen dos requisitos: 1.- que la calidad accidental sea determinante para haber celebrado el acto o contrato, es decir, que dicha calidad accidental para una de las partes es esencial, elevándose la calidad de accidental a esencial y 2.- que esa característica haya sido conocida por las partes,

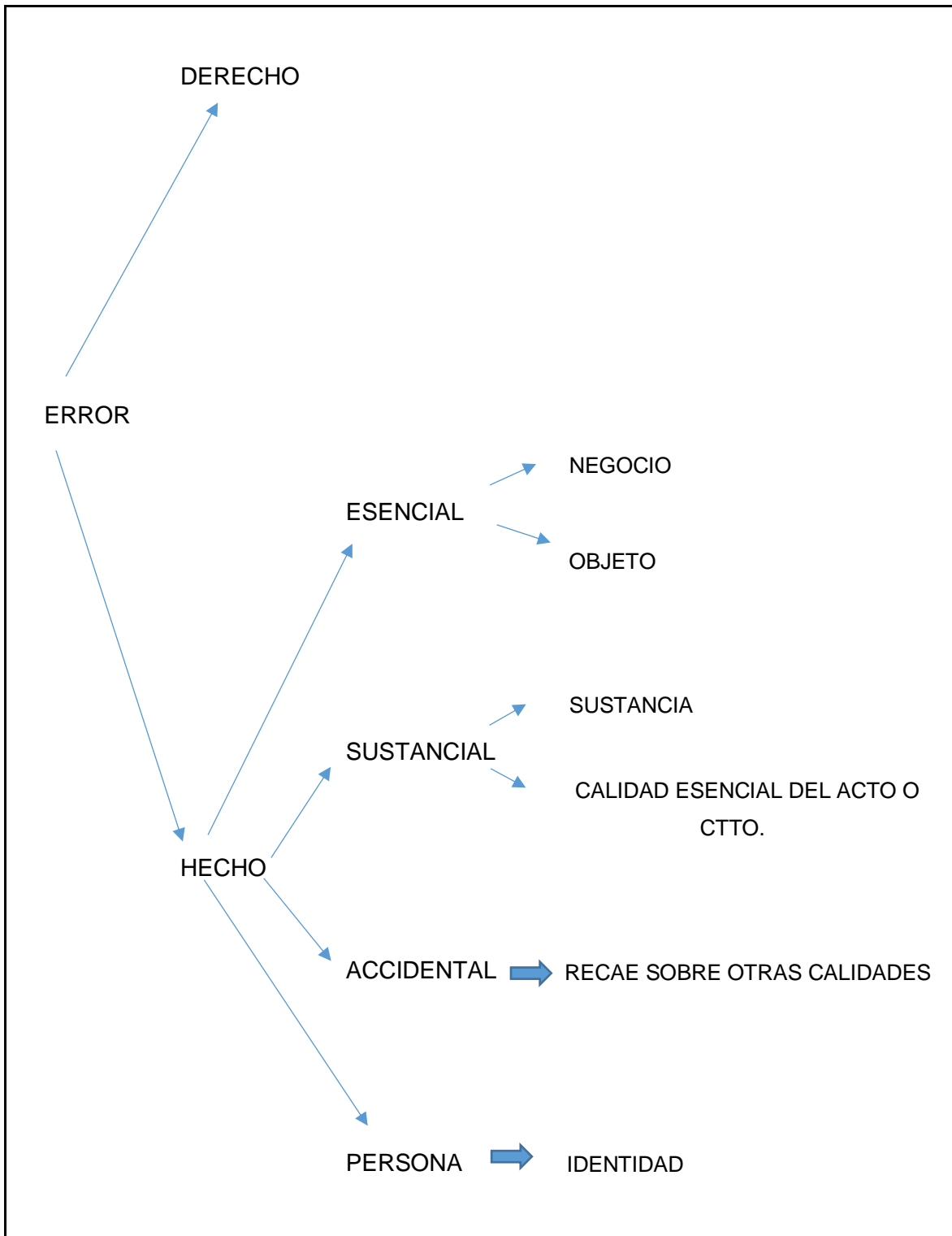
es decir, Juan quería comprar una mesa redonda y, a sabiendas, María le vende una cuadrada. Lo importante acá es conocer si existe dolo, y este se diferencia con el error por la intención. En el error no hay intención de provocar daño, por lo cual, en este último ejemplo, habría dolo, el error siempre es involuntario

D).- Error en la Persona: artículo 1455. Algunos autores lo clasifican dentro del error accidental porque tiene un tratamiento similar. El error en la persona es aquel que recae sobre la identidad del sujeto.

Ejemplo de error en la persona. María es profesora de inglés y Juan la contrata para que le dé clases a su hija. María llega a la casa de Juan y Juan la presenta diciéndole a su hija: ella es tu profesora de inglés, se llama Carolina. Pero el contrato está redactado con el nombre de Carolina. No hay error en la persona, solo existe error en el nombre y no produce vicio en la voluntad. La situación cambia y sí existe error en la persona cuando Juan quiere contratar a María, profesora de inglés, y el día de la clase llega alguien distinto, un traductor de árabe. Otro ejemplo: María quiere contratar a un profesor de civil que se llama Juan Andrés. Se comunican por teléfono conviniendo en un día y hora. María llega a la clase, ve al profesor y dice: usted no es Juan Andrés Orrego, es Juan Andrés Celis. Hay error en la identidad de la persona. Esto último es importante, tiene que ver con la identidad, no con el nombre. Otro ejemplo: Contrato a Lucía, que según mi información es cantante de flamenco, para un evento en la Embajada Española, y me envían a un humorista. En este caso el error vicia el consentimiento y el afectado puede elegir entre anular el contrato y pagar la indemnización a Lucía o bien se conforma con el contrato y asume el error, debiendo cambiar el programa en la Embajada Española, presentando al humorista en lugar de la cantante.

El error en la persona en principio no vicia la voluntad, porque la identidad no es relevante al momento de celebrar actos o contratos, pero hay casos en que sí podría viciarla, y son los actos en doctrina llamados "intuito personae", aquellos que se celebran en consideración a la identidad del otro, actos donde la identidad es fundamental, ya que no se celebrarían con cualquier persona sino con una en específico, porque se quiere que ese sujeto sea la contraparte. Por ejemplo: 1.-La

confianza, mandato, depósito, 2.-Por los afectos, el cariño, el amor, contrato de matrimonio o el reconocimiento de un hijo, 3.- Por la mera liberalidad, porque una parte está dispuesta a soportar un gravamen para beneficiar, como la donación. 4.- Las calidades o aptitudes que tenga otro. Ejemplo: se contrata a Juan como profesor porque es excelente en su actividad académica.



(Fernandez, 2019)

CAPÍTULO IV.-

1.- El Error Según Gustavo Balmaceda Hoyos

En el ámbito del dolo exige la concurrencia del conocimiento o, al menos, de la representación, de manera que la ausencia de este elemento, ya sea bajo la figura de la ignorancia o el error, implica, bajo ciertas circunstancias, la ausencia o inexistencia del dolo. El tema de la ausencia del conocimiento ha sido tratada por la doctrina bajo el concepto del error, en especial el error de tipo y el error de prohibición, entendiéndose que en estos casos lo relevante no radica en lo fáctico o jurídico del error, sino que en cuanto si el error radica o no en la conducta del sujeto en situaciones concretas. (Balmaceda, pág. 165)

2.- El Error según Enrique Bacigalupo Zapater

La Exposición de Motivos contiene también una clara definición en favor de la concepción del delito como "lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos", lo que, sin embargo, no condujo a la eliminación de los delitos de peligro abstracto. En lo referente a la pena el Proyecto mostró su preferencia por las teorías de la unión al sostener que la entiende "como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y que deberá orientarse, siempre que sea posible a finalidades preventivas". Y agrega: "presupuesto de la pena, así entendida, es la culpabilidad; el Código, concluye, consagra la rotunda declaración de que 'no hay pena sin culpabilidad'". De allí el resultado más grave, la responsabilidad objetiva y el reconocimiento de la relevancia del error. (Bacigalupo, pág. 98).

El error sobre las circunstancias que agravan o atenúan la pena si el autor obra desconociendo una circunstancia cuya concurrencia determina una agravación de la pena, la agravación no tendrá lugar. Así lo dispone el art. 14.2 del Cód. Penal. Las circunstancias agravantes a las que se refiere esta disposición pueden estar previstas en forma expresa en el tipo del delito particular (por ejemplo, las

circunstancias que agravan las lesiones del art. 148, o las circunstancias que agravan el robo —art. 242.2—) o en forma genérica en la parte general del Código Penal (art. 22). En esta última categoría entran naturalmente en consideración aquellas en las que el efecto agravante depende de circunstancias objetivas que deben haber sido conocidas por el autor. El texto no ha regulado como lo hace el § 16.2° del Cód. Penal alemán la cuestión que plantea el error consistente en la falsa suposición de un elemento con efectos atenuantes. Por ejemplo: el autor supone erróneamente las causas objetivas que generan su estado pasional (la mujer cree haber visto a su marido con otra mujer y lo agrede en una reacción producida por los celos), art. 21.3a, Cód. Penal español. (Bacigalupo, pág. 334).

Como vemos en Argentina, según Bacigalupo, el error en el ámbito penal tiene bastantes similitudes con el error en el ámbito penal chileno.

3.- El Error en el Derecho Penal Chileno.

En el Derecho Penal chileno, según la Constitución Política de Chile, en su artículo 19 número 3 inciso 6, dice “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”.

En Chile existen diversos principios en el Derecho Penal, algunos dados por el Código Penal y otros por la doctrina. La función de estos es limitar el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que le corresponde y cuando se debe aplicar una medida de seguridad. Lo anterior para proteger penalmente los bienes jurídicos, y así, de esta forma, permitir que la sociedad viva en forma pacífica.

4.-Principios en el Código Penal.

1.- Principio de ejecución: Artículo 7 del Código Penal

- 2.-Principio de Extraterritorialidad: Artículo 6 del Código Penal
- 3.- Principio de Legalidad: Artículo 18 del Código Penal
- 4.-principio de Legalidad en la ejecución de las penas: Reglamento Penitenciario 80 y Requisitos 80
- 5.-Principio de Territorialidad: Artículo 5 del Código Penal
- 6.-Principio Non Bis IN Ídem: Artículo 63

5.- Principios que da la Doctrina.

- 1.- Principio de mínima Intervención.
- 2.- Principio de Lesividad.
- 3.- Principio de Humanidad.
- 4- Principio de Culpabilidad.
- 5.- Principio de Proporcionalidad.
- 6.- Principio de Resocialización.

6.-El Derecho Penal y sus límites para castigar.

6.1.-Límites a la facultad de castigar en un Estado de Derecho.

El Estado de Derecho, si bien, en virtud del pacto social, goza de facultades para castigar a quienes cometan delitos, también tiene límites a dichas facultades. Una de ellas es el principio de legalidad, *nullum crimen, nulla poena sine legem, vale*

decir, que no hay crimen ni pena sin previamente una ley que así lo haya determinado. Primero debe existir una ley anterior a la comisión del delito.

Límites de la facultad de castigar en un Estado de Derecho: Lex Praevia, Lex Scripta y ley Stricta.

1.-Lex Praevia:

Señala que el comportamiento del sujeto debe estar descrito con anterioridad a la comisión del hecho y con una ley promulgada, es por ello que de aquí nace el principio de irretroactividad de la ley penal, es decir, no opera en hechos anteriores o en el pasado, solo excepcionalmente. Muy importante: solo operará si la nueva ley le beneficia o sea más favorable para el sujeto que haya cometido el delito, la excepción es pro reo

2.-Lex Scripta:

El derecho positivo es quien determina una conducta como delito y la sanción que recibirá quien lo cometa. Esta norma debe estar descrita formalmente en un Código o ley, y solo por ley es posible crear nuevos delitos y sus correspondientes penas.

3.-Lex Stricta:

Debe describir claramente la conducta que se prohíbe y determinar su pena.

6.2.- Excepciones al Principio de Legalidad.

En el derecho, por regla general, todo tiene una excepción y el principio de legalidad no queda ajeno a ello. Estas son: Medidas de seguridad, Analogía in bonam partem, Tipos Abiertos.

1.- Medidas de Seguridad: Tienen como base el principio de peligrosidad, y se ocupan cuando un sujeto cometió un delito, pero, por alguna razón, no se le puede castigar con una pena. Ejemplo: Artículo 10 N°1 del Código Penal. El individuo es

loco o demente y se hace necesaria su internación en un hospital psiquiátrico, debido a que es un peligro tanto para él, como para la sociedad.

2.-Analogia In Bonam Partem:

En el Derecho Penal chileno no está permitido aplicar una ley por analogía al sujeto que comete un delito. Es decir, si comete un acto delictual y se le condena a determinada pena, no es posible aplicar a otro sujeto, por analogía, la misma pena.

3.-Tipos Abiertos

Una de las obligaciones de los legisladores es determinar y precisar cada uno de los tipos penales, tratando de no dejar nada al azar. Se debe definir estrictamente qué conductas serán tipificada como delito.

4.- Clausulas Generales.

Son utilizadas en ciertas ocasiones cuando se configura algún delito, describen factores típicos y son variantes valóricas, para adaptar los tipos penales a variantes y exigencias político criminales.

6.3.- Los límites en un Estado Social.

Como ya se entregó la facultad de sancionar, en virtud del contrato social, el Estado debe ocupar esta facultad solo en beneficio y protección de la sociedad, tiene que cumplir dicha función y, para eso, deberá intervenir cuando sea estrictamente necesario. De allí nace el Principio de Mínima intervención. El Estado tutela sin juzgar, ni menos dominar al pueblo.

1.- Principio de mínima intervención.

Este Principio se hace necesario para que el Estado, utilice su facultad de castigar, solo cuando es la última herramienta que le queda, cuando ningún otro procedimiento entregue solución a la problemática.

2.- Principio de Lesividad.

La segunda limitación es el Principio de Lesividad o el ius puniendi. Señala que el derecho penal debe proteger los bienes jurídicos fundamentales.

6.4.- Limitaciones al Ius Puniendi en un Estado Democrático.

- 1.- Principio de Humanidad
- 2.- Principio de Culpabilidad
- 3.- Principio de Proporcionalidad
- 4.- Principio de Resocialización.

La Constitución Política de la República, determina las características de este principio, por ejemplo, del valor a la personalidad del individuo, ya que regula el interés del mismo.

7.- Análisis del Error en el ámbito Penal:

Para comenzar analizar el error en el ámbito del Derecho Penal, mencionaremos que, en la teoría finalista, según Hans Welzel, el delito parte de una acción, que es una conducta humana voluntaria, pero que tiene una finalidad u objetivo, es decir, persigue un fin. Por ejemplo, un sujeto que comete una acción, sea cual sea, espera de ella una finalidad, y, por ende, si al ejecutar dicha acción actúa bajo un error, es decir, un falso conocimiento sobre un hecho o cosa etc., la finalidad que él busca

sería distinta a la que logrará. Es por ello que esta teoría le da ciertos nombres a los sujetos que intervienen en la comisión de un delito: sujeto activo, es quien comete el hecho ilícito, sujeto pasivo es la víctima, quien recibe la lesión del bien jurídico penalmente protegido.

Segunda cuestión importante, es la intención que tiene el sujeto para cometer la acción, ya que, si retomamos el ejemplo anterior, si este realiza una acción y ella tiene como base un error, la intención cobra relevancia debido a que la finalidad que tiene la acción tendrá consecuencias.

La consecuencia para el sujeto será una pena o una medida de seguridad, ya que el bien jurídico penalmente protegido que lesionó, cobra importancia para la sociedad y el Derecho Penal, pero también es importante el sujeto que cometió la conducta ilícita pues, al igual que la víctima, es persona y debe ser tratada como tal.

Para analizar más en profundidad, la teoría del delito, Jaime Náquira expresa al respecto: *“la base de la sustentación de toda teoría del delito es la concepción que el Estado tenga acerca de la misión, sentido y alcance del derecho penal en la estructura social en la que está llamado a servir”* (p. 20).

Nelson Cid Castro, por su parte, señala: *“Es delito toda acción u omisión penada por la ley, las acciones y omisiones penadas se reputarán siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”*.

Es de suma importancia recordar que la responsabilidad de una persona deriva de un hecho que cometa, no por una condición distinta, por su raza, por su sexualidad, por su religión etc. y, con esto, no se puede dejar de mencionar que, en la Constitución Política de Chile, Artículo 19 N° 3 inciso 7 se señala: *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*. En un Estado de Derecho la tipicidad tiene rango constitucional, *“Nullun crimen sine lege”*.

Después de ubicar el error como uno de los elementos de la tipicidad, debemos recordar que hay una fase objetiva y una fase subjetiva. Nos detendremos en la

subjetiva, ya que esta tiene relación con el fuero interno que tuvo el sujeto para cometer el hecho. Si fue con intención, negligencia o desconocimiento, elemento subjetivo del tipo, es decir, cuál fue el ánimo del sujeto activo (aquel que daña el bien jurídico penalmente protegido), para llevar a cabo la acción o la omisión, ya que como dice el artículo 1 del código penal, para que exista delito debe haber alguno de los dos elementos antes mencionados, o sea, acción u omisión. Si estos faltan no hay necesidad de analizar si hay delito o no, pues no existe el elemento básico para que se configure la estructura de la teoría del delito.

Siempre hay que tener presente que no basta con que un sujeto provoque daño a un bien jurídico penalmente protegido, sino que debe atribuírsele ese daño y determinar cuál fue la fase subjetiva para haber actuado de esa forma.

El sujeto activo, debe ubicarse en la posición de un ignorante, ya que si conoce y tiene conciencia de que lo que hace no es correcto o que su acción es equivocada, estaría actuando con dolo.

El error, en el ámbito penal, es desconocer o conocer erróneamente todos o algún elemento objetivo del tipo penal. Según Balmaceda Hoyos “El dolo exige la exigencia del conocimiento o, al menos de la representación, de manera que la ausencia de este elemento, ya sea bajo la figura de la ignorancia o del error, implica, bajo ciertas circunstancias, la ausencia o inexistencia del dolo”. (p. 165).

Puede existir una persona que, no actuando con dolo ni negligencia, actué con desconocimiento. Roxin señala: “Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente” (p 458), es decir, si una persona actúa con desconocimiento, no pone intención en su forma de proceder, simplemente cree estar actuando dentro del marco legal.

Las diferencias culturales en una sociedad moderna son una realidad, y eso, necesariamente, presenta desafíos para el Derecho. Ya sea en razón de los movimientos migratorios, de la globalización o bien de repercusiones aun no resueltas de los efectos del colonialismo. Cómo sea, el afrontar los problemas que

el pluralismo a nivel jurídico conlleva es un verdadero desafío de los estados de Derecho modernos. (Castillo, 2014)

En Chile, con la llegada masiva de extranjeros, cada uno con su cultura, creencias religiosas, costumbres, es cierto, nos enriquecen con sus aportes. Sin embargo, claramente, generan una mutación en nuestra sociedad, ya que ellos provocarán cambios importantes, notorios y definitivos y, una de las cosas más importantes, sobre todo para muchos de ellos que no hablan nuestro idioma, es la dificultad de ver, conocer y entender nuestra cultura, aun mas, nuestro marco jurídico. Ejemplo: a un haitiano se le permite una determinada conducta en su país, pero en Chile, ese mismo hecho, está prohibido.

8.- Clasificación del error en ámbito penal.

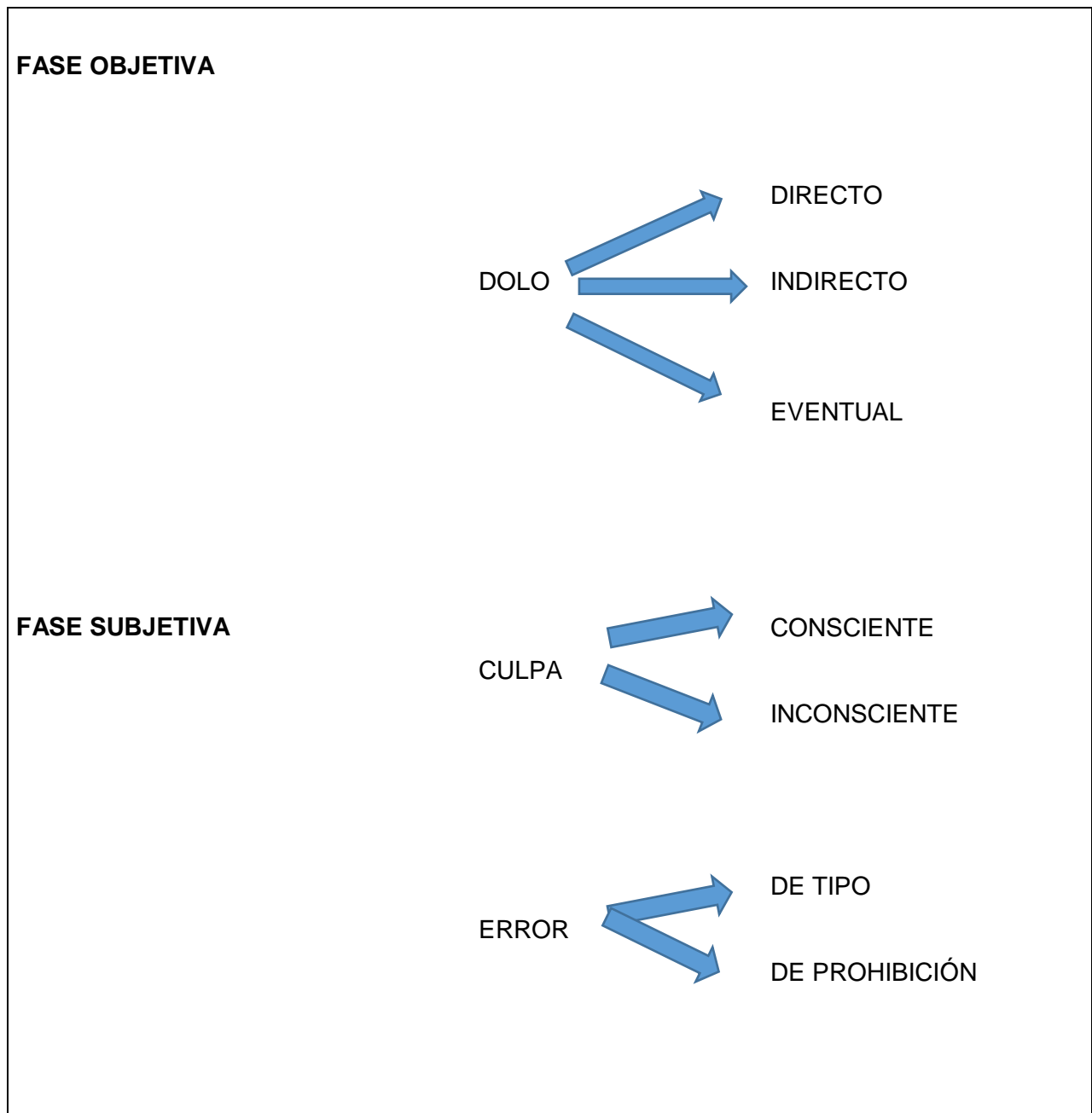
- a) Error de Tipo: Es aquel en que el autor ignora todos o algún elemento objetivo del tipo penal. Observación: no se puede confundir con la ignorancia o error que pueda tener el sujeto sobre el hecho.
- b) Error de Prohibición: El sujeto sabe que está llevando a cabo un hecho que no debe hacer, es decir, por ejemplo, sabe que está matando a otro, pero cree equivocadamente que es lícito su actuar porque tiene una causal que lo justifica, legítima defensa.

9.- Casos de Errores de tipo:

- a) Error de Tipo sobre el objeto (error in persona): es aquel que existe cuando el sujeto dirige el curso causal sobre un objeto que, por error, confunde con otro.

Ejemplo: Juan quiere matar a Pedro y este trabaja en una fábrica de dulces. Es invierno y lo espera cuando llega a su trabajo. Son las 6.00 AM y está oscuro. Al verlo ingresar le dispara, pero lo confunde con Jorge, compañero de Pedro, quien presenta características físicas similares.

10.- Mapa conceptual del error en el Derecho Penal.



(Fernández A. , pág. 2020)

CAPÍTULO V.

1.- El Error en el ámbito de Derecho Tributario.

El Artículo 2 del Código Tributario en actual vigencia (DL. N° 830 del 31.12.1974) y sus modificaciones, indica que, “en lo No previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales”.

Un análisis detenido de esta disposición nos señala que no existe entonces una clara disposición legal que defina el concepto de Error en materia tributaria, y en ese contexto, cualquier conflicto entre contribuyentes, por una parte, y el Estado representado por el Servicio de Impuestos Internos, deberá resolverse de conformidad con las normas de los textos de leyes de fondo, en este caso, el Derecho Civil y el Código Civil.

Aclarado este primer punto de solución de conflictos jurídicos que tengan como partida el error, hay que agregar que el artículo 21 del citado Código Tributario dispone que el “onus probandis” lo tiene el contribuyente, quien entonces deberá probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir, para el cálculo del impuesto.

Lo que estamos diciendo es que es posible que el contribuyente obligado al pago de un impuesto, pudiera estar cometiendo un error en el cálculo aritmético de los impuestos, entrando entonces a regir el artículo 25 del Código Tributario, que dispone que toda liquidación de impuestos practicadas por el Servicio tendrá el carácter de provisoria, mientras no se cumplan los plazos de prescripción. (Art 200 del Código Tributario).

Lo que ocurre es que el contribuyente, estando obligado al pago de un impuesto, no lo declare o lo haga imperfectamente, en cuyo caso, ante un evidente error de cálculo aritmético, u error objetivo, el Servicio de impuestos Internos, advirtiendo el error o la no presentación de la declaración de impuesto, procederá a aplicar el artículo 63 inciso primero, por medio del cual, el Servicio hace uso de todos los medios legales para comprobar (el error objetivo) la exactitud de las declaraciones presentadas por el contribuyente y para obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse, pudiendo incluso el Jefe de la oficina respectiva del Servicio de Impuestos Internos, citar al contribuyente para que dentro del plazo de un mes, presente una declaración o “rectifique, aclare, amplíe o confirme la anterior declaración”.

De esta manera, hay una referencia implícita en el texto señalado del artículo 63 del Código Tributario al “error”, cuando se afirma que el Servicio está pidiendo una declaración que o “rectifique, aclare, amplíe o confirme” una anterior declaración.

Entonces, realizada esta diligencia por el Servicio de Impuestos Internos, éste podrá “liquidar” el impuesto que corresponda, es decir, el Servicio presenta al contribuyente una nueva declaración de impuestos, donde se dejará constancia de las verdaderas sumas que debió declarar el contribuyente. El contribuyente no queda desamparado en esta corrección de error por parte del Servicio de Impuestos Internos, ya que podrá presentar un Reclamo ante el Juez Tributario, señalando el error que, a su vez, estaría cometiendo el Servicio en su liquidación, dejando pues al Juez Tributario para que en su sentencia ordene la verdadera cantidad del valor del impuesto, la que, a su vez, puede ser recurrida a la Corte de Apelaciones por el afectado por la sentencia de primera instancia, mediante un Recurso de Apelación.

Hay que señalar que, mediante la Ley Número 20.431 de 30 de abril del 2010, se incluyó en el Código Tributario, el artículo 36 bis el cual señala que los contribuyentes que al efectuar su declaración “incurrieren en errores que incida en la cantidad de la suma a pagar, podrán efectuar una nueva declaración, antes que exista liquidación o giro del Servicio, corrigiendo las anomalías que presenta la declaración primitiva y pagando la diferencia resultante, aun cuando se encontraren

vencidos los plazos legales, sin perjuicio de la aplicación de sanciones y recargos que correspondan a las cantidades no ingresadas oportunamente y las sanciones previstas en los números 3 y 4 del artículo 97 del Código Tributario, si fuere precedente.”

Realizando un comentario breve de esta clarísima disposición legal citada precedentemente, si se comete un error objetivo por parte del contribuyente, tal como lo es un cálculo aritmético del valor a pagar, y aunque haya enviado su declaración al Servicio de Impuestos Internos, podrá emitir una segunda declaración de impuestos, antes de que exista una liquidación o un giro emitido por el Servicio de impuestos Internos. Debemos hacer presente que la liquidación podrá ocurrir solo después que se cite al contribuyente, de conformidad con el artículo 63, como señalamos anteriormente, ya que el giro u orden de pago que entrega el Servicio de Impuestos Internos, de acuerdo al artículo 37 del Código Tributario, se hará al precluir el período legal que tiene a su favor el contribuyente para presentar un reclamo ante el Tribunal Tributario. Es decir, no antes del nonagésimo primer día desde que el contribuyente presentó o no, este Reclamo, de conformidad a derecho.

2.- El Error en el Servicio de Impuestos Internos.

El Código Tributario reconoce que el Servicio de Impuestos Internos puede “cometer errores objetivos de cálculo de cantidades a pagar por el contribuyente” y eso lo encontramos en el artículo 56, inciso tercero, al disponer que “en los casos en que el Servicio incurriere en error al girar un impuesto, el Director Regional deberá condonar totalmente los intereses penales, hasta el último día del mes en que se cursare el Giro definitivo. Luego, en esta disposición, el legislador tributario reduce el daño que pudiere haber incurrido por el Fisco (servicio de Impuestos Internos) señalando que también la entidad estatal puede cometer errores). Artículo que fue incluido en el texto por el D. Ley N° 3.579 de 12 de febrero de 1981. No disponemos de un comentario archivado por el pseudo legislador de la fecha, que

nos permita saber los antecedentes que lo motivaron a modificar el texto original del artículo 56 del Código Tributario.

3.- Mención al Error del contribuyente en el procedimiento de reclamo del artículo 149 y siguientes del Código Tributario.

El procedimiento de Reclamo ante el Juez Tributario, favorece al contribuyente afectado por una tasación emitida por el Servicio de Impuestos Internos.

Este Procedimiento de reclamo de los avalúos de bienes raíces, señala que son reclamables las causales que el contribuyente fundamente y que provengan de:

- 1) Determinación errónea de la superficie de los terrenos o construcciones.
- 2) La aplicación errónea de las tablas de clasificación respecto del bien gravado.
- 3) Errores de transcripción de copia o de cálculo.
- 4) Inclusión errónea del mayor valor adquirido por los terrenos con ocasión de mejoras costeadas por los particulares.

Sin embargo, aun cuando el Artículo 149 claramente pretende favorecer al contribuyente afectado por una tasación que no es objetiva, al incluir medidas o valores que no correspondan al bien raíz, rápidamente el legislador tributario enmienda su buena intencionalidad al señalar en el último inciso del artículo 149 que “la reclamación o la reposición que se fundare en una causal diferente será desechada de plano.” Este inciso fue incluido por el artículo 2, N° 1, letra c de la ley 20.732 de marzo del 2.014, es decir, 25 años después del regreso a la democracia en Chile, desechando el favorecimiento que había dispensado el legislador militar al contribuyente desde el 1 de enero de 1975, fecha que en comenzó a regir el Código Tributario.

De esta manera, podemos señalar que el legislador tributario ha querido dejar de manifiesto que:

- a) El contribuyente afectado por la potestad tributaria del Estado puede ejercer derechos comprometidos por éste mediante la concurrencia mediante la acción de reclamo, ante el Juez Tributario.
- b) Que debe tratarse siempre de un error objetivo, es decir, de mediciones, de cálculos aritméticos, y no de simples errores subjetivos, tales como, ver acciones ocultas en las decisiones del Servicio de Impuestos internos, presuntas discriminaciones, y similares.

El Error en el ámbito del Derecho Tributario, no está definido. Menciona que hay error o vicios, errores u omisiones, y, en virtud de eso, es que se hace más factible poder utilizarlo para obtener una sentencia a nuestro favor.

CONCLUSIÓN.

En el ámbito civil, el error es una circunstancia en la que no existe voluntad de hacer algo bueno o malo, no hay la voluntad de contravenir la ley, de provocar daño, solo existe el desconocimiento de una circunstancia, algo que se cree verdadero y es falso o viceversa. Así, la línea de distinción con el dolo podría ser fina, ya que al analizar concretamente se verá si existe o no error, pero siempre desde el punto de vista de la intención, que tuvo el sujeto. Lo otro importante es que, si existe error en algún caso en específico, o se presume que ni siquiera se formó el consentimiento, la sanción según la doctrina es la inexistencia y, para el legislador, es la nulidad absoluta.

La importancia del error en materia civil radica en si vicia o no el consentimiento, ya que, según la respuesta, si es positiva o negativa, sabremos si hay un acto o contrato, con vicio o inexistente.

El Error en ámbito Penal.

En el ámbito penal, lo más importante es su clasificación, es decir, error de tipo o de prohibición. Si hay error de tipo, es porque recaerá en los elementos objetivos

del tipo y si hablamos de la segunda clase de error, se refiere a que recae sobre la licitud o ilicitud del acto.

Además, si en un procedimiento penal, se logra probar que una persona actuó bajo el error, no recibirá pena alguna, porque tiene una eximente de responsabilidad penal.

El Error en materia Tributaria.

El Código tributario no se preocupó de tener conceptos ni clasificaciones sobre el error, solo hace acercamientos y los asimila en su artículo 39, por ejemplo, a la omisión y en el art. 178 a un vicio. Entonces, podemos decir que el Código confunde dos conceptos completamente distintos.

Claramente, en el ámbito tributario, puede haber un error, omisión o derechamente un vicio. Lo que sí está claro, es que en este ámbito es totalmente útil la institución del error, porque los contribuyentes, por desconocimiento, premura de los plazos o por otros motivos, cometerán errores, tal como lo demuestra la siguiente sentencia.

En el Apéndice veremos distintos tipos de sentencias las cuales demuestran que esta institución está completamente vigente.

APÉNDICE

Sentencia N°1, Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Error de prohibición, Rit N° 041-2004

04-12-2008

Delito: Desacato, Absolución por no tener conciencia que conducta era ilícita.

Temuco, veintiséis de Julio de dos mil cuatro.-

VISTOS:

En esta causa RUC N°0200075104-1 y RIT N°041/2004, la primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, integrada por la señora Ester Valencia Duran, Presidente, Christian Alfaro Muirhead y Jorge González Salazar, redactor, se dictó sentencia definitiva con fecha 11 de Junio de 2004 por la que se absuelve al imputado Raúl López Cea, ya individualizado de la acusación fiscal y particular deducida en su contra en calidad de autor del delito de desacato, previsto en el art.240 inc.2º del Código de Procedimiento Civil, que se habría perpetrado en la Comuna de Freire, el 11 de Diciembre de 2001.- Contra dicha sentencia el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad por estimar que se incurrió en el vicio del art.373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho que influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo; en subsidio, invoca la causal del art.374 letra e), en relación con el art.342 letras c), d) y e) del referido cuerpo procesal.- En la audiencia fijada para la vista de la causa se escuchó al Ministerio Público y a la Defensa, terminada la cual se notificó a los intervinientes que la causa quedaba en acuerdo y se fijaba para la lectura de la sentencia la audiencia del 26 de Julio en curso, a las 9 hrs.-

CONSIDERANDO:

1º).- El Ministerio Público deduce recurso de nulidad en contra de la individualizada sentencia por estimar que concurre la causal del art.373 letra b) del Código Procesal

Penal, porque el considerando 9º del fallo impugnado sostiene que al imputado le favorece la eximente de responsabilidad del art.10 Nº10 del Código Penal, sobre ejercicio legítimo de un derecho, ya que el 22 de Octubre de 2001 inscribió en el Conservador de Bienes Raíces de Temuco la posesión efectiva quedada al fallecimiento de su bisabuelo Juan Cea, en la que él es dueño de acciones y derechos en la hijuela Nº1 de 100 hectáreas de superficie, ubicada en Allipén, comuna de Freire, y en mérito de ella volvió a ocupar el predio en cuestión el 11 de Diciembre de 2001, luego que en causa Rol Nº43.841 del Segundo Juzgado Civil de esta ciudad, caratulada Castillo con López, por sentencia definitiva de 30 de Agosto de 1999 se le condenó restituir la posesión de un inmueble de propiedad de la querellante, de casi una hectárea de superficie, por lo que el 23 de Octubre de 2001 fue lanzado del inmueble con el auxilio de la fuerza pública, y en él permanece actualmente. Tal hecho configura el delito de desacato del art.240 inc. 2º del Código de Procedimiento Civil.- Sin embargo, el referido considerando 9º concluye que no se configura el referido delito porque falta un elemento esencial para hacer reprochable su conducta, como es la culpabilidad, porque actuó en el convencimiento absoluto de estar amparado por los derechos hereditarios que le correspondían en la herencia de su bisabuelo Juan Cea Mora, lo que se sustenta en la inscripción del auto de posesión efectiva de fecha 22 de Octubre de 2001, en el Conservador de Bienes Raíces de Temuco, que da cuenta que la sucesión intestada del causante, formada por el imputado en calidad de bisnieto, es dueña de acciones y derechos en la hijuela en cuestión. En consecuencia el acusado, sostiene la sentencia, incurrió en un **error de prohibición** porque actuó creyendo que se encontraba amparado en la causal de justificación del art.10 Nº10 del Código Penal, lo que obsta a la conciencia de la ilicitud de su conducta, por lo que su comportamiento siendo típico y antijurídico, no es culpable, y la falta de este elemento del tipo impido que se configure el delito pesquisado.- **2º).**- La aludida interpretación infringe el art.10 Nº10 del Código Penal porque para que opere la eximente de ejercicio legítimo de un derecho es necesario que exista un derecho, lo que ocurre cuando el ordenamiento jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos; y que el derecho se ejercite legítimamente, es

decir, en las circunstancias y de la manera que la ley señala. En la especie, la anotación de la posesión efectiva en el correspondiente registro no puede estimarse autorización suficiente para que el acusado ocupe nuevamente el inmueble porque en esa anotación no se indica la porción de terreno y los límites de lo que corresponde al acusado. De modo que su conducta constituye autotutela porque no pretende conservar sino reparar una situación de menoscabo de su derecho, mejorándolo, porque adquiere uno que aún no está definido. En circunstancias que si cree tener acciones y derechos sobre ese inmueble, debió ejercer las acciones civiles respectivas, relativas a la posesión material de la herencia y no actuar como lo hizo. En consecuencia, la sentencia hizo una errónea aplicación del derecho que influyó en lo resolutive del fallo.-

3º). - Pero, además, sostiene la recurrente, el referido considerando 9º incurre en una más grave errónea aplicación del derecho porque redundó en la absolución del imputado, al afirmar que incurrió en un **error** inevitable de prohibición porque actuó creyendo equivocadamente que se encontraba amparado por la eximente del art.10 Nº10 del Código Penal, lo que obsta a la conciencia de la ilicitud de su conducta y su comportamiento no es culpable y, en consecuencia, no hay delito. Es decir, se deja claro que el acusado realizó un hecho típico (ocupar nuevamente el inmueble de autos, quebrantando una resolución judicial firme y ejecutoriada), y, además, su voluntad aceptó ese resultado, o sea, obró con dolo directo respecto de ese quebrantamiento porque al ser su conducta típica y antijurídica queda en claro que el hecho no está en general permitido por el derecho y no concurría a su respecto la aludida causal de justificación. El **error** en la aplicación del derecho consiste en que el tribunal, para absolver al imputado, aplica una teoría propia de la concepción finalista del delito, discutida por muchos autores, que a nivel de culpabilidad discurre sobre la base que el conocimiento del significado antijurídico de la conducta existe de manera independiente del dolo y se le ubica como un elemento autónomo de la culpabilidad. Por lo dicho, corresponde establecer que entendemos por conocimiento de la antijuridicidad y el profesor E. Cury dice que el que interviene en la ejecución de un delito solo obra culpablemente si, en el momento de hacerlo,

contaba con la posibilidad real de conocer lo injusto de su actuar. A este respecto la doctrina plantea dos problemas fundamentales: la característica que debe tener el conocimiento del delincuente del significado antijurídico de su hecho, y el problema relativo al **error de prohibición**.- Sobre el primer punto, dicen los autores que adscriben a esta teoría que para que exista conocimiento de la antijuridicidad basta que el acusado haya tenido la posibilidad de valorar su conducta como contraria al ordenamiento jurídico, cuestión que ocurrió en autos pues sabía que existía una orden de lanzamiento y frente a la posterior emisión del auto de posesión efectiva tuvo la posibilidad de hacer consultas y asesorarse. Por ende el tribunal se equivoca

al sostener que el acusado no tuvo la posibilidad de conocer lo injusto de su actuar y esto solo fundado en una presunción de los jueces, que es contraria a la que establece el art.1º del Código Penal.- Pero también es erróneo calificar de **error de prohibición** inevitable la falsa creencia del acusado que el auto de posesión efectiva obtenido con posterioridad lo facultaba a ejecutar lo que hizo, en circunstancia que tuvo el tiempo y la posibilidad de recurrir a quien lo asesorara y nada le compelia a ocupar rápidamente el inmueble. En suma, si es que hubo un **error** éste fue evitable y nuevamente el fallo asevera lo contrario sin prueba alguna, porque no se rindió en el juicio oral, en circunstancias que a lo más se admite por algunos autores la eficacia excusante del **error de prohibición** siempre que éste se acredite en el proceso y se destruya así la presunción de culpabilidad del art.1º del Código Penal.-

4º).- En subsidio deduce la causal de nulidad absoluta del art.374 letra e), en relación con el art.342 letra d) , ambos del Código de Procesal Penal, porque la sentencia, en el mismo considerando 9º, no contiene las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundamentar el fallo. En efecto, dicho considerando 9º -que el recurrente transcribe- se limita a sostener que el acusado padeció de **error** de prohibición inevitable que lo exime de responsabilidad penal pero no cita precepto penal alguno en apoyo de su elucubración. Luego el recurrente insiste en sus

planteamientos anteriores en cuanto a que si existió un **error** de prohibición éste no era inevitable y como el acusado debió actuar para evitar incurrir en ese **error**.- En mérito a todo lo anterior el Ministerio Público solicita anular la sentencia recurrida y el juicio oral que le antecede, volviendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.-

5º).- Que del propio tenor del recurso deducido y del muy impugnado razonamiento 9º de la sentencia en cuestión, aparece claramente que la errónea aplicación del derecho que influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo, como que absolvió en vez de condenar, en que el Ministerio Público recurrente fundamentó la primera causal de anulación que invoca, no es más que una diferencia de criterio entre la tesis del acusador y los sentenciadores, cuestión que el mismo recurrente admite que también mantiene dividida a la doctrina y la jurisprudencia.- En consecuencia, no es este recurso el instrumento legal para zanjar el debate, porque la ley lo ha establecido en forma precisa para corregir, en este caso, un **error de derecho**. Y existirá dicho **error** cuando el mandato legal ordena cumplirse de una determinada manera y el operador jurídico, el Juez, la aplica de un modo distinto. Es decir, los sentenciadores por ignorancia, negligencia, prevaricación u otra circunstancia, hacen una aplicación equivocada, diversa del mandato de la norma que tiene un sentido claro y una aplicación indiscutible. Por tanto no se puede invocar esta causal cuando el punto de derecho, el mandato legal es discutible y pudiendo cumplirse de más de una manera los sentenciadores optan por un visión distinta a la que sustenta el recurrente, porque de acogerse la tesis de éste se estaría privando a los jueces de primer grado del legítimo ejercicio de sus facultades legales, pretendiendo que ellas se reemplacen por el criterio de los superiores en circunstancias que no hay **error** sino que, en una materia opinable, han usado su facultad de optar por la que estiman más acorde a los antecedentes del proceso, a sus conocimientos y a sus convicciones.- En mérito a lo anterior, no cabe sino rechazar esta causal de anulación.-

6º).- En relación a la segunda causal invocada, por falta de razones legales o doctrinales para calificar jurídica mente cada uno de los hechos y sus circunstancias

y para fundar el fallo, basta para rechazarla el propio tenor del recurso en que incluso se transcribe el fundamento 9º de la sentencia que se pretende anular donde, precisamente, los jueces que presenciaron todo el debate concluyen que el **error** de prohibición en que fundamentan su absolución, se sustenta en la declaración del acusado quien señaló en forma clara y coherente que los terrenos donde él vivía eran de su propiedad, dichos que se encuentran en concordancia con la inscripción del auto de posesión efectiva a que aluden, de la que consta que el acusado es dueño de acciones y derechos en la hijuela de que fue lanzado y que era de su bisabuelo. Por eso creyó que ejercía su legítimo derecho y aunque equivocado, lo ampara la circunstancia eximente de responsabilidad del art. 10 N°10 del Código Penal, porque no tuvo conciencia que esa conducta era ilícita.- Pero si lo anterior puede parecer insuficiente para fundar la resolución del tribunal, ella tiene también como sustento básico las otras conclusiones del proceso, que en el recurso no se exponen, y de su contexto aparece que el acusado es un pequeño agricultor cuyo derecho sobre la tierra que lo vio nacer emana de un Título de Merced conferido a sus bisabuelos en 1914, que por intermedio de CONADI se reinscribió en 1993 y el 2001 obtuvo la posesión efectiva de sus bisabuelos; que en 1973 tuvo que abandonar sus tierras y venirse a Temuco y al regresar a tomar posesión de sus bienes, el 16 de Septiembre de 1998, se encontró que éstos eran ocupados por personas que no tenían derechos por lo que recurrió a CONADI a reclamar contra el ocupante, a quien citaron, sin que se llegara a ningún acuerdo porque éste había iniciado una acción judicial paralela para proteger su ocupación, y en eso, el 23 de Octubre de 2001, fue lanzado, en circunstancias que el 22 del mismo mes y año inscribió en el Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad su reconocimiento como heredero de esos terrenos (Considerando 7º). Es decir, se trata de terrenos indígenas y el acusado es un comunero que ante el organismo especialmente competente para resolver sus conflictos, la CONADI, hizo las gestiones necesarias para tratar de regularizar sus derechos, sin lograrlo plena y oportunamente, y contra quien el ocupante de los terrenos de la Comunidad obtuvo sentencia favorable en querrela posesoria de restablecimiento, en causa rol N°43.841 del Segundo Juzgado Civil de esta ciudad, pese a que de la prueba del proceso penal emana (fundamento

8º letra c), que el acusado fue conocido como propietario del inmueble donde vive y realizaba actos de tal.- En consecuencia, la exigencia sobre el conocimiento y conciencia de la ilicitud de su comportamiento es una cuestión de hecho que se debe juzgar y resolverse en el contexto del caso concreto que se juzga, tanto en sus circunstancias materiales fácticas, cuanto en las características personales de los actores, en especial del imputado, sin perder de vista que el derecho penal es por esencia la ciencia de la última ratio, el último instrumento en que el Estado, mediante la fuerza, pretende hacer entrar en razón a quien vulnera el mandato de la norma jurídica.-

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 1º del Código Penal; 372, 373 letra b), 374 letra e) en relación con el 342 letra d), 376 y 384 del Código Procesal Penal se declara: Que se rechaza en todas sus partes el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público en contra de la sentencia de la Primera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Temuco, de fecha 11 de Junio de 2004, que Absuelve al imputado Raúl López Cea, ya individualizado, de la acusación fiscal y particular deducida en su contra, considerándolo autor del delito de desacato, del art.240 del Código de Procedimiento Civil, perpetrado en la Comuna de Freire, el 11 de Diciembre de 2001.-

REGÍSTRESE y dése a conocer a los intervinientes que asistan a la audiencia de lectura del fallo, sin perjuicio de su notificación por el Estado Diario. Oportunamente, devuélvase.-

Rol N°398-2004.-

Redacción del Ministro Héctor Toro Carrasco.-

Pronunciada por la Segunda Sala.

Ministros señores Lenin Lillo Hunzinker, Archibaldo Loyola López y Héctor Toro Carrasco. Se deja constancia que el Ministro señor Lenin Lillo Hunzinker no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse en comisión de servicio.-

En Temuco, a veintiséis de Julio de dos mil cuatro, se notificó por el estado diario la resolución precedente. Certifico que el día de hoy, a las 9:00 horas se procedió a dar lectura del fallo precedente en presencia de los Ministros Señores Archibaldo Loyola López, Héctor Toro Carrasco y el abogado integrante don Fernando Mellado Diez, concurriendo a la audiencia el Fiscal don Andrés Tapia Morales y la Defensora Penal Pública doña Sandra Jelves Mella. Temuco, veintiséis de Julio de dos mil cuatro. Robinson Villarroel Cruzat.

Publicado por Mario Águila en jueves, diciembre 04, 2008

Sentencia N°2, Corte de Apelaciones de Santiago, Error de derecho, error judicial, Rol 2.182-98.

24-07-2008

Delito: de lesa humanidad

Santiago, doce de noviembre de dos mil siete.

V I S T O S:

En estos autos N° 2.182-98, rol de la Corte de Apelaciones de Santiago, episodio Vidal Riquelme, por sentencia de primera instancia dictada por el Ministro de Fuero señor Jorge Zepeda Arancibia el catorce de enero de dos mil cinco, que se lee de fojas 886 a 957, se condenó a Claudio Abdón Lecaros Carrasco a sufrir las penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de secuestro calificado en la persona de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez acaecido desde el quince de septiembre de 1973; tres años de presidio menor en su grado medio, la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Cesario del Carmen Soto González o Casáreo Soto, acaecido en el sector del puente sobre el río Loncomilla el 15 de septiembre de 1973; y, tres años de presidio menor en su grado medio y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez, perpetrado en el sector del puente sobre el río Loncomilla, el 15 de septiembre de 1973. Se condenó a José Basilio Muñoz Pozo a las penas de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena como autor del delito de secuestro calificado de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez a contar del 15 de septiembre de 1973; tres años

de presidio menor en su grado medio y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de homicidio calificado en la persona de Cesario del Carmen Soto González o Cesáreo Soto, ya señalado; y, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en calidad de autor del delito de homicidio calificado de Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez, acaecido en el sector del puente sobre el río Loncomilla, el 15 de septiembre de 1973. Por último, se absolvió al enjuiciado Omar Antonio Mella Lillo de los cargos librados en su contra en la acusación de fojas 546 y adhesión de fojas 553, de ser autor de los delitos de secuestros calificados de Cesáreo Soto o Cesario del Carmen Soto González y de Vidal Riquelme Ibáñez y del homicidio calificado de Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez.

Por su fracción civil, se acogió, con costas, la demanda interpuesta por Nelson Guillermo Caucoto Pereira, en representación de Luis Vidal Riquelme Norambuena, en el primer otrosí del escrito de fojas 553, en contra del Fisco de Chile, representado por la abogada Clara Szczaranky Cerda, en su calidad de Presidente del Consejo de Defensa del Estado, disponiéndose el pago por el demandado de la cantidad de \$250.000.000.- (doscientos cincuenta millones de pesos), como indemnización por el daño moral producido.

Apelado dicho veredicto por doña Loreto Meza Van Der Daele, en representación del Programa Continuación de la Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior, como también por la asistencia letrada del querellado Claudio Lecaros Carrasco y por doña María Teresa Muñoz Ortúzar, abogado Procurador Fiscal de Santiago, previo informe de la Fiscal Judicial señora Sylvia Pérez Pizarro, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de siete de noviembre de dos mil cinco, que corre a partir de fojas 1161, en lo penal, declaró que los acusados Claudio Abdón Lecaros Carrasco y José Basilio Muñoz Pozo quedan condenados a sufrir, cada uno de ellos, la pena única de cinco años de presidio menor en su grado máximo, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta

para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y el pago de las costas del litigio, en calidad de autores del secuestro calificado de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez, desde el 15 de septiembre de 1973, y de los homicidios calificados de Cesáreo del Carmen Soto González o Cesáreo Soto y de Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez, acaecidos en el sector del puente sobre el río Loncomilla, en la señalada data. A su turno, el veredicto de alzada aprobó la sentencia impugnada en cuanto absolvió a Omar Antonio Mella Lillo de la acusación y adhesión formuladas a fojas 546 y 553, respectivamente. En lo civil, revocó el pronunciamiento de primer grado por el que se accedía a la demanda entablada en el primer otrosí del escrito de fojas 553 y, en su lugar, declaró que se acoge la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de su presentación de fojas 707.

En contra de esta última decisión, los abogados Miguel Ángel Cerda, en representación del encausado Claudio Lecaros Carrasco; Nelson Caucoto Pereira, por la parte querellante; y Loreto Meza Van Den Daele, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, dedujeron sendos recursos de casación en el fondo y, declarado admisible únicamente el último de tales arbitrios, se trajeron los autos en relación, según reza la resolución de fojas 1213.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la compareciente Loreto Meza Van Den Daele, por el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, ha planteado un recurso de casación en el fondo asilado en la causal 1ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo **error de derecho** al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad.

Sostiene que el dictamen impugnado ha incurrido en **error** al reconocer la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 1 del

Código Penal, en conexión con el artículo 10 N° 9 del mismo cuerpo legal, al acusado Muñoz Pozo; al estimar concurrente respecto de ambos condenados en los delitos de homicidios calificados, la situación prevista en artSostiene que el dictamen impugnado ha incurrido en **error** al reconocer la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 11 N° 1 del Código Penal, en conexión con el artículo 10 N° 9 del mismo cuerpo legal, al acusado Muñoz Pozo; al estimar concurrente respecto de ambos condenados en los delitos de homicidios calificados, la situación prevista en artículo 103 del estatuto sancionatorio, apreciando de este modo los hechos como revestidos de dos o más atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante; al dejar de considerar las agravantes contempladas en los números 5, 6, 11 y 12 del artículo 12 de la aludida compilación; y, por último, al vulnerar, con la aplicación de institutos como el de la media prescripción, normas de carácter internacional vigentes en Chile, como el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve y los artículos 147 y 148 del Convenio IV sobre la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra.

SEGUNDO: Que no obstante lo anterior, durante el estudio de la causa, el Tribunal advirtió que los antecedentes dan cuenta de un vicio de aquéllos que permiten invalidar de forma la sentencia, de oficio, lo que no se pudo dar a conocer a las partes atendido el estado procesal en el que se encontraban los autos.

TERCERO: Que, en efecto, en estos autos, se dictó sentencia condenatoria por los delitos de secuestro calificado de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez y de homicidios calificados en las personas de Cesáreo del Carmen Soto González o Cesáreo Soto y Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez, incurriendo en razonamientos contradictorios, toda vez que el fallo de primer grado, en su reflexión quincuagésima primera, mantenida por el veredicto atacado, determinó que los condenados deberán cumplir las penas privativas de libertad que les fueron impuestas en orden sucesivo, principiando por la más grave, de conformidad a la acumulación material a que se refiere el artículo 74 del Código Penal, por ser más beneficioso que el sistema que contempla el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. A su turno, y sin

perjuicio de lo reseñado, en la motivación tercera del dictamen de alzada, expresamente sanciona a los responsables por las diversas figuras penales de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 509, antes citado, para concluir imponiendo una sola pena por las diversas infracciones.

CUARTO: Que la presencia de consideraciones antinómicas, como lo son los motivos quincuagésimo primero del fallo de primer grado y tercero de la resolución de alzada, trae como corolario que ellos se oponen o destruyen entre sí y acarrea el defecto de carecer la sección resolutive del dictamen de la debida fundamentación sobre el particular, y en el hecho, dejan privada de sustento la afirmación relativa a la penalidad impuesta en los diversos hechos criminosos, al anularse la una con la otra, vicio que la invalida.

QUINTO: Que, dado lo expuesto, el fallo de alzada, con la anomalía anotada, queda claramente incurso en la causal consagrada en el literal noveno del artículo 541 del Código persecutorio penal, en conexión con el artículo 500, N° 4°, de la misma recopilación, pues no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley; deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la anulación de oficio del fallo que la contiene.

SEXTO: Que acorde con lo expuesto y en virtud de lo prevenido en el artículo 535, inciso 1°, del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 775 del de Enjuiciamiento Civil, esta Corte se encuentra facultada para invalidar la indicada resolución, desde que se dan en la especie los presupuestos que permiten al tribunal proceder de oficio y siendo evidente el vicio de que adolece el fallo en estudio, hará uso de dicha atribución, anulando el dictamen por la causal reseñada en el basamento anterior.

SÉPTIMO: Que, en razón de lo antes concluido, se tendrá por no interpuesto el recurso de casación en el fondo intentado por la representante del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, en lo principal de su presentación de fojas 1.186, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 500, N° 4°, 535, 541 N° 9° y 544 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765, 775 y 808 del de Enjuiciamiento Civil.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 500, N° 4°, 535, 541 N° 9° y 544 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765, 775 y 808 del de Enjuiciamiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia de siete de noviembre de dos mil cinco, que obra de fojas 1.161 a 1.167, la que es nula en todas sus partes y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción del abogado integrante señor José Fernández Richard.
Rol N° 6626-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. José Fernández R. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro

Santiago, doce de noviembre de dos mil siete.

En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de casación precedente y lo previsto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con las siguientes modificaciones:

1. - Se mantienen las rectificaciones y adiciones indicadas en los numerales 1.- a 7.- inclusive, de la sentencia invalidada;

2.- Se suprimen los basamentos Cuarto, Séptimo a Décimo, Décimo Quinto a Vigésimo, Vigésimo Séptimo a Cuadragésimo Segundo, Cuadragésimo Cuarto a Quincuagésimo Primero y Quincuagésimo Cuarto a Septuagésimo Segundo;

3.- Se elimina la frase "el motivo Cuarto de" que se lee en la parte final de la reflexión Décimo Tercera;

4.- En la consideración Vigésimo Sexta se prescinde de la referencia hecha a las defensas del acusado José Basilio Muñoz Pozo formuladas en su libelo de fojas 763;

5.- En su apartado Cuadragésimo Tercero se reemplaza la oración, dos homicidios calificados y un secuestro, por tres homicidios calificados;

6.- Se reproducen los fundamentos Primero, Segundo y Quinto a Noveno de la sentencia anulada de la Corte de Apelaciones de Santiago de siete de noviembre de dos mil cinco.

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

1°).- Que si bien es efectivo que los hechos de los que fue víctima Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez se tipificaron como constitutivos del delito de secuestro calificado, desde que su cuerpo no ha sido habido hasta la fecha, su identidad y muerte están suficientemente acreditadas en autos.

En efecto, para comprobar el hecho de la muerte, las normas del Libro II del Código de Procedimiento Penal no son exclusivas, pues aun cuando no medie el hallazgo del cadáver de la víctima y la consiguiente autopsia, puede recurrir el juzgador a

otras circunstancias. En efecto, para comprobar el hecho de la muerte, las normas del Libro II del Código de Procedimiento Penal no son exclusivas, pues aun cuando no medie el hallazgo del cadáver de la víctima y la consiguiente autopsia, puede recurrir el juzgador a otras circunstancias fácticas de las que emanen presunciones para arribar a la convicción de su acaecimiento. Tal aserto lo reafirman los artículos 657 N° 2° y 663 inciso primero del estatuto procesal penal, atinentes al recurso de revisión.

2°).- Que en orden a comprobar el fallecimiento de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez se han reunido los siguientes elementos de convicción:

a) Querrela de fojas 2, de 9 de agosto de 2.002, intentada por Luis Vidal Riquelme Norambuena, la que bajo el capítulo Los Hechos, indica que Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez fue privado de libertad el día 16 de septiembre de 1.973, alrededor de las 10 horas, luego de que se presentara al Retén El Melozal Sur, cumpliendo una orden de la autoridad policial. Junto a otros dos detenidos, Cesáreo Soto González y Rubén Acevedo Gutiérrez, fue retirado de la unidad por una patrulla militar a cargo del suboficial de Ejército José Basilio Muñoz Pozo. El mismo día de su detención, su pareja, doña Rosa Norambuena Sepúlveda, escuchó por radio que varios detenidos habían sido muertos en el Puente Loncomilla al intentar escapar de la patrulla militar que los custodiaba. Entre los afectados se mencionaba a Vidal Riquelme, Cesáreo Soto y Rubén Acevedo. Conocida esa noticia, familiares de las víctimas consiguieron una autorización para rastrear el río Loncomilla con el objeto de encontrar los cuerpos, lugar donde sólo se hallaron los restos de Cesáreo Soto tres días después de ocurridos los hechos, y otros cuerpos sin vida, entre ellos, los de Rubén Acevedo y Gerardo Encina, que presentaban orificios de bala en la espalda y el pecho destrozado;

b) declaración prestada ante la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación por Abraham Riquelme Ibáñez, con fecha 16 de agosto de 1.990, quien refiere que en septiembre de 1.973 le avisaron que su hermano había sido detenido y no aparecía. En el retén de Melozal el sargento Meller le comunicó que lo había entregado a una

patrulla militar. En San Javier habló con José Muñoz Pozo, quien le dijo que su herma no al ser traído detenido se había fugado y que el capitán al mando del lugar les dio una autorización para buscarlo en el río Loncomilla, el mismo que les señaló que si encontraban otros cadáveres los dejaran en el lugar. Señala que vieron otros cinco cuerpos en el río, ninguno de los cuales correspondía a los detenidos del Melozal, y los dejaron ir. Esos cadáveres estaban con heridas de bala;

c) copia del texto del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Tomo 1, relativo a los hechos de que fueron víctima Cesario Soto González, Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez y Rubén Acevedo Gutiérrez, quienes luego de presentarse voluntariamente al Retén El Melozal el día 15 de septiembre de 1.973, quedaron detenidos. La familia de uno de ellos había escuchado que en las inmediaciones se encontraban abandonados algunos cadáveres y visto en un puente del sector evidentes huellas de sangre, razón por la cual inició la búsqueda. Encontraron en el río Loncomilla el cuerpo sin vida de Rubén Acevedo que presentaba heridas a bala; así como otros cadáveres que no pudieron rescatar. Los que participaron en esa labor dicen haber reconocido a Gerardo Encina. Los antecedentes permiten presumir que las cuatro personas fueron llevadas por sus captores al puente sobre el río Loncomilla, lugar donde se les ejecutó, lanzándose sus cuerpos al cauce;

d) copia de declaración jurada de Rosa Hayde Norambuena Sepúlveda, de 3 de abril de 1.990, quien señala que en el mes de septiembre de 1.973 tenía su domicilio en la localidad de El Melozal, lugar donde convivía con Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez. Alrededor de las 16 horas del día 15 de septiembre de 1.973 llegaron a su casa funcionarios de carabineros quienes preguntaron por su conviviente. Aproximadamente a las 18:45 horas Vidal Riquelme se dirigió al retén. El día 16 de septiembre escuchó por radio Centenario de San Javier que varios detenidos habían sido muertos en el Puente Loncomilla al intentar escapar de la patrulla que los custodiaba. Entre los detenidos que nombraba aquella información

d) copia de declaración jurada de Rosa Hayde Norambuena Sepúlveda, de 3 de abril de 1.990, quien señala que en el mes de septiembre de 1.973 tenía su domicilio en la localidad

de El Melozal, lugar donde convivía con Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez. Alrededor de las 16 horas del día 15 de septiembre de 1.973 llegaron a su casa funcionarios de carabineros quienes preguntaron por su conviviente. Aproximadamente a las 18:45 horas Vidal Riquelme se dirigió al retén. El día 16 de septiembre escuchó por radio Centenario de San Javier que varios detenidos habían sido muertos en el Puente Loncomilla al intentar escapar de la patrulla que los custodiaba. Entre los detenidos que nombraba aquella información se encontraban Vidal Riquelme, Cesario Soto y Rubén Acevedo. En el río fueron encontrados los cadáveres de Cesario Soto y Rubén Acevedo;

e) informe policial N° 352 de 8 de octubre de 2.002, de la Policía de Investigaciones de Chile, Departamento V Asuntos Internos, agregado a fojas 41 y siguientes, que consigna en el acápite III.- Apreciación del Investigador Policial, que se estableció la efectividad que Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez fue detenido el 15 de septiembre de 1973 al concurrir voluntariamente a las dependencias de el retén El Melozal de San Javier, previo haber sido notificado de su presentación conforme a una orden establecida por el entonces Gobernador de San Javier, capitán de Ejército Claudio Abdón Lecaros Carrasco. Del mismo modo, el suboficial Mayor ® de Carabineros Mella Lillo, en su interrogatorio policial, reconoce que efectivamente la víctima se presentó en dicha repartición policial conforme a su notificación practicada por carabineros, cumpliendo una orden del Gobernador de San Javier, Lecaros Carrasco, establecimiento donde permaneció hasta ser retirado junto a Cesario Soto y Rubén Acevedo por una patrulla militar al mando del Suboficial de Ejército José Basilio Muñoz Pozo, hecho acontecido el mismo día de su detención, en horas de la tarde. Por su parte el Coronel ® Lecaros Carrasco legitima en su declaración policial la orden de detener a estas personas rectificando que actuó a petición de carabineros. Los antecedentes recabados concluyen que la patrulla militar al mando de Muñoz Pozo, después de retirar a los mencionados detenidos, en el trayecto a la ciudad de San Javier, específicamente en el puente Sifón sobre el río Loncomilla, les dio muerte y sus cuerpos lanzados al río, hecho que fue ratificado mediante Bando Militar elaborado por el Capitán Claudio Lecaros

Carrasco e informado a la ciudadanía por la radio Centenario de San Javier, haciendo referencia que aquéllos trataron de escapar, aplicando en el acto la denominada Ley de Fuga. Por último se consigna que, tomando en consideración que los cuerpos sin vida de Cesario Soto y Rubén Acevedo fueron encontrados en las aguas del río Loncomilla con impactos de bala, por acción de los militares que los custodiaban; que ambas personas habían permanecido previamente detenidas junto a Vidal Riquelme en el Retén Melozal de Carabineros, el Oficial Investigador se formó la convicción que dicha víctima tuvo la misma suerte y se estima que, por agentes naturales y torrente de dicho afluente no fue posible encontrar su cuerpo, atendido el hecho además que para su búsqueda existían condiciones hostiles en la época;

f) declaración policial de Luis Vidal Riquelme Norambuena, de fojas 65, y judicial, de fojas 170, quien refiere que de acuerdo a los antecedentes que ha reunido, Vidal Riquelme, Rubén Acevedo y Cesáreo Soto fueron retirados desde las instalaciones de carabineros en horas de la tarde y trasladados presuntamente hacia la ciudad de San Javier, pero en el trayecto, específicamente en el Puente Loncomilla, los militares dispararon contra ellos, aplicándoles la denominada Ley de Fuga, noticia que fue difundida por la Radio Centenario de San Javier, oportunidad en que informaron que las personas mencionadas correspondían a detenidos, quienes al intentar fugarse de la patrulla militar que los custodiaba, habían sido eliminados. Por último hace notar que todos los cuerpos encontrados en septiembre de 1.973, depositados en la ribera del río Loncomilla, presentaban numerosos impactos de bala, hecho que les provocó la muerte;

g) declaración policial de Abraham del Tránsito Riquelme Ibáñez de fojas 67, y judicial a fojas 114, quien depone que su hermano Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez el día 16 de septiembre de 1.973 fue requerido por el Carabinero Omar Mella Lillo para que se presentara en la Comisaría de Carabineros debido a que tenía que regularizar la inscripción de un arma que mantenía en su poder. Al llegar al Retén Melozal Sur el suboficial Mella le indicó que estaba detenido. Agrega el declarante

que su cónyuge, María Tapia Lacroix, días después fue a conversar con el carabinero Mella, oportunidad en que éste le indicó que al requerido lo había entregado a una patrulla del ej g) declaración policial de Abraham del Tránsito Riquelme Ibáñez de fojas 67, y judicial a fojas 114, quien depone que su hermano Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez el día 16 de septiembre de 1.973 fue requerido por el Carabinero Omar Mella Lillo para que se presentara en la Comisaría de Carabineros debido a que tenía que regularizar la inscripción de un arma que mantenía en su poder. Al llegar al Retén Melozal Sur el suboficial Mella le indicó que estaba detenido. Agrega el declarante que su cónyuge, María Tapia Lacroix, días después fue a conversar con el carabinero Mella, oportunidad en que éste le indicó que al requerido lo había entregado a una patrulla del ejército, y que cuando era trasladado por los militares a un lugar desconocido, los detenidos se habían revelado, motivo por el cual los habían fusilado en las inmediaciones del puente sobre el río Loncomilla. Indica además que con esos antecedentes contrató los servicios de botes y buzos profesionales para rastrear el río, donde encontraron más de cuatro cadáveres que evidenciaban una gran cantidad de impactos de proyectiles principalmente a la altura del tórax. Recuerda que entre los cuerpos que vio estaba el de Cesáreo Soto, quien también se encontraba detenido junto a su hermano en el retén Melozal Sur y otro detenido de nombre Rubén Acevedo. Asimismo acota que cuando concurrió al antiguo Puente Loncomilla en la localidad de San Javier, pudo apreciar que existían evidencias que se había asesinado a personas en el lugar por la gran cantidad de sangre que estaba distribuida en el suelo y en las barandas del puente;

h) declaración policial de María Tapia Lacroix de fojas 69, y judicial a fojas 116, quien indica que en la tarde del día 18 de septiembre de 1.973 fue a conversar con el carabinero Mella Lillo para que le informara lo ocurrido con su cuñado, el que en el acto le señaló que se lo había entregado a una patrulla del ejército agregando que cuando era trasladado por los militares a un lugar desconocido los detenidos se habían revelado, motivo por el cual los habían fusilado en las inmediaciones del Puente Loncomilla;

i) declaración policial de Alonso Campos Morales a fojas 71 y judicial a fojas 135, quien menciona que acompañó a Vidal Riquelme hasta el Reten de Carabineros de El Melozal, lugar donde quedó detenido. Señala que también estaban detenidos en el lugar Rubén Acevedo Gutiérrez y otro que recuerda como Cesáreo. Como a los dos días después de su detención, por Radio Centenario se difundió una noticia o bando que daba cuenta de que en un intento de los detenidos por huir de la patrulla militar que los transportaba se les había aplicado la ley de la fuga. Al cabo de unos diez días aparecieron en las riberas del río Loncomilla los cuerpos sin vida de esas dos personas;

j) declaración policial de Omar Antonio Mella Lillo a fojas 76, y judicial a fojas 142, en que relata que al 11 de septiembre de 1.973 era jefe del Retén Melozal, y entre las órdenes que recibió del Capitán Claudio Lecaros Carrasco fue notificar verbalmente a tres personas que concurrieran al retén, se trataba de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez, Cesáreo Soto González y Rubén Acevedo Gutiérrez. Tomó conocimiento que las personas fueron al retén y ese mismo día, en horas de la tarde, se presentó un suboficial de Ejército de nombre José Muñoz Pozo acompañado de unos quince efectivos, condujeron a los detenidos a los vehículos militares y se retiraron. Al cabo de dos días se enteró por rumores en la Comisaría de Carabineros de San Javier que las personas que fueron retiradas por el suboficial Muñoz habían sido eliminadas y lanzadas al río Loncomilla. Al otro día se emitió un Bando Militar donde se daba cuenta que estas personas, durante su traslado, específicamente en el Puente Loncomilla, habían tratado de arrancar y se había aplicado la denominada Ley de la Fuga;

k) declaración policial de Claudio Abdón Lecaros Carrasco, de fojas 79, y judicial de fojas 317, que en lo pertinente señala que pocos días después del golpe militar, en su calidad de Gobernador de San Javier, por expresa petición de Carabineros ordenó, mediante un Bando, que se detuviera a unas personas en el sector del Melozal debido a motivaciones de índole política. La orden fue impartida al jefe de

carabineros de la zona decretando además que debían ser interrogadas y trasladadas a San Javier. En horas de la noche se enteró que las personas que había ordenado detener en El Melozal, en los momentos que eran trasladadas por una patrulla militar a cargo del suboficial de Ejército José Muñoz Pozo habían intentado escapar, motivo por el cual les habían disparado. Refiere que al día siguiente de ocurridos los hechos se presentaron dos grupos de familiares de las víctimas a solicitar información respecto de los cuerpos de los fallecidos y les explica k) declaración policial de Claudio Abdón Lecaros Carrasco, de fojas 79, y judicial de fojas 317, que en lo pertinente señala que pocos días después del golpe militar, en su calidad de Gobernador de San Javier, por expresa petición de Carabineros ordenó, mediante un Bando, que se detuviera a unas personas en el sector del Melozal debido a motivaciones de índole política. La orden fue impartida al jefe de carabineros de la zona decretando además que debían ser interrogadas y trasladadas a San Javier. En horas de la noche se enteró que las personas que había ordenado detener en El Melozal, en los momentos que eran trasladadas por una patrulla militar a cargo del suboficial de Ejército José Muñoz Pozo habían intentado escapar, motivo por el cual les habían disparado. Refiere que al día siguiente de ocurridos los hechos se presentaron dos grupos de familiares de las víctimas a solicitar información respecto de los cuerpos de los fallecidos y les explicó que los cuerpos habían sido lanzados al río Loncomilla;

l) declaración policial de José Basilio Muñoz Pozo, de fojas 137 y 352, quien recuerda que pocos días después del 11 de septiembre de 1.973 recibió una orden para constituirse en el Retén El Melozal para los efectos de retirar a unos detenidos. Concurrió con personas del Ejército y de carabineros donde lo recibió el Sargento Mella. Relata que había recibido la instrucción de entregarlos en la Comisaría de San Javier, pero en realidad esa era la explicación pública porque la verdad era que dada su peligrosidad había que eliminarlos. Fue así, según refiere, que poco antes de llegar al puente Loncomilla, aprovechando la oscuridad de la noche, ordenó detener las patrullas, hicieron descender a los detenidos, se les puso de pie, y el mismo deponente les hizo presente que se había recibido una orden superior que

ordenaba su eliminación por constituir su vida un peligro para la seguridad del Estado. Les hizo presente si tenían alguna petición o deseo que formular, pero respondieron que no tenían nada que decir. Instalados de pie, a unos quince metros, se apostaron el resto de los funcionarios y a la voz de fuego que impartió, todos dispararon, menos el que declara por su condición de jefe, cayendo desplomados los cuerpos al suelo. Luego relata que ordenó subirlos a las camionetas y que en el Puente Loncomilla fueron arrojados al río. Luego de ello se informó que habían sido eliminados al intentar huir desde la patrulla militar en que se movilizaban, aplicándoseles la ley de la fuga. Acota que la orden la dio el Capitán Claudio Lecaros, quien señaló que se trataba de personas peligrosas que perpetraban actos terroristas y que representaban un peligro para la Patria, por lo que tenían que ser eliminadas;

m) parte N° 1762 de 29 de noviembre de 2.002 de la Policía de Investigaciones de Chile, Brigada de Investigaciones Policiales Especiales, que contiene la declaración policial de Rolando Rivera Tucas, quien fuera Jefe de la Comisaría de San Javier a la época de los hechos, refiere que por comentarios de sus subalternos supo que los m) parte N° 1762 de 29 de noviembre de 2.002 de la Policía de Investigaciones de Chile, Brigada de Investigaciones Policiales Especiales, que contiene la declaración policial de Rolando Rivera Tucas, quien fuera Jefe de la Comisaría de San Javier a la época de los hechos, refiere que por comentarios de sus subalternos supo que los milicos habían fusilado y matado a tres personas;

n) declaración policial de Sergio Antonio Rojas de fojas 390, quien refiere que al 11 de septiembre de 1.973 se encontraba residiendo en El Melozal, y cumpliendo una orden de carabineros de la localidad se presentó en el retén con la finalidad de colaborar con los funcionarios en labores de patrullaje y guardias al interior de las instalaciones. Respecto de las víctimas Cesario Soto González, Vidal Riquelme Ibáñez y Rubén Acevedo Gutiérrez, dice que efectivamente los conoció por esos años y que pese a haber colaborado con carabineros nunca los vio detenidos en el recinto del retén de Melozal y solamente escuchó posteriormente que los habían asesinado en el Puente Loncomilla;

ñ) certificado de defunción de Rubén Acevedo Gutiérrez, agregado a fojas 308, que consigna como causa de muerte roturas viscerales múltiples, herida a bala, homicidio;

o) certificado de defunción de Cesáreo del Carmen Soto González, que consigna como causa de muerte herida a bala transfixiante Torácica Homicidio 3°).- Que, el conjunto de antecedentes reseñados en la motivación anterior, son suficientes para tener por acreditado que en horas de la noche del día 15 de septiembre de 1.973, en circunstancias que Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez era conducido junto a Cesario Soto González y Rubén Acevedo Gutiérrez por una patrulla militar a cargo del suboficial del Ejército José Basilio Muñoz Pozo, en el trayecto a la ciudad de San Javier fue fusilado por un pelotón al mando del ya mencionado, cayendo desplomado al suelo, luego de lo cual su cuerpo sin vida fue arrojado a las aguas del río Loncomilla, sin que hasta la fecha se hayan podido recuperar sus restos mortales.

4°). - Que, en consecuencia, los hechos que se han acreditado en autos son constitutivos de tres delitos de homicidio calificado previstos y sancionados en los artículos 391 N° 1, circunstancia primera, del Código Penal, cometidos en las personas de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez, Cesario del Carmen Soto González y Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez, acaecidos el día 15 de septiembre de 1973.

5°).- Que, respecto de la alegación de prescripción de la acción penal formulada por la defensa del inculcado Claudio Lecaros Carrasco en el primer otrosí del libelo de fojas 783, cabe considerar las siguientes reflexiones:

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.

6°).- 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.

7°).- Que, a su turno, conviene recordar lo que con anterioridad ya resolviera esta Corte en sentencia de cuatro de agosto de dos mil cinco, en causa Rol N° 457: **6)** Que, los Convenios de Ginebra de 1949 fueron aprobados por Chile por D.S. 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.

El Sr. 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 órdenes 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.

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...*

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. 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. 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. 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.

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

Si bien los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra entraron en vigencia en Chile con posterioridad a la comisión de los hechos y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no ha sido aún aprobado por el Congreso, 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.

Ahora bien, respecto del D.L. 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de septiembre de 1973, también es dable recordar que ese cuerpo normativo 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 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. 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 15 de septiembre 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. 5, de 1973.

7°) Que, aún en el evento de que se estimare aplicables los Convenios de Ginebra, de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados por los sentenciadores para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal invocadas por el condenado, 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 Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra 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 renunciaciones o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban.

8°).- Que, en cuanto a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, invocada por el sentenciador para desestimar la alegación de prescripción del acusado, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1° la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.

9°).- Que, conforme a lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, para el caso en estudio, el día 15 de septiembre de 1973, y puesto que en autos no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra de los responsables antes de transcurridos quince años desde aquella fecha, sino sólo el 9 de agosto de 2.002, época en que se interpuso la querrela de fojas 2, debe forzosamente concluirse que la responsabilidad de Lecaros Carrasco derivada de los homicidios perpetrados en perjuicio de Vidal del Carmen Riquelme Ibáñez, Cesario del Carmen Soto González y Rubén Antonio Acevedo Gutiérrez, se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal, norma que, como ha quedado

dicho, no había sido ni expresa ni tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno, que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como Ley de la República, antes de la comisión de los hechos investigados ni durante el transcurso del término de prescripción de la acción penal intentada.

10°.- Que dicha conclusión permanece inalterada incluso si se considera que existen evidencias en autos que, desde el año 1991 se ejecutaron distintas acciones ante los tribunales tendientes a perseguir a los responsables y a ubicar el cuerpo de la víctima Riquelme Ibáñez, toda vez que, aunque se pudiese interpretar que tales actos ejecutados ante los tribunales, eran suficientes para interrumpir el plazo de prescripción, ellos fueron ejecutados tan solo en el año 1991, esto es, transcurridos más de 17 años de cometidos los delitos.

11°.- Que habiéndose acogido la excepción de prescripción formulada por la defensa de Lecaros Carrasco, resulta innecesario emitir pronunciamiento sobre las demás alegaciones planteadas en su escrito de descargos.

12°.- Que, conforme a lo antes resuelto, se disiente de la opinión de la señora Fiscal Judicial manifestada en su informe de fojas 1155.

Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo prevenido en los artículos 93, N° 6°, 94 y 95 del Código Penal y 456 bis, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, Por estas consideraciones, y teniendo, además presente, lo prevenido en los artículos 93, N° 6°, 94 y 95 del Código Penal y 456 bis, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, **SE DECLARA** que:

I.- SE REVOCA la sentencia de catorce de enero de dos mil cinco, escrita de fojas 886 a 957 y, en su lugar, se decide que **SE ABSUELVE** a Claudio Abdón Lecaros Carrasco de la acusación formulada en su contra a fojas 546 y adhesiones de fojas 550 y 553, por encontrarse extinguida la acción penal que emana de los tres delitos de homicidios materia de la presente investigación.

II.- SE REVOCA, asimismo, la referida sentencia, en cuanto hizo lugar a la demanda civil deducida en el primer otrosí de fojas 553 y en su lugar se resuelve que **SE ACOGE** la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de su escrito de fojas 707.

III.- Se confirma, en lo demás, el referido pronunciamiento.

Acordada la decisión I.- contra el voto del ministro señor Rodríguez Espoz, quien estuvo por confirmar la sanción impuesta a Lecaros Carrasco por el veredicto de primer grado, con declaración que el mencionado es culpable de tres delitos de homicidio calificado, teniendo, además, presente:

1. Que, como lo reconoce también el fallo de mayoría, a la fecha de los hechos sobre los que versa esta causa se encontraba vigente en Chile el Decreto-Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, el cual, fundado en la situación de conmoción interna en que se encuentra el país y en la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general declaró, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio impuesto por conmoción interna según el Decreto Ley N° 2 del día anterior, debía entenderse como estado o tiempo de guerra para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el referido Código y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

2.- Que, en consecuencia, los días en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a esta causa, el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna. Es verdad, ciertamente, que la situación existente no reunía los requisitos de orden fáctico exigidos por autores que, como Eduardo Montealegre, citado a este respecto por el fallo de mayoría, exigen para apreciar un auténtico estado de guerra de acuerdo a los criterios imperantes en la doctrina y los

instrumentos internacionales sobre la materia. Pero Montealegre lo ponía de relieve en esa publicación, precisamente para destacar la arbitrariedad en que incurría el gobierno de facto al imponer el reconocimiento de tal estado no obstante la inexistencia de los presupuestos de hecho en que podía habérselo fundado correctamente, y con la esperanza de que quienes ostentaban el poder, o los tribunales de justicia o, cuando menos, la opinión ilustrada de la nación se hiciera eco de su reclamo y abogara por el restablecimiento de la recta doctrina. Como es de sobra sabido, nada de eso ocurrió, y el país prosiguió sometido al estado de guerra declarado por el Decreto Ley N° 5 hasta mucho después de ocurridos los hechos que aquí se están juzgando.

3.- Que, por otro lado, no es admisible que los mismos que se asilaron en las ventajas que les concedía la referida declaración de estado de guerra, establecido por el único instrumento legislativo disponible luego de haberse producido el quebrantamiento de la institucionalidad constitucional vigente hasta entonces, pretendan ahora desconocer su valor para ignorar las sanciones que al quebrantamiento de las leyes de tal estado y las limitaciones que a la autoexoneración respecto de ellas imponen los Convenios de Ginebra y los otros instrumentos internacionales ya entonces en vigor sobre la materia. Si valiéndose de la superioridad de la fuerza se consagró un estado de guerra para facilitar la lucha contra los que se oponían al gobierno de facto, hay que estarse también a las consecuencias que se siguen de haber quebrantado la normativa que regula los conflictos bélicos en relación con el tratamiento de los combatientes, a los que ya no se podía considerar como delincuentes comunes y, mucho menos, hacer víctima de represiones brutales como aquellas de que dan cuenta los antecedentes de este proceso. Una de las mencionadas consecuencias es, precisamente, la prohibición de autoexoneración por los crímenes de guerra que se hubieren cometido en esas circunstancias, contemplada expresamente en los Convenios de Ginebra.

4.- Que, con arreglo a este punto de vista, la prohibición de autoexoneración no se refiere sólo a las consecuencias civiles de las infracciones en que se hubiere incurrido, sino también, y de manera primordial, a las sanciones penales

contempladas para ellas; pues es claro que, respecto de hechos de esta clase, cobra una importancia fundamental la función de prevención general de las reacciones punitivas, la cual exige que las amenazas contenidas en las normas correspondientes se hagan efectivas en cualquier momento en que la persecución de los responsables se haga posible y aunque la de prevención especial parezca ya satisfecha porque el transcurso del tiempo haya convertido a los infractores en ciudadanos inofensivos. La sociedad, en efecto, no toleraría que transgresiones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinado a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa). Seguramente los Convenios de Ginebra así lo tenían presente cuando establecieron la prohibición examinada.

5.- Que, por las mismas razones expuestas en el razonamiento anterior, quien suscribe esta disidencia es de opinión que la referida prohibición de autoexoneración no atañe sólo a situaciones obvias, en las que los detentadores del poder han aprovechado la situación ventajosa en que se encontraban para concederse extinciones de responsabilidad, como amnistías autoconcedidas, sino que implica también una suspensión de la vigencia de instituciones preexistentes, como la prescripción de la acción penal, que fueron concebidas para operar en un estado de paz social al cual estaban llamadas a servir, pero no en situaciones de quebrantamiento de todas las instituciones sobre las cuales dicho estado se erigía, y en beneficio precisamente de quienes provocaron esa infracción.

6. - Que, coincidiendo con los planteamientos recién expuestos, expresa uno de los representantes de la mejor doctrina contemporánea que la contradicción entre derecho y ley, y entre derecho nacional y supranacional, adquiere una actualidad trágica cuando el Estado que se cree inspirado por una misión, contrapone su ley positiva a la idea del derecho y a la conciencia cultural supranacional, insistiendo,

por una parte, en la obediencia a sus mandatos contrarios a la moral y pretendiendo, por la otra, certificar la juridicidad de la actuación del ejecutor de sus mandatos atentatorios contra la moral. Desde un punto de vista *histórico*, el Estado totalitario del nacionalsocialismo constituyó un ejemplo de este conflicto; aún en la actualidad somos testigos de procedimientos similares, en los cuales los mandatos estatales están en abierta contradicción con elementales derechos del hombre y principios procesales del Estado de derecho. La libertad de un Estado para determinar qué es derecho y qué es ilícito dentro de su territorio, puede ser muy amplia, más no así ilimitada. Pese a todas las diferencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, en la conciencia de todos los pueblos civilizados existe *un cierto núcleo del derecho*, el que, de acuerdo a un principio jurídico general, no puede ser lesionado por ninguna ley ni por ninguna otra clase de medidas autoritarias. Este núcleo abarca determinados principios básicos de la conducta humana que son considerados inviolables, que a partir de ideas morales básicas coincidentes se han desarrollado en el tiempo, con validez para todos los pueblos y culturas, principios a los cuales cabe reconocer vinculatoriedad jurídica, aún cuando disposiciones particulares de ordenamientos jurídicos nacionales autoricen un desconocimiento aparente de ellos (Reinhart Maurach y Heinz Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, traducido de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, tomo I, 25, IV, números marginales 16 y 17, página 430).

Acordada, asimismo, contra el voto del Ministro señor Dolmestch, quien es de opinión que la sentencia de primer grado debió confirmarse y para ello comparte las argumentaciones del voto disidente que precede, respecto de la prescripción de la acción penal y tiene en consideración, además, que en la especie no es aplicable esta institución jurídica por tratarse claramente de delitos de lesa humanidad; también fue de opinión que la acción civil acogida en primera instancia debió confirmarse por los argumentos que la sostienen y porque, en su opinión, procede considerar:

- 1) Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo

dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal -de acuerdo a su actual redacción, presenta como única limitación que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que al fundamento de la pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen en hecho punible objeto del proceso penal.

2) Que en la especie tal vínculo de causalidad aparece satisfecho, toda vez que son las conductas ilícitas investigadas en autos-cometidas por agentes del estado- las que subyacen y originan la pretensión civil de la querellante respecto del Fisco de Chile, resultando entonces favorecida por el régimen especial de competencia contemplado en la ley.

3) Que una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo.

4) Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que e permiten avanzar en el término del conflicto.

5) Que a mayor abundamiento, el disidente no puede dejar de tener presente al momento de interpretar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato

constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante señor José Fernández Richard y de las disidencias, sus autores.

Rol N° 6626-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. José Fernández R. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Publicado por Mario Aguila en jueves, julio 24, 2008

Sentencia N°3, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Error de derecho, Ingreso de Corte N° 4.960-2001.

23-04-2008

Delito: de Robo con fuerza, Perjuicio de circunstancias agravantes de responsabilidad, sin atenuantes.

Santiago, tres de diciembre de dos mil siete.

V I S T O S:

En estos autos N° 4.960-2001, rol del Trigésimo Primer Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de primera instancia dictada el tres de septiembre de dos mil cuatro, que se lee de fojas 773 a 798, ambas inclusive; se absolvió a Daniel Esteban Labbé Mellado, ya individualizado, del cargo de ser co-autor del delito de robo con violencia, ocurrido el 18 de abril del año 1999. Condenó a Miguel Segundo Burgos Torres, a sufrir una pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, accesorias legales pertinentes, y al pago por mitad de las costas de la causa, como autor de los delitos consumados de robo con violencia en las personas, previsto y sancionado en los artículos 432 y 433 N° 2, segunda parte, ambos del Código Penal; autor de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar destinado a la habitación, y co-autor de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar destinado a la habitación en grado de tentativa, previstos en los artículos 440 N° 1, en relación el último al 3° del artículo 7°, todos del Código Penal, hechos acaecidos el 18 de abril de 1999, el 9 de noviembre de 1996 y el 1 de noviembre de 2001, respectivamente. Y finalmente condenó a Jorge Enrique Cuevas Vega, ya individualizado a ochocientos veinte días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales pertinentes y al pago de la mitad de las costas del juicio, como co-autor del delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar destinado a la habitación en grado de tentativa, previsto y sancionado en los artículo 432 y 440 N° 1, en relación al inciso 3° del artículo 7°, todos del Código Penal, hecho acaecido el

1 de noviembre de 2001. En cuanto a Burgos s Torres, no se le concedió ningún beneficio de la ley N° 18.216; a Cuevas Vega, se le favoreció con la reclusión nocturna por el término de su condena.

A fojas 802, la defensa de Miguel Burgos Torres dedujo un recurso de apelación, en tanto que Cuevas Vega se reservó el derecho de apelar, y respecto de Labbé Mellado, quien aparece rebelde, siendo notificado en su representación el procurador del número de turno a fojas 804 vuelta; y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial que rola a fojas 812, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de siete de agosto del presente año, que corre de fojas 819 a 820, reprodujo la sentencia en alzada, eliminando dos razonamientos, modificando un tercero, para tener, en su lugar y además, presente, otros dos, y decidir que la confirmaba, con declaración que Jorge Enrique Cuevas Vega queda condenado a la pena de diez años y un día presidio mayor en su grado medio, más las accesorias previstas en la ley, como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación perpetrado en Santiago el 1 de noviembre de 2001, sin concederle ninguno de los beneficios de la Ley N° 18.216. En contra de esta última decisión, el abogado de la Corporación de Asistencia Judicial Sr. Juan Manuel Alvarez Alvarez, en representación del encausado Jorque Enrique Cuevas Vega, dedujo recurso de casación en el fondo por la causal del numeral primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal. Declarado admisible tal arbitrio, se trajeron los autos en relación, según reza la resolución de fojas 831.

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

PRIMERO: Que el compareciente, en primer término, ha planteado un recurso de casación en el fondo fundado exclusivamente en la causal primera del artículo 546 del Estatuto procesal penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo **error de derecho**, ya sea al determinar la

participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena, denunciando la infracción de los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 450 del Código Penal.

SEGUNDO: Que más adelante, se indica que se ha producido una errada calificación del delito al señalar el fallo cuestionado de segundo grado, que es aplicable en la especie el precepto del artículo 450 del Código Penal, en relación al sentenciado Cuevas Vega, ya que se trataría de una disposición plenamente vigente que contendría una norma especial de punibilidad de las conductas de los delitos a que ella se refiere, sin tipificar ilícitos diferentes, y que se sanciona como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa.

TERCERO: Que en esta parte, se sostiene por el recurrente que la aplicación del artículo 450 en su inciso primero no se ajusta a derecho, al ser esa norma inconstitucional, y además debe entenderse tácitamente derogada, toda vez que vulnera el principio pro reo, y de su texto aparece que contiene una presunción de derecho de responsabilidad penal, al sancionar como consumada la frustración de un robo con fuerza, lo que contraría el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental. Agrega que el referido artículo del texto punitivo, se encontraría tácitamente derogado en razón de que la ley que modificó el referido artículo, es del año 1972, o sea, anterior al texto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, citado anteriormente, cuya prohibición se contempla incluso en los tratados internacionales suscritos por Chile y actualmente vigentes, tales como la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CUARTO: Que, en un segundo aspecto del recurso, se reclama que se cometió un **error** de derecho, al sostener la sentencia de segundo grado, que perjudica al acusado Cuevas Vega la concurrencia de una circunstancia agravante de responsabilidad penal, sin favorecerlo atenuante alguna, por lo que se le aplicó la pena en el máximo del grado conforme lo establece el artículo 68 inciso 2° del

Código Penal, quedando fijada la sanción en el presidio mayor en su grado medio, sin favorecerlo con ninguno de los beneficios de la ley N° 18.216.

QUINTO: Que, en relación a esta motivación, se expresa que lo que correspondía hacer era considerar que se estaba en presencia de un delito castigado por una sola pena indivisible, en cuyo caso era aplicable el artículo 65 del Código Penal, el cual dispone: Cuando la ley señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurran en el hecho.

SEXTO: Que los anteriores errores denunciados, habrían influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, debiendo el tribunal en primer lugar aplicar la pena señalada por la ley al delito, en caso de no acogerse la rebaja por encontrarse en grado de tentativa, lo que corresponde a presidio mayor en su grado mínimo, pero en ningún caso la de presidio mayor en su grado medio. Destaca también, que de seguirse la teoría de la defensa, en cuanto a que el artículo 450 sería inconstitucional, y aplicarse el artículo 444 en relación al 52 inciso primero, todos del Código Penal, correspondiendo aplicar la pena inmediatamente inferior en dos grados a la señalada por la ley, debiendo ser la de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), de tal forma, que la sentencia de segunda instancia, impuso una pena mas grave que la designada por la ley, cometiendo un **error** de derecho al determinar el grado de la pena.

Finalmente, pide en su petitorio que se condene a su defendido a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor de un robo con fuerza en contra de Aquiles Poblete.

SEPTIMO: Que no obstante lo anterior, durante el estudio de la causa, el Tribunal advirtió que los antecedentes dan cuenta de un vicio de aquéllos que permiten invalidar de oficio la sentencia, lo que no se pudo dar a conocer a las partes habida cuenta del estado procesal en el que se encontraba el asunto.

OCTAVO: Que, en este sentido, el artículo 500, N° 4°, del Código Adjetivo Penal, señala en forma imperativa que todo fallo definitivo en materia criminal debe contener ordinariamente, so pena de nulidad, 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.

Aquellas necesarias reflexiones que deben servir de fundamento al veredicto y que como requisitos indispensables exige la norma citada, tienden a asegurar la justicia y la legalidad del juzgamiento así como a proporcionar a las partes los antecedentes que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio para la interposición de los recursos por medio de los cuales fuese posible la modificación o invalidación de los mismos.

NOVENO: Que, en estos autos se dictó sentencia condenatoria contra Jorge Enrique Cuevas Vega por el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, 440 N° 1. El ilícito de que se trata conlleva una pena privativa de libertad que abarca el presidio mayor en su grado mínimo.

Sin embargo, en el caso de autos, al acusado Cuevas Vega le perjudica la concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad consistente en la pluralidad de malhechores, prevista en el artículo 456 bis N° 3 del texto penal, sin que lo favorezcan atenuantes, en atención a lo cual, la Corte de Apelaciones de Santiago, le impuso una pena corporal de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, lo que constituye un manifiesto **error de derecho**, desde que la situación de la especie está regulada por el artículo 67 del Código Penal, toda vez que la sanción fijada por el artículo 440 del mismo texto, se trata de uno de aquellos casos en que la pena señalada por la ley al delito es un grado de una divisible. Es por ello que el artículo 67, en su inciso segundo, dispone para éstos casos que: Si concurre sólo una circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimo, y en el segundo en su máximo., de lo cual se concluye que en ningún caso estaba permitido por el legislador, ante la situación fáctica dada, subir de grado, pues lo único que se le ordena es aplicar -en el tramo fijado por la ley-, estableciéndola en la mitad superior, conforme lo expresa el inciso tercero del mismo artículo, quedando como límite superior los diez años, lo que no fue

respetado, ya que se aumentó de grado, determinándola en los diez años y un día de presidio.

DÉCIMO: Que fácilmente se advierte, que la resolución recurrida ha omitido todo raciocinio acerca de la determinación de la sanción a la que en definitiva se arribó, de lo que se sigue que el pronunciamiento objetado no contiene los requeridos basamentos que, en forma concreta y determinada, comprenden las razones en las cuales se sustenta la condena impuesta, careciendo por tanto de aquella base legal necesaria para que los litigantes puedan apreciar con certeza la justicia que se les administra, y no únicamente que se limite a una aseveración, sin ninguna demostración; y máxime si lo ha sido en forma contraria a derecho.

UNDÉCIMO: Que, dado lo expuesto, el dictamen de alzada con la abstención anotada, queda claramente incurso en la motivación contemplada en el literal noveno del artículo 541 del Código procesal penal, en conexión con el artículo 500, N° 4° del mismo ordenamiento, pues no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley; deficiencia que, por otra parte, no puede subsanarse sino con la invalidación de la sentencia que la contiene, por lo que esta Corte, de oficio, procede a anularla, dictando en su lugar el dictamen de reemplazo que corresponda, en los términos que estatuye el artículo 544 de la compilación adjetiva antes citada, acorde con lo prevenido en los artículos 535, inciso 1°, del mismo ordenamiento, en relación con el artículo 775 del Código de Enjuiciamiento Civil.

DUODÉCIMO: Que, en razón de lo antes concluido, se tendrán por no interpuestos los recursos de casación en la forma y en el fondo intentados por el representante del condenado Cuevas Vega, en lo principal y primer otrosí de su presentación de fojas 821 y siguientes, para cuyo conocimiento se ordenó traer estos autos en relación.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 535, 500 N° 4, 541 N° 9 y 547 del Código de Procedimiento Penal y 764, 765 y 775 del de Enjuiciamiento Civil, **SE INVALIDA DE OFICIO** la sentencia de

siete de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 819 y 820, la que es nula en todas sus partes y se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese y devuélvase con su tomo agregado.

Redacción del Ministro Sr. Alberto Chaigneau del Campo.

Rol N° 4606-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro

Santiago, tres de diciembre de dos mil siete.

En cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de casación precedente y lo previsto en los artículos 535 y 544 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada de tres de septiembre de dos mil cuatro, escrita a fojas 773 y siguientes, pero se eliminan los considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto y en el fundamento trigésimo sexto mal enumerado trigésimo cuarto-, se elimina la frase que comienza luego de hasta el punto final; y en la citas legales, se incluyen las de los artículos 28, 67 y 440 del Código Penal.

Y teniendo en su lugar, y además, presente:

Primero: Que, la tesis que sustenta el Tribunal de primer grado, no está de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte Suprema, que desestima lo resuelto como lo ha sostenido en diversos fallos, entre los que se mencionan los siguientes: sentencia de casación de 29 de Junio de 2005, emitida en la causa Rol N° 663-05; fallo de 25 de Julio de 2006, pronunciado en la causa Rol N° 6468-05; y, sentencia de 19 de Octubre de 2005, expedida en la causa Rol N° 2430-05;

Segundo: Que en forma recurrente y reiterada esta Corte ha sostenido que el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal implica una regla especial respecto a la pena a imponerse en los casos de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación, por ser uno de los delitos tratados en el párrafo 3 del artículo 440 del mismo Código. En virtud de ella, se hace excepción a las normas generales que sanciona con menor rigor los delitos en grado de frustrado conforme lo dispone su artículo 51, pero no se infringe el principio de tipicidad toda vez que a su respecto rigen las normas sobre punición de las etapas del desarrollo incompleto del delito del artículo 7 del Código Penal, de modo que, se ha dicho, basta con conectar este precepto con el correspondiente al tipo de consumación, para conocer en qué consisten los hechos que configuran la frustración, en sentido amplio (a modo simplemente ejemplar, sentencias de esta Corte de 15 de julio de 2004 (causa N° 2369) y de 29 de junio de 2005 (Causa N° 663-05). Puede agregarse que el antiguo tenor de la norma del artículo 450, impuesto por la reforma de la Ley N° 11.625 que castigaba como consumados tanto los delitos de robo como los de hurto, fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina, precisamente porque aumentaba desmesuradamente y sin justificación la penalidad, como lo recuerda el profesor Etcheberry (Derecho Penal, 1977, 3ª Edición, Tomo III, pág. 357); él mismo adhería a los reproches, como confiesa haberlo hecho en la primera edición de su obra, previendo una modificación legal para reducirla a sus justas proporciones; ello ocurrió con la Ley 17.727 la cual reemplazó el antiguo tenor de la norma por el actualmente tiene, y que hoy no objeta ni critica.

De otra parte, no puede imputarse que la norma cuestionada importe presunción de derecho de responsabilidad con trasgresión del principio de culpabilidad consagrado en el N° 3 inciso 6° del artículo 19 de la Constitución Política tanto por los razonamientos anteriores, como por el tenor claro del precepto que no permite suponer siquiera que el legislador hubiese tenido la intención de establecerla;

Tercero: Que en el presente caso, el acusado Jorge Cuevas Vega, es responsable de un delito de Robo con Fuerza en Lugar Destinado a la Habitación, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, que fija una sanción de presidio mayor en su grado mínimo, y dado que lo perjudica la concurrencia de la

circunstancia agravante de responsabilidad consistente en la pluralidad de malhechores, prevista en el artículo 456 bis N° 3 del texto penal, sin que lo favorezcan atenuantes, y de conformidad a lo que dispone el artículo 67 del Código Penal, que regula la situación en que la pena señalada por la ley al delito es un grado de una divisible, y sólo concurre un a agravante, se deberá aplicar en el máximo, el que corresponde según la misma disposición, a su mitad superior, en la cual se regulará la pena definitiva conforme se señalará en lo resolutivo de la presente sentencia.

Y coincidiendo este Tribunal con lo dictaminado por el señor Fiscal Judicial en su informe de fojas 812, y atendido lo que disponen los artículos 513, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal:

Se confirma la sentencia en alzada, **con declaración** que Jorge Enrique Cuevas Vega, ya individualizado, queda condenado a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, así como a las 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, y al pago de las costas de la causa, en la forma que precisa el fallo que se revisa, por su participación culpable en calidad de autor en el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, ilícito previsto y sancionado en los artículos 432 y 440 N° 1 del Código Penal, acaecido a las 15:30 horas del 1° de noviembre de 2001, en la comuna de San Miguel, cometido en perjuicio de Aquiles Alberto Poblete.

Atendida la extensión de la pena impuesta, no se le concede al sentenciado Cuevas Vega, ninguno de los beneficios alternativos que contempla la Ley N° 18.216, debiendo cumplir efectivamente la sanción aquí determinada, la que se contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono, el tiempo de privación de libertad que se consigna en lo resolutivo de la sentencia de primer grado.

Regístrese y devuélvase con su tomo agregado.

Redacción del Ministro Sr. Alberto Chaigneau del Campo.

Rol N° 4606-07.

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

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro

Publicado por Mario Aguila en miércoles, abril 23, 2008

Sentencia N°4, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Error de derecho, Ingreso de Corte N° 288-2009.

22-06-2010

Delito: Homicidio frustrado, Acusado que se presenta a declarar cuando ya se ha dado orden de ubicar su paradero, no configura atenuante de presentarse en forma voluntaria.

Santiago, nueve de febrero de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos criminales ingreso Corte N°288-2009, por sentencia de veintitrés de enero de dos mil siete, que se lee a fojas 295, se condenó a **Juan Carlos Pradenas Ramírez** a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más la accesoria correspondientes y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de homicidio frustrado en perjuicio de Manuel Francisco Concha Torres, ocurrido en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el 29 de julio de 2000, concediéndosele el beneficio de remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujeto al control de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile por igual término a su condena, y se acogió la acción civil condenándosele al pago de la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) por concepto de daño moral, con intereses desde que el deudor incurra en mora.

Apelado que fuera este fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de nueve de diciembre de dos mil ocho, lo confirmó.

Contra esta última decisión la parte querellante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso se funda en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, aunque califique el delito con

arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo **error de derecho**, ya sea al determinar la participación que le ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza de la pena.

Segundo: Que el recurrente aduce que el fallo incurre en **error** al calificar equivocadamente los hechos que constituyen la atenuante contemplada en el numeral octavo del artículo 11 del Código Penal aplicando con ello una menor pena al encausado Pradenas Ramírez que la que realmente le correspondía.

En efecto, sostiene que para que pueda tenerse por configurada dicha minorante es menester que el encausado no se haya dado a la fuga o no se haya ocultado, que se haya denunciado y que haya confesado en términos puros y simples su participación, todo lo cual no se encuentra establecido en autos.

Por el contrario, consta del mérito del proceso que el sentenciado luego de apuñalar a la víctima, se dio a la fuga y que gracias a la colaboración de testigos presenciales quienes dieron cuenta del hecho a Carabineros de Chile, éstos pudieron ubicarlo y por ello concurrió al tribunal ante el cual declaró pero alegó circunstancias a fin de eximirse de la responsabilidad que se le atribuía, lo que tampoco finalmente acreditó.

Tercero: Que este vicio que afecta a la sentencia de primer grado reclamado oportunamente por el querellante por la vía de la apelación el fallo de sentencia de segunda instancia lo hizo suyo al confirmarlo con declaración sin reparar en el yerro anotado, infringiendo así lo dispuesto en los artículos 11 N°8, 68, inciso segundo, y 69 del Código Penal.

Cuarto: Que antes de entrar a analizar el recurso conviene consignar que ni la participación ni el hecho punible que se ha dado por establecido han sido cuestionados por el recurso, y que éste último se dejó asentado como sigue: Que el día 29 de julio de 2000, alrededor de las 05:00 horas, un grupo de aproximadamente cinco jóvenes se encontraba haciendo fila en el Mc Donald's ubicado en la Rotonda Atenas, en la comuna de Las Condes, momento en el cual un vehículo que se encontraba delante de ellos efectuó una maniobra que casi ocasiona el atropello de

los jóvenes, por lo cual estos últimos reaccionaron reclamando al conductor del vehículo, que resultó ser una mujer, pues ésta descendió del automóvil a increpar a los jóvenes, produciéndose un acalorado intercambio de insultos, y acto seguido bajó del vehículo el acompañante de la mujer, el cual le enterró un elemento corto punzante a uno de los individuos, ocasionándole lesiones que hubieran sido mortales de no haber recibido atención médica oportuna y eficaz, posteriormente el sujeto huyó ante la posibilidad de ser agredido. (Considerando cuarto de la sentencia de primera instancia confirmada por el fallo impugnado de casación.)

Quinto: Que en lo que hace a la modificatoria en cuestión, el juez de primer grado señaló en el motivo octavo de su resolución condenatoria que la acogía atendido el hecho de haberse presentado voluntariamente a declarar sobre su participación en el hecho investigado en autos.

Sexto: Que los únicos errores que caben en esta parte de la primera causal son los que dicen relación con la calificación de los hechos que declara probados en orden a configurar la atenuante de que se trata, es decir es el examen de la operación de derecho por la cual se aplica la ley que señala los hechos que tienen la virtud de modificar la responsabilidad del encausado en el sentido ya dicho, y cuyo efecto es la aplicación de una pena, en este caso, menos grave que la designada en la ley.

El error en la especie consistiría en haber declarado o atribuido calidad o carácter de atenuante a hechos que legalmente no la configuran.

Séptimo: Que el artículo 11 del Código Penal establece: Son circunstancias atenuantes: 8ª. Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito. Según se advierte de autos ninguna de estos presupuestos fácticos se estableció por el sentenciador; ergo, no pudo aplicar esta norma y concluir que la atenuante se encontraba configurada.

En efecto la sola circunstancia de haberse presentado voluntariamente a declarar sobre su participación en el hecho investigado en autos no es un presupuesto fáctico al que atiende la ley para configurar la atenuante mencionada; de esta manera incurren en error de derecho los jueces al otorgarle la virtud de configurarla.

Octavo: Que este **error** de calificación de los hechos que constituyen la atenuante referida ha tenido influencia sustancial en la determinación de la pena, porque se ha aplicado una pena menos grave que la asignada por la ley al hechor ya que estimándose que le favorecían dos minorantes y no le perjudicaba ninguna agravante, habida consideración, además, de que se trataba de un delito frustrado, el juez de la causa procedió a rebajar en dos grados la sanción asignada al delito, imponiéndole en definitiva la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, concediéndole el beneficio de remisión condicional de la corporal señalada.

Noveno: Que, en consecuencia, por las razones antes dadas el presente recurso de casación en el fondo debe ser acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 535, 536, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, **se acoge el recurso de casación en el fondo** deducido en lo principal de la presentación de fojas 354 contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de nueve de diciembre de dos mil ocho, que está escrita a fojas 353, **la que se anula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin previa vista, pero en forma separada.**

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Rubén Ballesteros.

Nº288-2009.

Pronunciada por la Sala de Verano de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Urbano Marín V., Rubén Ballesteros C., Juan Araya E., Haroldo Brito C., y la señora Rosa María Maggi D. Santiago, 09 de febrero de 2010.

Autoriza la Secretaria Ad-hoc de la Corte Suprema, señorita Soledad Melo Labra.

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

Santiago, nueve de febrero de dos mil diez.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo: **Vistos:** Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones: a) en la citas legales se sustituye el guarismo 30 por 29 y se elimina la del artículo 50 del Código Penal;

b) En el motivo octavo se elimina la expresión la que es acogida escrita después de la palabra delito y antes de la voz atendido

c) El considerando noveno se elimina.

Y se tiene, en su lugar y además, presente: Primero: Que al contestar el auto de cargos la defensa del acusado también ha invocado en su favor la atenuante contemplada en el numeral octavo del artículo 11 del Código Penal, atendido a que se presentó voluntariamente a declarar al tribunal. **Segundo:** Que este tribunal se encuentra impedido de acoger la minorante alegada por no constar en autos los presupuestos de hecho para configurarla toda vez que la presentación voluntaria a declarar ante el juez de la causa, lo que por lo demás no es efectivo según se pasa a demostrar, no es la circunstancia prevista por la ley para estos efectos. La ley exige una conducta positiva del hechor en orden a no fugarse ni ocultarse, y por el contrario, denunciarse y confesar el delito y tales hechos no es posible establecerlos. **Tercero:** Que, en efecto, según consta del parte policial de fojas 1, el encausado, después de propinarle a la víctima una estocada en el abdomen el día de los hechos -29 de julio de 2000- se dio a la fuga en dirección desconocida pero de su identidad dio algunos indicios su acompañante, María Inés Canela Tomic, individualizándolo como El Shagui. El 31 del mismo mes y año, una vez recibido el parte, el tribunal dio orden de investigar. Esta última declaró a fojas 11: me di cuenta que mi amigo arrancaba, hecho que es corroborado por los testigos Nicole Benado Subelman (fojas 9), Farid y Javier Rubio Fuentealba (fojas 12 y 14), Juan Iribarren Cuevas (fojas 15 vta.), Nicolás Igunza Saavedra (fojas 23), y la víctima, Manuel Concha Torres (fojas 17). Además, el propio Pradenas Ramírez les

manifestó a los policías encargados de investigar los hechos por orden del tribunal, que arrancó, se deshizo del cuchillo con el cual hirió al querellante lanzándolo a una casa y se dirigió a la casa de un amigo donde permaneció hasta el día siguiente cuando regresó a su domicilio, y que sólo tres días después llamó a María Inés Canela Tomic preguntándole sobre lo ocurrido y que al enterarse que estaba en problemas decidió presentarse al tribunal acompañado de un abogado, lo que hizo efectivamente el 2 de agosto de 2000, según consta de fojas 3. **Cuarto:** Que, entonces, atendido el mérito del proceso sólo cabe concluir que el encausado se presentó ante el juez de la causa a declarar cuando ya se había dado orden de investigar y ubicar su paradero, ya que el día de los hechos se dio a la fuga y se ocultó durante tres días, lo que no se condice por cierto con la conducta que exige la ley en orden a configurar la atenuante de que se trata razón por la cual esta modificatoria debe ser rechazada.

Quinto: Que, en consecuencia, el acusado es responsable en calidad de autor del delito de homicidio frustrado, el que atendido su grado de desarrollo debe ser sancionado con la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo de la designada por la ley, esto es, la de presidio menor en su grado máximo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 391 N° 2 y 61 N° 2, inciso primero, del Código Penal. **Sexto:** Que favoreciendo al acusado una atenuante y no perjudicándole ninguna agravante, el tribunal la aplicará en su mínimo, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67 inciso segundo del citado Código Penal. **Séptimo:** Que por las razones dadas en los motivos que preceden esta Corte discrepa del parecer del ministerio público judicial en cuanto dictaminó que la sentencia que se revisa por esta vía debía ser confirmada, sin ninguna modificación.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 514, 527 y 528 del Código de Procedimiento penal, **se confirma** la sentencia apelada, de veintitrés de enero de dos mil siete, que está escrita a fojas 295, **con declaración** que Juan Carlos Pradenas Ramírez queda condenado a la pena de **tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de**

inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de homicidio frustrado en perjuicio de Manuel Francisco Concha Torres, acaecido en la comuna de Las Condes de esta ciudad, el 29 de julio de 2000. Habida consideración de la conducta anterior al ilícito que registraba el acusado, exenta de reproche en lo penal (fojas 221), la circunstancia de encontrarse en esa época cursando educación media para adultos en un establecimiento educacional y que con posterioridad a los hechos investigados se ha desempeñado en la actividad de músico integrando un conjunto musical ((fojas 248, 252, 256, 277) y ha cumplido con firmar mensualmente el Libro de excarcelados (fojas 327), esta Corte estima que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario para una efectiva readaptación y resocialización del sentenciado, de modo que cumpliendo los requisitos contemplados en el artículo 15 de la Ley 18.216, se le concede el beneficio de **Libertad Vigilada**, debiendo quedar sujeto al control y vigilancia de Gendarmería de Chile por igual tiempo a su condena y cumplir todas las exigencias que la autoridad administrativa le imponga, de conformidad con la ley y su reglamento. Regístrese y devuélvase. Redacción cargo del Ministro señor Rubén Ballesteros.

Nº288-2009.

Pronunciada por la Sala de Verano de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Urbano Marín V., Rubén Ballesteros C., Juan Araya E., Haroldo Brito C., y la señora Rosa María Maggi D. Santiago, 09 de febrero de 2010. Autoriza la Secretaria Ad-hoc de la Corte Suprema, señorita Soledad Melo Labra.

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

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/5593.pdf>
2. - Los vicios de la voluntad Juan Andrés Orrego
3. - Informe en Derecho Juan Pablo Mañalich
4. - Revista de Derecho, error simulación y fraude, Rafael Martínez Cohen
5. - Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Error de Prohibición y la reforma del ordenamiento penal.
6. - Error y mero desconocimiento en Derecho penal, Alex Van Weezel
7. - Apuntes de clase, Profesor Nelson Cid Castro.
- 8.-Codigo Penal.
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0>
- 9.- Código Civil
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>
- 10.- Constitución Política de la República de Chile.
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.
- 11.- Ley 19.0947 Establece nueva ley de Matrimonio Civil.
- 12.- https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100002
- 13.- Historia de la nueva ley de matrimonio civil, 17 de mayo 2.004.
<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/606/4/HL19947.pdf>
- 14.- Tipos de Familia
<https://hipertextual.com/2015/12/tipos-familia>

15.- Cambio de nombre

https://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/segundo-juzgado-de-familia-de-santiago-dicta-primera-sentencia-por-solicitud-de-rectificacion-de-nombre-y-sexo-registral?redirect=https://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2

16.-Codigo Tributario

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6374&idParte=0>

17.-Codigo Civil Peruano año 2019

18.- Código Penal peruano año 2019.