

APUNTES DE DERECHO PENAL

Cátedra del profesor Carlos Künsemüller L.
Ayudante Andrés Valenzuela Donoso.

Nota: estos apuntes fueron preparados por el ayudante Andrés Valenzuela Donoso como una guía personal para la realización de las clases y por tanto NO constituyen apuntes de cátedra, no han sido revisados por el profesor ni resultan suficientes como bibliografía para el ramo.

Teoría de la Antijuridicidad

1.- Concepciones generales

Disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico. (Enrique Cury)

Se entiende que la antijuridicidad es disvalor, esto es, la conducta se opone a los valores contenidos en la norma jurídica.

Como se vio, principalmente al tratar el *lus Puniendi*, el legislador al construir una norma penal, selecciona las conductas más dañosas pero además, selecciona ciertos bienes jurídicos considerados como más valiosos, tanto como para ser objeto de protección mediante una norma penal, y por tanto plasma en el mandato normativo esta decisión de amparar dicho valor bajo el derecho penal. Y una conducta será antijurídica cuando se oponga al valor plasmado en la norma penal. Y la determinación de esto se hará mediante un juicio de valoración objetivo según la prescripción abstracta contenida en dicha norma.

2.- Antijuridicidad formal y material

En doctrina suele distinguirse entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

Antijuridicidad formal es la simple contradicción entre la conducta típica del agente y el derecho, esto es, la contravención de las ordenes y prohibiciones que establece el ordenamiento jurídico. Se centra principalmente en la acción contraria al precepto normativo.

Antijuridicidad material se refiere a que la verdadera naturaleza del injusto radica en el resultado del delito, no la acción, esto es, la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido, descartando por tanto que antijuridicidad sea la sola contravención a la norma jurídica. Antijuridicidad material es lesividad social de comportamiento.

De estos dos conceptos se desprende que el núcleo de la valoración del injusto no ha sido del todo pacífica y puede vincularse con otras dos nociones.

Para algunos, el centro de la valoración del injusto, según la descripción abstracta que hace la norma, se centra en la acción que se opone a los valores plasmados en la norma legal, se centra la valoración en el disvalor de acción.

Para otros en cambio, evolucionando el concepto, señalan que el centro del injusto está en la lesión al bien jurídico centrándose no en la acción sino que en el resultado lesionador de dichos bienes jurídicos, se centra la valoración en el llamado disvalor de resultado.

Ahora, cabe dejar en claro que no existen dos tipos de antijuridicidad. Ambas nociones son distintas facetas de un concepto único.

-Buena parte de los delitos contra la propiedad contenidas en el Código Penal se sancionan con las draconianas penas que tienen no tanto por la lesión al bien jurídico propiedad sino que por la forma o modalidad de su comisión (robo con intimidación, el cual con considera el monto de la especie sustraída y, al contrario, si contempla una calificante que aumenta la pena en un grado por el uso de armas, artículo 450 inciso 2). Quedan fuera de este espectro un cúmulo de conductas que si pueden ser lesivas al patrimonio porque lo que se desvalora es la acción mas que el resultado lesivo.

-De otro lado, hay conductas típicas que no son antijuridicas no obstante haber dañado un bien jurídico amparado por la norma penal como sucede con las conductas que se ven encuadradas bajo estado de necesidad justificante. En estos casos la lesividad no parece ser el principal elemento de la antijuridicidad.

Teniendo en claro esto, cabe señalar que en la necesidad de adoptar una posición sobre el tema, al parecer el mejor elemento para centrar el injusto sería el resultado como elemento delimitador de las conductas dañosas por parte del legislador, naturalmente sin negarle importancia al disvalor de acción. Por lo demás, la antijuridicidad material centrada en el disvalor de resultado ofrece algunas ventajas conceptuales:

-La antijuridicidad material permite regular el contenido del injusto. Adelantando un poco, se puede señalar que el elemento del delito que permite regular el reproche penal es la culpabilidad. Sin embargo, la antijuridicidad material permite además regular el injusto en base al calibre del daño causado al bien jurídico amparado. Por ejemplo, una defraudación del art 197 del CP en \$10.000 es menos dañosa que una por \$10.000.000. En términos prácticos esto se puede regular por el juez en el rango de la pena a través de la norma establecida en el artículo 69 del CP relativo a la extensión del mal causado.

-La ausencia de antijuridicidad material permitiría la construcción normativa de causales de justificación supralegales vinculadas férreamente al principio de lesividad como elemento limitador al ius puniendo estatal. En este respecto, algunas conductas que si bien formalmente se oponen al ordenamiento jurídico pero que no lesionan

ningún bien jurídico podrían verse amparadas por estas causales de justificación incluyendo además nociones de política criminal.

Por último, cabe señalar respecto de la antijuridicidad formal y material que para poder hablar de antijuridicidad, lo primero que debe existir es antijuridicidad formal: si no hay conducta que se oponga a un precepto normativo no hay conducta que sea objeto de disvalor.

3.- Ausencia de antijuridicidad. Las causales de justificación.

Siendo la tipicidad *indiciaria* de la antijuridicidad, en el sentido de que siendo típica una conducta el juez no debe buscar la presencia de la antijuridicidad sino que solo limitarse a verificar si concurre o no alguna causal de justificación que la excluya, la teoría de la antijuridicidad se resuelve en la teoría de las causales de justificación.

3.1.- Causales de justificación

Son situaciones reconocidas por el derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida o incluso exigida y es por consiguiente lícita. (Enrique Cury)

Cabe señalar como idea preliminar que podría entenderse que las causales de justificación hacen que una conducta típica se vuelva lícita despojándola de su antijuridicidad preexistente. Eso llevaría a pensar que una conducta por ser típica ya es antijurídica, pero eso es errado porque como ya vimos la tipicidad es solo indiciaria de la antijuridicidad.

3.2.- Elemento subjetivo en las causales de justificación

¿Es necesaria la presencia de un elemento subjetivo en las causales de justificación? La pregunta es si basta que concurren materialmente los elementos de una causal de justificación para tenerla por configurada (siguiendo la noción causalista de acción) o bien, por el contrario, es necesario además que el agente realice su acción final dirigida a ese objetivo.

La solución dogmática en la doctrina nacional es que se requiere la presencia de un elemento subjetivo en las causales de justificación

-Las causales de legítima defensa (artículos 10 N° 4, 5 y 6 del CP) exigen actuar "en defensa" lo cual indica que la conducta debe ir dirigida a la defensa de alguien no bastando solo haber defendido a alguien.

-Respecto de la causal de justificación de actuar en cumplimiento de un deber, debe actuarse "en cumplimiento" de un deber (artículo 10 N° 10 del CP)

-Lo mismo ocurre con el estado de necesidad justificante (artículo 10 N° 7)

Si hay ausencia del elemento subjetivo de la causal de justificación, según la doctrina finalista habría que sancionar a título de delito consumado. El profesor Cury señala que habría que sancionar a título de delito frustrado pues existiendo el disvalor de acción, esta ausente el del resultado ya que la materialidad de la conducta esta amparada por la causal de justificación. Se discrepa y a mi juicio estaríamos en presencia de una eximente de responsabilidad incompleta que habría que tratar en los términos del artículo 11 N° 1 y 73 del CP.

3.3.- Clasificación de las causales de justificación.

Doctrinariamente, las causales de justificación se han clasificado según la siguiente manera.

1.- Causales que se fundan en la ausencia de interés (Consentimiento del ofendido)

2.- Causales que se fundan en el principio del interés preponderante, las que se subdividen en

- a) Aquellas que atienden a la preservación de un derecho (legítima defensa y estado de necesidad justificante)
- b) Aquellas que tienden a la actuación de un derecho (ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio, cumplimiento de un deber)

3.4.- Causales de ausencia de interés: Consentimiento.

En la parte especial del Código Penal no se ha regulado el consentimiento del afectado sin embargo se acepta su efecto como justificante. Lo relevante en este concepto es que el bien jurídico del cual se consiente su lesión sea de carácter disponible.

Ahora, no hay que confundir el consentimiento como justificante que aquellos casos en los cuales la ausencia de consentimiento esta contenida en el tipo penal: Hurto, violación de morada, violación. Todos señalan en la descripción abstracta "el que contra la voluntad". Si existe consentimiento se excluye la tipicidad y no la antijuridicidad.

Tampoco hay que confundir el consentimiento con el perdón del ofendido que es una causal de extinción de responsabilidad penal que, reuniéndose los requisitos legales, opera con posterioridad a la comisión del hecho.

3.5. Causales de justificación fundadas en el principio del interés preponderante: Aquellas relativas a la actuación de un derecho.

La nomenclatura es algo confuso pues todo el que actúa justificado esta actuando un derecho. Solo es un convencionalismo para poder agrupar distintos tipos de causales de justificación. Se encuentran regladas en el artículo 10 N° 10 y también en modalidad relativa a la omisión en el 10 N° 12.

3.5.1.-Cumplimiento de un deber.

Causal de justificación contenida en el artículo 10 N° 10 del Código Penal y se refiere a la persona que realiza una conducta típica pero esto lo hace en cumplimiento de un deber.

El mandato que motive la actuación del agente puede no estar dispuesto en el Código Penal y ni siquiera en la ley pero debe tratarse de un mandato de índole jurídico contenido en cualquier cuerpo legal de estas características (ley, reglamento, instrucción, tratado internacional, etc).

El verdadero problema de esta justificante radica en el conflicto que puede darse al estar el agente en posición de obedecer dos deberes de distinto o de igual rango.

Ejemplo: policía golpea a maleante que se resiste a detención por delito flagrante. Interés preponderante: las lesiones leves quedan cubiertas por la justificante atendido el interés público preponderante. Más allá de las lesiones leves esta el deber de cuidar y respetar a todos los ciudadanos v/s el orden público.

Se ha hablado que esta justificante sería superflua ya que siempre se actúa legitimado cuando se actúa en el cumplimiento de un deber. Sin embargo, dicha norma es conveniente cuando el agente actúa en cumplimiento de un deber no contenido en una norma de rango legal.

3.5.1.1.- Requisitos de la justificante de actuar en cumplimiento de un deber.

Existen, como veíamos, exigencias tanto en el plano objetivo como subjetivo. En el marco de este último se requiere que el sujeto actúe con conciencia de que cumple un deber, que realiza el acto típico sabiendo que éste es el medio necesario para el cumplimiento de su deber.

En el marco objetivo, los requisitos de esta justificante son:

-Que se trate de una obligación de naturaleza jurídica: Quedan excluidos todos los deberes impuestos por normas sociales o morales. No es necesario que la obligación este en una ley pero si debe ser un deber de naturaleza jurídica. Este mandato debe ser específico e inmediato, esto es, debe señalarse qué y a quien se le encomienda.

-Que quien cumple el deber lo haga en el marco del mismo y utilizando los medios necesarios para cumplirlo: Debe actuarse en el marco de la autorización y solo usando los medios necesarios para cumplirlo. Si hay exceso, la conducta quedará fuera del marco de la justificación y, dependiendo de las circunstancias y si se da el elemento base, puede estarse en presencia de un exceso en la justificante que podría recibir el tratamiento de eximente incompleta según lo dispone el artículo 11 N° 1 y el artículo 73 del Código Penal.

No cabe en el marco de esta materia el hecho de recibir ordenes antijurídicas de un superior, cuestión que corresponde a una situación de culpabilidad o inculpabilidad en el marco de la obediencia debida y que se verá en su oportunidad.

3.5.2.- Obrar en ejercicio legítimo de un derecho.

El mismo artículo 10 N° 10 distingue esta situación de actuar en cumplimiento de un deber.

La naturaleza de esta institución se centra no tanto en la facultad o derecho que se ejerza sino en la forma en la cual éste se ejerce la cual debe ser legítima y oponiéndose por tanto a la realización arbitraria de un derecho.

En general el ejercicio de un derecho nunca será típico ni menos antijurídico. El problema aparece cuando el derecho se realiza sobre bienes ajenos y ahí es donde entra esta justificante (retención de bienes en arrendamiento impago)

En la legislación chilena se acepta en general la teoría de la realización arbitraria de un derecho, la cual reprocha a quien teniendo derechos sobre algo, los realice de forma ilegítima. Manifestación normativa de esto es la falta contenida en el artículo 494 N° 20 del Código Penal la cual sanciona a quien con violencia o intimidación se apropia de una cosa que pertenece a su deudor para hacerse pago con ella.

3.5.3.- Obrar en ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo.

Esta justificante se vincula más al cumplimiento de un deber y no al ejercicio de un derecho pues ejercer un cargo o autoridad no implica tener derecho sobre las atribuciones que éste da. En virtud de esto, y tomando en cuenta los artículos 5 y 19 de la Constitución Política del Estado, esta justificante debe interpretarse restrictivamente (aunque a algunos les duela...)

En este orden de ideas, para estar en presencia de esta justificante se requiere, subjetivamente, que el sujeto actué con la conciencia de que su conducta es en ejercicio de las obligaciones que le impone su cargo, y objetivamente:

-Que el sujeto este investido de un cargo y tenga la obligación de actuar (Ojo, ejemplo de los guardias de seguridad)

-Que el sujeto actúe en el marco del cargo y que su conducta sea necesaria para llevar a cabo las funciones que le impone el cargo.

3.5.4.- Incurrir en omisión por causa legítima o insuperable.

Se refiere, como justificante, a la persona que estando en la obligación de actuar en virtud del deber de garante, no actúa pero motivado por causas legítimas. Si quien omite pudiendo y debiendo actuar, no lo hace, esta incurriendo en el tipo penal omisivo pero está amparado por una causal de justificación y su conducta no es antijurídica. (medico que atiende a varios pacientes en un accidente)