

Santiago, cuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 544 inciso 3° del Código de Procedimiento Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTOS:

Se reproduce el fallo de primera instancia, con las modificaciones introducidas por la parte expositiva de la resolución casada, contenidas en el considerando primero de ésta última, en cuanto no se encuentran afectadas por la anulación dispuesta y con excepción, además, de sus motivos 8° a 19°, que se eliminan, y se tiene en su lugar y además presente.

A) En cuanto a la acción penal:

1°.- Que el acusado, prestando declaración a fs. 6, declara que el día lunes 8 de enero de 1990, aproximadamente a las 20:00 horas, recorría la parcela que tiene en mediería con Juan Alvea Celsi, portando una escopeta de su propiedad para cazar conejos y, asimismo, para cuidar. Por delante de él marchaban sus hijos Juan Pablo y Carlos Humberto (este último es excluido posteriormente de lo ocurrido con la declaración de fs. 10), quienes acompañaban a Marcelo Aguilera, el cual rodeaba unos animales para el sector de Santa Adela. Que súbitamente, encontrándose a una cuarenta varas, escuchó dos o tres disparos y vio regresar a sus hijos, escapando de Rubén Vallejos, vecino suyo, quien los perseguía armado con una pistola. En consideración a ello, se acercó a sus vástagos, en el momento en que su hijo Juan Pablo se dio vuelta y enfrentó a Vallejos, quien le apuntaba al pecho con su arma, a una distancia que calcula de dos metros. Por este motivo disparó un solo tiro contra Vallejos, apuntando "donde tocara", por la desesperación que le causaba la perspectiva que le mataran a su hijo, dando muerte "por desgracia" al occiso. Afirma que la pistola que portaba Vallejos estaba con el martillo abierto, y se notaba trancada, por lo que la guardó, entregándola posteriormente a su abogado. Finaliza afirmando que se fue a esconder a su casa "por temer que los hermanos de Vallejos" lo "lincharan".

2°.- Que los elementos de convicción que se han aprovechado de la sentencia de primera instancia y de la resolución casada, configuran un conjunto de presunciones judiciales que permiten dar por acreditados los hechos siguiente:

a) El día 8 de enero de 1990, en el sector Los Amarillos de Chépica, Carlos Humberto Castro Muñoz, su hijo Juan Pablo Castro Valenzuela y el arriero Marcelo Aguilera Navarro, arreaban un ganado con el cual pasaron por el predio del occiso, Rubén Vallejos Zúñiga, no obstante que con éste existían desde antiguo diferencias más o menos violentas, precisamente sobre cuestiones de límites y aguas, que desaconsejaban emplear esa ruta, por lo menos a los Castro, que estaban en pleno conocimiento de tales roces.

b) Que, al percatarse de lo que estaba ocurriendo, Vallejos salió en persecución de ellos, portando una pistola con la que pareciera haber efectuado uno o dos disparos, presuntivamente "al aire" y con propósito de amedrentamiento.

c) Que, a causa de lo anterior, el arriero Aguilera y el hijo procesado emprendieron la fuga, saltando un cerco que separa la propiedad del encausado del camino público. A su vez, el occiso trepó en dicho cerco, apuntando con su arma al hijo de Castro Muñoz, el cual al percatarse de la amenaza que se cernía sobre su vástago, hizo fuego con la escopeta que llevaba consigo, impactándolo en la región torácica.

d) Que, la víctima, herida por el disparo recibido, cayó presuntivamente hacia el interior de la propiedad administrada por Castro Muñoz — aunque este punto no es absolutamente seguro, por razones que se expondrán más adelante — lugar en el cual, en definitiva, se encontraría su cadáver.

e) Que en lugar de socorrer a su adversario, Castro Muñoz se dio a la fuga, junto con sus acompañantes, pero no sin antes recoger la pistola de que se había servido el occiso anteriormente y sin detenerse a averiguar el estado en que se encontraba aquél ni hacer intento alguno de prestarle auxilio o conseguir que otros lo hicieran.

f) Que Rubén Vallejos permaneció abandonado en el lugar de los hechos hasta que se produjo el hallazgo de su cadáver, aproximadamente a las dos de la madrugada del día 9 de enero de 1990, por Carabineros, a los cuales había dado aviso de lo acontecido, recién a las 00:15 horas de ese día, el hermano del victimario, Germán del Carmen Castro Muñoz.

g) Que, según consta en el informe de necropsia de fojas 20 y 21, de haber recibido socorros y atención médica oportuna y adecuada, el fallecimiento de Vallejos probablemente "pudo haberse evitado".

h) Que, finalmente, el examen de la pistola usada por el occiso durante el incidente que condujo a su muerte, demostró que el arma se encontraba con el seguro puesto y, en consecuencia, era imposible que dispara aunque se la gatillara. Así lo evidencian, en efecto, tanto las declaraciones prestadas por el Capitán de Carabineros Felipe Quintana Messes a fs. 5, como el peritaje balístico evacuado por el Laboratorio de Criminalística (Sección Balística) de la Policía de Investigaciones de Chile, agregado a fs. 60 y 61, en el cual se precisa categóricamente que la pistola no se encontraba "trabada", sino asegurada. De todo ello puede deducirse que, cuando Rubén Vallejos encañonó al hijo del encausado, no tenía el propósito real de herirlo o causarle la muerte sino sólo el de amedrentarlo, pues — como así lo testimonian varios de los declarante en el proceso — el occiso tenía experiencia en el manejo de las armas, por lo cual no cabe imaginar que hubiese puesto el seguro inadvertidamente o ignorado que la pistola no podía disparar en esas condiciones.

3°.- Que encontrándose los hechos acreditados en la forma que se relaciona en el motivo anterior, debe comenzar por descartarse la posibilidad de apreciar en el caso "sub lite" la justificante de legítima defensa de parientes consagrada en el artículo 10 N° 5 del Código Penal e invocada por la defensa del procesado en su favor. En efecto, como es de sobra sabido y aceptado por la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, la legítima defensa, en cualquiera de sus formas, requiere como presupuesto indispensables una agresión que, además de ilegítima, debe ser real, es decir, existir objetiva y verdaderamente. (Así, por todos, Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I, pág. 253; Mario Garrido Montt, "Derecho Penal, Parte General, Nociones Fundamentales

de la Teoría del Delito", Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo II, pág. 131; Sergio Politoff, "Derecho Penal", Editorial Jurídica Cono Sur, tomo I, pág. 368; Enrique Cury, "Derecho Penal, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, 1982, tomo I, pág. 366; Luis Cousiño, "Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo II, págs. 249 y 250; Eduardo Novoa, "Curso de Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I, págs. 357 y 358). Ahora bien, en este caso la agresión fue sólo aparente, porque, como se ha dicho, el arma empleada por Vallejos para amenazar al hijo de Castro se encontraba con el seguro puesto y, en esas condiciones, no podía ser disparada ni, en consecuencia, herir o matar. Y no está de más advertir que a esta conclusión tendría que arribarse incluso en el supuesto improbable de que el occiso hubiese ignorado esa circunstancia, pues la **efectividad** de la agresión — esto es, su **realidad**— se ha de juzgar objetivamente, vale decir, con independencia del conocimiento que los intervinientes tienen o pueden tener de la situación.

4°.- Que al no concurrir el requisito fundamental de la legítima defensa, carece ya de interés discutir la cuestión de si en el caso de autos concurre o no alguno de los otros que la configuran y, en especial, el de si habría mediado provocación suficiente por parte del acometido y, en tal caso, si había tomado parte en ella el defensor; pues es evidente que allí donde no existe una agresión verdadera o real, carece de sentido discutir si se la ha provocado, ya que una provocación de lo no ocurrido es ciertamente ininteligible.

5°.- Que, sin embargo, es indudable que en el momento de disparar sobre Vallejos, el procesado creía verdaderamente que aquel se proponía hacer fuego sobre su hijo y que podía hacerlo, hiriéndolo o dándole muerte, pues, en efecto, el contexto de lo acontecido así tiene que haberlo inducido a suponer.

6°.- Que esta equivocada apreciación de los hechos constituye un caso de error sobre la licitud de la conducta, porque no recae sobre los elementos integrantes del hecho típico, ya que Castro sabía que lo que hacía era matar a un hombre (artículo 391 N° 2 del Código Penal) o, por lo menos, herirlo de gravedad (artículo 397 de ese mismo cuerpo legal), pero creía equivocadamente que comportarse de esa manera era lícito, pues se encontraba autorizado para hacerlo por el artículo 10 N° 5 del Código Penal y, por tal motivo, que estaba **justificado**, que era lícito y no ilícito, como en realidad lo fue.

7°.- Que por consiguiente, nos encontramos frente a un caso de aquellos que en la doctrina se conoce como **error de prohibición**. Ahora bien, durante mucho tiempo en nuestro medio se ha pretendido que esta clase de error no excluye la culpabilidad del hechor, pues el artículo 8° del Código Civil consagra una presunción "jure et de jure" de conocimiento de la ley, y quien conoce la ley sabe también lo que es justo o injusto (lícito o ilícito). Sin detenerse a discutir ahora la cuestión referente a si el artículo 8° del Código Civil establece realmente la aludida presunción de derecho —algo que, en todo caso, es objeto de polémica también en la doctrina civil— lo cierto es que a ella nunca debió dársele cabida en el campo del derecho punitivo, como lo precisó ya la importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de enero de 1972, publicada en la revista de Ciencias Penales, Volumen XXXI, N° 1, 1972, páginas 42 y siguientes. En efecto, el artículo 1° inciso 1° del Código Penal declara que el delito es "acción u omisión **voluntaria** penada por la ley" agregando, en el inciso 2°, que "las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre **voluntarias, a no ser que conste lo contrario**". Pues bien, una acción sólo puede considerarse "voluntaria" cuando ha sido ejecutado "libremente" por el sujeto, esto es, cuando él ha tenido la posibilidad real de decidirse a comportarse en otra forma; pero ello sólo sucede si el autor, cuando obró, tenía conciencia de que lo que hacía era contrario al derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse de comportarse como lo hace o a conducirse de cualquier otra forma diferente. Entonces, si sólo realiza una acción **voluntaria** quien la ejecuta conociendo su ilicitud, y si las acciones penadas por la ley únicamente se reputan voluntarias a no ser que conste otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de que lo que hacía era injusto admite prueba en contrario y constituye, a lo sumo, una presunción puramente legal. (En este sentido, Garrido Montt, op. cit., tomo II, pág. 236; Cury, op. cit., tomo II, pág. 73).

8°.- Que lo expuesto en el considerando precedente está ahora categóricamente reafirmado por el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, el cual prohíbe presumir de derecho la **responsabilidad** penal. En efecto, de acuerdo con la mejor doctrina la "culpabilidad" es un presupuesto indispensable de la "responsabilidad" penal; y si, a su vez, la culpabilidad requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud, resulta inconcuso que en el presente se encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto. (Así, entre otros, Cousiño, op. cit., tomo III, págs. 164 y 165; Etcheberry, op. cit., tomo I, pág. 338, Jaime Náquira, "Derecho Penal, Teoría del Delito", Mac Graw-Hill, 1998, tomo I, págs. 409 a 411).

9°.- Que entendidas las cosas de este modo, cuando el procesado Carlos Castro Muñoz disparó sobre Rubén Vallejos, creyendo erróneamente que se hallaba amparado por la justificante de legítima defensa del artículo 10 N° 5 del Código Penal —error que **consta** de los antecedentes reunidos en el proceso y reseñados en el considerando primero de este fallo y en los que se reproducen, tanto de la sentencia de primera instancia como de la casada— obró de manera inculpable, porque su error de prohibición era **inversible**. En efecto, de nadie puede razonablemente esperarse que, si en fragor tumultuario de una disputa violenta advierte que uno de los adversarios apunta con una pistola contra el pecho de su hijo, tenga la sangre fría como para cuidarse de verificar si el arma se encuentra en situación de ser efectivamente disparada. Por consiguiente, su equivocación es inevitable por que ni aun empleando todo el cuidado que de él se podía exigir en tales circunstancias estaba en situación de salir de ella.

10°.- Que, no obstante, si bien no puede reprocharse al procesado Castro por haber disparado y herido a Vallejos, las cosas son diferentes respecto a lo acontecido con posterioridad a esos hechos.

11°.- Que, en efecto, tal como se ha consignado oportunamente, luego de que el occiso cayó a tierra, aparentemente fuera de combate, el procesado, lejos de intentar prestarle algún auxilio o de procurar que otros se lo prestaran, se limitó a apoderarse de la pistola de que Vallejos se había encontrado premunido, ordenando a sus acompañantes que se alejaran del lugar y dándose él mismo a la fuga, para, solo presentarse a las autoridades y narrarles su versión de los hechos al día siguiente. A su vez, el informe de necropsia de fs. 20 y 21 deja constancia de que, de haber recibido socorros y atención médica oportuna y adecuada, el fallecimiento de Vallejos probablemente pudo haberse evitado, pues no ocurrió instantáneamente como consecuencia de los impactos recibidos, sino más tarde, a causa de anemia aguda y shock hipovolémico, provocado por la lesión de un gran vaso venoso intratorácico, así como por una "posible insuficiencia

respiratoria asociada, secundaria a la limitación de la expansión pulmonar (por el Hemotórax) y a una obstrucción parcial de la vía aérea por sangre".

12°.- Que los hechos así descritos constituyen el ulterior homicidio por omisión de Rubén Vallejos, cometido por el procesado Carlos Castro Muñoz, según se esclarecerá en los considerandos siguientes.

13°.- Que, en primer lugar, conviene señalar que, prescindiendo de algunas reservas sobre la constitucionalidad de hacerlo —las cuales no deberían ser desoidas en modo alguno por el legislador en relación con una reforma futura de la ley penal— existe un amplio acuerdo en que los delitos comisivos — vale decir, aquellos cuyo tipo los describe como una actividad— usualmente pueden cometerse también mediante una omisión. Ello es tanto más así, cuanto que el artículo 1° inciso 1° del Código Penal deja establecido expresamente que los delitos pueden consistir tanto en una "acción" como en una "omisión", el inciso 2° insiste en ello y el artículo 2° declara que tanto los delitos dolosos como los imprudentes (cuasidelitos) pueden ser ejecutados en cualquiera de esas formas.

14°.- Con todo, para que un delito de acción como el homicidio pueda ser cometido mediante omisión, es preciso, en primer lugar, que el autor se encuentre en "posición de garante" respecto al bien jurídico que está amenazado por la situación (en este caso la vida de la víctima); es decir, es necesario que él se encuentre situado en una postura que lo constituya en custodio de dicho bien jurídico, por estar en algunas de las constelaciones de casos que la doctrina ha ido consagrando como "fuentes de la posición de garante". Pues bien, en el caso "sub lite" Carlos Castro Muñoz se encontró precisamente en posición de garante de la vida de Rubén Vallejos, **porque con su conducta anterior había creado el riesgo que amenazó a la existencia de este último** a partir del momento en que fue herido por un disparo del procesado.

15°.- Que, en efecto, la opinión absolutamente predominante en el derecho comparado contemporáneo estima que una de las fuentes de la posición de garante es, precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, el cual, en razón de ella, queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia para él el deber de actuar a fin de sustraerlo a los riesgos así generados, de suerte que, si no lo hace, el resultado típico le es imputable a título de comisión por omisión. (Véase, entre otros, Cousiño . op. cit., tomo I, pág. 562; Cury, op. cit., tomo II, págs. 297 y 298; Hans Weizel, "Derecho Penal, Parte General", Ediciones Depalma, 1956, pág. 208; Heinz-Heinrich Jescheck, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", cuarta edición, Editorial Comares-Granada, 1993, págs. 568 y 569; Reinhart Maurach "Derecho Penal", Ediciones Ariel Barcelona, 1962, tomo II, págs. 289 y 290, refiriéndose específicamente a un caso similar al enjuiciado; Edmundo Mezger, "Tratado de Derecho Penal", segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, tomo I, pág. 312 y "Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General", sexta edición, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pág. 123; Franz Von Liszt, "Tratado de Derecho Penal", Reus S.A., 1929, tomo II, págs. 316 y 317; Günther Jakobs, "Derecho Penal, Parte General", Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs., 972 y siguientes). Esto es, justamente, lo acontecido en el caso de autos: al disparar contra Vallejos y herirlo, Castro se situó en posición de garante de la vida del lesionado y, al omitir por completo toda conducta salvadora, incurrió en el homicidio por omisión del occiso.

16°.- Que contra la apreciación de la conducta anterior del autor creadora del riesgo como fundamento de la posición de garante, en la doctrina nacional se ha argumentado que el artículo 11 N° 7 del Código Penal concede una atenuante a quien procura con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, lo cual contradiría la idea de que el haber obrado generando un peligro da origen a una obligación de actuar sobre la cual, a su vez, se podría erigir un delito de comisión por omisión. (Así, entre otros, Grisolia, Politoff y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas", Editorial Jurídica de Chile, 1971, pág. 76; Etcheberry, op. cit., tomo I, pág. 205 y 206; Politoff, op. cit., pág. 320). Esta argumentación, sin embargo, no es convincente y parece encontrar su origen en una confusión de situaciones. El artículo 11 N° 7 del Código Penal, en efecto, otorga una atenuante al que, después de haber ejecutado dolosamente actos encaminados a la consumación de un delito o, simplemente, después de haberlo dolosamente consumado, obra para evitar las **ulteriores** perniciosas consecuencias que de él pudieran seguirse o para reparar el mal **ya causado**. Aquí de lo que se trata, en cambio, es de imponer al sujeto que con su comportamiento ha generado el riesgo de que se consume un hecho típico, la obligación de evitar que eso ocurra, lo cual, como puede advertirse, es algo completamente diferente: en aquel caso se trata de aminorar una responsabilidad ya nacida y que es, por eso, irrevocable pero susceptible de atenuarse; en éste, la de instaurar la obligación de actuar para impedir el nacimiento de una responsabilidad cuya aparición todavía puede impedirse.

17°.- Que, apreciadas las cosas de este modo, se concluye que, en el caso "sub-lite" el procesado, luego de disparar sobre Rubén Vallejos, estuvo obligado a actuar para evitar la muerte de éste, dando pronto aviso a quienes podían prestarle socorro o procurarse el rápido auxilio de quienes pudieran hacerlo, lo cual, de conformidad con lo establecido en el informe de necropsia de fs. 20 y 21, habría probablemente evitado la muerte de la víctima.

18°.- Que nada dice en contra de lo dicho, el que la conducta precedente de Castro Muñoz estuviera exculpada por la ausencia invencible de conciencia de la ilicitud. Pues también quien ejecuta un acto no culpable —e, incluso, justificado— sabe que su conducta es, en general, injusta (reprobada por el derecho, **anormal**), y que sólo a causa de circunstancias especiales se encuentra disculpada —como en el caso de autos— o justificada — supuesto que concurriera, cosa que aquí no ocurre, una auténtica causal de justificación—. Por tal motivo, él se encuentra especialmente obligado a prestar atención a las consecuencias de su comportamiento y a evitar aquellas que pudieran conducir a la consumación de otro hecho típico.

19°.- Que lo expresado es tanto más cierto, cuanto que de los antecedentes del proceso brotan fundadas presunciones para afirmar que Castro Muñoz supo que, aún después de ser herido, Rubén Vallejos proseguía vivo. En efecto:

a) Eso explica que el autor se haya detenido a recoger y llevar consigo la pistola de Vallejos ya que, al percibirlo todavía vivo, temió que aún pudiera alcanzar el arma y servirse de ella para dispararle mientras se alejaba del lugar.

b) Asimismo, ello puede deducirse de la declaración prestada a fs. 238 por el Teniente de Carabineros Víctor Hugo Luci Arriagada, quien expresa que le "llamó la atención la posición en que fue encontrado el cuerpo del occiso, **la cual no era de acuerdo a la caída, ya que éste tendría que haber estado de boca al suelo y estaba de cúbito dorsal**". De ello puede concluirse que, luego de caer, Rubén

Vallejos continuó moviéndose (lo cual permitiría explicarse el que en definitiva yaciera en una postura diferente de aquella en se derrumbó), y que esos movimientos fueron perceptibles para su victimario.

c) El propio informe de necropsia de fs. 20 deja suficientemente en claro que la muerte de Rubén Vallejos sólo se produjo en un lapso relativamente prolongado, durante el cual el occiso ha dado seguramente señales de vida que no pudieron pasar inadvertidas al procesado.

Así pues, hay motivos suficientes para deducir que Castro Muñoz se percató efectivamente de que su víctima vivía y de que, en consecuencia, existían aún posibilidades de prestarle un socorro que acaso podía evitar su deceso, no obstante lo cual, lejos de obrar en tal sentido, sólo pensó en ordenar a sus acompañantes que se alejaran prontamente y en darse él mismo a la fuga, sin dar aviso de lo ocurrido a las autoridades por intermedio de un tercero sino horas más tarde cuando, obviamente, ya nada útil podía hacerse por auxiliar a Vallejos.

20°.- Que, de lo expresado en el considerando precedente, puede también deducirse que Carlos Castro obró, por lo menos, con dolo eventual pues, habiéndose representando la posibilidad que Vallejos, todavía vivo, pudiera ser salvado, se abstuvo de adoptar las providencias necesarias para evitar el resultado letal, dejando todo al azar, esto es, sin manifestar voluntad impeditiva alguna.

21°.- Que de todo lo expuesto debe concluirse que Carlos Humberto Castro Muñoz fue autor responsable del homicidio simple por omisión de Rubén Vallejos Zuñiga, participación que se encuentra acreditada con su declaración de fs. 6 y siguientes.

22°.- Que obra, en primer lugar, en beneficio del procesado, la circunstancia atenuante a que se refiere el artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es, la de haber obrado (en este caso, la de haberse abstenido de obrar), por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación. En efecto, como se deduce de los antecedentes del proceso, Castro tenía buenos motivos para suponer que, si al tratar de conseguir auxilio para Vallejos, era sorprendido por los familiares o amigos del herido, éstos lo harían víctima de represalias muy violentas, cosa que incluso verbaliza expresamente al manifestar, en su declaración de fs. 6, que se fue a esconder a su casa "por temer que los hermanos de Vallejos" lo "lincharan". Esta representación, como es lógico, constituye un estímulo lo bastante poderoso como para hacerlo comportarse arrebatadamente, lo cual, si bien no es bastante para exculpar su conducta, la hace más comprensible y, con ello, aminora su responsabilidad.

23°.- Que lo favorece, asimismo, la circunstancia atenuante consagrada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, vale decir, la de gozar de una conducta anterior irreprochable, que se encuentra acreditada en autos con su extracto de filiación exento de anotaciones penales, agregado a fs. 39, y mediante la prueba testimonial que rola a fs. 37 y 37 vta. del proceso.

24°.- Que debe reconocérsele, asimismo, la circunstancia atenuante establecida en el N° 8 del artículo 11 del Código Penal, pues es manifiesto que el procesado contó con la posibilidad de eludir la acción de la justicia mediante la fuga u ocultándose, ya que, atendidas las circunstancias, dispuso del tiempo para ello y lo favorecía en contexto de la situación, no obstante lo cual, optó por denunciarse y confesar el delito.

25°.- Que, en cambio, debe desestimarse la consideración de la atenuante del N° 3 del artículo 11 del Código Penal, vale decir, la de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido provocación o amenaza proporcionada al delito, invocada también por la defensa del procesado, porque ésta se encuentra con la del N° 5 de la misma disposición legal en relación de especie a género y es, por consiguiente, incompatible con ella.

26°.- Que en contra de Castro Muñoz no concurre agravante alguna.

27°.- Que siendo del modo antes relacionado y en atención a que la pena establecida por el artículo 391 N° 2 del Código Penal para el homicidio simple es una compuesta de dos grados de una divisible, y favoreciendo al procesado tres atenuantes sin que, en cambio, lo alcance ninguna agravante, el tribunal hará uso de la facultad que le confiere el artículo 68 inciso 3°, y le impondrá la pena inferior en dos grados al mínimo de los señalados por la ley para el delito cometido.

28°.- Que, de todo lo expuesto precedentemente, resulta claro que este tribunal disiente de la opinión expresada por el señor Fiscal en su informe de fs. 490 de autos.

B) En cuanto a la acción civil:

29°.- Que en el primer otrosí de su acusación particular de fs. 363 y siguientes, Visitación Carrillo Salazar, en representación de Marta Yolanda Fabrega Guerrero, Ramón Horacio Vallejos Zuñiga y Octavio Arturo Vallejos Zuñiga, en calidades de cónyuge sobreviviente y hermanos respectivamente del occiso Rubén Eusebio Vallejos Zuñiga, han deducido demanda civil en contra del procesado Carlos Castro Muñoz, por concepto de daños morales que hacen ascender a la cantidad de "250.000 UTM o su equivalente en pesos al tiempo de ejecución de la sentencia".

30°.- Que, sin entrar a pronunciarse sobre el fondo de esta demanda civil, debe tenerse presente que en el proceso no se ha allegado probanza alguna que acredite la pretendida relación conyugal existente entre Marta Yolanda Fabrega Guerrero y el occiso, o la parental que se invoca entre este último y Ramón Horacio Vallejos Zuñiga y Octavio Arturo Vallejos Zuñiga.

31°.- Que, atendida la circunstancia expuesta en el considerando anterior, es completamente imposible hacer lugar a la demanda por ellos interpuesta, ya que en autos no se encuentra acreditado que entre los actores y el occiso existiera una relación en la que fundar el origen de los daños morales que pretenden haber sufrido.

Por estas consideraciones, y de acuerdo además con lo preceptuado en los artículos 1°, 11 N° 5, 6 y 8, 14, 15 N° 1°, 18, 21, 24, 25, 26, 30, 47, 50, 68, 76 y 391 N° 2° del Código Penal, 304 a 320, 2314 y 2315 del Código Civil y 108, 109, 110, 111, 141, 154, 457, 481, 485, 488, 500, 501, 502, 503 y 507 del Código de Procedimiento Penal, **se declara:**

a) Que se **revoca** la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a Carlos Humberto Castro Muñoz de la acusación deducida en su contra a fs. 362 de estos autos y, en su lugar, se declara que se condena al mencionado Castro Muñoz a la pena de 541 días de

presidio menor en su grado medio, más las accesoria correspondientes y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autor del delito de homicidio simple por omisión perpetrado en la persona de Rubén Eusebio Vallejos Zúñiga.

Reuniéndose en la especie los requisitos contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 18.216, se le concede al condenado Carlos Humberto Castro Muñoz el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 5° de la misma ley. En caso de que dicho beneficio le sea revocado, el sentenciado deberá cumplir la pena de presidio que se le impone en esta sentencia desde el día que se presente o sea habido, sirviéndole de abono el tiempo que estuvo ininterrumpidamente privado de libertad durante la tramitación de esta causa, entre los días de 9 de enero de 1990 y 12 de abril del mismo año, según constancias de fs. 7 y 180 vta. del proceso.

b) Que **no se hace lugar** a la demandas civil entablada en el escrito de acusación de fs. 363 y siguientes, por no encontrarse acreditadas en autos las relaciones conyugal y parentales en las que pretende fundar la legitimación para reclamar las indemnizaciones solicitadas.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Pérez, quien fue de parecer de confirmar la sentencia apelada, en lo relativo a la absolución del acusado Castro Muñoz, por las consideraciones que expone a continuación:

1°.- Que de los hechos tal como han sido establecidos en esta sentencia, resulta evidente, en opinión del disidente, que el reo Castro Muñoz se vio enfrentado a una amenaza real de homicidio en perjuicio de su hijo Juan Pablo Castro Valenzuela, pues Vallejos Zúñiga —el occiso— salió en persecución de ellos blandiendo en su mano una pistola con la que efectuó disparos al aire para amedrentarlos, y al huir ellos se les enfrentó a través de un cerco apuntando con el arma recientemente descrita al vástago del inculpado a una distancia calculada en dos (2) metros, con el evidente propósito de hacer fuego con ella.

2°.- Que ante esta situación, no puede caber duda que un disparo de la pistola habría dado en el blanco, causando el homicidio de Juan Pablo Castro Valenzuela, legitimando de este manera el accionar del acusado, pues él no tenía otra alternativa racional que disparar con su escopeta en contra de Vallejos Zúñiga para evitar el homicidio de su hijo.

3°.- Que la circunstancia que la pistola del occiso haya sido entregada al día siguiente de los hechos, y en ese momento ella se encontrara con el seguro puesto, no significa necesariamente que no haya habido una amenaza real, pues aquella circunstancia no prueba que el día 8 de enero de 1990, a la hora de los hechos investigados en esta causa, dicha arma se hubiera encontrado en las mismas condiciones. Por el contrario era de presumir, dado que el occiso en la persecución de los Castro y su empleado había efectuado disparos con ella, que el arma se encontraba en disposición de ser disparada.

Por otra parte, el seguro en una pistola es un objeto pequeñísimo, generalmente del mismo color del arma, y en esa circunstancias nadie puede ser obligado racionalmente a escrutar detenidamente el arma con que se amenaza a un hijo, pues siendo el peligro tan evidente, resulta absolutamente racional disparar sobre el amenazante para evitar el homicidio pretendido.

4°.- Que la acción del acusado así descrita, si bien podría caber de lleno en la eximente del artículo 10 N° 5 del Código Penal, resulta evidente, también, que ella está cubierta completamente por lo que la doctrina ha dado en llamar "legítima defensa privilegiada", que se encuentra contenida en el inciso 2° del N° 6 del artículo 10 del Código citado, agregado por la Ley N° 19.169 de 2 de septiembre de 1992.

5°.- Que la norma en comento constituye una ampliación de la eximente que se contemplaba en el inciso 2° del N° 4 del artículo 10 del Código punitivo, y aplicable en ese entonces sólo al que obra en legítima defensa de su persona o derechos, presumiéndose que en las hipótesis que ella contemplaba, concurren las tres (3) circunstancias que legitimaba su accionar.

6°.- Que la reforma antes aludida hace extensiva la legítima defensa privilegiada a los tres casos de legítima defensa que contempla el artículo 10 del Código Penal: la personal, contenida en el N° 4; la de parientes, contemplada en la N° 5; y la de extraños, a que se refiere el N° 6.

7°.- Además, debe considerarse que esta causal eximente especial presume legalmente que concurren **todos** los requisitos que los N° 4, 5 y 6 exigen, cuando se trata de evitar, entre otros ilícitos, el homicidio.

8°.- Que esta legítima defensa privilegiada, no obstante haber sido ampliada respecto de los que traten de impedir la consumación de un homicidio, por ley dictada con posterioridad a los hechos investigados, resulta aplicable a él atendido lo establecido en el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal y lo estatuido en el artículo 19 N° 3 inciso penúltimo de la Constitución Política de la República, toda vez que se trata de "una nueva ley (que) favorezca al afectado", concepto aceptado ampliamente por el profesor Etcheberry en su obra Derecho Penal (última edición, Tomo I, págs. 144, 146 y 147).

9°.- Que la circunstancia que el occiso Vallejos Zúñiga no hubiese fallecido de inmediato y que de haber recibido socorros y atención médica oportuna su deceso "pudo haberse evitado", no permiten sancionar a Castro Muñoz como autor de homicidio por omisión (por no haberle prestado auxilio), tanto porque en el informe médico de fs. 20 y 21 tal hipótesis no se encuentra probada con certidumbre, constituyendo sólo una opinión, cuanto porque del auto de procesamiento y de la acusación fiscal no aparece haciéndosele cargos por dicha presunta omisión, por lo que debe concluirse que nadie puede ser condenado por una acción u omisión que no se encuentre considerada en la acusación fiscal.

Por el contrario, de la acusación particular (fs. 368) se desprende en forma inequívoca "que después de ocurrido los hechos no le interesó (a Castro) el cuerpo de la víctima, **presumiendo ya que se hallaba muerto. Es sabido que las consecuencias de un disparo de escopeta son mortales y con eso contaba el agresor**", lo que desvirtúa totalmente dicha posibilidad.

10°.- Que, en consecuencia, encontrándose legitimado el accionar de Castro Muñoz en la forma señalada, en opinión del disidente tampoco podría ser condenado a la indemnización de ningún daño moral o material, concordando en este punto con la opinión de la mayoría, aunque por distintas razones.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del voto de mayoría del Ministro Sr. Enrique Cury Urzúa y del de minoría, su autor.

Rol N° 1.338-98.