

## OFENDICULOS Y DEFENSAS MECANICAS PREDISPUESITAS

TITO E. SOLARI PERALTA  
Universidad Católica de Valparaíso

1. El tema que nos ocupa, al igual como ocurre, por ejemplo, con el de las leyes penales en blanco, es objeto de diverso enfoque por los tratadistas nacionales, los que difieren incluso en si se trata de conceptos sinónimos, de conceptos diversos, del contenido de uno u otro; por su parte ofendículos y defensas mecánicas predispuestas son tratadas, y ello es casi general, como posibles justificantes (legítima defensa o ejercicio legítimo de un derecho) en circunstancias que, en ocasiones, se trata de una cuestión que tiene su solución en sede de culpabilidad. Es la jurisprudencia que señala este camino que considero correcto.

A lo anterior se agrega que los autores generalmente no discriminan si se trata de un invasor que está en situación de agresor ilegítimo, de aquellos otros casos en que se trata de un inocente.

2. Raimundo del Río se ocupa del tema al tratar la legítima defensa “reconociendo que hay casos en que la sociedad no puede acudir en defensa de un derecho amenazado con prontitud y eficiencia que las circunstancias requieren; y en ellos el individuo está autorizado para suplir la asistencia social con los medios de que pueda valerse personalmente”, agregando que si no es dable adoptar medidas preventivas contra ataques futuros: “por ejemplo, la colocación de alambres de corriente eléctrica de alta tensión sobre los muros de una huerta, o destinar perros bravos a una propiedad”. Opina que es posible siempre que esas medidas no vayan contra la ley o los reglamentos; “que sean anunciadas u ostensibles; que no actúen mientras no haya un principio de agresión y que las consecuencias

no excedan el límite de lo necesario”<sup>1</sup>. Se visualiza en la opinión de este autor que puede haber defensas de variada naturaleza, de lo que en definitiva dependerá la solución del caso.

Gustavo Labatut se preocupa de este tema también a propósito de la legítima defensa, en particular, al analizar el requisito de que existe una agresión ilegítima actual o inminente. Dice “los autores discuten la cuestión del empleo de medidas de precaución para prevenir futuros ataques y están generalmente de acuerdo en que es procedente su uso, siempre que sean ostensibles o anunciadas y siempre que los medios protectores no actúen sino cuando se produce la agresión y la gravedad de las consecuencias y no sobrepase los límites de necesidad”<sup>2</sup>. Podemos decir que este autor lo mismo que acotamos al respecto de Del Río, a saber, que se visualiza una distinción de medios de prevención que no llega a concretarse en forma clara.

Eduardo Novoa Monreal trata el tema en lo que llama “problemas prácticos sobre legítima defensa” y acota que existen aparatos mecánicos predispuestos para la defensa de ciertos lugares o de bienes patrimoniales, que pueden consistir en trampas, corrientes de alta tensión, o armas de fuego que accionan o disparan contra el que intenta violar el recinto. Estos aparatos, designados con el nombre romano de offendícula pueden ser legítimamente instalados cuando estén dispuestos de manera que operen bajo las condiciones que se exigen para una legítima defensa, esto es, que tengan la virtud de entrar en acción solamente en el momento en que sobrevenga una agresión injusta y actual y que sus efectos no excedan aquella defensa racionalmente necesaria permitida por la ley, ni lleguen más allá de la persona del agresor”. “En otro caso su acción comprometerá a su dueño por los males que pueda ocasionar”<sup>3</sup>. Recomienda que al usar estos aparatos, colocar advertencias visibles de su existencia, para prevenir al inocente o al que por error o con un fin no agresivo procure sobrepasarlos.

<sup>1</sup> DEL RIO, RAIMUNDO, *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Nascimento, 1939, p. 195.

<sup>2</sup> LABATUT, GUSTAVO, *Derecho Penal*, parte general, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 247.

<sup>3</sup> NOVOA, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I, p. 370.

En cambio indica que cuando se trata de meros obstáculos para ingresar a un lugar (puntas aguzadas de fierro, vidrio cortante o cierrros espinosos) se está ejercitando el derecho de dueño que le permite cerrar su propiedad al uso de terceros. Es decir, en el primer caso el profesor Novoa ve una justificante de legítima defensa (preservación del derecho) y en el segundo una situación de actuación del derecho, también justificado por N° 10 del artículo 10 del Código Penal. Dicho de otro modo, se perfila una distinción entre defensa mecánica predispuesta y una ofendícula, pero en ambos casos se declara la ausencia de responsabilidad por operar una causal de justificación, de aquellas que se fundan en un conflicto de intereses y se resuelven positivamente de acuerdo al criterio del interés preponderante.

Etcheberry cree necesario considerar el caso de las defensas mecánicas predispuestas, como artificios que emplea el dueño para proteger su dominio; acota que “Soler distingue entre los offendícula, como alambre de púas, vidrios en los muros, etc. que son notorios para todo eventual agresor y que cabrían en el ejercicio de un derecho, y los aparatos mecánicos más complicados (armas que disparan automáticamente, dispositivos electrificados) que quedarían sometidos a las reglas de la legítima defensa”<sup>4</sup>. En su opinión, unos y otros deben regirse por las normas de la legítima defensa “preguntándose si la reacción habría sido considerada justificada en caso que el titular del bien hubiera estado presente y hubiera obrado por sí mismo. Parece obvio que la máquina no puede tener mayores derechos que el propietario”<sup>5</sup>.

Como se observa, este tratadista coloca en paridad de condiciones a las ofendículas y a las defensas predispuestas y, en último término, supuestos los requisitos legales, las considera como un caso de justificación por legítima defensa, no admitiendo distinguir entre unas y otras.

Enrique Cury habla de las “defensas predispuestas” y las conceptualiza como “aquellos obstáculos pasivos que suelen oponerse a la acción de los delincuentes (cercos de púas, rejas de lanzas, vidrio molido, timbres de alarma, etc.), y señala que quedan cubiertas por

<sup>4</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, tomo I, Editorial Carlos E. Gibbs. p. 239.

<sup>5</sup> ETCHEBERRY (n. 4) p. 240.

la legítima defensa si no crean peligro para un tercero inocente. Por esto, puede mantenerse un foso disimulado al interior del muro que rodea la propiedad, no del lado exterior, es admisible una reja de lanzas cuya altura asegura que sólo corre peligro de lesionarse en ella el que intenta traspasarla ilícitamente, pero es inadmisibles la pequeña sobre la cual puede caer el niño que corre tras su pelota”<sup>6</sup>.

Este autor dice que los offendícula, esto es, “los mecanismos automáticos capaces de precipitar un curso causal lesivo para eventuales agresores, son, por regla general, condenables”<sup>7</sup> pero los admite de modo excepcional cuando el atentado sea capaz de crear un peligro común de consideración dando como ejemplo el electrificar un cerco que rodea un depósito de municiones y explosivos. Expresa que en esos casos es necesario alertar a los terceros inocentes; *un offendiculum inaparente es inacceptable*<sup>8</sup>.

Como se puede apreciar, estos dos últimos tratadistas visualizan una distinción entre ofendícula y defensa mecánica predispuesta, si bien no están de acuerdo en la terminología que se debe adoptar, ni tampoco en la concreta causal de eximición que podría invocarse. No deja de ser sugerente que se ocupen del punto a propósito de la legítima defensa lo que, implícitamente, hace pensar en que admiten su concurrencia como causal de justificación.

3. Siguiendo el pensamiento desarrollado por el profesor Luis Cousoño, creemos que la ofendícula y la defensa mecánica predispuesta son esencialmente diversas, lo que conduce también a soluciones distintas en los casos que se puedan plantear. Esta afirmación importa radicales diferencias con los puntos de vista que hemos resumido en la parte precedente y, también, una distinta solución para tales casos.

En una excelente Memoria de Prueba presentada a esta Escuela de Derecho por la egresada señorita Clara Navarro Montoya, titulada “Defensas mecánicas predispuestas”, que obtuvo máxima calificación y en la que me desempeñé como profesor-guía, la memorista hace una clara diferenciación entre ofendícula y defensas mecánicas

<sup>6</sup> CURY, ENRIQUE, *Derecho Penal*, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, p. 326.

<sup>7</sup> CURY (n. 6) p. 327.

<sup>8</sup> CURY (n. 6) p. 327.

predispuestas, señalando con claridad que son situaciones diversas. La postulante no solamente distingue entre ofendículas, que son medios pacíficos de protección, una defensa pasiva, como los alambres, los reflectores, el vidrio molido, los espinos, etc., todos de uso pasivo y visible, no pudiendo tener poder letal o vulnerante pues *no repelen sino que impiden* la agresión de un tercero y actúan con conocimiento del agresor o invasor<sup>9</sup>. En ese trabajo se señalan las características de estos aparatos que protegen la vida, domicilio, propiedad a través de estorbos, escollos “obstáculos, impedimentos que oponen una resistencia conocida y notoria que advierte (previene) al que intenta violar el derecho ajeno”<sup>10</sup>.

Reconoce por otro lado que hay ofendículos mecánicos y otros que no lo son, pues son fijos, inanimados, inertes o inactivos, pero que no tienen carácter letal y gravemente vulnerante; son medidas de seguridad no excesivas que ponen al agresor a “resguardo de lo que pueda ocurrir”<sup>11</sup>, como lo sería por ejemplo un arma que se dispara pero en un sentido diverso de aquél por el cual entra el agresor, caso en el cual es una ofendícula pues actúa como una simple alarma.

4. Volviendo atrás, don Luis Cousiño señala nítidamente la insoslayable necesidad de *distinguir dos casos diversos en que la solución jurídica necesariamente es diversa*<sup>12</sup>. Por un lado ubica los ofendículos, que son simples tropiezos o estorbos destinados a impedir o hacer más difícil el ingreso de terceros y, por otro lado “las verdaderas DEFENSAS MECANICAS PREDISPUUESTAS, que actúan automáticamente en presencia del agresor”<sup>13</sup>. El profesor Cousiño hace un largo análisis de las primeras (ofendículas) llegando a concluir que quien usa de esos medios obra justificadamente, pues lo hace al amparo del ejercicio legítimo de su derecho de propiedad, no invadiendo ningún derecho ajeno. Así “si un individuo trata de

<sup>9</sup> NAVARRO MONTROYA, CLARA, *Defensas Mecánicas predispuestas*, Memoria, 1985, p. 46 en especial capítulos I y III.

<sup>10</sup> NAVARRO (n. 9) cita a Sebastián Soler.

<sup>11</sup> NAVARRO (n. 9) p. 14.

<sup>12</sup> NAVARRO (n. 9) p. 16.

<sup>13</sup> COUSIÑO, MAC IVER, LUIS, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 278.

burlar el mecanismo de seguridad y resulta lesionado, es su propio y voluntario acto el que ocasiona el resultado, sin que pueda imputarse al propietario ninguna conducta antijurídica”<sup>14</sup>.

Expresa este autor que otros tratadistas generalizan en este punto y traspasan esa solución al ámbito de las defensas mecánicas predisuestas, lo que es erróneo. Las defensas mecánicas predisuestas son “aparatos de regulación no controlada, en que su finalidad no está dirigida a impedir u obstaculizar la entrada de malhechores, sino a actuar automáticamente en contra de ellos al penetrar en la propiedad privada, ya sea para robar fruta, gallinas, conejos, etc., en huertos o corrales, ya sea en las casas o recintos cerrados para apropiarse de cosas valiosas”<sup>15</sup>.

El problema que generan estos mecanismos, como dice el mismo autor, es su naturaleza letal o gravemente vulnerante, por constituir en alta corriente eléctrica que puede electrocutar a quien entra en contacto con ello, en armas que caen sobre el invasor, en bombas explosivas, en garrotes que caen sobre la cabeza de quien abre la puerta. Esto genera graves problemas a la doctrina y en particular a la jurisprudencia.

En el caso de una ofendícula es claro que ella no tiene un carácter letal o vulnerante, no provocando un daño mayor y por ello son actos justificados por legítimo ejercicio de un derecho. Pero si se trata de una defensa mecánica predispuesta es que estamos “frente a un sujeto muerto o lesionado por la acción indiscriminada del sistema automático, que surge el problema jurídico que debe ser solucionado”<sup>16</sup>.

Advierte Cousiño que en su entender el hecho que la víctima pueda ser un merodeador o una persona inocente es indiferente, pues así lo demuestra la jurisprudencia; “la falta de regulación de cualquier método mecánico para desencadenar su acción nociva, impide que se pueda distinguir entre el visitante furtivo y el que no lo es.

<sup>14</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 278.

<sup>15</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 278. Véase los ejemplos propuestos cuya solución es de culpabilidad (n. 13), p. 279.

<sup>16</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 279.

Si su misión es dar una descarga eléctrica o disparar un tiro, electrocuta o hiere indistintamente a uno u otro”<sup>17</sup>, <sup>18</sup>.

Nosotros pensamos que en los casos de defensas mecánicas pre-dispuestas no tiene cabida la legítima defensa, pues es una defensa *anticipada* que actúa sola; ellas actuarán sea que las active el injusto agresor o sea que lo haga un tercero inocente, por ejemplo un niño.

*Para poder destacar la insuficiencia de la legítima defensa cuando se trata de defensas mecánicas pre-dispuestas*, lo que no ocurre si son simples ofendículas, que también tienen el amparo del ejercicio legítimo de un derecho, pues no agreden sino advierten; cabe considerar algunas reflexiones propuestas por don Luis Cousiño<sup>19</sup>:

a) No hay en ellas una delegación de potestad pública a los particulares amenazados, pues ellos siempre podrían hacer una vigilancia personal.

b) En la legítima defensa es básico que exista una agresión antijurídica *actual*. Cuando se instala este artefacto mecánico no existe agresión alguna, como tampoco la existe cuando se activa diariamente. No se debe confundir “se actualiza” en el momento en que el invasor pone en marcha el mecanismo, puesto que ello no significa “actualice la defensa”, porque ésta estaba dispuesta con anterioridad, existiendo así una distancia cronológica en que la reacción defensiva *precede* a la agresión, cuando todavía no hay riesgo para los bienes que se pretende proteger. *Categorícamente aquí existe una defensa anterior a la agresión.*

El tema se complica más aún si en vez de tratarse de un real agresor, se trata de un tercero, o si la acción no fuera antijurídica (agente que cumple la orden de detención), o alguien que hubiere desistido de su propósito retirándose o que ya hubiera consumado el daño sin detrimento para sí.

c) Le parece no discutible que el ánimo de defensa tenga que existir al momento de ejecutar la acción protectora, o sea, frente a una acción agresora, lo que supone una fracción de tiempo entre ambos

<sup>17</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 279.

<sup>18</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 280.

<sup>19</sup> Para una mejor comprensión del tema y de los puntos conflictivos, véase COUSIÑO (n. 13), p. 278 y ss. y NAVARRO (n. 9), Memoria.

momentos, *siendo siempre anterior el ataque*. Ilustra este criterio con el caso de “un vecino ebrio que regresa a su hogar y que equivoca la puerta del jardín, es probable que, no obstante un propósito previo del dueño de casa de proteger su propiedad, desista de cualquier acción, con lo que desaparecerá el ánimo de defensa en el caso concreto, aunque subsista el propósito genérico”. El ánimo de defensa, subjetivamente, debe ser siempre actual, como actual tiene que ser la agresión<sup>20</sup>.

Por esa razón aun suponiendo —lo que rechaza— que la acción defensiva, llevada a cabo *antes* de la agresión, se *actualice* y prolongue en el tiempo hasta coincidir coetáneamente con el ataque, “hay algo que es imposible extender, ni lógica ni jurídicamente, a saber: *la actitud psicológica del defensor, puesto que ello significaría transformar un propósito indeterminado y vago en un ánimo específico*”<sup>21</sup>, estimando que esa subjetividad actual, imprescindible para la justificación de una conducta típica, “jamás puede transferirse o concurrir en un artilugio de actuación espontánea *preparado anteladamente*”<sup>22</sup>.

d) Finalmente, pues no existen artefactos creados por el hombre, ni aún los más sofisticados que puedan tener la virtud de evitar que sus efectos excedan y superen la defensa racionalmente necesaria que la ley permite; no cumplen con el requisito de racionalidad de la defensa, ni aun cuando actúan contra un injusto agresor *pues carecen de la facultad de discriminar*<sup>23</sup>.

En apretada síntesis, don Luis Cousiño expresa que estas instalaciones mecánicas son, *en esencia*, contrarias al ordenamiento jurídico, o sea, antijurídicas.

Diverso es, como lo habíamos adelantado, resolver estas cuestiones en la sede que les pertenece, esto es, en culpabilidad.

<sup>20</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 283 y ss.

<sup>21</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 285.

<sup>22</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 285.

<sup>23</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 286.



4. Así, según hemos afirmado, tratándose de defensas mecánicas predispuestas, nos parece que normalmente no se tratara de una cuestión de justificación por legítima defensa, sino de un caso de culpabilidad, es decir, se absuelve o condena al reo por consideraciones relativas a este último elemento del delito, lugar donde Etcheberry hace referencia a los fallos contra Javiera Abello López y contra Ow Chi-Fook<sup>24</sup>. De suerte que se parte en esas sentencias reconociendo que al accionarse una defensa mecánica predispuesta, quien la instaló realizó un acto típico y antijurídico y que solamente cabe discernir si fue o no culpable; ello confirma lo afirmado en orden a sostener que estos son problemas cuya solución debe verse en sede de culpabilidad (dolo o culpa), entendido ésta de modo normativo como vínculo que une al autor con el hecho y como concreta posibilidad de que el derecho repruebe esa vinculación.

Pasemos pues a examinar los pocos fallos existentes sobre la materia:

A. Existe un conocido fallo dictado contra Enrique Takahasi, tramitado en la Cámara del Crimen de Rosario en el que se sostiene un caso de exceso en la defensa<sup>25</sup>.

*“Kuichiro o Enrique Takahasi, de nacionalidad japonesa, era víctima de frecuentes sustracciones de aves de corral, de raza seleccionada; formuló varias veces la denuncia del hecho a las autoridades pertinentes, sin obtener ningún resultado satisfactorio; también fueron ineficaces las medidas de vigilancia tomadas por el propietario. En vista de esto y ante lo reiterado de las sustracciones, aplicó un rústico mecanismo a una escopeta, de tal manera que al abrir la puerta del gallinero, el arma disparaba; ocurrió que en diversas ocasiones el arma se disparó sin que hubiera ningún intruso, posiblemente debido al movimiento de las mismas aves; Takahasi cargaba la escopeta durante la noche y la descargaba durante el día. En la noche del 21 de enero de 1931, el fusil disparó y dio muerte a Francisco Puigbi, cuyo cadáver*

<sup>24</sup> COUSIÑO (n. 13), p. 286.

<sup>25</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”. Editorial Jurídica de Chile, 1987, tomo I, parte general, p. 181-182.

*se encontró después de dos días aproximadamente a cien metros del gallinero, con una bolsa, una gallina muerta, un puñal y otros objetos. La víctima registraba antecedentes policiales; en cuanto a Takahasi era un hombre honorable, jefe de una familia ejemplar, laborioso, activo y honesto.*

El tribunal de primera instancia estimó que en el caso expuesto existía homicidio simple.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Rosario, con fecha 13 de mayo de 1933, por los votos de los Ministros Soler y Sánchez Zelada, revocó la sentencia, estimando que lo que en la especie existía no era homicidio simple, sino que exceso de defensa.

Con ocasión del análisis de este caso concreto, los Ministros del Tribunal de alzada (Soler, Street y Sánchez Zelada) se plantearon dos inquietudes: la primera, si la sentencia apelada era justa y la segunda, qué pronunciamiento correspondía dictar.

A propósito del primer planteamiento, Soler critica el hecho que el Tribunal a-quo haya comenzado preguntándose cuál era la intención de Takahasi, sin solucionar previamente dos aspectos de carácter objetivo. Estos son:

- a) si los hechos encuadran objetivamente en alguna de las figuras especiales del delito del Código Penal (en este caso, si Takahasi ha causado la muerte de un hombre) y
- b) si esa acción es antijurídica, lo que se reduce a determinar si media en el caso alguna causal de justificación.

Sobre el primer aspecto, en conformidad con el Tribunal a-quo, estima que ciertamente Takahasi es el causante de la muerte de Puigbi.

En cuanto al segundo punto, Soler considera que en principio el propietario ha procedido en defensa legítima. Sin embargo, ha habido cierta precipitación inexcusable de su parte en la adopción del medio utilizado para defenderse y por esto se ha faltado al principio de moderación, de proporcionalidad. Este autor agrega "Takahasi, con un concepto absolutista de su derecho, no se ha parado a considerar minucias, a disponer un aparato que lo defendiera con el menor mal posible. Con un egoísmo muy humano, ha defendido el fruto de largos años de trabajo paciente y honesto con una energía mayor que la necesaria.

Estima que Takahasi ha hecho uso de su derecho, pero excediendo los límites de la necesidad y sólo por esto puede ser castigado.

De aquí la conclusión, junto al magistrado Sánchez Zelada, en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia que califica el hecho como homicidio simple y condenarlo en definitiva por exceso en la defensa de conformidad al artículo 35 del Código Penal.

El Doctor Street considera que ante la disparidad de criterios (la defensa del reo sostuvo que existe legítima defensa y el tribunal a-quo resolvió el caso como homicidio simple) y dadas las peculiaridades y consecuencias del hecho, es necesario deslindar con precisión sus diversas circunstancias, para establecer si ha de considerarse el hecho como un acto de legítima defensa o estamos ante un delito doloso o culposo.

Sostiene que de la declaración indagatoria se encuentra probado que Takahasi, al instalar el aparato mortífero, previó las funestas consecuencias que el hecho acarrearía ya que dispuso el arma a una altura de un metro veinte centímetros del suelo para evitar la muerte de algún animal que activara el mecanismo. Por otra parte, resulta claro que realizó todo lo necesario para obtener el resultado querido, como se desprende de la calidad mortífera de la carga empleada, altura y dirección en que fue colocada el arma, escasa distancia en que debía la misma descargarse sobre el que intentara penetrar en el gallinero y la persistencia con que mantuvo instalada durante largo tiempo la escopeta.

Para Street, los hechos expuestos son demostrativos de que Takahasi actuó con plena conciencia, con intención directa, previendo y deseando el logro de un fin determinado. La insistencia en la mantención de los medios indispensables para el logro de la meta propuesta, deja claro que hubo de su parte deliberación, que le permitiría pesar el pro y el contra del hecho y representarse que sus consecuencias eran obviamente dañinas y no inocentes.

Y agrega: "El procesado ha actuado, en consecuencia, queriendo un fin determinado, el que previó debidamente y que necesariamente habría de producirse, más tarde o más temprano y fatalmente, en atención a la precisión y calidad de los medios empleados ..."

Esto lleva a Street a calificar el hecho como homicidio simple de acuerdo al artículo 79 del Código Penal.

No obstante la calificación jurídica de los hechos, este magistrado considera indispensable tener presente las características personales de quien ha delinquido. Se trata de una persona que por primera vez se ve involucrada en hechos de esta naturaleza, honesta, trabajadora, con antecedentes intachables, y que ha actuado de

esta forma por la influencia que en su ánimo han provocado una serie de sustracciones de que venía siendo objeto, después de haber resultado infructuosas las providencias por él tomadas a fin de evitarlas.

Por estas razones y considerando que es un delincuente ocasional, que no reviste peligro alguno para la sociedad, estima que no sólo es acreedor a que se le aplique el mínimo de la pena que corresponde (como lo ha hecho el Tribunal de primera instancia), sino además que se informe favorablemente por el Tribunal de alzada cualquier petición de indulto que se formule.

Finalmente y respondiendo a la primera interrogante, Street estima que es justa la sentencia recurrida.

Respecto al segundo cuestionamiento, esto es, qué pronunciamiento corresponde dictar, Soler y Sánchez Zelada son de opinión de revocar la sentencia apelada y condenar a Kuichiro Takahasi por exceso en la defensa, de conformidad a los artículos 35, 84 y 26 del Código Penal.

Street en cambio, es de opinión de confirmar en todas sus partes el fallo recurrido.

En consecuencia y de acuerdo a todo lo expuesto, la Cámara de Apelaciones en lo criminal resolvió:

“... revocar la sentencia apelada y condenar a Kuichiro o Enrique Takahasi de conformidad con los artículos 35, 84 y 26 del Código Penal a un año y medio de prisión y costas, en forma condicional, ordenándose su inmediata libertad. Soler - Sánchez Zelada - Street”.

Como puede observarse el exceso en la defensa constituye para dicha legislación una conducta sancionable con culpa, esto es, a título de delito culposo, lo que revela que *se trata de una cuestión de culpabilidad* y no de justificación.

A la luz de la legislación nacional se hubiera tratado de un homicidio simple, como lo sostenían la sentencia de primera instancia y el voto de minoría del doctor Street.

**B. Jurisprudencia nacional:** El caso no se plantea con frecuencia ante nuestros tribunales pero existen los casos contra Javiera Abello López (Corte de Apelaciones de Santiago, cuasidelito de homicidio; contra Ow Chi-Fook (Corte de Apelaciones de La Serena, cuaside-

lito de homicidio; y contra Fortunato Flores Poblete (Corte de Apelaciones de Santiago, cuasidelito de homicidio)<sup>26/27</sup>.

- a) *“En contra Javiera Abello López se juzgó a la acusada en razón de que, a fin de evitar que le robaran sus gallinas extendió un cable de acero, al cual comunicó corriente eléctrica, desde su gallinero hasta la reja de fierro colindante con su vecino. Un menor, al cerrar la puerta de reja de dicha casa vecina en la cual vivía, sufrió un golpe eléctrico que le causó la muerte. La sentencia establece que no se obra en ejercicio de un derecho al disponer medios mecánicos para proteger la propiedad, si esos medios pueden previsiblemente producir daños a terceras personas extrañas e inocentes. Tampoco, continúa el fallo, hay legítima defensa contra una agresión que amenaza para el futuro, y las medidas de protección sólo son admisibles cuando su acción no comienza antes de la agresión, pero siempre que no pase los límites de lo necesario. Este fallo es de primera instancia, pero quedó a firme definitivamente al declararse desierta la apelación contra el mismo por la Corte de Santiago.*
- b) *En contra de Ow Chi-Fook el acusado, cuidador de un criadero de aves, había instalado un dispositivo eléctrico para timbre de alarma, que circundaba el sector de los gallineros. La instalación se había hecho sin autorización de la empresa eléctrica respectiva, y se alimentaba de la misma energía eléctrica del sistema de alumbrado del que se servía el criadero. En circunstancias que dicha energía era suficiente para causar la muerte de una persona en condiciones desfavorables, un individuo que se introdujo una noche descalzo al interior de la propiedad tomó contacto con los alambres y recibió una descarga eléctrica que le produjo la muerte. Las sentencias de primera y segunda instancia absuelven al reo, pero por consideraciones más bien relativas a la culpabilidad, y no a los principios de la legítima defensa. Así el fallo de primera instancia señala que la*

<sup>26</sup> NAVARRO (n. 9), p. 103 a 108.

<sup>27</sup> Un análisis pormenorizado de estos fallos puede verse en NAVARRO (n. 9) p. 83 a 102.

*sola instalación del dispositivo eléctrico, siendo un hecho peligroso, no está tipificada ni sancionada expresamente en nuestra ley, y que por otra parte la muerte misma no fue consecuencia directa de una acción u omisión culpable del reo, ya que la víctima se expuso imprudentemente al riesgo (había avisos que advertían la existencia de corriente mortífera). La sentencia de alzada estima igualmente que en la conducta del acusado no hubo dolo ni culpa en la producción de la muerte. Debemos advertir, eso sí, que de los antecedentes del caso no aparece con claridad si la instalación tenía propósitos de defensa (causar daño al intruso) o solamente de alarma (advertir la presencia de extraños), o bien de ambas cosas. Parece que el propósito era doble, pero que, en cuanto al daño, la instalación estaba calculada sólo para dar un golpe intimidatorio, y no para causar la muerte, de modo que si ésta se produjo, fue por accidentes mecánicos o circunstancias fortuitas desfavorables”.*

c) En sentencia de primera instancia contra reo F.P. se dio por establecido que el menor Claudio Pozo, mientras jugaba a la pelota con otros menores, al caer ésta en el patio de una casa habitación, decidió ingresar subiendo por un portón sin percatarse que alambres de púas que circundaban el lugar estaban electrificados; al tomar contacto con ellos sufrió un golpe de corriente que lo lesionó y provocó la muerte posterior. Las declaraciones del reo F.P. fueron consideradas como confesión, pues reconoció haber hecho la instalación para evitar la sustracción de frutas por parte de terceros, sabiendo que la corriente eléctrica que conectó —lo que fue determinado por peritos— era capaz de provocar la muerte de una persona.

Luego se concluye que F.P. habría actuado con dolo eventual por haber previsto y aceptado el resultado, por lo que los hechos constituían un delito de homicidio.

En este caso la Corte de Apelaciones de Santiago opinó que en la conducta del reo no hubo dolo eventual, sino solamente culpa con representación, pues perseveró en la mantención de la instalación, lo que revela negligencia inexcusable; por ello el tribunal de alzada estimó que se trataba de un cuasidelito de homicidio, sustituyendo por ende la pena impuesta.

5. Como conclusión de todos los fallos citados vemos que en definitiva no aparece ninguna justificante que ampare a quien instaló esta defensa mecánica predispuesta; ello da por entendido que se supone que ese acto es antijurídico y que solamente cabe examinarlo desde la perspectiva de la culpabilidad.

Por ello afirmamos que la solución aceptable es de culpabilidad, presuponiendo la antijuridicidad del acto; quien instala una defensa mecánica predispuesta *es o no culpable* de los resultados (muerte o lesiones) que se deriven.

Quien actúa de ese modo, instalando ese artefacto ha tenido la *posibilidad de representarse anticipadamente* los resultados posibles de su actuación, los que serán por ello previsibles, razón por la cual habrá, a lo menos, culpa en su actuar.

6. Otra distinción de importancia la representa la disposición del invasor, ya sea se trate de un agresor ilegítimo o de un tercero absolutamente inocente, por ejemplo, un niño.

Coincidimos con la solución que ofrece para esta variante la señora Navarro<sup>28</sup> quien expresa:

“Si la víctima resulta ser culpable, no podemos sino sostener que el autor de la instalación ha obrado con dolo directo” ..., en cambio “si la víctima resulta ser inocente —lo que es frecuente en la práctica— quien coloca el aparato actúa con culpa al no prever resultados que eran previsibles”, “pudiendo haberse representado la posibilidad de que el intruso fuera inocente, pero haberlo rechazado, confiando que esto no ocurriría”<sup>29</sup>.

Esta solución puede merecer la objeción de hacer pensar en una injusticia desde el punto de vista de quien soporta la acción o consecuencia de la defensa mecánica predispuesta, ello porque habría sido víctima de delito doloso, y el inocente solamente de delito culposo. Pero no es posible llegar a otra solución, pues sería impensable que quien instala estos artefactos hubiera actuado con dolo directo, queriendo el resultado, si se trata de un tercero inocente; ni tampoco con dolo eventual, pues también sería inadmisibles una actitud de aceptación de la contingencia.

<sup>28</sup> NAVARRO (n. 9) p. 181-182.

<sup>29</sup> NAVARRO (n. 9) p. 118-119.

Finalmente, esta idea la discutimos largamente con la postulante, creemos, de lege ferenda, podría incluirse en nuestra legislación un delito de peligro cuando alguien instala una defensa mecánica pre-dispuesta, pues su sola colocación, si bien no menoscaba directamente la vida o integridad de terceros, constituye un daño potencial, un riesgo posible para esos bienes jurídicos.