

C.A. de Concepción

Concepción, cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO Y OÍDO:

En los antecedentes RUC 2010013776-4, RIT 70-2021 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción y Rol Corte N°864-2021, se dictó sentencia el dieciocho de septiembre de dos mil veintiuno, por la cual se condenó al acusado Víctor Andrés Torres Aguayo, como autor del delito consumado de Violencias Innecesarias causando lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 330 N°2 del Código de Justicia Militar, cometido en esta ciudad, el 6 de marzo de 2020, en contra de la víctima Gabriel Ignacio Arias Soto, a la pena de CINCUENTA DÍAS DE PRISIÓN EN SU GRADO MÁXIMO, sin costas. Se le aplica la pena sustitutiva de la remisión condicional, contemplada en el artículo 4° de la Ley 18.216.

En contra de este fallo la defensa del condenado interpuso recurso de nulidad, denunciando que en dicha sentencia se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es “cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”.

Habiéndose concedido el expresado recurso y estimándose admisible, esta Corte fijó la audiencia de rigor que se verificó el día 18 de octubre del año en curso, con la intervención del defensor del condenado don Osvaldo Pizarro Quezada y del Fiscal del Ministerio Público don Claudio Viguera Smith. Concluido el debate, quedó el asunto en acuerdo y citados los comparecientes a la audiencia del día de hoy para la lectura del fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1.- Que el recurso de nulidad deducido, lo basa la defensa del condenado, en la causal contenida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, “*cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*”

2.- Que funda la causal de nulidad el impugnante, expresando que el error de derecho consiste en no haber aplicado la circunstancia segunda del numeral 4 del artículo 10 del Código Penal, dado que se le otorgó un sentido y alcance que dicha norma, en la parte indicada, no tiene; que, ello trajo como consecuencia, que el tribunal dejase de aplicar la circunstancia eximente de responsabilidad penal y causal de justificación del art. 10 N°4 en su integridad, en especial la circunstancia segunda, esto es, “*Están exentos de responsabilidad criminal...4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*”

A continuación, el recurrente transcribe el considerando 9° del fallo recurrido, en el que los jueces fijaron los hechos establecidos con



la prueba rendida y asimismo, destaca circunstancias relevantes para el desarrollo del recurso.

Indica, que el motivo 11° de la sentencia, “revisa la legítima defensa como causal de justificación de una conducta típica” para luego “relacionar circunstancias ya expuestas y contempladas en el artículo 10 N°4 del Código Penal, con el caso sometido a la decisión del tribunal”. Luego, expresa que concurre la circunstancia tercera de agresión ilegítima del numeral 10 N°4 y afirma que “de todo lo anterior, se desprende claramente que de parte del funcionario de carabinero no hubo provocación en ningún momento para que fuera atacado por parte de Soto Arias concurriendo de esta forma la circunstancia tercera del artículo 10 N°4 del Código Penal”.

Refiere que el error interpretativo radica en vulnerar el verdadero sentido y alcance de la circunstancia segunda del artículo 10 N°4 del Código Penal, correspondiente a la “Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla” al aplicar una interpretación con criterio abstracto, con una apreciación hecha con los “ojos de los jueces”, con un parámetro alejado al del hombre razonable, puesto en el lugar y en el momento de los hechos y requiriendo una “proporcionalidad” equitativa entre agresión y medio de defensa, alejándose del criterio de razonabilidad, atendidas las particularidades del caso concreto y con esos errores, descartar la circunstancia, cuando ella resultaba plenamente aplicable. Seguidamente la defensa reproduce varios párrafos del considerando 11°, en los que el tribunal analiza la circunstancia 2° del artículo 10 N°4 referido, para luego expresar, que cuando el tribunal afirma que “el criterio para determinar la necesidad racional debe ser objetivo” luego indica que, “aun en el contexto en el que se encontraba el acusado, aparece que el disparo que efectuó, constituyó una defensa excesiva frente a la agresión de la que era objeto” y luego afirma que “ya no desde un punto de vista objetivo, sino que retrotrayéndose el tribunal al momento del disparo, considerando las circunstancias ya descritas y, puestos estos sentenciadores en la situación del funcionario policial Torres Aguayo, el disparo que éste efectuó, no aparece como la única acción de que podría haberse valido el acusado para defenderse”; lo que hace es alejarse absolutamente de los parámetros permitidos para apreciar la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima que caracteriza la figura de la legítima defensa, pues para ello es menester que el intérprete y el juzgador se posicionen en el momento de la agresión y en el lugar del sujeto que se defendió, vale decir, intentando una apreciación objetiva, sin incidencia de la propia o personal susceptibilidad, lo que lleva al caso de autos. O sea, expresa que el tribunal rechazó la apreciación de la necesidad racional, basada exclusivamente en un criterio abstracto, debiendo ésta efectuarse “con el criterio que el común de las personas, enfrentaría una situación similar”.



Añade, que esta apreciación que se hace de los hechos en la sentencia, no guarda relación con la afirmación que se hace en el fundamento 9º, pues en ésta no aparecen indicadores ni referencias a la conducta que habría tenido el hombre razonable puesto en el lugar del encausado, sino más bien se le juzga bajo el entendido de que por tener experiencia y preparación especial para defenderse frente a agresiones físicas, “lo exigible era que recurriera a los medios menos gravosos”.

Finalmente, manifiesta el defensor que, ante las circunstancias fácticas probadas, la indefensión en que se encontraba el acusado, la repetición de los ataques por éste sufridos, éste reaccionó de la forma en que lo habría hecho un agredido razonable al momento del ataque, pues se acreditó su inferioridad física, al tratarse de un hombre que estaba solo, que era atacado por segunda vez por el mismo sujeto, sin que pudiera visualizar en esos momentos otra manera de defender su integridad física. Así las cosas, si bien el hecho materia de la acusación, es una conducta dañosa y afecta un bien jurídico tutelado por el derecho, este resultado lesivo aparece ejecutado en circunstancias en las cuales concurren los presupuestos de la causal de justificación prevista en el artículo 10 Nº4 del Código Penal, esto es, la de obrar en defensa propia.

Por último, indica que, supuesta la necesidad de la defensa, el medio empleado para impedir o repeler el ataque, ha de ser racional, y un elemento que puede servir para apreciar dicha racionalidad, es una cierta proporcionalidad, no una igualdad matemática de los medios empleados por una y otra parte. Así, la mera desproporción, no es motivo suficiente para negar la racionalidad del medio, y por ello, la cuestión debe ser resuelta en cada caso concreto por el juez con un criterio subjetivo y objetivo a la vez, o sea, apreciando no sólo si la reacción defensiva para salvar el bien jurídico afectado, excede los límites de lo necesario, sino también tomando muy en cuenta el estado de ánimo del que se defiende y las circunstancias que rodearon al hecho, en particular, la ocasión, el tiempo y el lugar.

Concluye que de haber aplicado la interpretación correcta y dado el verdadero sentido y alcance a la circunstancia 2º del artículo 10 Nº4 del Código Penal, se debió disponer que el acusado actuó amparado bajo la circunstancia eximente de responsabilidad criminal en estudio y, con ello, debió ser absuelto. Pide que, acogiéndose du recurso, se declare la nulidad de la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo, en que se absuelva a su representado, por haber actuado bajo la circunstancia eximente de responsabilidad penal del artículo 10 Nº4 del cuerpo legal en estudio.

3.- Que el recurso de nulidad es un medio de impugnación de carácter extraordinario, cuya finalidad es la invalidación del juicio oral y la sentencia o solamente esta última, cuando dicha sentencia se ha dictado en un procedimiento viciado o cuando en su pronunciamiento hubiere existido infracción sustancial de derechos o garantías o una



errónea aplicación del derecho con influencia en lo dispositivo de la misma. Su procedencia, en consecuencia, se encuentra limitada por la naturaleza de las resoluciones recurridas, por las causales expresamente establecidas por el legislador y finalmente por las formalidades que debe observar el libelo en relación a sus fundamentos y peticiones concretas, las que determinan el marco de competencia del Tribunal.

4.- Que a través de esta causal únicamente pueden denunciarse errores in iudicando, es decir, vicios cometidos en el juicio jurídico del juzgador de la sentencia, sea en la interpretación de la ley, en la subsunción jurídica o en la determinación del hecho (Gonzalo Cortez M. “El recurso de nulidad”, Lexis Nexis, pág. 170). Para los profesores Horwitz y López, (“Derecho Procesal Penal Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, T II, pág. 427) el objetivo, de acuerdo a la discusión legislativa de la norma, es la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales (aparte de la ley) integrantes del ordenamiento jurídico.

5.- Que el considerando 9º de la sentencia que se recurre, el tribunal a quo tuvo por acreditados los siguientes hechos:

“El día viernes 06 de marzo del año 2020, alrededor de las 21:00 horas, en la cercanía de la esquina de las calles Paicaví y San Martín de la ciudad de Concepción, Víctor Andrés Torres Aguayo, sargento 2º de Carabineros de dotación de la Primera Comisaría de Carabineros de Concepción, en circunstancias que circulaba en su motocicleta en dirección a la Plaza Perú, en el ejercicio de sus funciones, fue empujado y derribado de su moto por Gabriel Ignacio Arias Soto, y luego de haberse reincorporado, es atacado nuevamente por Arias Soto con un empujón, procediendo Torres Aguayo a dispararle a Arias Soto, sin una justificación proporcional a la situación que acontecía, tiro efectuado a una distancia aproximada de dos metros, con su arma de servicio pistola marca Taurus, modelo PT 917 C, calibre 9x19 mm, serie TEZ 04503, impactando su pierna izquierda, provocándole una fractura conminuta de tibia proximal izquierda, de carácter clínicamente grave, que suele sanar en 90 a 120 días, con igual o mayor tiempo de incapacidad.”

6.- Que, primeramente, cabe desde ya descartar la alegación efectuada por el ente persecutor en estrados, en cuanto a que los hechos acreditados por los jueces de primera instancia y reproducidos en el fundamento que precede, desde el punto de vista formal, a través de la causal del artículo 363 letra b) del Código Procesal Penal, no se pueden modificar, en especial, que el disparo de Torres fue “sin una justificación proporcional a la situación que acontecía”.

Sin embargo, lo anterior constituye un hecho que permitió a los sentenciadores acoger la minorante del artículo 11 N° 1 del Código Penal; se trata de una calificación jurídica que es lo que debe examinar esta Corte a través de la causal invocada.

A este respecto, la Corte de Apelaciones de Rancagua, resolvió en un caso similar que: “atendido que el recurso de nulidad no puede



modificar los hechos, inamoviblemente asentados por los jueces del fondo, todo lo que este Tribunal puede revisar, es si, sobre la base de esos hechos, se configura o no la eximente de legítima defensa que el Tribunal creyó ver y en virtud de la cual absolvió en su sentencia al acusado. Ese ejercicio de análisis es completamente lícito y cae de lleno dentro de los límites del recurso de nulidad conforme a lo prevenido en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, de manera que si así se entiende, no puede compartirse el parecer manifestado por la Sra. Defensora en estrados, según el cual el punto en debate está fuera de la competencia del Tribunal por tratarse de una apelación encubierta. Ello sería efectivo si se pretendiera variar los hechos o valorar de nuevo la prueba, pero no si sobre la realidad fáctica ya construida se analiza ahora sólo la concurrencia de una institución de derecho, como es la eximente, según se acaba de razonar...”(Rol 77-2004. Citado en el texto ya referido, “El Recurso de Nulidad Penal de Gonzalo Cortez Matcovich, pág.45).

7.- Que sobre los hechos referidos en el fundamento 5º de esta sentencia, es que se debe determinar si se reúnen o no los presupuestos previstos en el numeral 4º del artículo 10 del Código Penal, los cuales son: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

8.- Que, el tribunal dio por acreditados los requisitos a) y c) del motivo anterior, expresando, en el párrafo 13 del considerando 11º del fallo que se revisa, que la circunstancia signada con la letra b) del mismo, no concurre en el caso de autos para tener por configurada la legítima defensa propia en favor del acusado; la defensa, por su parte, discrepa de los fundamentos dados por el tribunal a quo para rechazar esta exigencia e invoca los expresados en el fundamento 2º de esta sentencia.

9.- Que, sobre la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión ilegítima que caracteriza la figura de la legítima defensa es necesario recordar que, para apreciarla, es menester que el intérprete y el juzgador se posicionen en el momento de la agresión y en el lugar del sujeto que se defendió, vale decir, intentando una apreciación objetiva, sin incidencia de su propia imaginación o personal susceptibilidad.

La doctrina, ha dicho al respecto que: “El legislador no se satisface con que exista necesidad de defenderse, además exige que el *medio* empleado para repeler la agresión haya sido el *racionalmente* necesario, lo que importa que entre los adecuados al efecto, sea el menos lesivo de los que están al alcance de quien se defiende, debiendo considerar para ello tanto las circunstancias personales como el hecho mismo.”(Pág. 173, Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 4ª Edición 2007, Editorial Jurídica.)

Por su parte, el autor don Enrique Cury Urzúa, en su obra Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición 1988, pág. 374, respecto del



mismo requisito, ha escrito que “..La necesidad racional ha de manifestarse no solo en los instrumentos usados para reaccionar contra el ataque, sino en la totalidad de dicha reacción, de donde resulta la posibilidad de que, en casos especiales, se empleen medios (instrumentos) que en circunstancias corrientes resultarían excesivos. Así, el viejecillo raquíico que es atacado a puño limpio por un fornido mocetón, puede echar mano de un arma de fuego para defenderse; del mismo modo, quien ha sido derribado por su antagonista, puede disparar contra él si éste se prepara a ultimarle con un rastrillo.” Y prosigue: “La necesidad, en suma, es racional, no matemática. Ha de ser juzgada caso a caso y teniendo en consideración el conjunto de circunstancias concretas. Importa que la reacción sea necesaria, esto es, que, dadas las circunstancias, el sujeto no disponga de otra forma menos enérgica de defenderse con éxito.” También refiere que dichas circunstancias deben ser objetivas y reales, sin tomar en cuenta los estados de alteración anímica del ofendido y del que se defiende; el agredido no debe esperar que “ya no le quede otra salida” para reaccionar, porque le significaría colocarlo en una posición desventajosa y esterilizar la defensa (pág. 375).

En cuanto a la misma exigencia, el autor Eduardo Novoa Monreal, en su texto “Curso de Derecho Penal Chileno”, Parte General, Tomo I, 3ª Edición 2005, Editorial Jurídica de Chile, pág. 342, ha expresado, “Nótese que la ley no exige una proporcionalidad entre los recursos del agresor y los medios de que el defensor se vale, como mucha jurisprudencia parece suponerlo...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...si el empleo de un medio menos enérgico que un disparo no da garantía de la indemnidad del bien jurídico o si no hay otro de que pueda disponerse.” “Muchas circunstancias como lo imprevisto del ataque, la superioridad física marcada del agresor, la inmovilidad del agredido, la rapidez con que éste deba reaccionar, la dificultad de poner en uso inmediato otros medios de defensa, la presencia de personas que puedan auxiliar, la hora y el lugar, etc., pueden influir para que una determinada reacción defensiva haya de estimarse o no como racionalmente necesaria en un caso concreto.”

“La necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido”, expresa Claus Roxin, en su obra Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Thomson Reuters, pág.632. En otro párrafo, expresa “Ahora bien, el principio del medio menos lesivo, resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene porqué correr ningún riesgo. Por tanto, no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no tiene éxito, ser víctima de agresión. Sin embargo, es equívoca la fórmula frecuentemente utilizada en la jurisprudencia reciente que el agredido puede elegir el medio defensivo



a su alcance “que permita esperar la eliminación inmediata y definitiva del peligro. Por principio no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos si es dudosa su eficacia para su defensa.”

10.- Que, llevada la doctrina antes reproducida, al caso de autos, se hace necesario tener en consideración algunos hechos que han sido establecidos por los jueces del a quo:

a) El encartado le dispara a Arias Soto ante el segundo ataque que éste ejecuta en su contra, siendo coincidente tanto el ofendido como el acusado, que, en la primera ocasión, Arias Soto lo empujó cayendo al suelo, lo que el tribunal constató con el video de Cenco y de redes sociales (considerando 10º).

b) El testigo presentado por la defensa Gabriel Crovo Asiaín, que vio los hechos desde un balcón en el tercer piso de la esquina Paicaví con San Martín donde vivía, logró configurarse como un testimonio convincente respecto a la posición en que se encontraba la víctima cuando recibió el disparo, logrando corroborar así lo señalado por el acusado Torres Aguayo, en cuanto a que se encontraban frente a frente (Motivo 10º)

c) Son hechos establecidos en la presente causa, que Torres Aguayo fue agredido en dos oportunidades por Gabriel Arias Soto a través de actos que pusieron en riesgo la integridad física del funcionario de carabineros, pues de hecho la primera vez que lo aborda, logra derribarlo de su moto, cayendo al pavimento, mientras que en la segunda oportunidad se abalanzó rápidamente sobre el policía, empujándolo por la espalda, lo que lleva a éste a reaccionar disparándole de frente a Arias Soto en su pierna izquierda. La secuencia antes descrita da cuenta de las conductas ejecutadas por la víctima, contrarias a derecho y con existencia en la realidad (motivo 11).

d) Debe agregarse que después de que el funcionario fue derribado de su moto, se dio un escenario hostil -gritos y groserías- en contra de éste, lo que se escucha en el video social (NUE 5970205), existiendo una tensión en el ambiente. A juicio de estos sentenciadores, Torres Aguayo tenía razones para entender que el comportamiento agresivo de Arias Soto a su persona aún no había concluido, pues señaló que incluso después de que Arias Soto choca contra él, Arias trata nuevamente de atacarlo, momento en que le dispara.

En consecuencia, aun cuando el tribunal desestimara la actualidad de la agresión, lo que no hará por la rapidez con que ocurren los hechos y teniendo en consideración que la víctima aún estaba en posición de ataque, hay razones suficientes para estimar la inminencia de un tercer ataque por parte de la víctima, con lo que se cumple el requisito que la agresión sea actual o inminente (considerando 11).

e) En cuanto a las circunstancias existentes al tiempo de producirse la interacción entre ambos sujetos, se acreditó que Torres Aguayo, al momento de disparar se encontraba rodeado de



manifestantes que lo insultaban y le gritaban, incluso en las cámaras de Cenco según Pardo Santos se observa en unos pocos segundos distintas agresiones o intentos de ataque contra el funcionario carabinero antes de la primera caída, por lo que claramente el acusado se encontraba inserto en un ambiente hostil, además de hallarse solo, sin sus compañeros motoristas que habían continuado su dirección hacia Plaza Perú (motivo 11).

f) Se hace necesario consignar que no se logró acreditar suficientemente que Torres Aguayo portara al momento de ser agredido por Arias Soto, un bastón retráctil, que podría haber servido como un medio de defensa (fundamento 11).

g) Si bien se acreditó que el acusado no formaba parte de COP (ex 5º Comisaría de Fuerzas Especiales), de acuerdo a sus propios dichos, en esa época, de manera extraordinaria, en los hechos, desempeñaba esa labor (motivo 11).

h) El disparo fue uno solo y en la zona baja del cuerpo del agresor (fundamento 11).

11.- Que, los sentenciadores concluyeron que el disparo efectuado por el acusado, no aparece como la única acción de que éste podría haberse valido, para defenderse de Arias Soto, ya que la persona que fue objeto de una agresión ilegítima era un carabinero con muchos años de servicio en su institución, por lo que tiene experiencia y una preparación especial para defenderse frente a agresiones físicas como la ejecutada por la víctima, como por ejemplo haber intentado reducirlo por medio de la fuerza física ya que a esas alturas las otras personas estaban en la vereda, concluyendo que no se da la exigencia indicada en la letra b) del considerando 7º, y rechazando por ende, la petición de la defensa en orden a configurarse la circunstancia eximente de la legítima defensa propia.

12.- Que, en mérito a las circunstancias que rodearon las agresiones ilegítimas de que fue objeto el condenado por parte del agresor, y referidas ampliamente en el fundamento 10º de este fallo, los sentenciadores de mayoría, estiman que existió en la especie una necesidad racional del medio empleado por Torres para defenderse de la agresión, reiterando lo que ha dicho la doctrina al respecto y que se ha reproducido en el motivo 9º que precede, en cuanto a que la racionalidad exigida para la concreción de la figura penal en referencia, no es una proporcionalidad aritmética, sino que se debe analizar el hecho concreto, con el criterio que el común de las personas enfrentaría una situación similar.

En efecto, como quedó demostrado en el proceso, y así lo refirieron los jueces, el acusado Víctor Torres Aguayo el día de los hechos a eso de las 21:00 horas, circulaba en el último lugar de una fila de carabineros que se desplazaban en moto desde calle Janequeo hacia Paicaví, por calle San Martín, donde había manifestaciones; al girar, la víctima lo empuja, y el funcionario cae pero se reincorpora rápidamente, desenfunda su arma de servicio y apunta a personas que



estaban en el lugar; luego regresa para levantar su moto, instante en que se le acerca la víctima Gabriel Arias Soto que venía corriendo velozmente, quien lo choca, quedando ambos frente a frente, trata de atacarlo, momento en que Torres dispara a la parte baja de éste. A ello se suma el ambiente hostil en el sector, con gritos y groserías en contra de carabineros, Torres se encontraba solo, pues sus compañeros habían avanzado hacia Plaza Perú, sin otro elemento a que echar mano que no sea su arma de servicio, y con un sujeto a quien veía decidido a enfrentarlo y con mucha gente a su alrededor.

13.- Que, conforme a lo dicho, se concluye que la defensa del encausado, consistente en hacer frente a la agresión hacia su persona, por medio de un disparo con su arma de servicio en la parte baja del agresor, era la racionalmente adecuada para repeler ese ataque, ya que no tenía en ese momento y en las circunstancias en que se desarrollaban los hechos, otra forma de proteger su vida.

14.- Que, si bien el tribunal de juicio oral en lo penal, apoya su determinación de excluir la utilización de un medio racional para repeler o impedir la agresión ilegítima protagonizada por la víctima, en atención a la entidad del arma utilizada, que por su naturaleza es letal, no puede olvidarse que la reflexión que es posible hacer ex post y en sede judicial, no es comparable con el contexto de celeridad con que se sucedieron los hechos materia del proceso –en el que en escasos segundos el hecho se vio en la urgencia de proceder en su propia defensa en un ambiente muy hostil y solo; el cuestionamiento que cabe es, si ese brevísimo tiempo, hacía posible exigir que el agente adoptara una conducta distinta,- por medio de la fuerza física como dicen los jueces-, que se tradujera en consecuencias menos graves que la efectivamente producida. Lo claro es que las circunstancias acreditadas por los jueces del fondo, dan cuenta de la necesidad de una respuesta inmediata por parte del ahora acusado, que estos sentenciadores justifican.

15.- Que, así las cosas, al quedar acreditadas las circunstancias que hacían procedente dar aplicación a la legítima defensa con arreglo a lo previsto en el numeral 4º del artículo 10 del Código Penal, los sentenciadores de mayoría comprueban la existencia del error jurídico acusado por la defensa, toda vez que el tribunal de juicio oral en lo penal ha desestimado la justificante invocada y ha dictado sentencia condenatoria respecto del encartado, en circunstancias que debió haber hecho lugar a la misma, con la subsecuente absolución del mismo.

16.- Que, atendida la causal invocada y la decisión que se adoptará y lo prevenido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se procederá a dictar en forma separada y sin nueva audiencia, sentencia de reemplazo.

Y, vistos además lo dispuesto en los artículos 358 y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, se **ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público don Osvaldo Pizarro Quezada, en



representación del condenado **Víctor Andrés Torres Aguayo**, en contra de la sentencia de dieciocho de septiembre recién pasado, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, la que, en consecuencia, es nula, debiendo dictarse a continuación, sin nueva vista, sentencia de reemplazo.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Jordán quien fue de opinión de rechazar el recurso de nulidad invocado por la defensa del condenado Víctor Andrés Torres Aguayo, teniendo presente:

1° Que, el artículo 373 del Código Procesal Penal en su letra b) autoriza anular el juicio y la sentencia “Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiese hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo”. Su objetivo es el respeto de la correcta aplicación de la ley, pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico.

Para que la errónea aplicación del derecho pueda servir de fundamento a un recurso de nulidad debe haber influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, idea que la reafirma el artículo 375 del citado estatuto legal que, refiriéndose a los "defectos no esenciales", declara que "No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso".

Asimismo, la causal de nulidad en comento guarda relación con infracción de normas legales, de manera que si mediante ella se pretende cambiar los hechos establecidos en la sentencia impugnada, el recurso debe ser rechazado.

2° Que, la legítima defensa es una causal de justificación que pertenece al análisis del injusto, por lo que, en principio, su procedencia no debería estar moderada por elementos psicológicos presentes en el defensor. En este sentido, las características personales del autor, desde un punto de vista de una teoría del delito tradicional y mayoritaria, deberían ser relevantes (aunque no exclusivas) respecto del análisis de la imputación subjetiva o personal, mas no del análisis de la ilicitud de la conducta (en este sentido Juan Sebastián Vera S.; Revista Ius et Praxis, Año 25, N° 2 2019, pp. 261-298).

Los enunciados fácticos que puedan ser subsumidos o captados por esta causal de justificación devendrán, por ese solo hecho, como permitidos, autorizados, lícitos y, por tanto, no susceptibles de ser sancionados penalmente. Es decir, la disputa acerca de los alcances interpretativos de la legítima defensa y sus requisitos, en definitiva, es un debate acerca de la licitud que presentan o debieran presentar ciertos actos. Por otro lado, la procedencia de la legítima defensa como causal de justificación tradicionalmente puede conceptualizarse como un “permiso” dentro de la prohibición general de la conducta justificada. Es decir, la legítima defensa es una autorización excepcional



y especial para realizar un comportamiento típico prohibido si y solo si se obra en defensa de la persona, sus derechos o los de otros (artículo 10 N°s 4, 5 y 6 del Código Penal).

3° Que, sub judice, la discusión se centra en torno a la concurrencia del segundo requisito de esta causal de justificación, es decir, “una necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler” la agresión ilegítima.

En este aspecto, la determinación del sentido y alcance de este requisito, en definitiva, devendrá en la determinación del límite de la autorización concedida a todos los ciudadanos para defenderse. Así, uno de los criterios que se emplean para llevar a cabo esta labor es aquel que señala que la defensa será necesaria cuando la víctima haya optado por el medio menos lesivo de defensa.

La Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que “en la especie, se ha impugnado la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado, es decir, si para repeler la agresión de que estaba siendo objeto, el imputado empleó un medio racional. A este respecto se ha señalado que el defensor puede usar el medio que sea necesario para impedir o repeler la agresión, pero no puede ir más allá de lo estrictamente necesario. Debe recurrir al medio menos lesivo de los que estén a su alcance (Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL N° 1230-2016; en el mismo sentido Corte de Apelaciones de Antofagasta, ROL N° 100-2014; Corte de Apelaciones de la Serena, ROL N° 89-2005; Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL N° 256-2004).

4° Que, en este punto, la doctrina española –que se pronuncia sobre la base de un texto legal bastante similar al nuestro– distingue entre necesidad abstracta de la defensa y necesidad concreta de la defensa. El Código Penal español exige la “necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión”.

En este sentido es posible distinguir entre la necesidad de la defensa (en sentido amplio o genérico (Matellanes Rodríguez, Nuria; Las causas de justificación: teoría general; 2010, pp. 268 y ss.) y la necesidad del medio empleado como dos cosas distintas. La primera – en palabras de Mir Puig– se corresponde con la necesidad abstracta de la defensa y su ausencia no permitiría apreciar ni eximente completa ni incompleta (Mir Puig, Santiago; Derecho Penal. Parte general, 10a edición; 2015, p. 453). Es decir, se identifica con la aparición de un riesgo para algunos de los bienes jurídicos penalmente protegidos (Cobo del Rosal, Manuel; Sinopsis de derecho penal. Parte general, 2011, p.126), que no están ya protegidos y seguros y, por tanto, obligan a realizar una actuación para evitar que ese riesgo se realice (Luzón Cuesta, Diego: “Legítima defensa”, en: Luzón, Diego (director), Enciclopedia penal básica, 2002, pp. 879 y ss). La segunda, “necesidad concreta de la defensa”, se refiere a cómo la necesidad de la defensa se concreta en la utilización de un medio, que en caso de ser excesivo (exceso intensivo 25) podría dar lugar a la apreciación de la eximente



incompleta (Mir Puig, Santiago, opus, p. 453). Se trataría de ponderar la aptitud, racionalidad y peligrosidad potencial de los medios utilizados en la defensa (Cobo del Rosal, Manuel, obra citada, 126), para posteriormente escoger aquellos que sean los medios menos gravosos disponibles para impedir o repeler la agresión.

5° Que, faltará la necesidad concreta de la defensa cuando el sujeto pueda utilizar claramente un medio menos lesivo (Mir Puig, Santiago, obra, 443). En este sentido, se recurre a la idea de proporcionalidad como criterio limitador de la acción defensiva en medios y modos (Matellanes Rodríguez, Nuria, opus, p. 269), o en especie y medida de los medios utilizados (Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes; Derecho penal. Parte general, 8ª edición 2010, p. 326). Pero este criterio ha de utilizarse en sentido amplio (Cobo del Rosal (2011), p. 126) o de manera flexible (Orts Berenguer, Enrique, y González Cussac, José (2008): Compendio de Derecho Penal. Parte general; 2008, p. 175), de modo que la defensa racional, para los efectos de la legítima defensa, es aquella que satisface la presencia de una necesidad abstracta y de una necesidad concreta de la defensa. la necesidad concreta de la defensa se ha entendido concurrente de acuerdo a un examen negativo: “siempre y cuando el medio empleado sea el menos lesivo para los efectos de defensa.

6° Que, la acción defensiva debe ser necesaria, apta o idónea, y representar la respuesta de menor entidad frente al ataque. El profesor Roxin señala que “necesaria” es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensas elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño (Roxin, Claus (1997): Derecho penal. Parte general, p. 628). El atacado debe emplear el medio menos lesivo de defensa. Es decir, aquel que con la misma eficacia ocasione el menor daño (Wessels, Johannes, y Beulke, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil. 36 Auflage; 2006, p.107) el medio mínimo (Welzel, Hans: Derecho penal alemán. Parte general, 2ª edición, 1976, p. 93) o aquel que comporta la pérdida mínima para el agresor (Jakobs, Günther (1997): Derecho penal. Parte general, 2ª edición, p. 472.) o sus bienes jurídicos.

En este sentido, Roxin proporciona ejemplos de elección del medio más benigno de defensa: “quien pueda repeler al agresor con sus puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revolver; y quien pueda intimidar al agresor amenazándolo con un arma contundente o de fuego o mediante disparo de advertencia, no puede disparar sin más” (Roxin, Claus, obra citada, p. 629).

En dicho orden de ideas, la defensa puede ir tan lejos como sea necesario para la defensa real de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello (Welzel, Hans; opus, 93). Sobre la pregunta acerca de qué medios de defensa son eficaces para garantizar el cese inmediato de los ataques y eliminar el riesgo final, hay que tomar en consideración la fuerza del ataque, el peligro del agresor y los medios de defensa que están disponibles (Wessels y



Beulke, obra, p. 107). Dependerá, en definitiva, de la fortaleza del autor y víctima, de las perspectivas de resultados y de los medios defensivos disponibles, no importando, incluso, la proporcionalidad de los medios afectados (Jakobs, opus, p. 472).

7° Que, sobre la materia el Tribunal Supremo español ha considerado respecto de la evaluación de la racionalidad de la defensa que “... más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión” (STS N° 962/2005, de 22 de julio de 2005, FJ 3°). Además, “no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión causada y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada”(SSTS 962/2005, 22-07; 86/2002, 28-01, 596/2001, 06-04; SAP, Madrid, Sec. 1°, 444/2002, 16-10).

Del mismo modo ha dicho “necesidad racional del medio empleado”, que supone: “necesidad, o sea, que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo, siendo de señalar que la fuga no es exigible (STS 1766/99 de 9-12), refiriéndose la Sala Segunda a que fuere posible por inexigencia de riesgo y no vergonzante (SSTS 18-10-85 y 1639/2002, de 2-10); y proporcionalidad, en sentido racional, no matemático, que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo (STS 16-12-91), en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva, en la que los contendientes se encuentran (STS 7-10-88), teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana (STS 6-6-89), de modo que esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado (STS 1630/94 de 24-9), de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS 444/2004, de 1-4). Si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio. (Artículo 20.4°, Código Penal Español, 10° Edición, Julio 2005; Jurisprudencia. Comentarios. Legislación complementaria).

8° Luego bien, examinada la sentencia impugnada, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, en su motivo NOVENO, dio por establecidos los siguientes hechos, los cuales son inmutables para esta Corte: “Que el día viernes 06 de marzo del año 2020, alrededor de las 21:00 horas, en la cercanía de la esquina de las calles Paicaví y San Martín de la ciudad de Concepción, Víctor Andrés Torres Aguayo, sargento 2° de Carabineros de dotación de la Primera Comisaría de Carabineros de Concepción, en circunstancias que



circulaba en su motocicleta en dirección a la Plaza Perú, en el ejercicio de sus funciones, fue empujado y derribado de su moto por Gabriel Ignacio Arias Soto, y luego de haberse reincorporado, es atacado nuevamente por Arias Soto, con un empujón, procediendo Torres Aguayo a dispararle a Arias Soto, sin una justificación proporcional a la situación que acontecía, tiro efectuado a una distancia aproximada de dos metros, con su arma de servicio pistola marca Taurus, modelo PT 917 C, calibre 9 x 19 mm, serie TEZ 04503, impactando su pierna izquierda, provocándole una fractura conminuta de tibia proximal izquierda, de carácter clínicamente grave, que suele sanar en 90 a 120 días, con igual o mayor tiempo de incapacidad”.

9° Que, posteriormente, en el motivo Décimo Primero, hacen un análisis de cada uno de los elementos que configuran la legítima defensa y la rechazan explicando pormenorizadamente el por qué no concurre en la especie “la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima,...añadiendo que “Sin duda que la utilización de un arma de fuego frente a los actos de agresión cometidos por la víctima aparece desde el punto de vista objetivo como una reacción excesiva por parte del acusado Torres Soto” y, más adelante, también, concluyen que “ya no desde un punto de vista objetivo, sino que, retrayéndose el tribunal al momento del disparo, considerando las circunstancias ya descritas y puestos estos sentenciadores en la situación del funcionario policial Torres Aguayo, el disparo que este efectuó no aparece como la única acción de que podría haberse valido el acusado para defenderse de Arias Soto. En efecto, en este caso la persona que fue objeto de una agresión ilegítima era un carabinero con muchos años de servicio en su institución, por lo que entendiéndose que en dicha calidad tiene experiencia y una preparación especial para defenderse frente a agresiones físicas como la ejecutada por la víctima, lo exigible era que recurriera a medios menos gravosos para enfrentar el acometimiento del que era objeto, como por ejemplo haber intentado reducir a Arias Soto por medio de la fuerza física. Sin perjuicio de lo que se señaló en relación con el contexto hostil en que se encontraba Torres Aguayo, lo cierto es que al momento del disparo nada le impedía realmente intentar aplacar a la víctima por el medio señalado, -fuerza física-, ya que a esas alturas las otras personas que lo rodeaban se encontraban en la vereda”, para luego colegir que “conforme a lo reflexionado precedentemente no cabe más que concluir que el disparo efectuado por Torres Aguayo no era el medio imprescindible para repeler la agresión en las circunstancias concretas en que se encontraba”, interpretación que, acorde a lo razonado anteriormente, este sentenciador comparte de la manera dicha por los jueces de fondo y de la forma motivada en los fundamentos de esta disidencia, quedando en evidencia que éstos hicieron una correcta calificación jurídica a los hechos establecidos y de la improcedencia de la causal de justificación invocada por la defensa de Víctor Andrés Torres Aguayo, de donde se colige que los



sentenciadores no incurrieron en la infracción de ley denunciada que
hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Léase en la audiencia del día de hoy.

Insértese en el acta correspondiente.

Regístrese.

Redacción de la ministra Vivian Toloza Fernández y del voto en
contra, su autor.

Rol 864-2021 Reforma Procesal Penal.



Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por los Ministros (as) Vivian Adriana Toloza F., Fabio Gonzalo Jordan D., Camilo Alejandro Alvarez O. Concepcion, cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

En Concepcion, a cinco de noviembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.