

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.
Polít. crim. Vol. 8, N° 15 (Julio 2013), Art. 1, pp. 1 - 22.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15A1.pdf]

**El Estado De Necesidad Racional De La Legítima Defensa.
Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la *necesidad racional* del medio empleado frente a la agresión ilegítima.**

Ernesto Olivares Rodríguez.
Abogado. Magister en Derecho Penal Universidad de Talca-Universidad Pompeu Fabra.
eolivares@ocabogados.cl

Resumen

La reacción defensiva frente a la agresión ilegítima sólo se encuentra justificada por el ordenamiento jurídico si –fuera de existir provocación suficiente– existe una necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Dicha circunstancia ha generado intrincados problemas de interpretación y aplicación, ya en cuanto a su alcance, ya en cuanto a su naturaleza –jurídica o fáctica–, ya en cuanto a la forma de realizar su apreciación en el caso concreto. Precisamente, por su trascendencia práctica, esta última problemática es la que se abordará en el presente trabajo, analizándose –previo repaso mínimo de la doctrina nacional sobre el punto– una serie de sentencias pronunciadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia que distinguen claramente dos criterios de apreciación o valoración de la necesidad racional.

Palabras clave

Legítima defensa, necesidad racional, apreciación en abstracto, apreciación objetiva ex ante, proporcionalidad.

Abstract

A defensive reaction against an illegitimate aggression is justified by the legal system – notwithstanding the requirement of a sufficient provocation– only if there is a rational need of the means employed to impede or repel said aggression. This requirement has created a series of complex problems regarding its interpretation and application, its conceptual extension, its true legal and practical nature, and how it is appreciated in each particular case. Precisely because of its practical relevance, the latter will be approached by this work, by the means of analyzing the Higher Courts’ rulings which clearly distinguish two criteria of appreciation of the rational need.

Key words

Legitimate defense, rational need, abstract appreciation, objective ex ante appreciation, proportionality.

Introducción.

El título de este trabajo parece incurrir en un error conceptual o, al menos, en un uso impropio del lenguaje jurídico-penal, pues, literalmente, hace referencia a dos institutos penales diversos, separados únicamente por el vocablo *racional*. Y es que en la actualidad aparece como un verdadero dogma de fe que el estado de necesidad, por una parte, y la legítima defensa, por otro, sólo comparten el sustrato común de ser causales de justificación. Una vez establecido el dogma, se enseña que se trata de especies absolutamente diversas cuyo género desaparece para dar paso a diferencias que se exasperan al analizar sus requisitos legales, su extensión, su ámbito de aplicación, etc. Dicho esto, habría que afirmar de inmediato el fracaso absoluto de este trabajo, cuyo título no tendría un ápice de *racionalidad*.

Sin embargo, esto no es tan cierto. Desde antiguo se ha sostenido que la legítima defensa no es más que la reacción *necesaria* frente a una agresión que ha creado un *estado de necesidad* en el sujeto que se defiende. Así, por ejemplo, entre los autores nacionales *Labatut* es categórico al señalar que “la legítima defensa es una variante del estado de necesidad, un estado de necesidad privilegiado cuya raíz se encuentra en lo necesario”.¹ Precisamente, este estado de necesidad es el que genera la reacción defensiva dirigida a impedir o repeler la agresión, cuestión que, de acuerdo a las certeras palabras de Carrara, es “como una verdad apodíctica que todos sentimos en lo íntimo del corazón”.² Esta verdad, que en los términos del mencionado jurista italiano es tributaria de la ley eterna,³ importa erigir la actuación del que se defiende en una de carácter principal frente a la agresión injusta.

Pero algo se echa en falta de lo anterior. Esta reacción defensiva, para que se encuentre autorizada por el ordenamiento jurídico, debe ser ejecutada empleando medios necesariamente *racionales*. Este último requisito, consagrado en forma expresa en la ley positiva –ya no sólo en la ley eterna–, es el que genera intrincados problemas al momento de analizar en el caso concreto si la reacción *necesaria*, de carácter principal, se encuentra o no justificada por el ordenamiento jurídico. Es por ello que actualmente se afirma que “la legítima defensa se funda en el criterio de la necesidad racional, en cuanto la reacción

¹ LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, t. I, 9ª edición (a cargo de Julio ZENTENO), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 93; en el mismo sentido COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 263 y ss., quien distingue entre la necesidad de la defensa y la defensa necesaria, conceptualizando la primera como aquella que surge a consecuencia de la agresión antijurídica, y la segunda, como la utilización, en la acción defensiva, de aquellos medios exclusivamente requeridos para la protección, que no sean excesivos.

² CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. I, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000, p. 107.

³ CARRARA, *Opúsculos*, cit. nota nº 2, p. 113.

autorizada por el ordenamiento jurídico es indispensable para salvar el interés del agredido y amparar al mismo tiempo al orden jurídico que lo protege”.⁴

Así las cosas, resulta que la legítima defensa, estructuralmente, presenta un doble orden de prioridad. La reacción defensiva es principal frente a la agresión injusta, mas no así su ejercicio racional, que tiene carácter subsidiario. En el primer caso existe *defensa*; en el segundo, una *defensa legítima*. Reafirmando este punto, Cousiño afirma lo siguiente:

“La autonomía de la legítima defensa está referida exclusivamente a su carácter principal frente a otros recursos de que se pueda echar mano, distintos de la defensa misma, y no –aunque parezca obvio decirlo- a otros medios de defensa, problema que ensambla en el marco de la necesidad o racionalidad, donde, como veremos en breve, rige el principio de la subsidiariedad, en el sentido de que hay que usar el medio menos drástico para repeler la agresión”.⁵

Esta última es precisamente la cuestión: ¿En qué consiste este ejercicio racional de la legítima defensa?; ¿cuál es el criterio con que se valora esta racionalidad: *Ex ante* o *ex post*?; ¿este criterio valorativo se aplica con los “ojos de los jueces” o de acuerdo a un parámetro objetivo atendido el hombre razonable puesto en el lugar y momento de los hechos? Son estas interrogantes las que se intentará responder en lo sucesivo de este trabajo, de acuerdo a las sentencias dictadas en la materia por los Tribunales Superiores de Justicia, especialmente por las Iltmas. Cortes de Apelaciones del país en el período comprendido entre el año dos mil a la fecha, sin perjuicio de hacer referencia, a modo de conclusión, a una reciente sentencia de la Excma. Corte Suprema que –correctamente a nuestro entender– fija el sentido y alcance de la expresión *necesidad racional* y la forma en que debe efectuarse su apreciación en el caso concreto.

Siguiendo el orden de las interrogantes planteadas, resulta menester analizar en primer lugar, desde un punto de vista doctrinal y en forma muy sucinta, los presupuestos que autorizan la legítima defensa, especialmente aquel que consiste en el ejercicio racional de la acción defensiva. En segundo lugar, habrá que determinar si coincide o no este punto de vista doctrinal con lo resuelto por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, según un criterio de valoración objetivo o subjetivo, *ex ante* o *ex post*.

⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dirs.); MATUS, Jean Pierre (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 128; en el mismo sentido LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 95, quien advierte que la extensión de la justificante está dada “por la necesidad de la defensa y por la proporcionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla”.

⁵ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 210; en el mismo sentido ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. I, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 256; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 133, precisa que la legítima defensa “no es de naturaleza subsidiaria”, salvo en la agresión de inimputables.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

1. La racionalidad de la legítima defensa. Algunas consideraciones doctrinales sobre la defensa ejercida en virtud del estado de necesidad originado por la agresión injusta.

1.1. Delimitación del problema.

1.1.1. Consideraciones básicas sobre la legítima defensa.

En términos generales se ha entendido la legítima defensa como “la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”.⁶

No existió mayor debate en la Comisión Redactora de nuestro Código Penal al adoptar las disposiciones relativas a la legítima defensa del Código Penal español de 1848, reformado el año 1850. En la 6° sesión, de 10 de mayo de 1870, quedó constancia en actas de lo siguiente: “Con mui corto debate también i en igual forma al del Código español, quedó aprobado el siguiente N° 4°....”.⁷

Considerando esta ausencia de debate, es común que en los textos de estudio se cite la obra del jurista español que fue determinante para que la Comisión Redactora adoptara como modelo de nuestro Código Penal el español. Al respecto, Joaquín Francisco Pacheco explicaba el instituto de la siguiente forma:

“La doctrina consignada en este artículo de nuestro Código no es una doctrina nueva, ni en su concepción ni en su expresión (...) Siempre se ha comprendido que a la cabeza de todos nuestros deberes están los que tenemos para con nosotros mismos; y que toda obligación, respecto a un extraño, se eclipsa ante un derecho propio que NECESARIAMENTE haya de contrariarla y de ser con ella inconciliable (...) La defensa es, pues, un acto lícito. Se cumple un deber consigo propio y SE EJERCE UN DERECHO respectivamente a los demás, ejercitándola y poniéndola por obra”.⁸

Actualmente, de entre los fundamentos que intentan explicar la legítima defensa, la teoría del interés preponderante es el que se ha impuesto en la mayor parte de nuestra doctrina.⁹

⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I (actualizado por Guillermo J. FIERRO), Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1987, p. 444. Igual que en el texto ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 249; LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 93, añadiendo que no sólo se trata de una agresión actual sino también inminente; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 336; COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, pp. 196 y ss., quien además señala otras tantas concepciones más o menos comprensivas de los requisitos exigidos por la ley para configurar la legítima defensa.

⁷ Cfr. *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Santiago: Imprenta de la República, 1873, p. 9 y 10. La revisión de los artículos se hizo en las sesiones 120 y 121, de 21 y 24 de marzo de 1873, manteniéndose las disposiciones aprobadas en la sesión 6°. Únicamente se generó un breve debate en torno al alcance de la legítima defensa, entendiendo los comisionados que se trataba de una norma amplia respecto a los bienes y derechos que pueden defenderse legítimamente.

⁸ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, pp. 175-176.

⁹ Cfr. LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 93; CURY, Enrique, *Derecho Penal*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 372; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 249; POLITOFF,

Cousiño afirma que este principio puede ser formulado en los siguientes términos: “Siempre es preponderante el interés del agredido injustamente en alguno de sus bienes jurídicos, frente a los bienes jurídicos del atacante, lesionados en legítima defensa”. Eso sí, este autor advierte que “La preponderancia de los intereses no se mide conforme a un criterio de valuación material, sino que responde a una valuación jurídica”.¹⁰

1.1.2. La legítima defensa en el Código Penal chileno.

El artículo 10 de nuestro Código Penal, en sus numerales 4, 5 y 6, señala los requisitos o presupuestos esenciales para que la defensa del agredido injustamente se encuentre legitimada. Para efectos de este trabajo interesa la figura básica descrita en el numeral 4, que dispone lo siguiente:

“Están exentos de responsabilidad criminal: 4. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

Este numeral se refiere a lo que comúnmente se ha denominado legítima defensa propia. Cada uno de sus presupuestos, con especial énfasis en la circunstancia segunda recién transcrita, será objeto de breve análisis en los numerales siguientes.¹¹

a) La agresión ilegítima.

Se ha sostenido uniformemente que la circunstancia primera del número 4 del artículo 10 del Código Penal se refiere a la concurrencia de una agresión ilegítima actual o inminente; complemento estos últimos que se derivarían de la última parte de la circunstancia segunda del mismo artículo, en cuanto habla de impedir o repeler la agresión ilegítima.¹² En la actualidad es prácticamente conteste la doctrina nacional en señalar que esta agresión ilegítima actual o inminente se refiere a una conducta humana, activa u omisiva, dolosa o culposa, incluso inculpable, objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un

Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, 2ª Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 214; MERA, Jorge; CILLERO, Miguel; COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal Comentado Parte General*, Santiago: Editorial Legal Publishing, 2011, p. 211. Con variantes, GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 127-128, se refiere a dos principios que fundamentarían la legítima defensa: El principio de autoprotección y el de confirmación del derecho.

¹⁰ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 192.

¹¹ Los numerales 5 y 6 inciso primero de esta disposición regulan la llamada –genéricamente– legítima defensa de terceros, distinguiendo el legislador si la defensa es de parientes –incluido el cónyuge– o de extraños, respectivamente. Por su parte, el numeral 6 inciso segundo de este artículo 10 regula la llamada legítima defensa privilegiada, en la que se presume legalmente la concurrencia de las circunstancias previstas en los numerales antes descritos, “cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor”, respecto de ciertas situaciones especiales que la misma norma se encarga de precisar.

¹² LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 95; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 254; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 9, p. 217; MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n° 9, p. 216.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa.
Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional
del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico.¹³ Que sea ilegítima viene a significar que sea antijurídica, sin que obste a ello que no sea típica.¹⁴ Es actual aquella agresión que se está ejecutando, en tanto la agresión al bien jurídico no se haya agotado totalmente; e inminente, en cuanto a que sea lógicamente previsible.¹⁵ Si bien algunos autores sostienen que ha de tratarse de una agresión grave,¹⁶ la mayoría afirma que no se exige gravedad de la agresión, pues “lo que hace legítima la reacción del ofendido no es la gravedad de la ofensa sino su injusticia”.¹⁷

b) *Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima.*

Cousiño distingue –correctamente a nuestro entender– entre la *necesidad de la defensa* y la *defensa necesaria*, advirtiendo que por su similitud terminológica se confunden, pero, en definitiva, se trata de ideas bastante disímiles:

“(la primera expresión) hace referencia al requerimiento mismo de que el agredido se encuentre apremiado para proteger su persona o bienes jurídicos, o la persona o bienes jurídicos de un tercero, ante el peligro en que se encuentran. El otro caso alude a la defensa que es necesaria para repeler la agresión antijurídica”.¹⁸

¹³ Cfr. POLITOFF/MATUS, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, cit. nota n° 4, p. 129; LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, pp. 94 y 95; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 9, pp. 215-216; MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n° 9, pp. 214-215; NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 338, agregando, en todo caso, que ha de tratarse de una agresión real, al igual que GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 131, MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n° 9, pp. 215-216, y CURY, *Derecho*, cit. nota n° 9, p. 373, quien añade que esta agresión ilegítima no debe ser provocada por el defensor; en el mismo sentido ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 253. Empero, GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 130, y NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 341, a diferencia de la doctrina nacional mayoritaria, sostienen que la agresión sólo se refiere a comportamientos activos y dolosos, excluyendo los omisivos y los culposos.

¹⁴ POLITOFF/MATUS, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, cit. nota n° 4, p. 130; GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 132; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 9, p. 216; LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, pp. 94 y ss., quien cita numerosas sentencias pronunciadas entre los años 1928 a 1958; NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 338; CURY, *Derecho*, cit. nota n° 9, p. 373; MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n. 9, p° 215; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 253, señala que “No se exige que la agresión sea típica; puede tratarse de una acción ilícita sólo civilmente”.

¹⁵ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 9, p. 217; POLITOFF/MATUS, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, cit. nota n° 4, p. 130; para NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 340, en la voz actual se comprende tanto la inminencia del ataque como la de aquel que ya se ha iniciado; CURY, *Derecho*, cit. nota n° 9, p. 373, afirma que tanto la actualidad como la inminencia pueden incluirse en la exigencia de realidad de la agresión, al igual que POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 9, p. 218; GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 131.

¹⁶ CURY, *Derecho*, cit. nota n° 9, p. 374.

¹⁷ LABATUT, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 95; NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 340, quien atribuye esta frase a G. Maggiore; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 254.

¹⁸ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 263. Advierte este autor, cit. nota n° 1, p. 264, que no existe realmente un requisito “de la necesidad de la defensa, ya que ANTE UNA AGRESIÓN ANTIJURÍDICA LA DEFENSA QUE SE OPONE ES SIEMPRE NECESARIA, aunque no siempre lo sean los medios de que se hace uso”.

El artículo 10 número 4 circunstancia segunda del Código Penal exige como requisito para que opere la legítima defensa la “Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”. Esto es, justamente, lo que Cousiño denomina *defensa necesaria*,¹⁹ que significa que en la acción de defensa “no deben utilizarse medios EXCESIVOS, sino únicamente aquellos que son REQUERIDOS para la protección (...) TODO EXCESO ELIMINA LA LEGITIMIDAD DE LA DEFENSA”.²⁰ En este mismo sentido, sostienen los autores que la acción de defensa que configura la causal de justificación debe ser típica; de lo contrario, pasa a ser una mera defensa, irrelevante jurídico-penalmente.²¹

Buena parte de la doctrina y de nuestros Tribunales vio, en principio, que esta exigencia legal decía relación con la *proporcionalidad* de los medios utilizados por quien se defiende. Las consecuencias de esta interpretación tuvo, según algunos, “consecuencias gravísimas”, pese a los intentos por tratar de morigerar su sentido y alcance por medio de la expresión *proporcionalidad racional*.²² Esto es así, pues se asimiló esta exigencia de proporcionalidad a la comparación matemática o aritmética entre el elemento o medio usado para ejercer la acción defensiva y el utilizado en la agresión, en circunstancias que la expresión *necesidad racional* se refiere al modo de llevar a cabo la defensa necesaria, sin excesos, atendida las circunstancias concretas de la agresión ilegítima, de tal forma de cumplir el objetivo del instituto, que no es otro que impedir o repeler la agresión para salvaguardar un interés propio o de terceros.²³ En este último sentido, Etcheberry sostiene que “Hay que entender esta expresión como si dijera “necesidad racional de la manera de defenderse””.²⁴

Entendiendo entonces que la necesidad racional del medio empleado para defenderse no implica un cálculo aritmético de equivalencia entre los medios defensivos y de ataque sino su ejercicio efectivo y no excesivo, dentro de los objetivos del instituto, cabe plantear un problema de suyo relevante en la práctica, que dice relación con la forma de valorar o

¹⁹ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 267. Explica este autor que el antecedente inmediato de la defensa necesaria se encuentra en el derecho canónico bajo el principio de que la defensa debe restringirse a la debida mesura, esto es, a la *moderamen inculpatae tutelae*.

²⁰ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 267.

²¹ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 267; NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 341.

²² Especialmente crítico COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 268, quien explica que “la defensa racionalmente necesaria puede no ser proporcionada, si es que el agredido no dispone de otros medios a su alcance para la protección de su persona y derechos”. Igualmente rechazando la equivalencia o proporcionalidad abstracta, citando sentencias en tal sentido, MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n° 9, p. 218. NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 342, es ilustrativo al rechazar el concepto de proporcionalidad de los medios: “No se trata de que deba repelerse el puñal con puñal, la piedra con piedra y el revólver con revólver. Lo que interesa es que ante la agresión injusta sea posible salvar el bien jurídico atacado, pero sin llevar la reacción defensiva más allá de lo necesario”.

²³ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 270, quien señala que este criterio es igualmente aplicable en aquellos casos en que el defensor dispone de un solo medio de defensa, evento en el cual no se puede hacer un uso indiscriminado: “Ni se pueden multiplicar las bofetadas hasta dejar sangrando al defensor inerte en el suelo; ni puede seguirse lesionando con el puñal cuando una herida era suficiente”. Asimismo, cfr. las numerosas sentencias citadas por este autor que sintetizan la problemática que plantea la expresión necesidad racional del medio empleado. En este mismo sentido GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 133.

²⁴ ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 254. Más adelante, en p. 256, sostiene este autor que racional “significa razonable, aproximada, considerando las circunstancias del caso”.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

apreciar la concurrencia de esta circunstancia en el caso concreto. En este punto encontramos dos posturas antagónicas: Por una parte, aquellas que abogan por la valoración *subjetiva* de la circunstancia; y por otra, las que sostienen que tal valoración debe ser *objetiva*. Ni la una ni la otra entregan resultados satisfactorios.

En efecto, una consideración subjetiva, basada únicamente en el análisis del sujeto que se defendió en concreto, podría alcanzar en mayor medida los anhelos de justicia respecto de la persona que se defiende. Sin embargo, acarrea problemas probatorios complejos para los sentenciadores al intentar reproducir exactamente el estado de ánimo e intenciones de quien se defiende, con el consiguiente peligro de discrecionalidad que ello conlleva. Por su parte, la pura consideración objetiva desatiende –o podría obviar– las circunstancias concretas en que se produjo la agresión ilegítima y los efectos que ella tiene o podría haber tenido en el sujeto que impide o repele dicha agresión.

Por lo anterior, actualmente la doctrina nacional es prácticamente conteste en apreciar la necesidad racional de la defensa de acuerdo a un juicio objetivo que se emite retrotrayéndose al momento de la reacción defensiva, esto es, de acuerdo a una valoración *ex ante*.²⁵ En este sentido Garrido señala lo siguiente:

“El criterio para determinar la necesidad racional debe ser objetivo, o sea apreciando la realidad de las circunstancias concurrentes, pero poniéndose en el lugar del sujeto que se defendió y en el momento de la agresión, sin perjuicio de descartar su mera aprensión o su excesiva imaginación”.²⁶

c) *Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.*

Este presupuesto, descrito en la circunstancia tercera del número 4 del artículo 10 del Código Penal no ha de consistir en una verdadera agresión, pues en tal caso el provocado

²⁵ COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 272. Por su parte, ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 254, afirma que “La necesidad es apreciada por la doctrina sobre la base de tres factores: la naturaleza del ataque, la índole del bien atacado y las restantes posibilidades de salvarlo, que no consistan en la defensa directa”. Para MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n° 9, p. 219, “La necesidad racional del medio se evalúa objetivamente, atendiendo a las características reales de la agresión sufrida, y no a las características imaginadas por el autor, en su alteración anímica por mucho que, si las cosas hubieran sido como él se las imaginó, el medio que escogió habría sido racionalmente necesario”. En contra de esta postura se manifiestan POLITOFF/MATUS, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, cit. nota n° 4, pp. 130-131, al sostener que “El criterio básico para decidir si la defensa era **necesaria** es un juicio *ex post*, ya que el atenerse con carácter general a un juicio *ex ante* subjetivaría esta causal de justificación y podría convertir en justificada una **defensa putativa**”. Sin embargo, a renglón seguido sostienen que en algunos casos es ineludible una “consideración **objetiva** *ex ante*”, sin explicar fundadamente por qué tales casos deben ser tratados de forma distinta a aquellos valorados según un análisis *ex post*.

²⁶ GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 133; en el mismo sentido NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 343, quien señala que “la racionalidad ha de ser apreciada según la reacción que un sujeto razonable habría tenido en el momento mismo de la agresión y no conforme a lo que a posteriori pueda lucubrase en la apacible tranquilidad de un gabinete”.

no sería agresor.²⁷ Tal como sostiene Novoa, “Provocar significa irritar o estimular a otro de palabra o de obra para que adopte una actitud agresiva (...) será menester legalmente que la provocación sea suficiente, esto es, que baste para explicar humanamente el ataque que el provocado descarga en seguida sobre su provocador”.²⁸ Se ha exigido, al menos, que esta provocación sea próxima e inmediata y de cierta entidad o gravedad.²⁹ Algunos autores precisan que la provocación puede ser dolosa o culposa, debiendo partir de quien se defiende.³⁰

2. La necesidad racional de la legítima defensa según lo resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia.³¹

2.1. Apreciación de la necesidad racional de acuerdo a un criterio abstracto o “con los ojos de los jueces”.

Este criterio, no compartido en este trabajo por las “gravísimas consecuencias” denunciadas por algunos autores, ha estado y aún está –en menor medida– presente en las sentencias de nuestros Tribunales, con dos claros paradigmas: Por un lado, la necesidad de efectuar una valoración de acuerdo a parámetros abstractos, objetivos, o también denominada apreciación hecha con los “ojos de los jueces”;³² y por otro, la exigencia de

²⁷ POLITOFF/MATUS, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, cit. nota n° 4, p. 131; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 257; MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n° 9, p. 220.

²⁸ NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 347. Este autor señala además, con argumentos de ley, que la provocación no es sinónimo de agresión. En el mismo sentido del texto GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 132; MERA/CILLERO/COUSO/HERNÁNDEZ, *Código*, cit. nota n. 9, p. 221. Por su parte, LABATUT, *Derecho*, cit. nota n. 1, p. 99, afirma que la provocación suficiente “*es aquella de tal naturaleza, atendidas las circunstancias, que pueda ser estimada bastante o idónea para explicar de modo satisfactorio la reacción del provocado*”; ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 257, señala que “*No es preciso que la provocación llegue a hacer legítima la agresión; basta con que la haga explicable, natural, desde el punto de vista psicológico*”; COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1, p. 287

²⁹ POLITOFF/MATUS, “Artículo 10 N° 4° a 7°”, cit. nota n° 4, pp. 131 y 132; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 9, pp. 219-220.

³⁰ GARRIDO, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 133.

³¹ En este apartado se exponen y analizan las sentencias que estimamos más relevantes para el objeto de este trabajo, pronunciadas por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, especialmente por las Iltmas. Cortes de Apelaciones del país en el período comprendido entre el año dos mil a la fecha, sin perjuicio de hacer referencia, a modo de conclusión, a una reciente sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema. Para efectos meramente históricos se hace referencia igualmente a los comentarios de don Alfredo ETCHEBERRY en su obra *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (sentencias 1875-1966)*, t. I, Parte General, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987, pp. 166 y ss. En cuanto al criterio temporal de elección de las sentencias (del año dos mil a la fecha), estimamos que se encuentra más acorde con la actual realidad del sistema procesal penal del país y, por ende, su exposición y análisis puede coadyuvar más directamente a la resolución de casos similares en este nuevo contexto. La relevancia de las mismas se fundamenta en dos motivos: Por un lado, describen en forma más precisa la controversia jurídica sometida al conocimiento de los Tribunales, y, por otro, realizan una descripción más completa de los hechos que fueron materia de juzgamiento ante los Tribunales de primer grado. Para mayor información sobre las mismas cfr. la página web de *legalpublishing* y de *microjuris*, sin perjuicio de las sentencias a que se refiere la obra de don Alfredo ETCHEBERRY, antes citada, y la de don Luis COUSIÑO, *Derecho*, cit. nota n° 1.

³² Ya bastante referencia hemos hecho a la expresión “ojos de los jueces” sin explicitar a qué se refiere. Se trata de una expresión acuñada por la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de enero de 2008, ingreso N° 2838-2007, mediante la cual se rechaza la apreciación de la necesidad racional basada

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

proporcionalidad matemática entre los medios utilizados para agredir con aquellos con los que el sujeto se defiende.

Un primer e ilustrativo acercamiento al complejo debate generado en torno a la apreciación o valoración judicial que debe efectuarse sobre la necesidad racional del medio empleado para justificar la acción defensiva está expuesto en la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha siete de agosto del año dos mil siete, en la que se analiza la concurrencia o no de las dos primeras circunstancias descritas en el artículo 10 N° 4 del Código Penal.³³ Los hechos materia del proceso fueron los siguientes:

“está acreditado que tres jóvenes se acercaron a Luis Miqueles el que se encontraba junto a su hijo y un chofer arreglando un vehículo, para solicitarles dinero, y como les fuera negado se inició un altercado entre todos los partícipes; también se ha probado, no sólo por la confesión de Luis Miqueles, que disparó un arma e hirió en el tórax a uno de los jóvenes (...) lo que causó su muerte”.

Continúan los sentenciadores exponiendo el contexto fáctico, especialmente de acuerdo a lo argumentado en estrados por la defensa del propio acusado, señalando que quien hizo el disparo no portaba el arma de fuego al momento de acercarse los tres jóvenes sino que fue “a su domicilio a buscar otra herramienta que le faltaba para continuar arreglando el vehículo, tomó un arma de fuego y la puso en su banano de donde la extrajo cuando su hijo era atacado”; que hizo primero dos disparos al suelo y que el tercero hirió de muerte a uno de los jóvenes. Asimismo, señalan los sentenciadores –siguiendo siempre los argumentos de la defensa– que “el hijo de Luis Miqueles con un palo, que extrajo del automóvil, trató de repeler la agresión golpeando a uno de los muchachos en la muñeca para hacerle botar el arma de fuego que portaba”.

En el considerando segundo de esta sentencia se contiene el razonamiento que llevó al Tribunal de Alzada a excluir la concurrencia de la agresión ilegítima y de la necesidad racional de la defensa. Respecto de la primera circunstancia, concluyen los sentenciadores que el solo hecho de que el encausado haya ido a su domicilio a buscar el arma de fuego excluye la legítima defensa. Añaden a esto un argumento procesal, cual es, la ausencia de prueba sobre la existencia de un arma de fuego en poder de alguno de los tres jóvenes involucrados. Finalmente, en lo que nos interesa, señalan los sentenciadores que “la propia defensa señala que la víctima se encontraba en estado de ebriedad lo que, **lógicamente**, disminuye su capacidad física y síquica” (el subrayado es nuestro).

exclusivamente en un criterio abstracto, debiendo, en todo caso, dicha apreciación, efectuarse “con el criterio que el común de las personas enfrentaría en una situación similar”; en otras palabras, no con los “ojos de los jueces”, como bien recalca el fallo citado. El análisis de esta sentencia se expondrá en el apartado siguiente. Por su parte, NOVOA, *Curso*, cit. nota n° 6, p. 343, es particularmente enérgico al rechazar esta forma de apreciación en abstracto, señalando que no debe hacerse conforme “a lo que a posteriori pueda lucubrarse en la apacible tranquilidad de un gabinete”.

³³ Ingreso N° 822-2007.

Sobre la segunda circunstancia sostiene el Tribunal de Alzada que:

“el medio empleado para repeler, tres personas sobrias, a tres jóvenes, al menos uno en estado de ebriedad, desde luego no fue racional, porque **no se probó que estos portaran algún arma de fuego** y porque Luis Miqueles fue a su casa a buscar un arma para repelerlos y tampoco está claro que no haya existido provocación por parte de Miqueles; lo que se originó fue una riña y **está justificado que Luis Miqueles junto a sus dos acompañantes utilizaron un palo y un arma de fuego**” (el subrayado es nuestro).

Estimamos que la sentencia efectúa una apreciación en abstracto de las circunstancias fácticas materia del proceso, o, lo que es lo mismo, una valoración realizada exclusivamente con los “ojos de los jueces”, basándose, además, en el antiguo –y actualmente desechado– criterio de la proporcionalidad. En efecto, en lo que nos interesa respecto a la necesidad racional de la defensa, los sentenciadores principian argumentando que el “medio empleado desde luego no fue racional” porque no fue probado que los tres jóvenes involucrados hubieran portado un arma de fuego, como si lo particularmente relevante al momento de apreciar la necesidad racional fuese la igualdad de armas entre agresores y agredidos. Este criterio –exacerbado por el Tribunal de Alzada al dejar en claro que eran “tres personas sobrias” frente a “tres jóvenes, al menos uno en estado de ebriedad” –³⁴ ya fue objeto de análisis crítico en este trabajo, por lo que nos remitimos a las “consecuencias gravísimas” que según algunos autores conduce su aplicación. Corolario de todo lo anterior es la comparación que se hace entre los medios empleados por todos los involucrados: Además de no probarse el uso de arma de fuego de parte de los jóvenes, en cambio, “Luis Miqueles junto a sus dos acompañantes utilizaron un palo y un arma de fuego”; como si de esta sola circunstancia se derivara la ausencia de necesidad racional de la defensa del encausado.

Probablemente el paradigma de la apreciación en abstracto efectuada por los sentenciadores está dado por el uso de la palabra “lógicamente” como motivo de rechazo de la necesidad racional de la defensa: “la propia defensa señala que la víctima se encontraba en estado de ebriedad lo que, **lógicamente**, disminuye su capacidad física y síquica”. El recurso a la *lógica* no sólo permite pronunciar una sentencia sin la debida fundamentación exigida por el legislador³⁵ sino que, además, reconduce a preguntarse lo siguiente: ¿De quién es la lógica utilizada? Más parece ser la lógica apreciada según los “ojos de los jueces”, sin retrotraerse a la de un hombre razonable puesto en el caso concreto, quien, al enfrentarse al ataque que contra su hijo hace un joven en estado de ebriedad –acompañado de otros dos jóvenes sobrios–, decide disparar su arma de fuego (tras dos advertencias previas).³⁶

³⁴ Es decir, tres personas sobrias contra dos jóvenes, o, a lo más, contra dos jóvenes *y medio*, cuestión que matemáticamente da un resultado mayor para los sobrios que para los jóvenes.

³⁵ Por ejemplo, en los artículos 36, 297 y 342 del Código Procesal Penal.

³⁶ Arma de fuego que, como bien se advierte de la exposición de los hechos que hace la sentencia, no fue disparada inmediatamente tras ser recogida desde la casa por el propio encausado, sino sólo una vez que su hijo fue atacado por el joven ebrio que resultó muerto. En definitiva, la pena impuesta fue tan sólo de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, con el beneficio de remisión condicional de la pena, por aplicación de las circunstancias atenuantes de los números 6, 7 y 9 del Código Penal, lo que podría resultar indiciario del

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

Bajo el mismo parámetro valorativo encontramos la sentencia pronunciada por la Il.tra. Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha veintidós de septiembre del año dos mil ocho, conociendo de un recurso de nulidad basado en la errónea aplicación del derecho por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.³⁷ El fundamento del recurso de nulidad está reseñado en el considerando tercero de esta sentencia:

“la necesidad racional del medio empleado, no obedece a un asunto de identidades aritméticas entre la agresión y la defensa, más aún si se considera que no es posible esperar de quien es agredido un razonamiento sereno y objetivo que le permita escoger entre los distintos medios disponibles, de tal manera al no acoger dicha circunstancia, hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en la sanción corporal impuesta”.

El considerando octavo de esta sentencia deja establecido lo que se entiende por necesidad racional: “La necesidad a que se refiere la ley no es simplemente necesidad, sino que una que debe tener el carácter de racional, es decir lo que pueda esperarse de un individuo razonable en las circunstancias en que estuvo el que se defiende”. Hasta esta parte todo parece indicar que esta sentencia se conforma con lo afirmado por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la apreciación no se hace en abstracto sino de acuerdo al criterio del hombre razonable puesto en el caso concreto, es decir, de forma objetiva retrotrayéndose al momento, accidentes y lugar de los hechos.

Sin embargo, esta idea cede a paso a otra en el considerando noveno, que no es antagónica, pero que influye decisivamente en la valoración que, en definitiva, efectúan los sentenciadores sobre la necesidad racional de la defensa. En el considerando noveno se afirma lo siguiente: “Que atendida la enorme cantidad de casos, hechos, situaciones o circunstancias que puede ocurrir en la vida real, **la apreciación definitiva de este aspecto de la legítima defensa queda entregada a los jueces**” (el subrayado es nuestro). Ciertamente, la apreciación se entrega a los jueces no para que analicen los hechos prescindiendo de las circunstancias concretas sino para que lo hagan de acuerdo a un parámetro objetivo *ex ante*. Este último no es el criterio seguido por esta sentencia, lo que aparece especialmente claro de la lectura de su considerando duodécimo, párrafo segundo:

“del estudio del fallo objetado, aparece que la contextura de la imputada era mayor que la de la víctima y aprovechando esta diferencia, le arrebató el arma, controlando la situación, y bien pudo realizar cualquier otra acción posterior para poner término a la situación, sin llegar a extremos, como dispararle a la víctima en el tórax, ocasionándole la muerte”.

Sin perjuicio de que la sentencia hace referencia a algunos considerandos del fallo dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal para respaldar su argumentación, lo cierto es que

sentimiento de injusticia que para los mismos sentenciadores provoca una apreciación de este tipo, máxime si no se le dio mayor crédito a los argumentos de la defensa no obstante se le reconoció al imputado una colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

³⁷ Ingreso N° 1129-2008.

la apreciación que se hace de los hechos no guarda relación con la afirmación hecha en el considerando octavo. Esto es así, pues en la apreciación no aparecen indicadores ni referencias a la conducta que habría tenido el hombre razonable puesto en el lugar de la encausada. Antes bien, aparece un tercero juzgando que “la contextura de la imputada era mayor que la de la víctima”,³⁸ lo que permitió a esta arrebatarse un arma y “controlar la situación”. ¿Qué habría hecho un hombre razonable en estas circunstancias? El solo hecho de portar un arma, en criterio de los sentenciadores, no sólo le permitió controlar la situación a la imputada, sino que le quitó toda necesidad racional a su defensa. El contexto fáctico completo no es mencionado; el mero hecho de portar un arma restaría racionalidad a la defensa; el disparo efectuado por quien tiene contextura mayor en contra de otra que no tiene un arma y es de menor contextura parece ser la razón esencial del fundamento condenatorio de esta sentencia, cuestión que, desde luego, nos remite a la apreciación en abstracto de la acción defensiva y a una solapada comparación aritmética de los medios utilizados para defenderse.³⁹

No obstante las dos sentencias analizadas, en definitiva, condenaron a los encausados, también se encuentra el criterio de apreciación en abstracto en fallos que han absuelto en virtud de haberse ejercido una defensa racional en contra de una agresión injusta. Tal es el caso de la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha cuatro de junio de dos mil tres,⁴⁰ cuyo considerando primero contiene el fundamento absolutorio:

“el propio ofendido Juan Guzmán Saavedra reconoce en su indagatoria de fs. 20 haber agredido a Ascuí mientras se encontraba sentado en el vehículo, por lo que el agredido se bajó y se “agarraron a combos”. Ha existido una agresión ilegítima reconocida por quien la realizó y **es clara la necesidad racional del medio empleado para repelerla, ya que el agredido se bajó y contestó con los puños**; por último también está reconocido que no hubo provocación suficiente por parte del que se defiende” (el subrayado es nuestro).

No existe mayor cuestionamiento al afirmar que si existe enfrentamiento “puño con puño”, entonces, concurre la necesidad racional del medio empleado para defenderse. Cualquier otra consideración ajena a esta apreciación en abstracto –que se funda, creemos, en un criterio proporcional- enturbia esta claridad, como podría haber sido un eventual análisis o valoración acerca del hecho mismo de que el agredido se bajó del auto y golpeó a su agresor. ¿Podría sostenerse aún, con tanta claridad, que era racionalmente necesario este medio de defensa si el agredido podía haber continuado su camino al interior del vehículo sin necesidad de bajarse de éste con el objetivo de “defenderse”? ¿Habría bajado de su auto

³⁸ Pareciera ampararse esta afirmación, más que en la conducta del individuo razonable, en la falta de proporción calórica de las involucradas.

³⁹ Además, se repite un factor común con la sentencia anterior y con la mayoría de las sentencias que se citan en este apartado: Quedan desprovistas de un debido fundamento que permita reproducir el razonamiento a través del cual se rechaza la concurrencia de la necesidad racional. Pareciera ser que la “tranquilidad del gabinete” deja retenida la debida fundamentación de la apreciación hecha con los “ojos de los jueces”. La imputada fue condenada por el delito de homicidio simple a la pena de tres años y un día.

⁴⁰ Ingreso N° 2141-2003.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

el hombre razonable puesto en el caso concreto? ¿Y si solamente hubo necesidad de la defensa pero no defensa necesaria? Estas interrogantes no aportan mucho a la apreciación hecha con los “ojos de los jueces”. Como ya lo hemos puesto de relieve, una apreciación de esta naturaleza deja desprovista de mayor fundamento las sentencias que la contienen⁴¹, a diferencia de las sentencias que se exponen en el apartado siguiente.

2.2. Apreciación de la necesidad racional de acuerdo al parámetro del hombre razonable puesto en el lugar y momento de los hechos.

Ya sostenía Etcheberry que “el requisito de la “necesidad racional del medio” (...) es sin duda el más difícil de determinar objetivamente”.⁴² Tal dificultad se trasladó al campo de la jurisprudencia, pues afirma este autor que pese a que la jurisprudencia mayoritaria rechaza la tesis de que la necesidad racional supone una equivalencia matemática o igualdad absoluta entre los medios de ataque y de defensa:

“no puede negarse que al aplicar esta doctrina a los casos prácticos, la jurisprudencia de nuestros tribunales tiene un criterio más bien restrictivo, y que en muchos casos viene a traducirse en la adopción de hecho de la misma doctrina que se rechaza en el terreno de los principios: la exigencia de la proporcionalidad matemática, o bien la apreciación del caso a la luz de la tranquila reflexión posterior del tribunal, y no desde el punto de vista de las circunstancias del caso”.⁴³

No obstante la dificultad práctica que plantea este autor, creemos que es ilustrativa respecto a la postura adoptada en este trabajo la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema, que Etcheberry expone de esta forma:

“Ofrece interés por su precisión la sentencia de casación en Contra Primitivo Cubillos y Otro. Se dice allí que no es correcto el razonamiento que concluye que el comportamiento del reo no ha sido legítimo por el hecho de que un modo distinto de obrar hubiera sido legítimo. En efecto, “la necesidad misma de la defensa y los medios adecuados de que se hace uso están entregados, en el momento del hecho, a la ponderación y juicio del que actúa, y sólo corresponde a los jueces resolver si la actuación fue prudente y moderada, o, como lo dice la ley, racional” (se cita a CHAUVEAU Y HELIE). (...) La evaluación de la conducta no debe hacerse desde un

⁴¹ En sentido similar, pero condenando, se pronunció la Iltma. Corte de Apelaciones de Chillán en sentencia de fecha veintidós de abril de dos mil tres, Ingreso N° 204306, al sostener que una agresión con un cuchillo repelida con siete disparos no configura una necesidad racional de la reacción defensiva. Por su parte, la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de fecha diez de agosto de dos mil ocho, ingreso N° 183-2011, sin entregar mayor fundamentación, considera desproporcionado acometer con un vehículo a personas desarmadas.

⁴² ETCHEBERRY, *Derecho Penal en la Jurisprudencia*, cit. nota n. 31, p° 156. Advertía este autor, ya en aquella época, que no está zanjado el problema de si la valoración de este requisito es una cuestión de hecho o de derecho.

⁴³ ETCHEBERRY, *Derecho Penal en la Jurisprudencia*, cit. nota n° 31, pp. 166-167.

punto de vista exclusivamente subjetivo, sino también objetivo, pero siempre en forma individualizada”.⁴⁴

Más recientemente, creemos que es ilustrativa del criterio mayoritario, tanto en doctrina como en jurisprudencia, la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha veintitrés de enero del año dos mil ocho, conociendo de un recurso de nulidad fundado en la errónea aplicación del derecho con influencia substancial en lo dispositivo del fallo recurrido.⁴⁵ Los hechos materia de proceso están señalados en el considerando tercero de la sentencia:

“(el imputado) al salir por segunda vez al antejardín de su casa, lo hizo provisto de un palo de aproximadamente dos metros de largo y un cuchillo hechizo de 15 centímetros, dispuesto a persuadir a los agresores para que terminaran con su actuar violento y, si fuere necesario, defenderse él, defender a su madre y defender su casa, de cinco personas adultas, cuatro hombres y una mujer, todos en un acentuado estado de ebriedad, que amenazaban, agredían verbalmente, lanzaban piedras y movían fuertemente la cerca divisoria de la casa, llegando al extremo de romperla quedando botada sobre la acera del Pasaje”.

El desenlace del contexto fáctico es la agresión que el imputado hace con el palo a uno de los agresores, en tanto que a otro le enterró el cuchillo causándole la muerte (varios días después), y finalmente a otros dos los golpeó con el mismo palo de madera. Recalca la sentencia lo siguiente: “no debe olvidarse que ocurren (los hechos) después de las 04,00 horas de la madrugada”.

En el considerando octavo está contenido el razonamiento que nos interesa. Tras hacer presente que el fallo recurrido rechazó la necesidad racional de la defensa, sostiene el Tribunal de Alzada lo siguiente:

“Que la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, no puede ser apreciada de forma abstracta, sino en concreto desde la perspectiva del agredido (...) con el criterio que el común de las personas enfrentaría una situación similar”.

A renglón seguido manifiesta la más completa disparidad con el criterio de apreciación en abstracto, expresando correctamente y de manera concluyente lo siguiente:

“el peligro que justifica la legitimidad de la defensa no es aquel que aparece a los ojos de los jueces, sino el que se presenta a los ojos del atacado (...) al analizar esta eximente, debe exigirse un estándar de razonabilidad acorde a las circunstancias concretas”.

Pues bien, de acuerdo a los hechos descritos en la sentencia y a la apreciación objetiva, ex ante, realizada por el Tribunal de Alzada, finalmente se terminó acogiendo el recurso de

⁴⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal en la Jurisprudencia*, cit. nota n° 31, pp. 168-169. La sentencia citada es del año 1954, y figura en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LI, 4-65.

⁴⁵ Ingreso N° 2838-2007.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

nulidad, absolviéndose al acusado y aplicándole a su favor la denominada legítima defensa propia, criterio de valoración que compartimos y que constituye el criterio mayoritario a nivel jurisprudencial.⁴⁶

En igual sentido se pronunció -con solo meses de diferencia- el mismo Tribunal de Alzada, en sentencia de fecha veintiséis de mayo del año dos mil ocho, confirmando la absolución decretada por el tribunal a quo.⁴⁷

Los hechos materia del proceso quedaron asentados en el considerando segundo de la sentencia:

“cerca de las dos de la madrugada, Rodrigo Muñoz Godoy llegó hasta el inmueble donde vivía la acusada junto a su madre, dos hijos menores de edad (también hijos de Muñoz Godoy) y otra persona, en la comuna de Macul, reclamando a los niños, insultándola, amenazándola con matarla y luego suicidarse. Dicho sujeto estaba armado con un cuchillo con el cual comenzó a lanzar cortes, a lo que hay que agregar que en numerosas otras ocasiones el mismo individuo había amenazado con matar a la encausada y en algunas oportunidades la había golpeado”.

Tras sostener en el considerando tercero que la conducta del individuo constituía una agresión real e inminente, y de cierta gravedad, el Tribunal de Alzada sostiene en el considerando cuarto que la defensa de la acusada “fue la racionalmente necesaria para repeler el ataque”, descartando que en la especie deba efectuarse una apreciación matemática de las circunstancias.⁴⁸ Antes bien, dicha valoración ha de considerar “la reacción normal de una persona media”, concluyéndose entonces que “la defensa de la encausada, consistente en quitarle el cortaplumas al ofensor y agredirlo, era la racionalmente adecuada para repeler el ataque”. La apreciación objetiva, de acuerdo al hombre razonable, se complementa con la valoración ex ante:

“No deben olvidarse las circunstancias que rodearon este hecho, a saber, el tratarse de un individuo que permanente e insistentemente agredía física y psicológicamente a su ex pareja, que tenía varios procesos judiciales por este motivo y que incluso tenía orden de no acercarse a la señora Ramírez Carvajal”.

⁴⁶ Una diferencia que salta a la vista al apreciar la necesidad racional de acuerdo a este criterio, es que las sentencias generalmente aparecen provistas de una mayor fundamentación que con el criterio basado en el mero uso de la “lógica” según los “ojos de los jueces”. Esto es así, pues necesariamente deben describirse las circunstancias que llevan al hombre razonable a situarse en el lugar del acometido; y no sólo eso, además se debe fundamentar por qué tal reacción defensiva resulta explicable a través de este estándar de razonabilidad. Así quedó expresado en parte del considerando octavo y en todo el considerando noveno de la sentencia citada. En idéntico sentido cfr. la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Aantofagasta de fecha 11 de octubre de 2006, Ingreso N° 146-2006.

⁴⁷ Ingreso N° 7105-2006.

⁴⁸ También rechazando la equivalencia de los medios como criterio de apreciación de la necesidad racional se pronunció la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha treinta de enero del año dos mil ocho, Ingreso N° 1138-2006, considerando segundo.

La conclusión ahorra cualquier comentario adicional sobre el particular: “La defensa que dicha procesada realizó en contra del ataque de un individuo con los antecedentes ya descritos (...) **es la que cualquier persona normal habría hecho si le hubiera tocado vivir los mismos sucesos**”.⁴⁹

Otra sentencia ilustrativa en este sentido es la pronunciada por la Ittma. Corte de Apelaciones de La Serena con fecha diez de febrero del año dos mil cinco, conociendo de un recurso de nulidad de la defensa fundado en la errónea aplicación del derecho que hizo el respectivo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal al no acoger la legítima defensa a favor del acusado.⁵⁰

Si bien el considerando tercero de la sentencia principia comparando los medios de que se valió cada involucrado para atacar o repeler el ataque del otro (el occiso “un palo de 2 por 3 pulgadas y de 1,20 metros de largo”; el imputado, “un machete de 41 centímetros de hoja”), lo cierto es que la apreciación que hace de la necesidad racional de la defensa descansa – implícitamente – en el criterio del hombre razonable puesto ex ante en el lugar y momento de los hechos. En efecto, en el considerando cuarto de la sentencia se indica que “observada la acción recién descrita realizada por el acusado, si bien podría justificarse el primer golpe de machete como medio para rechazar la agresión, es evidente que exceden la necesidad racional para repelerla, los golpes siguientes, con los que infiere la herida penetrante que causa la muerte de la víctima”. Para fundamentar debidamente este razonamiento, los sentenciadores se sitúan en el contexto fáctico y advierten, de acuerdo a tales hechos, cuál sería la conducta del hombre razonable: “cabe agregar que es razonable pensar que la sola vista del machete, naturalmente intimidante para quien pretende atacar con un palo, podría haber tenido el efecto de detener la agresión”. Sin embargo, el Tribunal de Alzada no detiene su fundamentación en esta circunstancia –no obstante lo comprensiva y ventajosa que puede resultar la expresión “naturalmente intimidante” para no razonar más sobre el punto, especialmente para una apreciación en abstracto– sino que analiza qué ocurrió en el caso concreto y por qué se descarta la necesidad racional: Primero, sostienen que el ataque con el palo no se mantuvo después de los primeros golpes con machete; y segundo, señalan que la última herida al occiso fue propinada en la parte posterior (región sacro glútea), lo que sugiere el cese de la agresión. Es decir, de acuerdo a estos antecedentes un hombre razonable puesto en el lugar del agente habría actuado de forma diversa, al menos detenido o cesado la conducta defensiva, dentro del marco de la necesidad racional.⁵¹

⁴⁹ El subrayado es nuestro. Nuevamente creemos importante destacar la íntegra fundamentación de la sentencia que exige esta forma de apreciar la necesidad racional. En forma similar se pronunció la Ittma. Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de fecha doce de diciembre de dos mil siete, ingreso N° 401-2006 (hay voto de minoría); así también la sentencia de la Ittma. Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha veinte de julio de dos mil siete, ingreso N° 254-2007.

⁵⁰ Ingreso N° 4-2005.

⁵¹ En el mismo sentido se pronunció la Ittma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia de fecha dieciséis de octubre del año dos mil uno, Ingreso N° 7250-2000; sentencia de la Ittma. Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha veinticuatro de agosto del año dos mil siete, Ingreso N° 2107-2006; sentencia de la Ittma. Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha veinte de julio del año dos mil siete, Ingreso N° 254-2007.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

Como corolario de todo lo anterior, es particularmente precisa la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha catorce de abril del año dos mil cinco.⁵²

Los hechos asentados por el Tribunal de Alzada están contenidos en el considerando quinto de la sentencia: “la querellada, inmovilizada en la arena por la querellante, en posición decúbito dorsal, desesperada y ahogándose, sin poder utilizar sus brazos, no tuvo otro recurso para repeler el ataque, que morder el muslo de la querellante que enfrentaba sus mandíbulas, el que constituía el único medio a que podía acudir en esa coyuntura”. El fallo de primer grado condenó a la encausada por faltar la necesidad racional de la reacción defensiva; criterio que no comparten los sentenciadores, quienes citando a *Soler* sostienen que la necesidad racional:

“no implica una proporcionalidad material o equivalencia matemática entre el medio de ataque y el de defensa (...) Para una adecuada reflexión sobre este elemento sustancial de la causal de justificación, debe considerarse el conjunto de los factores concurrentes, procurando el juzgador, situarse en la posición de un agredido razonable en el momento de la agresión y no en la mera objetividad que puede consentir el análisis ulterior”.

Por su especial relevancia pública, precisión y claridad, no obstante haber sido dictada en un caso de legítima defensa *privilegiada* del inciso segundo, número 6 del artículo 10 del Código Penal, conviene citar dentro de este grupo de sentencias la dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha tres de noviembre del año dos mil ocho.⁵³

Los hechos –asentados en el considerando segundo de la sentencia– dicen relación con el robo que se encontraban efectuando tres sujetos menores de edad en una concurrida farmacia. Al entrar al local uno de los menores amenazó a las demás personas con un arma aparentemente de fuego, guardando posteriormente el revólver entre sus vestimentas. En el mismo lugar se encontraba un funcionario policial, quien, tras advertir el contexto en que se encontraba, sacó su arma de servicio y apuntó en contra del menor que tenía el arma aparentemente de fuego. Tras esta reacción el menor levantó sus manos y giró su cuerpo a la derecha, en una actitud que los sentenciadores consideraron como de entrega y protección, no obstante lo cual el asistente policial disparó en su contra causándole la muerte.

La sentencia recurrida consideró que no concurría en la especie el requisito de *necesidad racional* de la reacción defensiva, criterio no compartido por el Tribunal de Alzada, el cual, pese a citar abundante doctrina partidaria de considerar la frase “cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor” como indicativa de que no es necesaria la existencia de necesidad racional de la acción defensiva, igualmente analiza y concluye que dicha circunstancia efectivamente concurrió en la especie, mediante un criterio objetivo *ex ante*,

⁵² Ingreso N° 10503-2003.

⁵³ Ingreso N° 1841-2008.

rechazando expresamente la apreciación *ex post*. Así lo expresa el considerando vigésimo octavo de la sentencia:

“esta Corte observa que tal exigencia se cumple cabalmente, pues como ha quedado en evidencia de la dinámica y circunstancia de la acción reprochada, transcurrieron menos de dos segundos desde que la víctima comienza a levantar sus manos y el asistente policial dispara, lo que equivale, en el hecho, a una reacción simultánea que hace casi imposible exigirle al asistente policial que haya detenido su respuesta defensiva y protectora, más aún, si se encontraba en manifiesta situación de vulnerabilidad, ya que era un blanco fácil para los otros dos asaltantes que se encontraban a pocos metros de distancia de él y a su espalda, desconociendo éste si aquellos portaban armas”.

Decisivo en este punto y en lo que hemos considerado el criterio correcto al problema planteado, el considerando vigésimo sexto rechaza abiertamente la apreciación abstracta *ex post*:

“Que si bien los jueces orales justifican su convicción en un video cuyas imágenes se pueden detener y reiterar, ellas no permiten, **lógicamente, apreciar la tensión, y desde luego la celeridad con que transcurrió el hecho que motiva la acusación fiscal. Para quienes hoy observan reflexivamente la acción que reprochan, 2 segundos pudiera ser tiempo suficiente para exigir que en ese momento se asumiera una conducta alternativa o una respuesta defensiva menos gravosa, pero para quienes fueron actores de esa desgraciada contingencia, el tiempo legítima una reacción instantánea que ex post pudiera parecernos no justificada**” (el subrayado es nuestro).

Finalmente se absolvió al asistente policial originalmente condenado por homicidio simple.

A modo de conclusión de lo precedentemente expuesto, la Excma. Corte Suprema se ha pronunciado en forma clara y precisa en su sentencia de fecha tres de mayo de dos mil siete, acogiendo un recurso de casación en la forma a favor del condenado, absolviéndolo por estimar que había obrado en legítima defensa⁵⁴. El razonamiento está contenido en el considerando quinto de la sentencia de reemplazo:

“Que de este modo, ha existido la agresión ilegítima que autorizó la reacción defensiva del acusado, e íntimamente ligada a ella, se encuentra demostrada la necesidad racional del medio empleado por el acusado para repelerla ya que aún cuando dos testigos dijeron haber visto que el occiso tenía un arma blanca con la que trató de agredir al acusado cuando éste disparó, ese cuchillo no fue recuperado y no fue tampoco alegada su existencia oportunamente por el acusado. Pero no es la existencia de un cuchillo, la que permite tener por demostrada la proporcionalidad del medio empleado en su defensa por el acusado, ya que necesario resulta estarse a las circunstancias fácticas que rodearon esta agresión. **La necesidad racional del medio de reacción en la legítima defensa, no supone proporcionalidad matemática de los instrumentos empleados sino, como su propia redacción lo sugiere,**

⁵⁴ Ingreso N° 6466-2005.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

“razonabilidad” atendidas las particularidades del caso concreto. Frente al ataque de un individuo y la asechanza de varios más, encontrándose la víctima en el suelo y prácticamente inmovilizada, un disparo parece haber sido lo único que podía hacer en su defensa, porque no resulta posible tampoco suponer cuál otro habría sido un elemento más efectivo y menos dañino, al cual hubiese podido echar mano en la situación en que se encontraba. En este caso, la demostración física de que el disparo que hizo sobre la muñeca de su agresor -y que en definitiva le causó la muerte por el trayecto que siguió- fue hecho a muy corta distancia, sólo viene a corroborar el hecho que la agresión que estaba sufriendo era muy cercana y que no tenía siquiera espacio para maniobrar lo suficiente en términos de evitar la lesión de un órgano vital”.⁵⁵

Conclusiones.

La agresión ilegítima crea en el sujeto que se defiende, en primer término, una *defensa necesaria*, de carácter principal, que, no obstante, no es suficiente para tener por justificada dicha reacción defensiva. Es menester, además, que exista una *necesidad racional* en la forma de ejercer la acción de defensa, lo que Etcheberry entiende como “necesidad racional de la manera de defenderse”.⁵⁶

Ciertamente, determinar cuál es el medio menos drástico de que dispone efectivamente el defensor para hacer frente a la agresión ilegítima es un problema que al día de hoy sigue presentándose en las sentencias dictadas por nuestros Tribunales. Optar por una forma de apreciación en abstracto o, como la hemos denominado, con los “ojos de los jueces”, tiene importantes consecuencias, que se manifiestan por sí solas al realizar una lectura de las sentencias que han sido expuestas en este trabajo: En primer lugar, cuando se echa mano a esta forma de apreciación suele aparecer el criterio de la proporcionalidad matemática de los medios empleados para considerar o no racional la reacción defensiva necesaria, lo cual es una consecuencia evidente de valorar el asunto desde la “tranquilidad del gabinete”, sin consideración al momento, accidentes y lugar de los hechos; en segundo lugar, el recurso a los “ojos de los jueces” suele dejar desprovista de una debida fundamentación las sentencias que se pronuncian conforme a él. No puede ser de otra forma, pues siguiendo este criterio resulta innecesario adentrarse en las circunstancias concretas del caso sometido a conocimiento y resolución.

Este no es el criterio seguido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en Chile. Desde el más alto Tribunal de la República se ha sostenido con claridad que la apreciación de la necesidad racional ha de efectuarse con un criterio objetivo *ex ante*, esto es, de acuerdo a la conducta del hombre razonable, retrotrayéndose al lugar y momento de los hechos. Así, se entrecruzan criterios generalizadores e individualizadores que evitan caer en subjetivismos extremos que podrían terminar entendiendo y perdonando todo. Lo relevante de este

⁵⁵ En el mismo sentido se pronunció la sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, Ingreso N° 2980-2002; asimismo, la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha treinta de agosto del año dos mil cuatro, Ingreso N° 77-2004.

⁵⁶ ETCHEBERRY, *Derecho*, cit. nota n° 5, p. 254.

criterio es el rechazo absoluto a la forma de apreciación basada en la proporcionalidad matemática de los medios, lo que conlleva necesariamente el deber de dictar un fallo motivado que explique circunstanciadamente cómo y por qué una determinada reacción defensiva está justificada. Si no es suficiente la equivalencia de los medios, entonces, hay que analizar todas aquellas circunstancias indicativas de la actuación que habría tenido el hombre razonable puesto en el lugar de quien se defiende.

Compartimos este último criterio, tanto por su forma de aproximarse al contexto fáctico como por su influjo procesal en la manera de redactarse las sentencias que se pronuncian conforme a él. Se trata de una aproximación, pues se evita caer en subjetivismos e intenciones psicológicas y/o morales del sujeto en concreto, difícilmente reproducibles sin antes caer en la arbitrariedad judicial. Para tal efecto, se acude a un estándar objetivo, cual es, el hombre medio y razonable puesto en el lugar de los hechos. Se logra así una cuota de seguridad y comprensión fáctica muy superior al criterio abstracto de valoración. Además, en cuanto al influjo procesal, tal como tuvimos ocasión de examinar, se produce una consecuencia positiva en la forma de redactar las sentencias, toda vez que se torna imposible explicar la actuación del hombre razonable puesto en el lugar del agente sin una debida fundamentación. Quizás no es una consecuencia buscada, pero sí absolutamente necesaria en el criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia nacionales.

OLIVARES, Ernesto. “El estado de necesidad racional de la legítima defensa. Análisis jurisprudencial sobre la forma de apreciar la necesidad racional del medio empleado frente a la agresión ilegítima”.

BIBLIOGRAFÍA.

- Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Santiago: Imprenta de la República, 1873.
- CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. I, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000.
- COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. I, 3ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia (sentencias 1875-1966)*, t. I, Parte General, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, t. I, 9º edición (a cargo de Julio ZENTENO), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- MERA, Jorge; CILLERO, Miguel; COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor, *Código Penal Comentado Parte General*, Santiago: Editorial Legal Publishing, 2011.
- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, “Artículo 10 N° 4º a 7º”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dirs.); MATUS, Jean Pierre (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 127-144.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, 2ª Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I (actualizado por Guillermo J. FIERRO), Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1987.