

**APUNTES DE CLASE PROF. MARIA INES HORVITZ L.  
DERECHO PENAL II, PARTE GENERAL**

**I.- EL CONCEPTO DE DELITO: SIGNIFICACION Y FUNCION**

**TEORÍA GENERAL DEL DELITO:** Elaboración doctrinaria que consiste en la formulación de una serie de elementos, divididos a su vez en sub-elementos y sub-categorías, de modo que tal sistematización sea válida para todas y cada una de las figuras de la parte especial. La teoría del delito es una elaboración de la dogmática jurídico-penal. Por lo tanto, no surge de las definiciones legales de delito sino de todos los preceptos legales que se refieren al mismo en el Código Penal y en leyes penales especiales, deduciendo las características generales comunes a todo delito

Función: garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos (y, en consecuencia su ámbito de libertad), pues se ofrecen a los tribunales criterios válidos para solucionar todos los posibles supuestos que se presenten, más allá del caso concreto, y permite el conocimiento *a priori* del razonamiento y decisión del órgano jurisdiccional (control y predictibilidad). Por otro lado, permite una respuesta proporcionada y diferenciada según la mayor o menor gravedad del hecho y las peculiaridades subjetivo-individuales del autor.

En efecto, al señalar límites y definir conceptos, y diferenciar los casos realmente distintos mediante la delimitación de los aspectos esenciales y accesorios, la dogmática hace posible una aplicación segura, calculable, más proporcionada y justa del derecho penal.

La **DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**, disciplina fundamental de las ciencias penales, cumple una función garantista esencial: la de proteger los derechos fundamentales del individuo frente al poder punitivo del Estado, procurando mecanismos de control y seguridad jurídica frente a los límites que se imponen a ese poder.

**CONCEPTO:** Elaboración de conceptos e integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo.

Aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico y presenta los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, permitiendo así comprender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto, con una determinada pretensión de verdad (WELZEL). Asimismo, suministra al juez criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos, para un tratamiento seguro, racional e igualitario del caso concreto.

**ORIGEN:** Las primeras manifestaciones de la dogmática se producen como producto o síntesis del enfrentamiento de las concepciones racionalistas del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII con el movimiento codificador del S.XIX. En cuanto característica del racionalismo es la aspiración de construir sistemas jurídicos ideales, universalmente aplicables y deducidos de unos pocos axiomas autoevidentes, la dogmática es expresión de la adaptación de los juristas racionalistas a la nueva situación propiciada por la aparición de los Códigos.

Se parte entendiendo que, en el derecho positivo como objeto de conocimiento, se da un compromiso entre presupuestos empiristas (disposiciones contingentes y particulares del legislador) e idealistas (estructuras racionales, universales y permanentes). La labor del jurista "dogmático" consistiría, originariamente, en el análisis, clasificación y combinación de estos conceptos jurídicos básicos hasta su integración en un sistema, excluyéndose toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica. A poco andar se advertirá, sin embargo, la necesidad de recurrir a fines o valores o, en todo caso, a realidades exteriores respecto a las normas formalmente concebidas.

En la teoría del delito suelen distinguirse 4 elementos: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (concepto cuatripartito del delito). Sin embargo, ello no siempre fue así. La definición actual tiene su origen en las aportaciones de la doctrina alemana de la segunda mitad del s. XIX, a partir de la influencia del método analítico propio del pensamiento científico imperante en la época.

El primer elemento claramente diferenciado es la **culpabilidad**, cuyos antecedentes se remontan a la Edad Media, con la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal y subjetiva entre el sujeto y su hecho (por la necesidad de fundar la expiación como fin de la pena). Sólo mucho después, y a partir del s.XIX, especialmente como consecuencia de la influencia del pensamiento iluminista, comienzan a diferenciarse más netamente los demás elementos categoriales.

La definición dogmática del delito tiene un importante valor práctico, pues posee un carácter *secuencial*: el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la acción a la tipicidad, de la tipicidad a la antijuricidad, etc.), por lo que han de tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. De esta manera, si el examen de los hechos determina que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica y mucho menos si es culpable o punible (modelo *gradual* de la teoría del delito). Cada una de estas categorías contiene, a su vez, criterios valorativos propios con distinta trascendencia teórica y práctica (v.gr. para aplicación de medida de seguridad basta el *hecho injusto*: ello es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico penal; legítima defensa, participación, etc.)

En general, el concepto de delito corresponde a una doble perspectiva valorativa: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho humano; por el otro, es un juicio de desvalor que se hace al autor de ese hecho. *Injusto* o *antijuricidad* es la

desaprobación del acto, mientras que *culpabilidad* es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable penalmente del mismo.

Un concepto *material* de antijuricidad comprende el *desvalor de acción* (especial peligrosidad de la conducta para el bien jurídico) y el *desvalor de resultado* (la lesión o puesta en peligro concreta para el bien jurídico). Dentro del concepto material de delito, el juicio de desvalor sobre el autor del hecho injusto, es decir, la culpabilidad, se basa en la idea de *responsabilidad*, esto es, en la imposibilidad de imputar el hecho (desvalor de acción + desvalor de resultado) a una persona para hacerle responsable del mismo.

La teoría general del delito es, pues, una teoría de la imputación que, a través de la identificación de los distintos elementos que en el derecho penal vigente convierten un determinado hecho en delito, permiten la imputación del mismo a una persona para hacerla responsable del mismo.

Desvalor de acción, desvalor de resultado y responsabilidad son los tres pilares en los que descansa el concepto material de delito en el derecho penal positivo, convirtiendo una conducta en "merecedora de pena" y, a través de su tipificación en la ley, en delito.

## II. CONCEPTO LEGAL DE DELITO EN EL DERECHO PENAL CHILENO.

Análisis artículo 1º CP: alude sólo a la **acción** (y omisión) y, eventualmente, a la **tipicidad** ("penada por la ley"), elemento que claramente se halla establecido en el art. 19 Nº 3 de la Constitución. La voz "**voluntaria**" proveniente del Código Penal español 1848/1850, reformado ya en 1983) ha sido entendida como equivalente a dolo (dolo malo), lo que genera objeciones por las consecuencias para la presunción legal del inciso 2º del art. 1º CP. Otros autores han sostenido que "voluntaria" tiene un sentido amplio de "libre de coacciones", "dominable", quedando dentro de dicho concepto la culpa o imprudencia (así, Etcheberry). Otros, que se trata simplemente de "voluntad contra la norma", haciéndose alusión a la conciencia de la antijuricidad y, con ello, al problema de error sobre la antijuricidad del hecho (así, Cury).

No aluden directamente a la antijuricidad ni a la culpabilidad, elementos que cabe deducirlos de otras disposiciones del CP (v.gr. art. 10). Se trataría, en consecuencia, de una definición legal incompleta de delito.

EL CP español habla actualmente de acciones u omisiones dolosas o culposas, lo que en el CP chileno sólo podría entenderse a partir del artículo 2º CP. Con ello se ha querido excluir expresamente la responsabilidad objetiva, lo que en nuestro ordenamiento jurídico sólo podría hacerse a través del art. 19 Nº 3 CPR.

Clasificación legal de los delitos, conforme a su gravedad, en el artículo 3º CP: "Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en *crímenes*, *simples delitos* y *faltas*, y se

califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21". Por su parte, el art. 4º establece que: "La división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código".

También debe tenerse en cuenta el artículo 37 CP que define qué son penas *aflictivas*: todas las penas de crímenes y respecto de la de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos.

### **III. CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DE LOS DELITOS:**

#### **1.- Según la relación con los sujetos del delito:**

Hay que subdistinguir:

- i. *número de sujetos*: delitos individuales o monosubjetivos, para los cuales basta un solo sujeto (activo o pasivo) y delitos plurisubjetivos o colectivos, activos o pasivos (asociación ilícita, delito masa)
- ii. *incidencia del sujeto en el injusto*: pueden ser comunes o individuales. Comunes son todos aquellos de sujeto activo o pasivo innominado; especiales son aquellos que requieren una especificación del sujeto activo, cuya relación con el bien jurídico es constitutiva del desvalor de acción (delitos *especiales propios*, por ejemplo, delitos tributarios) o sólo confundante (delitos *especiales impropios*, por ejemplo, parricidio).

En los delitos especiales propios hay un deber específico del sujeto activo respecto del bien jurídico (*deber de garante*); por ello, si esa relación no se da no hay injusto. En este caso no es posible un delito especial propio desde el punto de vista del sujeto pasivo. Estos delitos cumplen una función garantista esencial: delimitan el injusto y con ello la participación (problemas de comunicabilidad) y, en cuanto lo fundamental es el deber específico y su infracción se hace inoficiosa la distinción entre acción y omisión.

En los delitos especiales impropios, el deber específico es confundante del injusto. Su no infracción deja subsistente el delito base, fundante del injusto (relación homicidio-parricidio). Son concebibles los delitos especiales impropios sobre la base de la posición del sujeto pasivo dentro del injusto (v.gr. infanticidio).

El delito especial impropio implica siempre un tipo penal cualificado o privilegiado, o bien agravado o atenuado (art. 13 CP).

## **II.- Según la modalidad de realización.**

Se distingue entre delitos de *mero comportamiento o actividad* y delitos de *resultado*. En los primeros, el legislador sólo se preocupa de la acción u omisión en cuanto tal. En los segundos, el legislador exige "una modificación del mundo exterior, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la conducta, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico-penal". Debe existir un resultado (físico) separable materialmente de la conducta. Esta clasificación sólo podría tener relevancia para la determinación de la ley penal aplicable en el espacio y en el tiempo.

## **III.- Según su forma de consumación**

Los delitos pueden clasificarse en instantáneos y permanentes. Los primeros se consuman de forma inmediata; en los segundos, la consumación del delito se prolonga en el tiempo (tienen importancia para la participación, prescripción del delito, concurso con otros delitos, etc.).

## **IV. Según forma de afectar el bien jurídico:**

- i) Delitos de lesión
- ii) Delitos de peligro

Delitos de lesión: aquellos en que existe una lesión o menoscabo del bien jurídico (Ej, homicidio, lesiones, hurto, etc.)

Delitos de peligro (o puesta en peligro): son aquellos en que hay una probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado).

Se subdistingue, según donde se ponga el límite a esa probabilidad, entre:

- ii.1) peligro concreto
- ii.2) peligro abstracto

Delitos de peligro concreto: aquellos en que la probabilidad de la lesión concreta implica de algún modo una conmoción para el bien jurídico; esto tiene importancia desde el punto de vista procesal penal, pues se hace necesario probar que el bien jurídico estuvo en peligro, que hubo una relación entre el comportamiento típico del sujeto y el bien jurídico. (ej. Art. 318 "pusiere en peligro la salud pública")

Delitos de peligro abstracto: aquí se presume *iure et de iure* el peligro para el bien jurídico, no hay pues posibilidad de prueba en contrario. Basta la realización del comportamiento típico. (en general la doctrina se ha declarado en contra por oponerse al ppio. *nullum crimen sine iniuria*).

Por la vía del recurso al delito de peligro abstracto se puede estar castigando criminalmente en razón a una determinada visión moral, política o social del mundo, o bien, una mera infracción administrativa.

Como no existe un único sistema de la teoría del delito para todas las formas en que aquél puede presentarse, hay que distinguir entre delitos de acción y de omisión y éstos a su vez pueden clasificarse en delitos dolosos y culposos. De tal manera que es posible distinguir cuatro estructuras delictivas diferentes, las que estudiaremos separadamente:

- 1.- Los delitos de comisión doloso
- 2.- Los delitos de comisión culposo o imprudente
- 3.- Los delitos de omisión doloso
- 4.- Los delitos de omisión imprudente.

Sin perjuicio de lo anterior, analizaremos a continuación la acción como presupuesto de cualquier delito de comisión, sea éste doloso o culposo, para evitar repeticiones inútiles y porque la doctrina y jurisprudencia nacionales tratan mayoritariamente este elemento como una categoría dogmática previa a la tipicidad.

La acción como núcleo esencial de la tipicidad, será analizada dentro de esta categoría dogmática, en la que adquiere plena significación y sentido.

#### **IV.- LA ACCION:**

En un derecho penal de acto (no de autor) la acción que es base de la teoría del delito sólo puede ser un comportamiento humano. La excepción está constituida por algunas manifestaciones en el Código Penal de un derecho penal de autor (v.gr. la reincidencia). Como consecuencia de ello, las medidas de seguridad legítimas sólo pueden ser post-delictuales (después de que se verifique en un proceso con las debidas garantías la existencia de un hecho injusto).

Por tanto: el supuesto de hecho de una norma jurídico-penal ha de ser una conducta humana que se traduzca en actos externos (no caben los meros pensamientos, ideas o, incluso, la resolución para delinquir)

Las personas jurídicas no tienen capacidad de acción jurídico-penal (*societas delinquere non potest*) : sólo pueden ser constitutivas de delitos las acciones de sus representantes o directivos (personas físicas que actúan por ella) y que les sean atribuibles.

La acción adquiere relevancia jurídico-penal en la medida que se encuentra tipificada, esto es, descrita en un tipo penal, no en cuanto fenómeno pre-jurídico. Pero sí cumple una función negativa importante: sólo lo que pueda ser considerado

acción puede ser objeto de tipificación (los demás fenómenos quedan *a priori* excluidos).

La acción es objeto de la valoración que hacen las restantes categorías del delito, aunque ellas misma deba ser, en la mayoría de los casos, valorada en su significación (social, cultural, etc.)

Un concepto general de acción dado por la doctrina es aquel que entiende que es todo comportamiento humano dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario (libre) puede ser penalmente relevante. La voluntad implica finalidad. No es concebible un acto de voluntad sin finalidad.

La acción final puede descomponerse en dos fases: interna y externa. En su fase interna, el autor se propone un fin, piensa en los medios y en los efectos concomitantes de su acción. La fase externa comprende la realización de la acción conforme al plan previsto, con dominio de los cursos causales.

La valoración del derecho penal puede recaer en la finalidad de la acción, en los medios o en los efectos concomitantes, selecciona esos aspectos y los plasma en el tipo penal.

Las teorías causales desconocían que las acciones humanas no son simples procesos causales voluntarios, sino procesos causales voluntarios dirigidos hacia un fin.

Por ello el tipo penal no sólo describe la acción entendida causalmente sino ésta como realización de una acción final humana. Sólo así se distingue entre una tentativa de homicidio (penalmente relevante) - y un acto de caza (penalmente irrelevante), un abuso sexual de un reconocimiento genital hecho por un médico, etc.

ROXIN entiende la acción como un conjunto de datos fácticos y normativos que son "expresión de la personalidad", es decir, de la parte anímico-espiritual del ser humano.

Ello implica recurrir a valoraciones que dotan de sentido a la acción; pero estas valoraciones dependen, en realidad, del contexto en el que la acción se realiza. Estos criterios valorativos se extraen de las propias normas jurídicas que seleccionan aquella parte de la acción que les interesa (concepto significativo de la acción).

Así, en el caso de quien conduce a más velocidad que la permitida y en una curva peligrosa pierde el control del vehículo porque trata de espantar un insecto que lo molesta en la cara, lo que importa es la acción de conducción como un todo y no el acto involuntario, instintivo de espantar un insecto: este acto no es más que una parte de la acción entendida como un todo significativo.

En suma: en una *teoría democrática de la imputación penal* ésta debe basarse en lo que el sujeto hace o no hace, es decir, en un comportamiento humano regido por la

voluntad, no en sus creencias, nacionalidad, religión, sexo o raza, independientemente de la categoría sistemática en la que posteriormente, por razones estrictamente jurídicas, se considere preferente valorar el contenido de la voluntad que rige el acto (la finalidad, los efectos concomitantes, la forma y medios, etc.)

En cuanto la tipicidad valora (desvalora) la acción como un todo, su contenido subjetivo también debe ser valorado en esta categoría sistemática, sin perjuicio que otros aspectos subjetivos serán desvalorados en la antijuricidad (elementos subjetivos de las causas de justificación) o en la culpabilidad.

**V.- AUSENCIA DE ACCION** (para algunos autores (BUSTOS, HORVITZ) se trata, en rigor, de causales de atipicidad).

No existe acción (tipicidad) en los siguientes casos:

**1.- Fuerza (física) irresistible:** acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente (art. 10 Nº 9 CP).

La fuerza debe ser absoluta (*vis absoluta*): si el que la sufre puede resistirla la acción no debe quedar excluida (v.gr. casos de *vis compulsiva*).

Que sea externa significa que debe provenir de un tercero o, más dudosamente, de fuerzas naturales. En los impulsos irresistibles de origen interno no está excluida la voluntad, pero sí puede servir de base a eximentes o atenuantes (trastorno mental transitorio, causal de exculpación, atenuante pasional, etc.)

**2.- Movimientos reflejos:** como convulsiones epilépticas o reacciones defensivas instintivas, no constituyen acción.

El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores. Distintos de los anteriores son los actos en "cortocircuito", las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa siquiera fugazmente y, por tanto, existe acción (v.gr. asaltante de un banco que, nervioso, aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida de un empleado).

**3.- Estados de inconsciencia:** Sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, (dudoso: la hipnosis), etc.

CASO ESPECIAL: "Actio liberae in causa": La acción es libre en su origen: hay preordenación delictiva y, por lo tanto, acción jurídico-penalmente relevante (v.gr. quien bebe alcohol a sabiendas que en estado de ebriedad será capaz de golpear a su enemigo)



## **VI.- EL DELITO DE COMISION DOLOSO.**

### **1. TIPICIDAD.**

#### Generalidades:

Conceptualmente, la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho realiza la ley penal. Es la conformidad del hecho con la previsión de la conducta en el tipo legal.

En virtud del *principio de legalidad*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados tales. De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que pueden darse, el legislador selecciona –conforme al principio de intervención mínima - aquellos más intolerables y lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena (juicio de merecimiento de pena y de necesidad de pena).

El tipo cumple una triple función:

- i. permite conocer al ciudadano qué se está prohibiendo u ordenando por el legislador (función cognoscitiva)
- ii. sólo los comportamientos previstos en el tipo pueden ser sancionados penalmente (función garantizadora)
- iii. con la conminación penal, el legislador espera que los ciudadanos se motiven a actuar en un sentido conforme con las normas (función motivadora).

Cabe distinguir un aspecto objetivo y otro subjetivo del tipo penal o tipicidad. En el aspecto *objetivo*, se contienen aquellos elementos descriptivos y normativos que describen la conducta en su aspecto externo y en sus circunstancias objetivas. En el aspecto *subjetivo*, se describe el contenido interno de la conducta (en este caso, el dolo y los elementos subjetivos específicos).

#### **1.1. Tipicidad objetiva.**

##### 1.1.1. Elementos descriptivos y normativos

Los elementos *descriptivos* son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción a través de los sentidos o en que cualquiera puede captar su significado sin mayor esfuerzo ("mujer", "lesiones", "bosque").

Los elementos *normativos*, que son la mayoría, son aquellos que implican un proceso intelectual o valorativo para su aprehensión. Muchas veces se debe recurrir a las

valoraciones que hacen otras ramas del ordenamiento jurídico ( "ajeno", "documento público", "juez", etc.).

En general, la doctrina rechaza la utilización de conceptos indeterminados, o en que se recurre a conceptualizaciones social-culturales de carácter general ("moral", "buenas costumbres" "orden público") pues afectan el principio de taxatividad de la conducta.

#### 1.1.2 Características típicas.

Son aquellas descripciones (objetivas) del tipo que permiten delimitar la materia prohibida o mandada, cumpliendo así con el principio de tipicidad.

a) Actividad y medios: es la acción prohibida o la omisión de la conducta ordenada por la norma jurídico-penal. Surge del verbo rector utilizado por el legislador ("matar", "acceder carnalmente"). La descripción de la acción permite delimitar los medios con los que se puede llevar a cabo la conducta, ya sea de carácter material (cuchillo, veneno) o intelectual o psicológico (hipnosis, abuso debilidad, etc.). Algunas veces el legislador describe especialmente los medios, seleccionando aquellas formas de ataque especialmente disvaliosos para el bien jurídico (mediante veneno, alevosía).

b) Los sujetos:

- Sujeto activo: es quien realiza la actividad descrita en el tipo legal. Sólo puede ser sujeto activo una persona humana, quedan fuera las personas jurídicas o las colectividades (incapacidad de acción). Puede ser cualquiera (delito común) o quien ostente una cualidad especial que define una relación particular con el bien jurídico (delitos especiales).

No debe confundirse sujeto activo con autor: para que un sujeto activo sea autor es necesario que concurren además otras características especiales en él, que circunscriben el ámbito del autor y lo delimitan de la participación en sentido estricto.

No pueden ser sujetos activos, en nuestro derecho, las personas jurídicas. Sí cabe atribuir responsabilidad penal a las personas físicas que actúan en representación, en nombre, tras o al amparo de la persona jurídica, pues existen disposiciones en la legislación especial en tal sentido (Código Tributario, Ley General de Bancos, Ley de Mercado de Valores, etc.). Algunas consecuencias jurídicas que se plantean respecto de la persona jurídica (v.gr. clausura del establecimiento) son consideradas medidas de seguridad.

- Sujeto pasivo: es el destinatario de la protección del bien jurídico, el titular del bien jurídico. Puede ser una persona natural o jurídica,

incluso la colectividad o la sociedad. No debe confundirse sujeto pasivo del delito con la sujeto pasivo de la acción (sobre quien recae la acción típica). No necesariamente coincide, en este sentido, sujeto pasivo del delito y víctima.

- Objeto material: es aquel objeto sobre el cual recae físicamente la acción (v.gr. la cosa mueble en el hurto) y puede coincidir con el sujeto pasivo de la acción (el cuerpo en el delito de lesiones). No confundir con el objeto jurídico de protección o bien jurídico (en el delito de daños, el objeto material es, por ejemplo, un jarrón mientras que el objeto jurídico (el bien jurídico) es la propiedad)
- Circunstancias temporales, sociales y espaciales. Son aquellas determinadas a una determinación específica del ámbito social de la tipicidad ("48 horas después del parto", "causa criminal" etc.).

Hay elementos que hacen alusión al dolo ("maliciosamente") o la imprudencia ("negligencia", "sin la debida diligencia"), al consentimiento del titular del bien jurídico (disponible) que, si concurre en el caso concreto, vuelve atípico el comportamiento ("el que sin consentimiento"). También hay elementos que hacen referencia a la antijuricidad ("indebidamente", "sin derecho"), lo que plantea la existencia de un ámbito permitido de la conducta.

- Relación de causalidad entre acción y causalidad (imputación objetiva). Esta problemática sólo se da en los delitos de resultado, en los cuales la acción es separable físicamente del resultado producido. En ellos se requiere que exista una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado; pero ello como presupuesto *mínimo* (ontológico) necesario para imputar responsabilidad por el resultado producido, exigiéndose después otros elementos. De acuerdo con este principio, antes de imputar un resultado a una determinada acción es necesario establecer una relación de causalidad entre ambos.

Para resolver estos casos se han elaborado diversas teorías, de las cuales son enunciaremos las tres más importantes:

- a) la teoría de la equivalencia de las condiciones;
- b) la teoría de la causación adecuada
- c) la teoría de la causa jurídicamente relevante.
- d) la teoría de la imputación objetiva

- a) La **teoría de la equivalencia de las condiciones** (de la *condictio sine qua non*): para ella es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente (supresión mental hipotética) daría lugar a que ese resultado no se produjese. Para esta teoría todas las condiciones del resultado son equivalentes. Sin embargo, esta teoría nos lleva a un "*regressus ad infinitum*" lo que necesariamente llevó a plantear una "prohibición de regreso", esto es, una selección de las causas más relevantes, lo que implicó una limitación *normativa* de la teoría (antes puramente ontológica).
- b) La **teoría de la causalidad adecuada**: para ella no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que conforme a la experiencia es adecuada para provocar el resultado producido. El juicio de adecuación se produce mediante una prognosis posterior objetiva. Posteriormente, porque el juez se coloca en el momento de la acción (ex ante), no al momento de producción del resultado (pues sólo debe considerar las condiciones que el sujeto tuvo en cuenta al realizar la acción). Se trata, pues, de determinar *la idoneidad objetiva de la acción* para producir el resultado, o, en otros términos, la *probabilidad* de la relación entre acción y resultado. Por ello es un juicio objetivo, de experiencia o probabilidad, lo que significa acudir al criterio metodológico del *hombre medio* al momento de la acción, para excluir los cursos causales o anormales. Las críticas que se le dirigen surgen de la vaguedad de los criterios utilizados, no abarca los cursos improbables pero tenidos en cuenta por el sujeto; tampoco los casos de disminución de riesgo. En realidad, esta teoría deja de ser causal al introducir criterios *valorativos*, de *imputación normativa* del resultado a la acción. Lo mismo ocurre con:
- c) La **teoría de la causa jurídicamente relevante**, que diferencia entre la determinación de la causalidad (para la que utiliza la teoría de la equivalencia de las condiciones) y la cuestión de si una causa es o no relevante para el derecho penal. Sin embargo, la delimitación del criterio de relevancia es normativo.
- d) De allí que se llegue a una teoría estrictamente normativa, la denominada **teoría de la imputación objetiva**.

LARENZ y HONIG no niegan que para imputar un hecho a un autor como obra suya tiene que existir una conexión causal, pero consideran que **además** se tienen que cumplir otros requisitos derivados de consideraciones normativas. Se planteó iusfilosóficamente la idea de que la causalidad como tal no es una razón suficiente para fundamentar responsabilidad (por el resultado). Para estos autores, el término "imputación objetiva" pretende determinar qué acciones y qué consecuencias de estas acciones pueden ser imputadas a una persona, respecto de las cuales deba responder. Se critica a la teoría de la equivalencia de las condiciones que sólo aclara una cuestión: cuándo una persona ha operado como factor causal. Pero entonces la

causalidad sólo puede operar como presupuesto mínimo, no como fundamento; de lo contrario la responsabilidad carecería de límites.

ROXIN plantea criterios normativos generales de imputación a partir de los fines de protección del derecho penal: la *creación de un riesgo no permitido* (que supone falta de diligencia) o el *aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido*, la *consiguiente realización del peligro o riesgo en un resultado*, y la *producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida* son los criterios que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó.

El criterio fundamental de la imputación objetiva para los delitos dolosos fue fijado por HONIG al señalar que "es imputable aquel resultado que puede ser pensado (ex ante) como colocado conforme al objetivo". Más concretamente resulta útil el plan del autor, esto es, resulta imputable objetivamente aquel resultado que realiza el plan del autor. Sirve para resolver, entre otros, los casos de *aberratio ictus* (extensible a algunos casos de error en el objeto o en la persona) o de *dolus generalis* (ej. Pedro lanza al río el cuerpo de su enemigo, para esconderlo, al que cree haber dado muerte, pero éste sólo muere por la fractura del cráneo con una piedra del río). Ciertamente el resultado producido se abarca dentro del plan del autor: aquél parece "adecuado", "conforme al objetivo". No lo sería si la muerte se produce por una situación "extraordinaria" o "no adecuada", como la producción de la muerte por ingestión del agua envenenada por los residuos tóxicos vertidos por una fábrica al río.

## **1.2. Tipicidad subjetiva.**

### **1.2.1. Cuestiones previas:**

Desde un punto de vista subjetivo, los delitos pueden cometerse dolosa o culposamente (imprudentemente). El injusto no puede ser concebido desde un punto de vista estricta o puramente objetivo, sino que debe ser valorado conforme a su sentido o significación social, en el marco de las relaciones comunicativas que establecen los sujetos en sociedad. De allí que el contenido (interno) del comportamiento cobre relevancia ya en la tipicidad, pues se trata de enjuiciar su acción en forma completa, en toda su significación de sentido relacional. El dolo y la culpa son absolutamente indispensables para atribuir responsabilidad penal a las personas; de allí que en un Estado de derecho que reconozca el principio de la dignidad y libertad humana debe excluirse la responsabilidad objetiva, esto es, la posibilidad indeterminada de que el sujeto responda por un hecho que no puede ser visto como *su* obra.

### **1.2.2. Ubicación sistemática del dolo:**

La ubicación sistemática del dolo **en la tipicidad** puede tener origen en diversas consideraciones. Así, para los finalistas surge de una concepción ontológica de la acción, en virtud de la teoría de las estructuras lógico-objetivas (Welzel). También puede sostenerse su ubicación sistemática en la tipicidad por razones de lógica normativa y preventivas: la norma prohibitiva o de mandato no puede ordenar resultados ni causalidades, sino sólo actos humanos; la tipicidad tiene por función prevenir la realización de tales actos a quienes son susceptibles de recepcionar su mensaje prescriptivo. Desde una perspectiva político-criminal de carácter preventivo-general, se parte de la base de la posibilidad de los sujetos de dirigir su comportamiento en un sentido conforme con las normas: el dolo debe contenerse en el injusto porque expresa, justamente, aquella actitud hacia las normas jurídico-penales que el ordenamiento jurídico no tolera y quiere evitar (preventivamente).

El dolo pertenece a la tipicidad no porque el legislador lo quiere, sino en virtud de la concepción del orden jurídico: sería un sin sentido desvalorar (en la tipicidad) agresiones a bienes jurídicos desprovistas de toda significación y sentido.

Sin embargo, las posiciones causalistas, todavía preponderantes en la doctrina, ubican sistemáticamente el dolo en la culpabilidad. E incluso, existen posiciones que defienden una *doble posición del dolo*, esto es, tanto en el injusto como en la culpabilidad, fundamentalmente para resolver el problema sistemático del error vencible que recae sobre los presupuestos de las causas de justificación (vid. infra).

### 1.2.3. Concepto y elementos del dolo (nivel doctrinal):

Consiste en la realización de un hecho con conocimiento de las circunstancias (objetivas) que se hallan descritas en el tipo legal (elemento cognoscitivo del dolo).

Clásicamente, la doctrina ha exigido, además, un elemento volitivo en el dolo, esto es, que el sujeto quiera la realización del hecho típico.

Por ejemplo: para la comisión dolosa del delito de calumnia (art. 412 CP) se requiere que un sujeto sea consciente de que está imputando a otra persona la comisión de un delito y sepa, asimismo, que dicha imputación es falsa. Pero, además, se requeriría que el sujeto quiera realizar este hecho.

Más allá de consideraciones etimológicas, pues el vocablo "dolo" llevaría aparejada la idea de voluntad, propósito o intención, no pocos autores reclaman la necesidad de mantener el elemento volitivo como único criterio válido para separar las realizaciones típicas dolosas de las imprudentes y para explicar el diferente tratamiento que, desde el prisma de las consecuencias jurídicas, se dispensa en los textos legales a cada una de ellas.

El elemento volitivo del dolo no debe confundirse con la voluntariedad de la acción, presupuesto básico e imprescindible de cualquier infracción penal: tanto quien mata a otro de un disparo en la cabeza como quien lo hace a consecuencia de su acción

descuidada, llevan a cabo un comportamiento voluntario –disparar o conducir- y por ello su acción puede ser castigada. “Voluntaria”, en este sentido, alude al mínimo de dominabilidad de la acción por parte del sujeto, que deja fuera los actos reflejos, mecánicos, instintivos, inconscientes, etc. Por el contrario, la voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos objetivos del tipo penal: quien dispara de un tiro en la cabeza quiere, por regla general, causar la muerte mientras no ocurrirá lo mismo respecto de quien mata a consecuencia de un descuido.

Resulta muy conflictiva la cuestión de si todos los elementos plasmados en los diversos tipos deben ser queridos, esto es, si tiene sentido exigir, por ejemplo, que en un hurto (art. 432 CP) el sujeto deba querer la ajenidad de la cosa para poder reputarlo doloso, o que en una violación de impúber (art. 362 CP) deba querer que la víctima sea menor de cierta edad. De allí que conocimiento y voluntad no siempre puedan tener un mismo alcance. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden de forma mayoritaria que el dolo exige la concurrencia de ambos elementos.

#### 1.2.3.a. Elemento cognoscitivo o intelectual :

Como se señaló, este elemento exige que el sujeto sepa qué está haciendo y conozca los elementos que caracterizan su comportamiento como típico. De modo general, consiste en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. En un sentido más estricto, comprende el conocimiento de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de principiar la ejecución de la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material.

No es necesario que conozca, sin embargo, otros elementos pertenecientes a la antijuricidad (que podrían hallarse formalmente en la descripción típica, como “el que *indebidamente...*, o el que *contra derecho...*”), a la culpabilidad o la penalidad. El conocimiento de estos elementos puede ser necesario a otros efectos, por ejemplo, para calificar la acción como antijurídica, culpable o punible, pero no para calificarla como típica.

El conocimiento que exige el dolo debe ser *actual*, no bastando uno meramente potencial. Esto es, el sujeto debe saber lo que hace, no siendo suficiente con que hubiera debido o podido saberlo. No se requiere un conocimiento exacto de cada elemento típico, sino general o aproximado. La “actualidad” no hay que entenderla en el sentido de que el autor deba prestar atención a todas las circunstancias mientras realiza su acción: basta que se hallen en la consciencia del sujeto porque está sobrentendido (lo “inconsciente dominado”).

Así, quien arremete contra su víctima encontrándose al borde de un precipicio no necesita verlo ni representárselo en cada momento para saber que un paso en falso

de él o de su víctima puede ser mortal, aun cuando durante el hecho su **atención** esté concentrada en propinarle golpes a su enemigo.

En consecuencia, el conocimiento debe abarcar los *elementos descriptivos y normativos del tipo*. En el primer caso no se plantean grandes problemas, pues se trata de elementos esencialmente perceptibles por los sentidos. En los elementos normativos, en cambio, para cuya apreciación es necesaria la realización de un juicio valorativo o normativo no se requiere una subsunción jurídicamente exacta. Basta, como ha señalado, MEZGER, una "valoración paralela del autor en la esfera del profano", es decir, el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos.

El dolo es *natural*, esto es, **no** comprende la conciencia de la antijuricidad del hecho típico ("dolo malo").

La conciencia de la antijuricidad, como sabemos, es un elemento de la culpabilidad o responsabilidad. Si el sujeto sabe lo que está haciendo pero desconoce su ilicitud penal o le atribuye erróneamente circunstancias que privarían al hecho de tal ilicitud (v.gr. sabe que mata pero cree que lo hace en legítima defensa), ello no afecta para nada la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la teoría del delito.

#### 1.2.3.b. Elemento volitivo del dolo

Para la doctrina dominante, no basta con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo; se requiere, además, **querer** su realización. No debe confundirse el elemento volitivo del dolo con los móviles del delito (lucrativos, de venganza, políticos, etc.), los que sólo tendrán relevancia en casos excepcionales, cuando el legislador exija expresamente su verificación (vid. elementos subjetivos del injusto).

A pesar de los importantes ataques que se dirigen actualmente a este elemento del dolo, muchos autores consideran que él resulta indispensable desde un punto de vista garantista, no sólo porque presupone un factor psíquico o de conducción relevante, sino también porque constituiría el único modo de diferenciar el dolo de la culpa, que es considerada unánimemente por la doctrina como un comportamiento merecedor de un menor reproche punitivo que el dolo<sup>a</sup>. Para BUSTOS, el aspecto volitivo del dolo se refiere a la voluntad realizada, proyectada al exterior, al hecho realizado. Implica una decisión en contra del bien jurídico y la "lesión de la norma

---

<sup>a</sup> Para Jakobs, la tarea de fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse (desde una perspectiva de prevención general) como una expresión de sentido negadora de la vigencia de una norma penal. Por el contrario, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada en ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sea sólo expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual.



que obliga a observar ese bien jurídico" (HASSEMER); expresa y recoge una mayor peligrosidad del autor (FRISCH).

Se reconoce que, en ciertos casos problemáticos, dicha voluntad no se expresa del mismo modo (como en el caso del ladrón que decide desde un inicio matar al cajero para robarle respecto de aquél que no desea matarlo pero lo considera indispensable para obtener el dinero); o no se daría en ciertos supuestos (caso de excesiva automatización de ciertos actos humanos en fábricas o en el tráfico, en que la acción concreta se convierte en un "inconsciente indomable" y, por eso, no puede ser concebida como "querida").

#### 1.2.4. El dolo en el Código Penal chileno:

El art. 1º del CP chileno define el delito como una acción u omisión "voluntaria" penada por la ley. Solamente en el art. 2º se habla por primera y única vez en el CP de "dolo". ETCHEBERRY hace notar que dicho artículo fue introducido por la Comisión Redactora con una terminología que tomó prestada del Código Civil, pues la disposición comentada no figuraba en el Código Penal español que sirvió de modelo al nuestro (1848/50). El elemento subjetivo del delito aparece caracterizado en el Código español y en el nuestro por vocablos tales como "voluntaria", "malicia" o "maliciosamente", "a sabiendas", "de propósito", "intencionalmente", entre otros.

En general, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han efectuado las siguientes conclusiones respecto de la definición de delito del art. 1º CP:

- a) se identifica "voluntaria" con "dolosa" y se entiende, de modo general (siguiendo a PACHECO) que este concepto envuelve los elementos de inteligencia (conocimiento), libertad e intención;
- b) dentro del elemento intelectual, se exige que ella comprenda la vinculación causal entre el acto y el resultado producido. No hay coincidencia general en cuanto a si pueden seguirse cargando a la cuenta del hechor las consecuencias más remotas del acto, si no ha existido representación de las mismas, pero son al menos previsibles. Algunos fallos exigen, también, que junto con el dolo exista conciencia de la ilicitud del acto ("dolo malo");
- c) el elemento volitivo del dolo, identificado como "intención", es entendido en muchos casos en un sentido ético: como propósito moralmente reprochable de causar daño o perjudicar, interpretación que hoy es unánimemente rechazada por la doctrina comparada.

El problema interpretativo más grave se produce con la presunción de "voluntariedad" (inc. 2º del art. 1º del CP), entendida como una presunción legal de dolo por la doctrina y la jurisprudencia. Sólo en algunos pocos casos se entiende que

dicha presunción se refiere a aquel mínimo de subjetividad necesario para que haya acción humana (en un sentido causal-naturalista). Para CURY, GARRIDO y BUSTOS dicha presunción es sólo de la "conciencia de la antijuridicidad" (como "voluntad contra la norma") y no se refiere para nada al dolo, esto es, desde una concepción natural de dolo, se entiende que el sujeto actuó culpablemente, con conciencia de la antijuridicidad, salvo prueba en contrario. Esta posición se sustenta de *lege lata*, fundamentalmente para salvar las objeciones que se plantean a una presunción legal de dolo que infringiría la presunción de inocencia. De *lege ferenda* se plantea la eliminación de esta presunción.

#### 1.2.5. Clases de dolo

Existen 3 clases de dolo:

- a) dolo directo o de primer grado
- b) dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado
- c) dolo eventual

1.2.5.a. Dolo directo: es aquel en el que el hecho o resultado producido coincide con el perseguido por el autor

1.2.5.b. Dolo de consecuencias necesarias: es aquel el autor sabe y advierte como seguro o casi seguro que su actuación dará lugar al delito. El delito se presenta como consecuencia necesaria del comportamiento (en el famoso caso Thomas, ocurrido en 1875, el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. Aunque no tenía ningún interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo)

1.2.5.c. Dolo eventual: el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado pero "cuenta con él", "admite su producción", "acepta el riesgo", etc.

El dolo eventual constituye, además, la frontera entre el dolo y la imprudencia, especialmente con la culpa consciente. Para delimitarlas, se han planteado dos teorías:

- a) *La teoría de la probabilidad* parte del elemento intelectual del dolo. Por las dificultades (procesales) de probar el elemento volitivo del dolo, esta teoría admite la existencia del dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como probable y no obstante ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá imprudencia consciente o con representación.

- b) La *teoría de la voluntad* o del consentimiento, por el contrario, atiende al contenido de la voluntad. Para esta teoría no basta que el sujeto se represente como probable el resultado, sino que es preciso, además, que se diga: "aún cuando fuere segura su producción, actuaría" (fórmula de FRANK). Hay sólo culpa si al representarse el resultado como de segura producción, el autor dejaría de actuar.

Contra la teoría de la probabilidad se afirma que:

- deja sin valor el elemento volitivo del dolo y
- no siempre la alta probabilidad de producción de un resultado obliga a imputarlo a título de dolo (v.gr. intervenciones quirúrgicas de alto riesgo, carreras de máxima velocidad, boxeo, etc.).

Contra la teoría de la voluntad se opone que:

- presume algo que no se da en la realidad: que el autor se plantee lo que haría caso que el resultado fuera seguro;
- no se puede demostrar un querer efectivo, ni aun en los casos en que el sujeto se represente el resultado como seguro.

Incluso en el dolo de consecuencias necesarias es suficiente con la representación de la necesaria o segura producción del resultado concomitante.

Se critica a la fórmula de Frank que termina acudiéndose al carácter o personalidad del sujeto para presumirse la concurrencia del elemento subjetivo diferenciador, castigando al "pobre diablo". Lo mismo ocurre respecto de la fórmula de la "desconsideración" o "falta de respeto o indiferencia hacia el bien jurídico" de la teoría del sentimiento (*recklessness* anglosajona).

En realidad, el único objeto seguro de volición es la acción misma, ya que el resultado es siempre incierto (no es dominable por la voluntad). En el dolo directo, el resultado es querido y por ello el sujeto realiza una acción que pueda producirlo con toda certeza, por ejemplo, disparando a quemarropa. En el dolo eventual, el resultado no es buscado pero se representa como probable (BUSTOS: estructura de la culpa). Sin embargo, esta representación sería insuficiente.

Por ello, la doctrina se esfuerza en encontrar aquellos elementos subjetivos que lo diferenciarían de la culpa con representación (en el primer caso, "contar con", "decidirse por"; en el segundo caso "confiar en" que el resultado no se producirá. La importancia práctica de esta diferenciación en el derecho positivo chileno es innegable: los delitos imprudentes sólo se castigan cuando la ley expresamente así lo señale (art. 10 N° 13 CP); los delitos dolosos, siempre, y con una pena sensiblemente mayor que la de los delitos culposos.

La prueba del elemento subjetivo debe efectuarse a través de ciertos indicadores objetivos de los que se pueda deducir si hubo o no una decisión *en contra del bien jurídico*. Algunos indicadores de ello son los siguientes: el *riesgo o peligro* para el bien jurídico implícito en la propia acción y la *capacidad de evitación del resultado* por parte del sujeto actuante.

### 1.3. Causales de atipicidad en los delitos de comisión doloso:

Como advirtiéramos, los supuestos de falta de acción darán lugar, asimismo, a la atipicidad del comportamiento por ausencia de algún elemento de la **tipicidad objetiva** del respectivo delito doloso. Además de las ya señaladas, están las siguientes:

1.3.1. Caso fortuito: por la forma en que se recepciona en el art. 10 N° 8 del CP chileno, es muy restrictiva. Dejaría la posibilidad de castigar penalmente el resultado producido por "mero accidente" (caso fortuito) cuando el sujeto desarrolle una actividad ilícita o con falta de la debida diligencia. Esta regulación admite, consecuencialmente, el *versari in re illicita* (hipótesis de responsabilidad objetiva) lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina nacional), pues en ninguno de estos casos se da una forma de imputación subjetiva (dolo, culpa) compatible con el principio de culpabilidad.

1.3.2. El consentimiento del titular del bien jurídico en los delitos que afectan bienes jurídicos *disponibles*. Diversos tipos legales exigen que la conducta típica se realice "sin" la voluntad del titular del bien jurídico o "contra" su voluntad (delitos contra la autodeterminación sexual, contra la libertad, la inviolabilidad de la morada, contra la propiedad, etc.). Si la voluntad concurre, no puede hablarse de una conducta "típica". El consentimiento ha de ser libre y consciente. CURY trata el consentimiento como una causal de justificación, aunque reconoce hipótesis en el que opera como causal de atipicidad. En el único caso que expresamente se refiere a la justificante, finalmente la entiende como causal de atipicidad (operación quirúrgica respecto de persona inconsciente pero conforme a la *lex artis*). Podría plantearse en situaciones de necesidad o en que no se actúa conforme a la *lex artis* pero existe la finalidad curativa.

Asimismo, existe una causal de **atipicidad subjetiva** de los delitos dolosos, esto es, que eliminan el elemento **cognoscitivo** del dolo. Tal es la siguiente:

1.3.3. Error de tipo: Como se explicó, el autor debe conocer todos los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto, ya sea descriptivos o normativos. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de ellos repercute en la

tipicidad porque *excluye el dolo*. El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías del delito distintas al tipo producen otros efectos que serán analizados más adelante, a propósito del *error de prohibición* (Ojo: error sobre los presupuestos de las causas de justificación).

El error de tipo no se encuentra expresamente regulado en el Código Penal. La doctrina entiende que el error siempre excluye el dolo, sea éste *inevitable (invencible)* o *evitable (vencible)*, pero en este último caso deja subsistente una posible responsabilidad a título de *imprudencia* cuando esté especialmente prevista esta forma de realización del tipo.

El error es invencible o inevitable cuando el sujeto no lo hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia.

#### Clases de error de tipo:

- a) **Error sobre el objeto material de la acción** (*error in objecto vel in persona*). En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción (art. 1 inciso 3º CP). Es irrelevante que A se apodere del auto de B creyendo que era de propiedad de C, o que mate a D en lugar de E; pero cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matar al perro del vecino pero se mata al vecino) el error dará lugar a un *concurso* entre el delito que el sujeto quería realizar (daños en grado de tentativa o consumación) y el resultado imprudentemente realizado (la muerte del vecino). También es relevante el error cuando la ley ha tomado en consideración ciertas circunstancias o relaciones personales concurrentes en el sujeto para agravar o privilegiar el hecho; así en el homicidio/parricidio. Si A quiere matar a su padre y por error mata a B, *extraneus*, habrá una tentativa de parricidio en concurso con un delito imprudente de homicidio.
- b) **Error sobre la relación de causalidad** (problemas de imputación objetiva en los delitos dolosos). En principio, las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes (A dispara contra B con ánimo de matarlo, pero sólo lo hiere, muriendo B a los pocos días a causa de la gravedad de la herida). Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo más podrá imputarse el hecho a título de tentativa o frustración (en el ejemplo anterior, B muere a causa de un incendio que se produce en el hospital). En este caso, aunque se dé el tipo subjetivo del delito doloso de homicidio, falta la realización en el resultado del peligro implícito en la acción lesiva inicial y, por tanto, la *imputación objetiva* del resultado a la acción.
- c) **Error en el golpe (aberratio ictus)**: El autor, por su mala puntería alcanza a B cuando quería matar a C que está a su lado. Se considera que hay tentativa de homicidio doloso en concurso con homicidio imprudente consumado. Otro sector doctrinario entiende, sin embargo, que tratándose de resultados típicos

equivalentes la solución debe ser la misma que en el *error in persona* y apreciar un solo delito consumado. Sin embargo esta solución tiene el inconveniente de que es injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que se pretendía herir o cuando se trata de resultados heterogéneos. En estos casos la solución del concurso es la única capaz de abarcar el desvalor perfectamente diferenciable de los distintos resultados.

- d) ***Dolus generalis***: En este caso el autor cree haber consumado el delito cuando en realidad la consumación se produce por un hecho posterior. Se considera que hay un solo delito doloso consumado, ya que aquí, a diferencia de la *aberratio ictus* no se pone en peligro ni se lesiona a otra persona. El resultado producido es imputable jurídicamente a la acción si aquél es conforme al objetivo perseguido por el autor, excluyéndose los sucesos extraordinarios.
- e) **Error sobre agravantes o elementos cualificadores** del injusto determinan la no apreciación de la circunstancia agravante o, en su caso, del tipo cualificado (pero sí del delito base).

#### **1.4. Elementos subjetivos específicos del tipo.**

Habitualmente, la tipicidad de los delitos dolosos sólo requiere, en el ámbito subjetivo, el dolo. Cuando coinciden el tipo objetivo y el tipo subjetivo se da la congruencia perfecta que normalmente existe en el delito doloso consumado.

Sin embargo, en algunos delitos específicos se requiere, además del dolo, la concurrencia de especiales elementos de carácter subjetivo. La necesidad de tales elementos para caracterizar el tipo fue advertida ya por algunos penalistas alemanes a principios de siglo (FISCHER, NAGLER, HEGLER), pero fue MEZGER quien, en un artículo publicado en 1924 los sistematizó y dio carta de naturaleza a tales elementos.

Para MEZGER, tales elementos subjetivos de lo injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de modo causal objetivo. Para los partidarios de la teoría finalista de la acción, en cambio, tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos, entre ellos el dolo.

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito (función constitutiva), y también implican anticipar la punibilidad en la realización de ciertos hechos (función anticipadora de la punibilidad).

#### 1.4.1. Clasificación:

##### 1.4.1.a. **Delitos de intención trascendente** (HEGLER)

En ellos se precisa que el sujeto **quiera** algo externo, situado más allá de la conducta objetivamente exigida, con una relación de medio a fin entre lo que se exige en el plano objetivo y lo que queda más allá y que está sólo en el ánimo del sujeto.

Estos delitos pueden ser de dos clases:

- i. Delitos mutilados en dos actos
- ii. Delitos de resultado cortado

Delitos mutilados en dos actos: En ellos el sujeto tiene un propósito que debiera tener lugar, **con una actuación suya**, después de la realización de lo objetivamente exigido en el tipo, pero que el sujeto **no necesita realizar** para que el delito se consuma. De este modo, un delito que lógicamente precise de dos actos para su consumación, por voluntad del legislador sólo se requiere un acto + un propósito ulterior para que deba entenderse consumado (por ejemplo, el artículo 185 CP que castiga al que falsifica boletas para el transporte.... con el propósito de usarlas. El sólo acto de falsificar, si concurre el propósito consuma el delito sin que se requiera el uso efectivo).

Delitos de resultado cortado: En ellos la acción típica se complementa con la mira de conseguir un resultado externo que va más allá del tipo objetivo, pero que debe producirse por sí mismo después del hecho, sin intervención del hechor. En estos delitos no se trata ya de la acción como medio para realizar otra acción (dos actos) sino de una intención trascendente dirigida hacia un resultado que ha de producirse por sí mismo. Un ejemplo es el de la rebelión (art. 121 CP) en que se castiga a los rebeldes por el sólo hecho de alzarse en armas sin esperar a que se consuman los objetivos propuestos y que la ley consigna taxativamente. Otro es el del art. 316 CP que castiga al que "diseminare gérmenes patógenos con el propósito de producir una epidemia".

##### 1.4.1.b. **Los delitos de tendencia**

Se caracterizan porque es el ánimo del sujeto el que tiñe de sentido la conducta en cuanto peligrosa para el bien jurídico tutelado ("intención determinante del sentido").

Aquí, el elemento subjetivo no es de intención **trascendente**, sino que, en cuanto presupuesto psíquico, parece situado más bien **antes** o **detrás** de la conducta

objetiva (envolviéndola), la cual sería susceptible de interpretarse de modos diversos y sólo mediante ese especial ánimo adquiere significación como hecho socialmente dañoso (ejemplos: ánimo lascivo en los abusos sexuales o el *animus iniurandi*, en el delito de injurias)

## 2.- LA ANTIJURICIDAD

**2.1. Antijuricidad:** expresa la contradicción entre un comportamiento y el ordenamiento jurídico (aspecto formal). La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger (aspecto material).

Para afirmar la existencia de un injusto penal es necesario que concurren **ambos aspectos** en el comportamiento humano. Una infracción puramente formal de la norma no puede ser calificada de antijurídica: la falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo no constituye una acción antijurídica de falsedad documental ya que el bien jurídico protegido, la fe pública o la seguridad del tráfico financiero, no se ven afectados por estos hechos.

En consecuencia, no basta con la infracción del deber que emana de una norma imperativa (mera desobediencia); se requiere, además, un riesgo objetivo de lesión para un bien jurídico merecedor de tutela penal.

El concepto de antijuricidad material sirve para una interpretación restrictiva de los tipos penales y para graduar la gravedad de la misma a través de criterios como el de *insignificancia, intervención mínima, fragmentariedad*, que restringen el ámbito de aplicación del derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos, pero también dentro del derecho penal atendiendo a la forma de comisión del comportamiento (doloso/culposo; medios especialmente disvaliosos o ausencia de ellos, etc.).

El derecho penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que constituyen ataques graves a bienes jurídicos importantes para la convivencia social

(Sabemos que ello se produce a través de la decisión político-criminal, expresada en la norma primaria, de determinar en qué casos resulta necesario, apropiado y proporcionado para la protección de determinados bienes jurídicos - los merecedores y necesitados de protección penal- limitar la libertad de acción de los ciudadanos prohibiéndoles u ordenándoles determinadas conductas bajo amenaza de pena).

De allí que el juicio de antijuricidad descansa en la comprobación de existencia de la lesión o puesta en peligro del bien (desvalor de resultado) producida por una acción



también desvalorada (desvalor de acción).

Mientras que la antijuricidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada: la penal. Por ello se habla de injusto penal, de injusto civil o de injusto administrativo, aunque la antijuricidad sea unitaria para todo el ordenamiento jurídico. Para algunos autores como GÜNTHER, sin embargo, existe un concepto autónomo de antijuricidad penal, no para delimitar lo prohibido respecto de lo conforme a derecho sino como **cualificación** del injusto penal como injusto merecedor de pena frente a las demás formas de conducta antijurídica.

En un modelo de la teoría del delito que distingue la tipicidad de la antijuricidad, la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es, también, antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causal de justificación excluyente de la antijuricidad.

Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuricidad y el siguiente paso es, entonces, la comprobación de la culpabilidad-responsabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

## **2.2. Causales de justificación:**

El ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido por cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan.

A diferencia de lo que sucede con las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas de justificación no sólo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico sino que convierten ese hecho en lícito, con todas las consecuencias que ello comporta:

- a) frente a un acto justificado no cabe legítima defensa, ya que ésta presupone una agresión antijurídica;
- b) la participación (inducción, complicidad) en un acto justificado del autor está también justificada;
- c) las causas de justificación impiden que al autor del hecho pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico (Ojo: problema del estado de necesidad);
- d) la existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuricidad;

e) el ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien que, por renuncia de su titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar. Toda extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación o lesión de un bien extraño será, por lo tanto antijurídica. Sin embargo, puede darse una atenuación de pena (eximentes incompletas).

Estos efectos son comunes a todas las causas de justificación. El artículo 10 CP chileno reconoce las siguientes:

- a) la legítima defensa propia, de parientes, de terceros y privilegiada;
- b) el estado de necesidad, y
- c) el cumplimiento legítimo de un derecho, oficio o cargo.

### 2.2.1. La legítima defensa

Se basa en la idea básica de que el derecho no está en situación de soportar lo injusto.

Fundamento: la de *necesidad racional* de defensa, fundada en los principios de *protección de la persona* y de *mantenimiento del orden jurídico*. ROXIN grafica el juego de principios aludiendo a las funciones del derecho penal: el principio de protección tendría un carácter preventivo especial, de "hacer frente al agresor", inocuizarlo o disuadirlo y el de mantenimiento del orden jurídico, un carácter preventivo general, es decir, señalar a todo otro lo que le pasará si se convierte en agresor.

En la legítima defensa deben distinguirse 2 aspectos:

- A) la situación de legítima defensa
- B) la defensa misma

#### A) La situación de legítima defensa (art. 10 N° 4 CP)

Ella se basa en los siguientes requisitos:

##### 1.- La existencia de una **agresión**:

- debe tratarse de una conducta **humana** que ponga en peligro a la persona o derechos de la misma, caso contrario nos encontramos ante un estado de necesidad. Sí cabría legítima defensa contra una persona que usa un animal para realizar la agresión (v.gr. azuzándolo). Cabe plantearla contra una agresión **dolosa o imprudente**, o incluso respecto de un **inculpable** porque ellas ponen en peligro el bien jurídico; otra cuestión es el de la necesidad racional de la defensa, pues ante una agresión imprudente podría bastar un aviso, esquivar el golpe,

etc. Asimismo, la agresión puede consistir en una **acción u omisión**, así, por ejemplo, en el caso del dueño del perro que no lo detiene.

- La agresión debe ser **actual o inminente**: no es necesario que haya una tentativa; basta con indicios suficientemente claros de la proximidad de la agresión (inminencia) y que una mayor espera implique para quien se defiende perjudicar considerablemente sus posibilidades de defensa. Existe agresión mientras ella no se haya consumado totalmente; si ello ha ocurrido, sólo cabe la persecución del ilícito y la reparación por la vía judicial.
- La agresión debe ser **ilegítima**: la defensa respecto de una agresión justificada es antijurídica. El carácter antijurídico de la agresión debe estimarse en relación a todo el ordenamiento jurídico: no es necesario que sea típica ni constituya delito.
- La agresión debe ser **real**: no cabe legítima defensa respecto de una agresión imaginaria. Si hay error por parte del que se defiende podrá existir, según las circunstancias, una legítima defensa putativa. Sin embargo, la realidad de la agresión debe valorarse *ex ante*, es decir, situándose al momento de la ejecución de la acción desde el bien jurídico. Luego, bastaría con una "creencia racional" de que existe una agresión.

2. Es necesario el peligro para la persona o derechos de la misma

#### B) La acción de defensa

##### 1.- Ámbito de la acción de defensa

El texto legal establece como ámbito de la acción el de obrar en defensa de *su persona o derechos*; así, cualquier derecho de la persona es susceptible de ser defendido. Se **excluyen** los bienes "extrapersonales" (ej. pueblo, nación, Estado) y se plantea la posibilidad de admitir o no la defensa de bienes de carácter social (ej. el medio ambiente). De este modo, la ley no limita la justificación a los casos en que se defienden la integridad corporal o la vida, sino que también son susceptibles de defensa el honor, la libertad personal, la libertad sexual, la propiedad, y en general toda clase de derechos.

Además, la defensa deberá estar dirigida contra el agresor, que es quien deber soportar la reacción defensiva que origina su agresión injusta.

##### 2.- Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el ataque

- La necesidad de defensa sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y persiste mientras la agresión dura, siempre que sea la única vía posible para repelerla o impedirla.

- La racionalidad del medio empleado exige la **proporcionalidad**, tanto en la especie como en la medida de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que esta sea necesaria, es preciso que se adecúe a la entidad de la agresión. Esta adecuación no debe interpretarse como una total identidad o equilibrio instrumental, sino que es necesario tomar en cuenta la totalidad de la agresión. Así, la necesidad debe ser **racional**, no matemática, y debe ser juzgada caso por caso, tomando en consideración el conjunto de circunstancias concretas que intervienen en el caso para poder determinar la existencia de la racionalidad de la respuesta emitida a la agresión.

### 3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

Una interpretación estricta de este requisito podría llevarnos a conclusiones injustas, como que cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación por parte de quien luego se defiende, no cabría apreciar legítima defensa. No existe definición de lo que deba entenderse por suficiente, pero en una correcta interpretación habrá que entender que sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de la que fue objeto el agresor se podrá denegar la legítima defensa (ej. SCS 15.07.1955 resolvió que una injuria leve no es suficiente provocación para rechazar la legítima defensa contra una agresión con arma de fuego).

### 4. Elemento subjetivo de la defensa: conocimiento de la agresión o situación de defensa y el de intención de defensa.

Además de los elementos objetivos, para justificar una acción típica es necesario también que concurren una serie de elementos subjetivos. En primer lugar, es preciso que el que se defiende tenga *conocimiento* de la agresión o situación de defensa en la que se encuentra. Respecto a este elemento no existe discusión doctrinal.

El problema se complica en relación con la necesidad de concurrencia o no de un **ánimo de defensa**, dividiéndose la doctrina entre quienes entienden que es necesaria la concurrencia de esta finalidad o ánimo en los sujetos, y quienes consideran que la misma no es necesaria.

En el análisis de este problema es necesario señalar que una cosa es la finalidad o especial tendencia subjetiva que debe reunir el autor (actuar "en" defensa o con ánimo de defenderse), y otra cosa son los móviles que inspiren su comportamiento. Así, no se exige que los móviles del que actúa justificadamente sean valiosos, sino que se trata de probar que se conoce la situación justificante y actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados.

### 2.2.1.a. Legítima defensa de parientes

El N° 5 del art. 10 recoge el supuesto de legítima defensa de parientes. En relación al alcance del parentesco hay que señalar que al amparo de la Ley n° 19.585 debe suprimirse toda distinción entre el parentesco legítimo y el ilegítimo; consecuentemente, aunque no se haya modificado el Código penal, el artículo citado debe entenderse restringido a las categorías de parientes actualmente existentes en el Código civil, esto es: cónyuge y parientes consanguíneos y afines en toda la línea recta y colateral hasta el segundo grado inclusive.

Se exigen los mismos requisitos (*agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para repelerla*) que la legítima defensa propia, aunque el tercero de ellos (*falta de provocación suficiente*) se sustituye por la no participación del defensor en la provocación previa que hubiese podido realizar el acometido.

### 2.2.1.b. Legítima defensa de terceros (art. 10, n° 6, inciso primero, CP)

De modo similar al supuesto anterior, esta modalidad también requiere la existencia de *agresión ilegítima* y de la *necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla*. Sin embargo, se plantean algunas particularidades en relación con la legítima defensa propia:

a) La clase de bienes defendibles, dado que se ha producido una discusión entre la doctrina y la jurisprudencia. Así, un sector doctrinal admite la defensa de bienes pertenecientes a personas jurídicas e incluso al Fisco, mientras que la jurisprudencia ha sostenido que solo es posible la defensa de los derechos de las personas naturales.

b) caso de haber provocación previa, que el defensor no hubiese participado en ella, derivado de la remisión expresa que realiza este número al anterior.

c) que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo: su sentido es exigir por parte del defensor que *conozca* el efecto salvador de su acción y que *no obre exclusivamente* por un motivo ilegítimo. Es decir, si conoce la situación de agresión y actúa con la finalidad de defensa, resultaría indiferente que concurriese o no algún móvil rechazable en el defensor.

### 2.2.1.c. Legítima defensa privilegiada (art. 10, n° 6, segundo inciso, CP)

La existencia de esta circunstancia ha dado lugar a una intensa discusión doctrinal y a importantes críticas doctrinales por la desmesurada severidad que contiene, y por la posibilidad de otorgar impunidad a quienes abusando de la situación descrita tratan de ampararse en una legítima defensa *aparente*.

Su interpretación ha admitido varias opciones:

1.-entender que es una *presunción legal*, y consecuentemente admite prueba en contrario (Novoa, Politoff, Matus).

2.- entender que se trata de una *presunción de derecho*, pero considerando que cuando menos la existencia de agresión ilegítima tiene que estar acreditada (Etcheberry)

3.- entender que se trata de una *presunción iure et de iure*, pero relativa sólo a la necesidad racional de la reacción defensiva (Cury) dado que el propio texto legal establece que en los supuestos descritos por este inciso *se entenderá que concurren los tres requisitos* enumerados en la primera parte del precepto, *cualquiera que sea el daño que ocasionen al agresor*.

Entiendo que en estos casos el legislador trata de dotar de plena y total justificación a los que no es sino un exceso notorio en la legítima defensa, y generalmente un abuso de esta circunstancia, que se aplicaría a supuestos en los que no está justificada y acreditada la concurrencia de los requisitos necesarios para apreciarla.

Por ello, se convierte en necesario la prueba de la concurrencia de una agresión ilegítima, así como de falta de provocación suficiente para evitar caer en la admisión de supuestos absurdos como legítima defensa (ej, quien mata al policía que rompe una puerta para detenerle).

#### Ambito de aplicación de la legítima defensa privilegiada:

- rechazo, de día o de noche, al escalamiento en una casa, departamento u oficina habitados
- rechazo de noche a un escalamiento, de un local comercial o industrial, esté o no habitado
- impedir la consumación, de noche, de alguno de los siguientes delitos: secuestro, sustracción de menores, violación, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación en las personas y robo por sorpresa.

#### 2.2.1.d) Exceso en la legítima defensa

1.- Exceso extensivo: se refiere al requisito de que la agresión en la legítima defensa sea actual; no cabe apreciar legítima defensa cuando la agresión ha cesado, terminado o ha sido repelida, y se ataca al agresor extemporáneamente (ej. matar al agresor cuando huye, disparándole por la espalda).

En el mismo sentido puede interpretarse la legítima defensa preventiva, cuando la agresión aún no ha comenzado y se basa en una mera predicción.

En este caso al faltar la agresión ilegítima no existe legítima defensa, ni completa ni incompleta; aunque es cierto que en algunos supuestos podría apreciarse alguna causa de exculpación como miedo insuperable (ej. caso de mujeres maltratadas).

2.- Exceso intensivo: se relaciona con el requisito de la racionalidad del medio empleado; si para la defensa se utilizan medios que van mucho mas allá de los necesarios para impedirla o repelerla se produce este exceso en la intensidad de la respuesta, con lo que no se podría apreciar una justificación plena o completa, sino una legítima defensa incompleta recogida en el art. 11 nº 1 CP.

#### 2.2.1.e) La legítima defensa incompleta: art. 11. nº 1 CP.

La falta de uno o más de los requisitos de la legítima defensa propia dan lugar a la apreciación de una legítima defensa incompleta, cuyos efectos atenuantes se regulan por lo establecido en los arts. 11, nº 1 y 73. Pero la aplicación de estas atenuaciones suponen necesariamente la presencia del requisito de la agresión ilegítima. Caso de faltar, como en el supuesto del exceso extensivo, no estaríamos ante legítima defensa.

#### 2.2.1.f) El error sobre los presupuestos de una causal de justificación

Se trata de aquellos casos en los que se produce una creencia errónea en la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación (ej. el autor disparó porque creía erróneamente que la víctima iba a dispararle), es el caso de la **legítima defensa putativa**.

En el sistema chileno, existen dos tendencias fundamentales a la hora de solucionar este tipo de situaciones:

1.- **Teoría moderada de la culpabilidad**, que trata estos casos como **error de tipo** que excluye el dolo. Así, si el *error es invencible* desaparece la punibilidad; y si el *error es vencible* subsiste la posibilidad de inculpar por culpa.

2.- **Teoría extrema de la culpabilidad**, los casos de error sobre los presupuestos de las causas de justificación deben tratarse como **error de prohibición**; consecuentemente, si es *invencible* da lugar a la exclusión de la culpabilidad al desvanecerse la presunción de voluntariedad que establece el art. 1 del Código penal; si el error es *vencible*, se establece una atenuación de la pena respecto del delito doloso del que se trate.

#### 2.2.2. El estado de necesidad

##### 1.- **Concepto**

Supone la existencia de un conflicto de intereses jurídicamente protegidos, en el sentido de que uno de ellos se encuentra en peligro y es necesaria una violación del otro como único remedio para salvar el primero. El bien protegido puede pertenecer al que realiza la acción salvadora o a un tercero. Desde esta concepción es posible observar dos situaciones:

a.- los bienes jurídicos son de distinto valor (el que se lesiona de menor valor que el salvado): estado de necesidad justificante. En este caso, el ordenamiento jurídico aprueba el sacrificio del bien de menor valor.

b.- los bienes jurídicos son de igual valor, o el que se lesiona mayor que el que se salva: estado de necesidad exculpante. Este supuesto no tiene regulación específica en el derecho penal chileno, pero se puede situar en el ámbito de no exigibilidad de otro comportamiento (culpabilidad). En este caso el ordenamiento jurídico no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes, que son de igual valor, pero por razones preventivas (falta de necesidad de pena) disculpa a quien actúa en dicha situación.

2.- **Fundamento:** se basa en la idea de que cuando concurren determinadas circunstancias y condiciones no existe necesidad de sacrificarse (principio de ponderación de intereses). Sin embargo, este principio no es suficiente, pues la regulación expresa del estado de necesidad justificante no alude a una comparación de los bienes en conflicto, sino entre los males causados y evitados (estado de necesidad justificante no cabría en el caso de quien quita el paraguas a un obrero para evitar que la lluvia dañe su terno valioso).

3.- **Ámbito de aplicación:** desde el punto de vista de la regulación positiva, el estado de necesidad justificante restringe los bienes que pueden ser *sacrificados* a aquellos que consisten en un daño en la propiedad ajena (art. 10 N° 7 CP) y la inviolabilidad de la morada (art. 145 CP). Desde la perspectiva constitucional, es posible sustentar un estado de necesidad justificante en la colisión de otros bienes, en que la Constitución reconoce diferencias jerárquicas en su protección (v.gr. la vida del *nasciturus* v/s la autodeterminación reproductiva de la mujer, su salud o vida).

#### 4.- **Requisitos del estado de necesidad:**

a.- Situación de necesidad, entendida como realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar:

El mal puede provenir de la naturaleza o por la acción de una persona humana, incluso de carácter fortuito. Incluso, la situación de necesidad puede provenir de una agresión ilegítima en que el agredido, en lugar de reaccionar contra el agresor, procura su salvación lesionando bienes de un tercero.

- debe ser real (no imaginaria)
- inminencia entendida como alto grado de probabilidad de que se produzca



b.- Que el mal que se evita sea mayor que el que se causa (criterio de proporcionalidad): es evidente que cuando hablamos de bienes jurídicos no podemos referirnos a una comparación matemática, pero debe existir una indudable superioridad del bien que se trata de salvar.

c.- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo (criterio de subsidiariedad, necesidad del sacrificio): no cabe sacrificar el bien de un inocente cuando existe la posibilidad de superar la situación de necesidad por medios menos perjudiciales. Esa apreciación debe hacerse *ex ante*, esto es, al momento en que se produce la situación de necesidad. Sin embargo, para que la justificación quede excluida es necesario que esa posibilidad sea real y adecuada al caso concreto, no meramente teórica. Por ello, la ley exige la *practicabilidad* del medio.

## **5.- Consecuencias civiles**

Por el principio unitario de la antijuricidad no cabría solicitar indemnización alguna a quien causó un mal amparándose en un estado de necesidad justificante. Algún sector de la doctrina estima que este planteamiento lleva a soluciones injustas, especialmente para el que no obstante su inocencia resulta perjudicado por el sacrificio y el salvado obtiene incluso un provecho. En esa parte, se estima que el perjudicado podría obtener reparación por la vía del enriquecimiento sin causa.