

REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII

ABRIL - JUNIO DE 1950

N.º 72

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

SRES.

ROLANDO MERINO REYES

QUINTILIANO MONSALVE J.

JUAN BIANCHI BIANCHI

VICTOR VILLAVICENCIO G.

MARIO CERDA MEDINA

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

HECTOR BRAIN RIOJA

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

(Continuación)

58.—La Minoridad.

Texto vigente: Artículo 10.—“Están exentos de responsabilidad criminal:

N.º 2.º—El menor de dieciséis años.

N.º 3.º—El mayor de dieciséis años y menor de veinte, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

El Tribunal de menores respectivo hará declaración previa sobre este punto para que pueda procesársele”.

Proyecto: Artículo 11.— “Están exentos de responsabilidad criminal:

N.º 2.º—El menor de dieciocho años.

Los menores de esta edad quedarán sometidos a la jurisdicción de los Juzgados de Menores con arreglo a las disposiciones de la ley respectiva”.

Modificaciones: a) Cambio de numeración del artículo; b) supresión de un número; c) se eleva la edad del inimputable en dos años; b) se suprime el discernimiento.

Muy discutida fué en el seno de las Comisiones del Proyecto de Reforma la idea de elevar la edad de la inimputabilidad y eliminar el discernimiento, triunfando esta tesis sólo en razón de consideraciones de orden práctico extraídas de nuestra realidad penal. En efecto, las estadísticas y elementos allegados por el Director de la Casa de Menores de Santiago fueron determinantes para resolver la cuestión.

Sobre el particular, las opiniones se orientaron en primer término hacia la necesidad de aumentar la edad de irresponsabilidad a los dieciocho años, teniendo presente que "son relativamente escasos los delitos cometidos por menores cuya edad fluctúe entre dieciséis y dieciocho años".

En segundo término, se consideró que el sistema del discernimiento es totalmente impracticable, esencialmente sutil, fácil a la equivocación e inútil, según lo ha demostrado la práctica judicial; y que más que a un concepto jurídico o sociológico penal, obedece sólo a un concepto psicológico sin beneficios para la readaptación del delincuente.

Debe advertirse que el señor Schweitzer fué permanente partidario de mantener el discernimiento y de elevar la minoridad a los veintiún años, para unificar esta edad en toda la legislación.

59.—Por nuestra parte, y atendida la realidad carcelaria del país, estimamos desde todo punto de vista conveniente elevar la menor edad penal a los dieciocho años a fin de sustraer de nuestras horribles cárceles a la mayor cantidad de menores posible. Estos se ven beneficiados, sin perjudicar a la sociedad, puesto que quedan siempre sujetos a la legislación de "protección de menores", más propia, científica y moderna, en su tratamiento reformativo, que nuestra vieja legislación penitenciaria chilena.

60.—En cuanto a la eliminación del "discernimiento", la reforma es más discutible.

Por una parte, no puede olvidarse que el sistema de analizar la personalidad individual de cada sujeto es más científica y está más de acuerdo con la tendencia del Derecho Penal moderno, facilitando la penalidad individual la determinación del tratamiento

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

183

adecuado para cada sujeto conforme a su personalidad. Esta consideración nos mueve a sostener que la reforma se aparta del criterio moderno.

Por otra parte, no podemos olvidar, tampoco, que en nuestro medio, especialmente judicial, existe absoluta ausencia de técnicos psicólogos que puedan hacer uso del sistema del discernimiento conforme a su verdadero sentido y de manera útil y eficaz. Por el contrario, su actual aplicación dista mucho de convenir a los menores y a la sociedad misma, en razón de que los funcionarios encargados de resolver acerca del discernimiento de los menores carecen de los conocimientos suficientes para llegar a una conclusión científica.

Ante la posibilidad —muchas veces constatada— de que el técnico se pronuncie equivocadamente sobre el discernimiento, es preferible sujetar a todos los menores a una regla invariable y suprimir el sistema actual que, si bien es más científico, ha sido desnaturalizado y hecho inconveniente por la práctica.

Unida a ello la elevación a los dieciocho años de la menor edad, que la reforma pretende, el discernimiento pierde su importancia, y más que eso se hace innecesario. Es preferible, pues, someter a todos los menores de dieciocho años a la ley de "protección de menores", que no da lugar a que por medio de la declaración de "discernimiento" tengamos que presenciar casos, en que menores de dieciseis o de catorce años, son declarados responsables y sujetos al sistema penal de los mayores de edad.

Creemos que nuestra realidad delictual y carcelaria ha de ser sin duda elemento decisivo en la conclusión a que debe llegarse, y de acuerdo con estas consideraciones parécenos que la reforma está precisamente en el justo medio entre las conveniencias científicas y las realidades prácticas, por lo que nos unimos plenamente a sus proyectos.

61.—Legítima defensa.

(No reproducimos los textos del Código Penal vigente y del Proyecto, como ha sido el sistema de estos comentarios, por no haber modificaciones de importancia).

La justificante de la legítima defensa, propia y de terceros, que actualmente abarca los numerandos 4.o, 5.o y 6.o del artículo 10, se proyecta reducirla a sólo dos numerandos, el 6.o y el 7.o, introduciéndose modificaciones de forma que dan mayor claridad y precisión al texto legal.

62.—En efecto, en el requisito primero se sustituye la palabra "ilegítima" por "injusta" al referirse a la agresión, dando así mayor contenido a la idea y un mejor concepto jurídico, agregándose que dicha agresión debe ser "actual o inminente", vocablos que no estaban contenidos en el texto del Código si bien se consideraban subentendidos en su disposición y así ha sido esta última uniformemente aplicada en la práctica.

63.—En el requisito segundo se incluye el concepto de la necesidad racional de "la defensa", a más de la necesidad racional del "medio" empleado que contiene el actual texto legal.

Esta modificación es útil, porque precisa la relación que debe existir entre los dos elementos de esta ecuación, "ataque" y "defensa", en cuanto a su propia naturaleza, esto es, de que la "defensa" debe ser "necesaria", lo que dice referencia con la extensión de los bienes que se defienden y la facultad de defenderse de determinados ataques, independientemente del medio que se emplee.

Así, puede darse el caso de una "defensa necesaria" al reaccionar contra quien pretende robar, y al mismo tiempo puede producirse el evento de emplearse un medio no racional o excesivo. Lo primero dice relación con la existencia del derecho de defensa; y lo segundo con su medida.

Por otra parte, la "necesidad de la defensa" comprende, como un elemento de la misma, la proporción entre el ataque y la reacción; y esta proporción involucra también la idea de la inevitabilidad del peligro, y la racionalidad del medio empleado.

De consiguiente, la reforma viene a precisar el concepto jurídico de la defensa, dando así mayor claridad a esta justificante de la acción.

64.—Agregan los reformadores que la presunción sobre la concurrencia de aquellos requisitos que establece el mismo artículo 10, en el inciso final del numerando 4.º, se extiende al "que es sorprendido dentro de la casa habitación o de sus dependencias", salvando así la errada interpretación dada en varias ocasiones al texto actual, en el sentido de restringir su aplicación sólo al caso en que se repele la entrada, sin aplicarlo al producido por el sujeto que "ya ha entrado".

Es conveniente, pues, la extensión dada al texto legal, ante la insistencia de algunos en atribuirle, inexplicablemente, una interpretación restringida.

65.—En el número 7.º, —con muy buen criterio, por lo demás—, se refunde la defensa de terceros y parientes, señalándose para ambos casos la misma regla, eliminándose el concepto de venganza, y quedando el texto en los siguientes términos: "El que obra en defensa de la persona o derechos de otro, si se reúnen todos los elementos del número anterior, y, en caso de haber precedido provocación suficiente del agredido, si no ha tenido parte en ella el defensor".

66.—El estado de necesidad.

Texto vigente: Artículo 10.—"Están exentos de responsabilidad criminal:

N.º 7.º—El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1.a Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- 2.a Que sea mayor que el causado para evitarlo.
- 3.a Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".

Proyecto: Artículo 11.— "Están exentos de responsabilidad penal:

N.º 8.º—El que por necesidad da muerte, hiere o maltrata a otro, o menoscaba o destruye un derecho ajeno o incurre en una omisión, siempre que el mal que se trata de evitar justifique el mal causado y que concurren los requisitos siguientes:

Primero: Realidad o peligro inminente del mal que no está obligado a soportar;

Segundo: Imposibilidad racional de evitarlo por otro medio; y

Tercero: Falta de provocación del estado de necesidad.

Modificaciones: a) Se sustituye casi totalmente el texto vigente;

b) se agrega el "mal sobre las personas", incluyendo hasta la muerte;

c) se mantiene el daño en la "propiedad", sustituyendo este término por el de "derecho";

d) se sustituye el concepto del "mayor daño", por el de la "justificación del mal" y la "racionalidad de la evitación";

e) se agrega la idea de la "no obligación de sufrir el daño";

f) se agrega la "falta de provocación" del estado necesario.

67.—La circunstancia eximente del **estado de necesidad**, —que pasa a ocupar el número 8.º del artículo 10 en vez del 7.º en que actualmente se encuentra—, sufre una trascendental modificación en manos de los reformadores.

Consiste esta modificación en aumentar la extensión o ámbito que contiene la eximente. Actualmente, como se sabe, el estado de necesidad sólo justifica el que, para evitar un mal, se cause un daño en "**propiedad ajena**". Esto es, que solamente pueden sacrificarse la propiedad ajena, los bienes materiales, los bienes menores de terceros para evitar un mal grave.

Pues bien, los reformadores pretenden ampliar la extensión, permitiendo que pueda perjudicarse no sólo los bienes ajenos, sino también la "**persona del prójimo**", a objeto de salvarse de un grave mal. Y, lo que es más, no solamente perjudicar a la persona, hiriéndola o maltratándola, sino aún privándola de la vida.

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

187

En realidad, el solo enunciado de la modificación nos hace pensar en la enorme gravedad jurídica y social que envuelve, pero, desgraciadamente, las actas publicadas no explican su fundamento, limitándose a manifestar que el texto fué extraído del Proyecto Silva-Labatut y del Proyecto Argentino de Coll-Gómez.

Para establecer la conveniencia o inconveniencia del Proyecto en esta materia, se hace necesario recordar, ligeramente al menos, algunas nociones históricas acerca del estado de necesidad y adentrarse un poco en sus elementos constitutivos.

68.—El "estado de necesidad" es una figura jurídico-penal extraída de la vida práctica, que el legislador no ha podido desconocer y cuya existencia data, naturalmente, de los principios de la humanidad.

Históricamente, en todos los tiempos y lugares se ha producido el caso de que los individuos se enfrentaran a situaciones de "peligro" para sus personas o bienes, de las cuales no han podido salvarse sino mediante la eliminación de la "causa" del peligro que los amenazaba.

En épocas pretéritas, en que no había reglamentación penal para los actos humanos y en que —aunque discutido— los hombres llevaron una existencia independiente de toda organización jurídica, el "estado de necesidad" originado por un "peligro" ha sido salvado por el hombre destruyendo la causa, sin que ello importare problema alguno, cualesquiera que fuesen las consecuencias y los daños causados para evitar el mal.

Con la iniciación del período reglamentario-penal hubo de reglamentarse, también, este aspecto de la vida humana, a fin de permitir la destrucción de la causa del peligro y, al mismo tiempo, limitar esta destrucción a lo estrictamente necesario y lícito, suprimiendo males superiores o innecesarios.

De consiguiente, el estado de necesidad en sí mismo tiene su historia en la historia del hombre y su reglamentación —con variaciones de forma— comienza con la creación de las reglas penales.

69.—La primera reglamentación del estado de necesidad comprendió, dentro de este concepto, toda situación de peligro para

la persona o bienes humanos que no fuera posible salvar sin la destrucción de su causa; pero, conforme al sistema penal imperante, se indicaban numerativamente los casos en que era permitido ejercitarlo, como, por ejemplo, el de los caminantes apremiados por el hambre que cogieren frutos, cualquiera que fuere el dueño de éstos; el del que por defenderse causare la muerte o dañare a quien atacare a otro sin motivo; etc.

El estado necesario comprendía también los conceptos actuales acerca de las acciones cometidas bajo los efectos de la fuerza, física y moral; y en todos estos casos se establecía la exención de responsabilidad del autor del acto.

Más adelante se inicia la separación de algunos aspectos de este concepto general, y se independizan de él los casos de "vis" o fuerza, y de legítima defensa propia, quedando reducido el concepto de "estado de necesidad" a un pequeño número de casos de peligro inmediato y fortuito, taxativamente reglamentados.

70.—Conviene observar que en este desarrollo conceptual la legítima defensa se separa del estado de necesidad, al enunciarse dos ideas esenciales que le son propias: a) que ella responde a la necesidad de defenderse de "un ataque"; y b) que esta defensa se realiza dañando a "las personas". De esta manera, el estado de necesidad, a su vez, queda limitado a los casos de peligro en que "no hay ataque" de otra persona; y en que la eliminación del peligro que amenaza se hace dañando "bienes".

Estas diferencias se aprecian claramente en nuestra actual legislación con sólo leer sus disposiciones, y ellas se encuentran en todas las legislaciones que arrancan su origen de los principios y legislaciones llamadas de corte clásico.

71.—Jurídicamente, estas eximentes se fundan en el derecho que tiene cada cual a conservar lo propio y que en el caso de la legítima defensa se justifica por el "ataque" injusto de un tercero; y en el del estado de necesidad, por la teoría de la "compensación" de bienes y derechos, a cuyo efecto se distinguen los casos de bienes y derechos "iguales" y bienes y derechos "desiguales", que puedan encontrarse en posiciones contradictorias en que los unos no sea

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

189

posible conservarlos sin la destrucción o detrimento de los otros.

En el caso de la "defensa propia" esta teoría no tiene mayor influencia, porque lo relevante allí es la existencia de un "ataque ilícito" de un tercero que, por una parte hace desaparecer el mérito de su derecho —el que más tarde se ve destruido o menoscabado— y por otra hace nacer para el que se defiende un nuevo derecho que le autoriza a destruir el ajeno que injustamente le atacaba.

72.—De aquí, que la defensa legítima se mida principalmente por la naturaleza y condiciones del "ataque", y que su necesidad se analice, especialmente, en proporción a la fuerza e intensidad del ataque, sin perjuicio de considerar, además, otros elementos objetivos o subjetivos que puedan concurrir.

Pero en el "estado de necesidad" propiamente no existe un "ataque" de un tercero, sino un "peligro" no voluntariamente provocado por otro. Por lo mismo es que lo relevante en el estado de necesidad debe buscarse en otro elemento.

También es por esta razón que se explica que la defensa se justifique aun cuando tenga que destruirse la vida ajena, ya que ésta por mano de su titular causaba la agresión. Pero si una vida ajena, "sin agredir", coloca en "un peligro" la vida de otro individuo, ya no podemos hablar de defensa: constituye éste un caso de estado de necesidad.

Un ejemplo lo tenemos en el supuesto de dos individuos que se encuentran solitarios, abandonados, con alimentos solamente para uno de ellos, alimentos que, de repartirse, no alcanzarían para sustentar dos vidas. Otro caso sería el del naufragio, en que para salvarse una persona tomándose de una tabla debe impedir que otra lo haga. Y así podrían enumerarse muchos casos en que una vida ajena pone en "peligro" la propia, no por agresión directa, sino por reunirse circunstancias independientes de las voluntades humanas.

73.—Pues bien, para solucionar este grave problema es que los tratadistas formularon la teoría de la igualdad y desigualdad de bienes y derechos, llegando a la conclusión de que habiendo

desigualdad debe ser preferido el bien de mayor valor, y así, si para salvar la vida tienen que destruirse bienes materiales ajenos, ello puede lícitamente hacerse.

Tratándose de bienes iguales, hay que distinguir entre los bienes materiales y el derecho a la vida. En el primer caso, puede destruirse el bien ajeno siempre que el daño que se cause sea inferior al que se habría sufrido, como ocurriría si, para impedir el incendio de una casa, se destruyera el fogón ajeno causante del peligro.

74.—Pero, tratándose de bienes iguales relativos a dos derechos de vida, las legislaciones hasta hace muy poco no habíanse atrevido a dictar norma alguna.

Nuestro Código Penal no contempló este caso, y, siendo las circunstancias eximentes de responsabilidad de carácter excepcional, su ausencia ha importado, en estricto sentido, la no justificación del desmedro de la vida ajena para salvar la propia.

Cabe advertir, sí, que tales casos son de tan especialísima naturaleza, que con razón se ha dicho que quedan fuera del alcance de la ley y sólo entregados a la mano de las fuerzas naturales. De consiguiente, si bien conforme a la ley constituirían actos punibles, se conocen muchos casos en la historia que han quedado impunes, en consideración a estas circunstancias tan particularísimas que siempre concurren.

Resumiendo, podemos precisar que en el estado actual de las legislaciones, y entre ellas la nuestra, sólo está impune el estado de necesidad cuando daña bienes desiguales.

75.—En la actualidad, los penalistas han iniciado una corriente en el sentido de que el estado de necesidad debe abarcar todo lo que naturalmente comprende y, por lo tanto, también los casos de bienes iguales.

La reforma que venimos comentando persigue esta posición, estableciendo impunidad para "el que por necesidad, da muerte, hiere o maltrata a otro", si no puede evitar el peligro por otros medios, expresándose en las sesiones correspondientes de la Subcomisión, que no había motivo alguno para mantener el criterio actual de restringir la exención sólo al caso de daños a la propiedad.

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

191

De esta manera se abandona la tesis imperante en nuestros días, de mantener entregados aquellos eventos a las normas del caso fortuito, que permanece fuera de la ley, más allá de ella, y se entra valientemente a reglamentarlos.

La Comisión no da mayores argumentos o explicaciones jurídicas del por qué, si bien indica no haber motivo para mantener la exclusión.

76.—Podemos agregar nosotros que el sistema anterior de no reglamentar este aspecto del estado de necesidad, era solamente temor legislativo ante la falta de una fundamentación jurídica que autorizara y defendiera el procedimiento legal, sobre todo en tiempos como aquellos en que se dictó nuestro Código Penal, ajenos completamente a la dogmática jurídico-penal del día.

Pero con las explicaciones que hemos dado sobre estas formas de justificar el acto, tenemos dos razones fundamentales para apoyar a los reformadores.

La primera, fundada en el concepto de la antijuridicidad, en cuanto sólo podrá ser delito aquel hecho que además de reunir los elementos de culpabilidad, acción y adecuación a una figura delictiva, sea típicamente antijurídica, esto es, represente una violación del derecho sancionada por el legislador. Y en este sentido, el sujeto que actúa defendiendo su vida de un peligro, cualesquiera que sean los medios de que se valga, en principio no está actuando en forma antijurídica. Todo lo contrario, está ejercitando nada menos que un derecho: el de conservar su vida.

De manera que la procedencia misma de este derecho de conservar su vida es un acto netamente lícito, y debe ser amparado por el legislador.

77.—Pero queda la segunda razón que cierra el circuito del fundamento.

No bastaría con la primera antes señalada, porque es necesario, también, analizar cómo y en qué medida debe cada cual ejercer este derecho a conservar la vida. Para ello están los requisitos exigidos por la ley en todo estado de necesidad: mal inminente y grave, falta de otro medio para impedirlo, y que el daño causado para evitarlo sea justificado racionalmente.

En la concurrencia de estos requisitos vemos la reglamentación aplicable al estado de necesidad en que se lesiona una vida ajena, porque para legitimar este acto deben reunirse el mal inminente, la falta de otro medio, y la justificación racional del daño.

Pues bien, este último elemento podrá ser discutido, en cuanto para salvar una vida no puede destruirse otra, ya que ambas vidas son de igual valor, y el daño causado no podrá ser nunca inferior al evitado. Sin embargo, debe recordarse que la apreciación de estos elementos no es absoluta ni apriorística, sino objetiva y subjetiva, de modo que concurriendo los primeros, el último habrá de ser considerado subjetivamente en cuanto a que la propia vida para el que la defiende o conserva, es siempre de mayor valor que la de otro individuo. Esta apreciación subjetiva es esencial para la circunstancia justificante de la legítima defensa y no se ve motivo para negarla en el estado de necesidad.

78.—De consiguiente, en principio nadie podrá decir que un sujeto que trata de mantener y conservar su vida, no actúe dentro del derecho; y que el ejercicio de ese derecho no queda limitado a su justa medida con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Basados en estos principios, y agregando el texto de la reforma en que se establece como elementos que "el mal que se trata de evitar justifique el mal causado y no haya habido provocación del estado de necesidad", estimamos jurídicamente correcta la reforma y útil a la realidad humana.

(Continuará)

* * * * *