

## La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada

MARIO GUILLERMO ROJO ARANEDA

Abogado  
Universidad de Santiago de Chile

### I

En realidad, quiero referirme a dos temas que tienen poca relación entre sí, pero quizás lo que los hace ser tratables en una misma ocasión es que constituyen normas relativamente imaginativas en lo sustantivo del Derecho penal y además por que vincula estrechamente el derecho penal sustantivo con el derecho procesal penal, atendido que muchas veces se pretende lograr determinados objetivos de política criminal a través del establecimiento de normas del derecho penal sustantivo sin considerar los efectos que ellas puedan tener en el procedimiento penal, y atendida la última relación que existe entre ambas ramas del derecho, evidentemente resulta muy importante, siempre que se pretenda lograr un determinado objetivo de política criminal por el derecho penal sustantivo, establecer cambios en el procedimiento penal para que efectivamente esos objetivos se traduzcan en una realidad.

Veamos primero las modificaciones introducidas a la Institución de la «legítima Defensa Privilegiada», para referirnos finalmente a las modificaciones que ésta institución tuvo en el año 1992 por intermedio de la ley núm. 19.164, consecuentemente debo ubicar el tema y para hacerlo me referiré brevemente, por cierto, al concepto de los elementos que los integran entre los cuales se cuenta la «Juridicidad», dentro del cual cae, de suyo el tema de la «Legítima Defensa» y específicamente «La Legítima Defensa privilegiada».

Sabido es, y pese a lo que establece el artículo 1.º del Código penal, que delito «No es Toda Acción u Omisión Penada por la ley»,

sabido es que no necesariamente por que alguien mate a otro existe Delito de Homicidio, ni tampoco porque alguien llegue golpee, o maltrate de obra a otro causándole enfermedad o incapacidad por un tiempo determinado, existe un «delito de Lesión», porque a pesar que el artículo 1.º del Código penal establece que «delito es toda Acción u Omisión Voluntaria penada por la Ley», si se tiene a la vista el artículo núm.10 del Código Penal (chileno) que establece las llamadas eximentes de responsabilidad penal, resulta obvio que sólo habrá delito en la medida que alguien realice una conducta de aquellas que la ley pena, siempre y cuando no concurra al mismo tiempo alguna de las «Eximentes» de responsabilidad penal del artículo 10 del Código penal (chileno), esto en cuanto al texto positivo.

Doctrinariamente se traduce esto mismo en que el verdadero concepto de delito es el de «Conducta típica, antijurídica y culpable». Sólo hay delito en la medida que se reúnan estos 4 elementos y voy a seguir en ésta explicación la tendencia Causalista y no la finalista, excusándome aquellos que dedicados al derecho penal prefieran la segunda, pero por razones pedagógicas siempre se prefiere el causalismo como método de explicación del Delito.

Los elementos del delito son en consecuencia estos cuatro, vale decir: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y Culpabilidad. Para que exista delito lo primero es que haya una conducta humana, un hacer o un no hacer, susceptible de ser captado por los sentidos y producido por un ser humano. El segundo elemento del delito es la Tipicidad, esto es la conducta humana realmente producida en el mundo del ser, en el tiempo y en el espacio, es preciso que pueda encuadrarse perfectamente dentro de algunas de estas descripciones abstractas de conducta humana que el legislador ha establecido en las legislaciones penales asignándoles una pena como consecuencia jurídica. Los tipos penales son esos, son descripciones abstractas de conductas humanas establecidas por la ley para los efectos de proteger bienes jurídicos asignándoles una pena como consecuencia jurídica para su realización efectiva, si es que llega a producirse. Para que exista delito entonces, la conducta debe ser «Típica» esto es deben reunirse elementos de tipicidad que consistan en la seguridad de encuadrar perfectamente lo realmente acontecido, lo hecho por alguien con alguna de esas conductas descritas en forma abstracta en los tipos penales. La tipicidad se dice y se sostiene con razón, es iniciara del tercer elemento del delito, la «Antijuridicidad». Las conductas típicas normalmente, por regla general, son también antijurídicas, pero no siempre, porque por excepción puede haber conductas que aunque típicas, aunque encua-

drables dentro de alguno de los tipos penales, sin embargo no sea anti-jurídica, no sea contraria a derecho.

¿Qué es esto de la Antijuridicidad que es el tercer elemento del delito? La antijuridicidad se define generalmente así: «Es la contradicción que debe existir entre una conducta típica realmente acontecida en el mundo del ser y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto». Es este un Juicio de valor objetivo, una comparación que se realiza entre dos elementos reales, por una parte la conducta típica, lo que alguien hizo y que se encuentra dentro del algún tipo penal, y por el otro lado el Ordenamiento Jurídico tomado en su conjunto. Si de ésta comparación objetiva entre estos dos elementos reales, porque tan real es la conducta típica como el ordenamiento Jurídico, surge que hay contradicciones entre lo hecho por el individuo y lo ordenado por el derecho, quiere decir que existe antijuridicidad, que la conducta es antijurídica, que es contraria a derecho y que corresponde, finalmente, establecer si existe a su respecto o no el Cuarto elemento del delito: La «Culpabilidad», esto es el Juicio de reproche que se le formula al sujeto que, pudiendo elegir libremente entre actuar de acuerdo con las normas jurídicas o contra ellas, voluntariamente escoge actuar en contra del ordenamiento jurídico. Pero si de la comparación que se hace entre la conducta típica realmente acontecida y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto resulta que no hay contradicción, por que el ordenamiento jurídico en forma expresa autoriza, permite o incluso ordena la realización de esa conducta típica, resulta que la conducta típica no es antijurídica, no contraría al derecho y no hay delito. De ahí la importancia por determinar, por cierto, si existe o no antijuridicidad en la conducta típica, si la conducta típica no es contraria a derecho no hay delito simplemente, por mucho que el legislador la haya descrito asignándole una pena como consecuencia jurídica, porque resulta que el ordenamiento jurídico en otra parte, a través de otras normas, ha autorizado, ha permitido o incluso a veces llega a ordenar la realización de esa conducta típica. Cuando esto acontece, cuando el ordenamiento expresamente autoriza, permite o incluso ordena la realización de conductas que ha tipificado como delito, es porque estamos en presencia de lo que se conoce como «Causales de Justificación».

## II. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Las causales de justificación se pueden definir, como «aquellos hechos formalmente, a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer

que una conducta típica no sea antijurídica» ¿Por qué pasa esto? ¿Por qué si por un lado el legislador ha tipificado una conducta, asignándole una pena como consecuencia jurídica, por otra parte autoriza, permite o incluso ordena que esa conducta típica se realice dejando esta de ser un ilícito penal pasando en cambio a ser una conducta perfectamente lícita?

Esto sucede por dos razones: 1.º A veces sucede porque existe ausencia del interés protegido, cuando el legislador tipifica una conducta es porque pretende proteger un determinado interés, pretende proteger un bien jurídico, la Vida, la Propiedad, la libertad etc., etc., 2.º A veces ocurre que el titular de ese bien jurídico, él mismo consciente en que su bien jurídico le sea afectado; cuando esto ocurre, obviamente, ya no existe el interés que el legislador posiblemente tiene y pretende proteger y por eso opera la causal de justificación y no existirá antijuridicidad en la conducta típica.

Pero las más de las veces esta causal de justificación existe por otra razón. En muchos casos puntuales, reales y concretos, se presenta un conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, entre dos vidas, entre una vida y una integridad corporal, entre una libertad y una propiedad, etc. etc., y el legislador reconoce la existencia de posibles conflictos de intereses y optó por uno de ellos. Prefiere un bien jurídico en desmedro de otro.

Las causales de justificación, estos hechos a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer que una conducta típica no sea contraria a Derecho, no sea antijurídica, se fundamenta normalmente en la solución de un conflicto de intereses en virtud del cual el legislador prefiere el interés que se denomina preponderante por sobre el otro bien en conflicto.

Las causales de justificación que nuestra legislación positiva reconoce las podemos enumerar en las siguientes:

1. La Legítima defensa.
2. El Estado de Necesidad.
3. El Cumplimiento de un deber.
4. El Ejercicio Legítimo de un Derecho.
5. El Ejercicio Legítimo de una Autoridad, oficio o cargo.
6. La Omisión por causa legítima.

El tema nuestro se centra en la «Legítima Defensa» que es una de estas causales de justificación, por lo tanto cuando existe legítima defensa, lo que existe es una causal de justificación, un hecho al cual le atribuye el efecto de hacer que la conducta típica no sea antijurídica, y esto ¿por qué?, porque el legislador, frente a un conflicto de

intereses, frente en éste caso preciso, al interés o al bien jurídico cuyo titular es el agresor y el bien jurídico cuyo titular es el defensor, prefieren el bien jurídico del defensor en desmedro del bien jurídico del agresor. Y en este caso la conducta típica realizada por el defensor, que incluso puede llegar a dar muerte al agresor, es una conducta autorizada por el derecho u aunque típica no es por tanto antijurídica y no constituirá delito ni dará lugar a responsabilidad criminal ni a sus consecuencias, que es su aplicación de la pena. Cuando hay legítima defensa entonces, no hay antijuridicidad y por ello es que no hay delito, aunque la conducta realizada por el que se defiende es una conducta típica.

### III. «LA LEGÍTIMA DEFENSA»

La Legítima Defensa, en nuestra legislación positiva, está constituida por tres tipos distintos de legítima defensa, tienen en común en que en todas ellas la ley autoriza la defensa de la persona y los derechos del que defiende o de aquel a quien se defiende. La legítima defensa tiene amplísimo campo de aplicación, a diferencia de lo que sucede con otra causal de justificación como es la del estado de necesidad, en que nuestra legislación solo permite afectar a través de ella la propiedad, en cambio a través de la legítima defensa se puede salvar cualquier bien jurídico del que se sea titular desde el punto de vista del defensor, u de otra persona en el caso de que se defienda a otro, como vamos a ver, y permite la legítima defensa atentaren contra de cualquier bien jurídico del agresor. Su campo de aplicación por tanto, es amplísimo desde el punto de los bienes jurídicos salvables a través de ella, como también desde el punto de vista de los bienes jurídicos que pueden ser afectados a través de ella.

Distingue nuestra legislación tres tipos distintos de legítima defensa:

1. La Legítima Defensa Propia.
2. La Legítima Defensa de Parientes.
3. La Legítima Defensa de Extraños.

Existen requisitos comunes para estas tres clases de legítima defensa y existen requisitos distintos para los dos últimos casos.

Los requisitos comunes son, obviamente el primero, la agresión. Para que haya legítima defensa lo primero que debe haber es una agresión ilegítima, real, actual o inminente. La agresión consiste en la realización de una conducta por parte de un sujeto, típica y susceptible de

dañar un bien jurídico ajeno. Esta agresión tiene que ser ilegítima, contraria a derecho, puesto que si está autorizada la agresión por el derecho como es el caso de la autorización e incluso el deber que puede tener un policía para detener a otro, por muy agresión que constituya la actividad del policía al detener a otra persona, obviamente no podrá constituir una legítima defensa puesto que la agresión que hace la policía es una agresión permitida, autorizada y a veces hasta ordenada por el Derecho, por lo tanto esa agresión no puede constituir el requisito necesario para que exista legítima defensa. La agresión debe ser ilegítima.

Debe ser real, en contraposición a imaginario, una defensa hecha en contra de una agresión imaginada pero no efectiva, no real, puede producir efectos penales importantes en el cuarto elemento del delito, en la culpabilidad, haciendo que el sujeto finalmente responsable criminalmente por el error de hecho en que incurrió al creer que había, pero no producirá el efecto de hacer existir una legítima defensa como causal de justificación, y por tanto ausencia de antijuricidad, porque si el sujeto se imagina, obviamente aquí incurre en un error de hecho, capaz de hacerlo no culpable finalmente de su conducta típica, pero antijurídica, pero jamás hará desaparecer la antijuricidad. La agresión por tanto debe ser ilegítima y debe ser real.

Y además debe ser actual o inminente, es decir debe estarse produciendo, o a punto de producirse, para que pueda existir la legítima defensa. No es legítima defensa actividad realizada por el agredido con posterioridad a la existencia de la agresión. Ello podrá dar origen a la circunstancia atenuante del artículo 11 núm. 4 del Código Penal: «La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral, hasta el segundo grado, inclusive a sus padres, o hijos naturales o ilegítimos».

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Se ha discutido mucho acerca de este requisito, muchas veces se lo ha confundido –y en las actas del Senado incluso en que se debatió la última modificación a la legítima defensa, se habla erróneamente de ello– se confunde este requisito con una proporcionalidad, que según algunos, debiera existir entre la agresión y la defensa, y cuando no exista esta proporcionalidad entre ambos no habría, por tanto, legítima defensa.

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia también sostienen desde hace bastante tiempo, que el problema no es de propor-

cionalidad entre la agresión y la defensa, sino uno distinto. La letra de la ley es clara al respecto. La letra de la ley habla de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, por lo tanto lo que hay que determinar es si el medio empleado para defenderse era o no racionalmente necesario, y no proporcional al utilizado por el agresor. Para determinar la concurrencia o no de este requisito, obviamente que habrá que examinar múltiples situaciones de hecho. Por cierto que habrá que examinar la naturaleza de la agresión y la persona del agresor, y habrá que analizar la naturaleza de la defensa y la persona del que se defendió, pero más que eso, lo que hay que analizar es que medios tenía a su alcance el que se defendió, para promover esta defensa, porque por cierto, si el arma que en definitiva empleo fue un arma que alguien pueda pensar resultaba exagerada frente al arma utilizada por el agresor, si no disponía de ninguna otra para defenderse, obviamente que si cumplía con el requisito de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, puesto que ¿cómo no va a ser racional el medio empleado para defenderse si esa arma era la única de que se disponía para esos efectos? Por lo tanto este requisito, obviamente corresponderá calificarlo al Juez de la causa atendiendo todas las circunstancias de hecho que logren acreditarse, pero lo fundamental es tener presente que el verbo rector, por así decirlo, del requisito de esta necesidad racional del medio empleado por la defensa en relación al medio empleado por el agresor.

Y por último, el tercer requisito, que de cierta manera es común a las distintas clases de legítima defensa, es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Al tener derecho a la legítima defensa como causal de justificación es preciso que el defensor, el que alega la defensa, no haya provocado suficientemente la agresión, porque si de él partió la actividad ilícita promoviendo y motivando suficientemente la producción de la agresión, no se cumplirá este requisito ni aunque exista agresión ilegítima actual o inminente o real y exista la necesidad racional del medio empleado en la defensa, la conducta será antijurídica y habrá lugar a responsabilidad penal si en definitiva resulta además el requisito de la culpabilidad, pero este requisito de la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende tiene algunas variantes, tratándose de la legítima defensa de parientes y de la legítima defensa sobre extraños.

Tratándose de la legítima defensa de parientes, el requisito cambia un poco y se exige que en el evento que haya precedido provocación por parte del agredido, no haya tenido participación en ella, en esa provocación, el que defiende. La situación aquí es que un pariente defiende a otro que es objeto de la agresión, ese pariente que es objeto

de la agresión pudo haber provocado, ciertamente la agresión; aquí el requisito para que haya legítima defensa es únicamente que el pariente defensor no haya tenido participación en la provocación de la agresión.

Y por último, tratándose de la legítima defensa de extraños, el legislador agrega un cuarto requisito. Este es un requisito de naturaleza subjetiva y obviamente muy difícil de acreditar puesto que hay que acreditar aquí un hecho negativo, cual es que el defensor no haya sido impulsado a su actividad defensiva por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Requisito que obviamente será muy difícil de acreditar por ser un hecho negativo, más que eso, no habrá lugar a esta legítima defensa si es que alguien, el querellante, puede acreditar al revés que si ha actuado motivado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Estas son las tres clases de legítima defensa que establece nuestra legislación. Ahora bien, junto con ello ya desde el año 1954 nuestra legislación estableció lo que se denomina la legítima defensa privilegiada.

La legítima defensa privilegiada es una institución del derecho penal sustantivo que surge como reacción frente al problema de los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionar al sujeto que ha actuado amparado por la causal de justificación legítima defensa, y por tanto no ha cometido delito porque su conducta, aunque típica no es antijurídica, pero si puede verse expuesto a sufrir graves perjuicios con motivo del proceso penal que se origine con ocasión de su actividad defensiva.

La legítima defensa privilegiada no es por tanto una categoría especial, distinta de legítima defensa de la que ya hemos visto, sino que simplemente un paliativo que ha establecido el legislador para atenuar, y en lo posible eliminar, los efectos punitivos que todo proceso penal tiene y que en este caso sufre alguien que, en definitiva, no debe sufrir perjuicio ni sufrimiento alguno puesto que no ha realizado conducta delictiva de ninguna especie, aunque aparentemente si ha realizado una conducta típica que puede, o podría, dar lugar a responsabilidades penales.

¿Y esto porque sucede?, porque aun existiendo legítima defensa, por lo general, los hechos que aparecen a primera vista y los que al principio del procedimiento policial y luego al principio del procedimiento penal, tiene a la vista tanto el policía como el Juez, son la actividad típica del defensor y no la actividad típica del agresor. La policía llega al lugar del hecho porque alguien mato a otro, o porque alguien lesiono a otro y esa conducta típica que la policía y el Juez al

principio aprecian, son realizadas por el defensor y no por el agresor, solo después, normalmente a partir de la declaración indagatoria, toma conocimiento el Juez de una negación del que aparece como delincuente a primera vista alegando una situación que podría dar lugar a la causal de justificación legítima defensa, y por cierto, le corresponderá normalmente, aunque el Código de Procedimiento Penal diga una cosa distinta, a ese detenido y que incluso puede convertirse en procesado y sujeto a prisión preventiva, lograr acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la legítima defensa: que hubo una agresión ilegítima, que el Juez me va a dar el tiempo actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado, la falta de provocación, etc., para que en definitiva y después de bastante tiempo pueda reconocérsele la existencia de la causal de justificación... y liberarlo de los efectos punitivos que el proceso penal obviamente tiene.

Frente a esta realidad, porque así suceden los hechos en la práctica, el legislador sale en auxilio de quien ha actuado en la legítima defensa, para poder atenuar al máximo los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionarle, a través de esta institución de la legítima defensa privilegiada. ¿Y como lo hace? ¿Qué es lo que hace? Lo que hace la legítima defensa privilegiada es presumir la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista legítima defensa a partir de ciertos hechos de más fácil comprobación, sin exigir, para dar por sentado que ha existido legítima defensa, que se verifique efectivamente la concurrencia de los requisitos que la ley establece para ello.

Y esa es la terminología que ustedes tienen a la vista en las normas, tanto las anteriores sobre legítima defensa artículo 10 núm. 4 inciso final, como la normativa actualmente vigente que es el inciso final que es el numerando 6.º del artículo 10 del Código Penal, en la versión antigua de la disposición se entenderá que concurren las circunstancias y el núm. 4 y 5.º precedentes, etc., etc... Lo que hace la ley, en definitiva, es presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa a partir de hechos de más fácil comprobación.

¿Cuáles son estos hechos a partir de los cuales se presume la existencia de la legítima defensa?

1.º Que la conducta del defensor se haya realizado al rechazar este el escalamiento en una casa departamento u oficina habitados sobre sus dependencias, sea de día, sea de noche.

2.º Que la conducta del defensor se haya realizado al rechazar este el escalamiento en un local comercial o industrial, pero en este caso siempre que sea de noche.

3.º Que la conducta del defensor se haya realizado al impedir o tratar de impedir este la consumación de los delitos de secuestro, de sustracción de menores, de violación, de violación sodomítica, de parricidio, de homicidio simple, de homicidio calificado, de robo con violencia o intimidación en las personas, de robos agravados o de robos con sorpresa.

Tratándose de los primeros dos hechos que permiten presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, lo dicho anteriormente resulta efectivo. Obviamente, a partir de la prueba del escalamiento –sea de día o de noche en una casa, departamento u oficina habitado o sus dependencias, o a partir de la prueba del escalamiento, en este caso solo de noche en un local comercial o industrial– se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa; y la prueba del escalamiento, del hecho de haberse producido escalamiento y este escalamiento es el que se define por el artículo 440 núm. 1 del Código Penal establecido al efecto por el robo con fuerza en las cosas, esto es cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de paredes o techos o fractura de puertas o ventanas, obviamente que son hechos fácil y objetivamente comprobables.

No sucede lo mismo con el tercer hecho a partir del cual se puede presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, porque probar que se ha actuado para impedir la consumación de los delitos que allí se señalan, obviamente que resulta una prueba bastante más difícil porque para eso hay que probar que efectivamente el agresor, que ahora se transformo en agredido, estaba realizando una actividad tendiente a perpetrar finalmente un delito de secuestro o sustracción de menores, de homicidio, etc. De tal manera que de este tercer hecho no me parece que resulte tan claro el efecto buscado por la institución de la legítima defensa privilegiada. En cambio si lo logra este efecto claramente a partir de estos dos hechos anteriores, a partir del escalamiento.

¿Cuáles son las diferencias fundamentales introducidas por la ley 19.164 a la institución de la legítima defensa respecto de la versión anterior que regía desde el año 1954? La primera gran diferencia está en su ámbito de la aplicación. Hasta antes de la dictación de la Ley 19.164, la legítima defensa privilegiada solo tenía aplicación tratándose de la legítima defensa propia. Solo en ese caso y cuando se defendía bienes o la persona podía existir legítima defensa privilegiada, pero no había derecho a ella cuando se actuaba en defensa de parientes o de extraños. La modificación legal introducida el año 1992 por la Ley 19.164 defensa privilegiada tanto en el caso de la legítima

defensa propia como en el caso de la defensa de parientes y también en la legítima defensa de extraños. Esta es a mi juicio la diferencia fundamental entre la normativa actual y la normativa antigua.

La segunda diferencia se refiere a los hechos que constituyen la presunción, los hechos a partir de los cuales se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa. Antiguamente el requisito a partir del cual operaba la presunción, es exclusivamente el escalamiento de una casa o departamento habitado o de sus dependencias y siempre que fuera de noche. La modificación legal lo que ha hecho es ampliar, en este caso, el ámbito tanto espacial como temporal de la legítima defensa privilegiada. En lo espacial porque hoy día también se le permite tratándose del escalamiento practicado en locales industriales y comerciales, no solo en casas o departamentos habitados, y además, a las oficinas; y en cuanto a lo temporal, hoy día la legítima defensa privilegiada, tratándose de escalamiento practicado en locales industriales y comerciales, no solo en casas o departamentos habitados, y además, a las oficinas; puede alegarse cuando el escalamiento se verifique sea de día o sea de noche, antiguamente solo si este hubiese sido de noche. Y en el caso de los locales comerciales o industriales, la legítima defensa solo será privilegiada, solo puede operarse si el escalamiento se ha verificado de noche.

También se ha ampliado el ámbito de aplicación en cuanto al tercer hecho al que me he referido porque en la legislación la legítima defensa privilegiada solo cabía tratándose del impedimento de la consumación de los delitos de robo con violencia o intimidación a las personas y de los robos agravados, hoy día se agregado todos los demás delitos a los cuales me he referido de manera tan especial. Se le agregó el secuestro, la sustracción de menores, los homicidios, el parricidio, las violaciones, etc. También en eso ha tenido la institución una ampliación en su campo de aplicación.

Ahora bien, mantiene, afortunadamente a mi juicio, la disposición en vigencia una frase que es la que dice: «cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor», que también estaba contemplada en la normativa antigua. Todos los profesores de Derecho Penal cuando pasan la materia dicen y repiten siempre lo mismo diciendo «esta frase está demás». Claro, por cierto que está demás porque, obviamente, si hay causal de justificación, la conducta no es antijurídica y da lo mismo cualquiera sea el daño que se haya ocasionado al agresor. Da lo mismo que se le haya matado, que se le haya lesionado en mayor o menor forma puesto que, si se presume la concurrencia de los requisitos y uno de esos requisitos es la necesidad racional del medio

empleado para impedir o repeler la agresión, da exactamente lo mismo cual haya sido el daño causado al agresor para los efectos de tener derecho a alegar la legítima defensa. Y en estos los autores siempre repiten lo mismo que la frase está demás, y así se discutió también en las comisiones parlamentarias respectivas, la posibilidad de eliminar esta frase; sin embargo que bueno que se le ha dejado porque obviamente si se le hubiere eliminado habría dado lugar a toda clase de interpretaciones en cuanto a cual es el verdadero efecto de esta ejecución, al habérsela dejado queda siempre en claro que habrá también lugar a la legítima defensa privilegiada aun en caso de darse muerte al agresor.

En lo que si modifica, por lo menos respecto de una de las interpretaciones vigentes de la normativa antigua las modificaciones introducidas por la Ley 19.164, es en cuanto al carácter de esta presunción, por lo menos una parte de la doctrina y también de la jurisprudencia sostenían bajo las diligencias de la normativa antigua que la legítima defensa privilegiada constituía una presunción de derecho que por lo tanto no admitía prueba en contrario y establecidos los hechos a partir de los cuales se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, habría lugar a ella sin más y en forma definitiva. La normativa actual establece expresamente que solo se trata de una presunción legal y por tanto solo habilita para los efectos procesales que a continuación veremos, pero en definitiva si se prueba en el proceso, por actividad del Juez. Por actividad de la parte querellante, que la agresión no era ilegítima, no era real o no era actual o inminente, una necesidad racional del medio empleado en la defensa no existía, o que si había habido provocación suficiente por parte del que después apareció en una actividad defensiva, etc., por mucho que se hayan establecido los hechos que ameritan una concurrencia de la presunción en la sentencia definitiva no podrá darse lugar a la alegación del que eventualmente hizo uso de la legítima defensa, la conducta típica si será antijurídica.

Por ello en el juicio se ha llegado a una solución justa, porque en definitiva la legítima defensa privilegiada tiene por objeto evitar los inconvenientes que surgen al comienzo del procedimiento penal para un posible titular de una legítima defensa, ese objetivo la institución debe darse por satisfecha, pero no puede pretenderse por esta vía solucionar el problema de fondos y por eso es que creo que se ha llegado a un punto de equilibrio ahora con la institución, sobre todo por los efectos procesales que veremos brevemente a continuación.

Tal como está hoy día la institución, a partir, por ejemplo, de la prueba del escalamiento, tendrá todos los efectos beneficiados el que

alega la defensa, pero obviamente quedará siempre expuesto hasta que durante el proceso se pruebe que los requisitos sustantivos de la legítima defensa no han existido, y en ese caso tendrá que afrontar la responsabilidad penal correspondiente, por tratarse de una presunción simplemente legal.

Quizá lo más importante de las modificaciones introducidas por la Ley ya en vigencia hace muchos años, son las que se refieren al procedimiento legal, porque nada de todo lo que hemos hablado tendría efecto práctico si es que no se tradujeran en efectos positivos para el que alega la defensa en el procedimiento, ¿qué sacamos con tener establecido en el Código que existe, que se presumen legalmente los requisitos de la legítima defensa, si en definitiva el que la alega igualmente es privado de libertad por la policía en el momento en que se lo sorprende habiendo dado muerte o habiendo lesionado a un agresor y luego el Juez dicta un auto de procesamiento en su contra porque todavía no están establecidos claramente los requisitos de la legítima defensa, o porque estima que la negación de la eximente es una cuestión que debe plantearse en el plenario, por tanto lo procesa y lo somete a prisión preventiva?, nada de esto tendría efecto si es que no se produjeran modificaciones claras y concretas en el procedimiento penal, y afortunadamente la ley así lo hizo y fue bastante imaginativa, a mi juicio, a este respecto estableciendo ahora derechos muy claros para los que alegan la legítima defensa privilegiada y otorga facultades bastante amplias al Juez en este respecto.

Estas normas que, como procesales normalmente se dice que son meramente complementarias de las normas sustantivas, a mi juicio son normas fundamentales porque sin estas la institución no produciría efecto alguno. A través de la primera modificación se introdujeron en ese tiempo dos incisos finales al artículo 260 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la detención, y en este caso la ley establece que tratándose de personas que se encuentren en situación de la legítima defensa privilegiada, su detención debe hacerse en su casa y si no tuviere su casa dentro del territorial jurisdiccional del Tribunal de la causa, en la casa que el detenido designe dentro de este territorio. No puede el sujeto ser por tanto detenido ni en un cuartel policial ni tampoco en los demás lugares en que se verifican las detenciones sino que solo en su casa y esta norma no es aplicable solo a las detenciones ordenadas por la Justicia, sino que incluso a las detenciones practicadas por la policía, por lo tanto establecido incluso por el funcionario policial que existe una legítima defensa privile-

giada, la detención del sujeto debe practicarse en su casa y no en un lugar distinto.

En la misma norma se establece también que la policía, sea Carabineros o la Policía de Investigaciones, en estos casos debe dar cuenta inmediata al Juez del Crimen correspondiente para los efectos de la libertad provisional del sujeto, permitiendo por tanto que de inmediato y tratándose sólo de un detenido, se le otorgue la libertad provisional.

Por último, en aquella oportunidad se le agrega un artículo 356 bis al Código de Procedimiento Penal en que se dice que tanto los casos de legítima defensa propia, de parientes o de extraños como en los casos de legítima defensa privilegiada, esto es en todos los casos de legítima defensa, la libertad provisional del detenido debe ser resuelta de inmediato por el Juez aún verbalmente, de oficio o a petición de parte, sin caución o con caución como lo prefiera el Juez, cualquiera sea el daño causado al agresor. Existe aquí un estímulo clarísimo del legislador a los Jueces que se encuentren en situación de legítima defensa, cualquiera sea la clase de legítima defensa que se trate y no sólo en el caso de la legítima defensa privilegiada sino que también en los casos en que esta presunción legal no exista.

En estos casos específicamente y parece obvio no es necesario el trámite de la consulta y ya vimos que esta libertad procede cualquiera sea el daño que se haya causado al agresor, incluso en el caso de una muerte, no se requiere el trámite de la consulta, no es necesario cumplir con los demás requisitos del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal y la apelación que pudiera interponerse en contra de la resolución que concede la libertad provisional sólo se concede en el efecto devolutivo.

En síntesis, los máximos efectos punitivos procesales que arriesga quien se encuentre en la situación de legítima defensa privilegiada es hoy día la de ser detenido en su casa o en la casa que se designe cuando no se tiene una dentro del territorio jurisdiccional del Tribunal, y tanto en este caso como en los demás casos de legítima defensa, la ley ha establecido el máximo de facilidades para el otorgamiento de la libertad provisional aún incluso sin fianza.

El segundo tema al que me voy a referir es más breve, es a la Ley 19.172 sobre arrepentimiento eficaz.

Voy a desarrollar este tema de una manera bastante esquemática partiendo por detallar algunas de las características de esta institución.

Lo primero es que esta Ley es una ley transitoria o temporal, aunque si recordamos que don Ramón Barros Luco decía que en Chile lo único permanente era lo transitorio, lo más probable es que esta Ley

continúe en vigencia por mucho tiempo, e incluso se la empiece a copiar para otros efectos, porque veámoslo de la partida, esta Ley tiene hoy día aplicación tratándose de delitos llamados terroristas, pero posiblemente y si es que en definitiva cumple con los objetivos que se han tenido en vista para su dictación es posible que se la empiece a copiar para otro tipo de delito, tráfico de estupefacientes e incluso quizás hasta para robos o hurtos cometidos por bandas, etc., de tal manera que lo más probable es que esta ley transitoria la tengamos en su aplicación durante muchísimo tiempo.

En segundo lugar y como una segunda característica, esta ley establece lejos, por parte, una excusa legal absolutoria, ya veremos porque suena raro, una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal y en tercer lugar la posibilidad de acceso a la libertad vigilada como medida alternativa de cumplimiento de la condena. En los tres casos tanto en la atenuante, como en la excusa legal absolutoria como en la posibilidad de acceso a la libertad vigilada como medida alternativa de cumplimiento de la condena teniéndose como fundamento la conducta posterior del delincuente. En estos casos es la conducta realizada por el delincuente después de haber delinquido la que produce el efecto sea excusa legal absolutoria, sea de atenuante de responsabilidad criminal o sea de derecho a la libertad vigilada.

Una tercera característica de esta institución es que establece medidas de protección de la persona y familia del delincuente que ha prestado colaboración a la Justicia después de perpetrado el delito – creo que por primera vez vamos a tener Jueces del Crimen prestando medidas de protección a los delincuentes-.

Y en cuarto lugar, y quizás como una característica común a lo que se ha dicho anteriormente, incorpora elementos que son de frecuente aplicación en el Derecho Penal Norteamericano a nuestro Sistema Penal, porque aquí se premia en la responsabilidad criminal propia por proporcionar medios para hacer efectivas responsabilidades penales ajenas, se eliminan algunos casos o se rebajan sustancialmente la responsabilidad penal propia por el hecho de permitir a la Justicia hacer efectivas responsabilidades penales ajenas.

Por cierto este es un tema polémico que se ha discutido muchísimo acerca de su conveniencia o no conveniencia, pero hoy día constituye una realidad en nuestra legislación por lo menos tratándose de los delitos terroristas.

Veamos la institución en estos tres casos: como excusa legal absolutoria, como atenuante de responsabilidad criminal y como posibilidad de acceso a la libertad vigilada.

## 1. En cuanto a excusa legal absolutoria

¿Qué es una excusa legal absolutoria? Existen éstas cuando habiendo conducta típica, antijurídica y culpable, esto es cuando se ha perpetrado un delito y que por tanto ha nacido responsabilidad criminal y debiera aplicarse la pena correspondiente, sin embargo el legislador ordena que la pena no se aplique por razones prácticas, con fundamento valorativo. Es una situación bastante extraña, hay delito, hay conducta típica, antijurídica y culpable, hay responsabilidad criminal, debiera aplicarse la pena, pero la ley dice no se aplique pena porque considera, fundado en ciertos valores, que prácticamente no conviene aplicarla. Esta situación ya existía desde siempre en nuestro Código Penal en el artículo 489 cuando dispone que no habrá aplicación de pena por los hurtos, por los daños y por las defraudaciones que recíprocamente se causaren los cónyuges o determinados parientes. Los hurtos entre cónyuges y los daños entre hermanos, las apropiaciones o fraude entre hijos y padres no reciben sanción penal, aunque por cierto constituyen conductas típicas, antijurídicas y culpables. Lo mismo sucede con el encubrimiento de parientes. El legislador prefiere, también en este caso, en aras de la armonidad unidad familiar prescindir de la aplicación de la sanción aunque haya existido la actividad de encubrimiento de un pariente, pero en general hasta ahora las excusas legales absolutorias habían tenido siempre, en consideración, razones de esta clase, razones de armonía familiar o por último, de no agravar el conflicto porque obviamente habiéndose producido un hurto o daño o una defraudación dentro de una familia la intervención de la Justicia del crimen es posible, lo más probable es que hubiera aumentado, agudizado el conflicto antes que contribuido a solucionarlo. En este caso tenemos en cambio una excusa legal absolutoria que comparte todas las características de las mismas porque en razón de objetivos superiores y por razones prácticas se ordena no aplicar la pena, pero ya fuera de un ámbito tan especial como es el ámbito familiar. Aquí simplemente, a través de esta institución se ordena no aplicar la pena por un delito terrorista siempre y cuando el terrorista delincuente haya realizado determinadas conductas con posterioridad a la comisión de su delito, que el legislador considera muy conveniente que realice para poder atenuar y ojalá eliminar la actividad terrorista en el País, es como dicen... una especie de chocolate para un niño, en el que se le dice «yo lo premio no aplicándole la sanción siempre que usted, a pesar de haberse portado mal, ahora se conduzca de ésta y ésta manera».

¿Cuáles son las conductas que se exigen al terrorista delincuente realizar para que en definitiva no se le apliquen las penas establecidas por la Ley por su delito?

Se le exige en primer lugar que abandone la asociación ilícita terrorista y que además realice una de las siguientes alternativas de conducta: Que entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables. O bien, ayude eficazmente a desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecía, o a parte importante de ella revelando antecedentes no conocidos tales como sus planes, la individualización de sus miembros o el paradero de sus dirigentes e integrantes. En buenas cuentas, lo que el legislador exige por su parte, que se abandone la asociación ilícita a la que se pertenecía y en segundo lugar que se entregue toda la información disponible en manos de este ex terrorista, pero que sirva esta información eficazmente a los fines previstos por el legislador, que son la prevención o impedimento de futuros delitos terroristas o la desarticulación de la organización ilícita. Sin embargo por el artículo siguiente se atenúan bastante las exigencias para operar esta excusa legal absolutoria porque luego se dice que no es necesario que en definitiva se cumpla con estos objetivos cuando el terrorista ha entregado toda la información disponible y estos objetivos no se cumplen por causas independientes de su voluntad. De tal manera que en definitiva, creo que prácticamente los requisitos que en realidad se exigirán a los terroristas para tener derecho a esta excusa legal absolutoria van a ser simplemente que abandone la asociación ilícita y que entregue la información. Que la información sirva o no sirva es una cuestión que obviamente va a quedar con un tremendo signo de interrogación puesto que el Juez podrá otorgar el beneficio y obviamente va a depender de los Jueces cuán exigente sean en este respecto, pueden otorgar la excusa legal absolutoria aunque en definitiva la información entregada no haya servido para nada cuando se estime que ello ocurrió por causas independientes de la voluntad del sujeto que entregó la información.

La calificación de si sirvió o no la información por causas dependientes o independientes de la voluntad del sujeto, creo que debe ser de la apreciación del Juez.

Ahora bien, esta excusa legal absolutoria no es aplicable a todos delitos terroristas sino que únicamente a los delitos de asociación ilícita que tienen por objeto la comisión de delitos terroristas, a la tentativa de delitos terroristas y a la conspiración para cometer delitos terroristas. No es aplicable esta excusa legal absolutoria a delitos

terroristas de mayor gravedad sino que solo a la asociación ilícita, a la tentativa y a la conspiración.

## **2. En cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal**

En segundo lugar, el arrepentimiento eficaz también opera como circunstancia atenuante de responsabilidad criminal tratándose de todos los demás delitos terroristas que no sean la asociación ilícita, la conspiración y la tentativa. En todos los demás delitos terroristas, reuniéndose los mismos requisitos a que ya hemos hecho referencia en cuanto a abandono de la asociación ilícita y a la entrega de información eficaz para desarticular la organización terrorista, el Juez puede rebajar la pena establecida por la ley por el delito correspondiente hasta en segundo grado. Constituye esto una circunstancia atenuante privilegiada puesto que permite rebajar la pena por debajo de los límites establecidos por la Ley.

## **3. Como posibilidad de acceso a la medida de libertad vigilada**

Y en tercer lugar, el arrepentimiento eficaz también produce efectos en relación con la medida alternativa de cumplimiento de condena denominada libertad vigilada. El Juez puede otorgar el beneficio de libertad vigilada, que es una medida alternativa de cumplimiento de una pena privativa de libertad, permaneciendo el condenado en libertad, sujeto a la vigilancia de la autoridad cuando concurren más o menos estos mismos requisitos: cuando el sujeto abandone la organización terrorista, confiese todos los delitos que ha cometido, proporcione indicios y pruebas suficientes para establecer estos delitos y determinar la responsabilidad de los demás culpables y entregue toda la información disponible y eficaz para desarticular los planes de la asociación ilícita.

Esto es, a través de este arrepentimiento eficaz que está dado por el abandono de la asociación ilícita y por la entrega de la información, se puede conseguir el delincuente terrorista, tratándose de asociaciones ilícitas, conspiraciones o tentativas, una excusa legal absolutoria. Esto es la no aplicación de las penas.

Si se trata de un delincuente terrorista por hechos distintos de los relatados, este puede acceder por el arrepentimiento eficaz, ya no a que no se le aplique pena alguna, pero que se le aplique rebajada hasta en dos grados. Y al mismo tiempo puede lograr que esta pena, que ha

rebajado en dos grados, no la cumpla sino a través de un medio alternativo como lo es la libertad vigilada, que obviamente se traduce simplemente a una vigilancia que sabemos es bastante teórica y en buenas cuentas significa firmar un libro cada cierto tiempo.

La novedad máxima de esta ley de arrepentimiento eficaz radica en las medidas de protección que los Jueces pueden, y en algunos casos deben adoptar, respecto de los terroristas delincuentes que se han arrepentido. Al Juez se le obliga, a través de esta ley, a disponer todas las medidas que estime necesarias para proteger a quienes solicitan los beneficios de esta ley. Basta con que el delincuente terrorista solicite acceder o a la excusa legal absolutoria, o a la atenuante, o a la libertad vigilada, para que el Juez deba arbitrar todas las medidas necesarias para su protección. Desde un punto de vista teórico, obviamente que esta norma tiene mucha razón de ser, puesto que para poder solicitar el beneficio de excusa legal, atenuante o libertad vigilada, hay que haber abandonado la asociación ilícita y hay que haber proporcionado la información eficaz para esclarecer delitos terroristas o desarticular organizaciones ilícitas y desde ese mismo instante el sujeto queda expuesto a sufrir las consecuencias de su arrepentimiento y por eso mismo es que aunque en definitiva no se le concedan ninguno de estos beneficios, parece razonable que el Juez lo proteja de alguna forma, pero obviamente la institución puede confundirse en algunos casos con el abuso por parte del delincuente terrorista. Ahora concedido el beneficio, y hasta aquí quizá la novedad más grande de esta legislación, concedido por el juez algunos de los beneficios que esta ley establece, esto es reconocido que hubo arrepentimiento eficaz por la vía de excusarlo de la pena, por la vía de atenuarle la misma o por la vía de otorgarle la libertad vigilada, el Juez puede autorizar el cambio de identidad tanto del ex delincuente terrorista, como de su cónyuge o de los demás parientes que la resolución determine. El Juez le ordena al Registro Civil que le de un nuevo nombre a él y al resto de su familia quedándole prohibido al ex delincuente usar su antigua identidad y sólo podrá usar la nueva de ahí en adelante protegiendo este cambio de identidad a través de la sanción de quien descubra este secreto, etc., «esto es igual a lo que sucede en las películas de televisión norteamericana».