

§ 1. CONCEPTO. ANTIJURICIDAD MATERIAL Y FORMAL

Antijurídica es la conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y no se encuentra autorizada por la ley. Aunque por regla general la *tipicidad* de una conducta es *indiciaria* de su *antijuricidad*, como el humo lo es respecto del fuego, ello no implica que deba obviarse la investigación independiente acerca de la *antijuricidad* del hecho típico, pues puede ser que éste no sea, en el caso particular, contrario a derecho. No es lo mismo matar a un mosquito o tomarse un café que matar a un ser humano, aunque sea en legítima defensa.

La *antijuricidad material* reside en la *dañosidad social* de la conducta, esto es, la lesión o peligro efectivo en que se ha puesto el bien jurídico protegido por cada norma en particular.<sup>113</sup> En sentido *formal*, en cambio, la *antijuricidad* representa la relación de contradicción de la conducta con los mandatos y prohibiciones del orden jurídico, o más precisamente, en la *falta de autorización legal expresa* –causal de justificación– para realizar la conducta típica socialmente dañosa.<sup>114</sup> No obstante, las consecuencias de esta distinción, que supone la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por falta de dañosidad social, a pesar de que no exista una causal de justificación expresa, no es compartida por la doctrina nacio-

<sup>112</sup> A veces se emplea la expresión *antijuridicidad* (p. ej., BUSTOS, *op. cit.*; LABATUT / ZENTENO I, *op. cit.*; etc.); la que empleamos en el texto se prefiere por razones eufónicas.

<sup>113</sup> LISZT, 140 ss.

<sup>114</sup> Cfr. BAUMANN, 265.

nal mayoritaria,<sup>115</sup> aunque ha encontrado reconocimiento en alguna jurisprudencia extranjera.<sup>116</sup>

a. *La antijuricidad en los delitos de lesión y de peligro*

Son *delitos de lesión* aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo de un *bien jurídico* (p. ej., homicidio, art. 391; hurto, art. 432; estafa, art. 468; violación, art. 361; falsificación de instrumentos, arts. 193 y 197, etc.). En estos casos, la consumación del delito requiere la efectiva lesión del bien jurídico protegido.

En cambio, son *delitos de peligro* aquellos en que el legislador considera suficiente para la incriminación la *puesta en peligro*, es decir, la *probabilidad* de una lesión concreta al bien jurídico tutelado.<sup>117</sup> Entre ellos se distinguen los *delitos de peligro concreto* y *de peligro abstracto*. Son delitos de *peligro concreto* aquellos que requieren una *efectiva* sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (*ex post*) que existió un curso probable que conducía al resultado temido (el cual fue impedido por un factor con el que no era seguro contar).<sup>118</sup> Así, p. ej.,

<sup>115</sup> NOVOA I, 339 ss. y CURY I, 362, para quienes es innecesaria la construcción de justificantes *supralegales*, ya que el art. 10, N° 10, Cp sería suficiente para abarcar, sobre la base de una interpretación amplia de la fórmula "ejercicio legítimo de un derecho", los casos en que la doctrina extranjera recurre a las causas *supralegales* de justificación.

<sup>116</sup> Así, en el llamado "fallo del veterinario", el Tribunal Supremo (*Hoge Raad*) de los Países Bajos reconoció la posibilidad de justificación supralegal, al admitir que, a pesar de falta de justificación expresa, el veterinario que facultado para vacunar ganado contra la fiebre aftosa, optó por poner en contacto vacas que no daban leche con ganado infectado (pues con ello se obtendría el mismo resultado que con la vacuna, ya que los animales se enfermarían ligeramente en el período en que no son ordeñadas), no podría condenarse por el delito entonces vigente de colocar intencionalmente en contacto ganado sano con animales infectados con la fiebre aftosa (HR, 20 de febrero de 1933, *NJ* 1933, 918. Cfr. VAN BEMMELEN / VAN HATTUM, 142 ss.).

<sup>117</sup> Véase sobre esta materia, en especial: BUSTOS, J. / POLITOFF, S., "Los delitos de peligro", en *RCP*, t. XXVII, pp. 37 y sigs.; HERZOG, Félix, "Límites al control penal de los riesgos sociales", en *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. XIV, N° 46, enero-abril 1992, pp. 13 y sigs.

<sup>118</sup> En el mismo sentido, p. ej., SCHÜNEMANN, Bernd, "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte", en *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, pp. 787 y sigs. (p. 796).

la ley castiga al que "*pusiere en peligro la salud pública* por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio" (art. 318); o el hecho de echar en las acequias de las poblaciones objetos que, impidiendo el libre y fácil curso de las aguas, *puedan ocasionar anegación* (art. 496 N° 22), o la fabricación o expendio de sustancias *peligrasas para la salud* (arts. 313 d, 314 Cp) todas hipótesis que llevan la *efectividad del peligro* implícita o explícitamente incorporada a la descripción legal. En estos casos, la *antijuricidad material* del hecho punible viene dada por la prueba de la existencia efectiva del *peligro* que la ley quiere evitar.

Los delitos de *peligro abstracto*, en cambio, están concebidos como la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación (en sede procesal) del peligro que se pretende evitar. Esta técnica legal, que se inspira en la frecuencia con que de tales conductas se sigue el riesgo que se quiere evitar, lo que frente a determinadas hipótesis delictivas (p. ej., manejar un vehículo en estado de ebriedad) es difícilmente impugnabile. ¿Cómo negar, p. ej., que el incendio de un lugar habitado (art. 475 N° 1° Cp), como regla, importa un riesgo para la vida? Pero el punto puesto en discusión por muchos escritores es si debe admitirse la prueba de que en ese caso concreto no hubo ni pudo haber *peligro* alguno. De otro modo, esta clase de incriminaciones podría llegar a convertirse únicamente en castigo de la desobediencia (*lesión de un deber*),<sup>119</sup> mediante una presunción absoluta (*presumptio juris et de jure*) de la existencia del peligro que fundamenta la incriminación. Esa presunción es contradictoria con el principio *nulla poena sine iniuria* y, en rigor también, con la prohibición constitucional de las presunciones de derecho en materia penal.<sup>120</sup> Por

<sup>119</sup> Como sucede con la incriminación del que "faltare a la obediencia debida a la autoridad, dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere..." (art. 496, N° 1° Cp).

<sup>120</sup> KAUFMANN, Arthur, "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", en *JZ*, 1963, pp. 425 y sigs., ha criticado que el injusto de los delitos de *peligro abstracto* se deba apoyar en la "probabilidad de la probabilidad", en el "peligro del peligro" de lesión del bien jurídico, lo que importa, en palabras de HERZOG (*Límites al control penal...*, cit., p. 21), una "expansión del Derecho Penal en el ámbito del riesgo", que se traduce en un abandono de las tradiciones de un dere-

tanto, si la concurrencia del peligro para el objeto de protección resultara excluida de modo absoluto (en el supuesto de que se admita la prueba de la imposibilidad del peligro) podría impugnarse consecuentemente la tipicidad del hecho o, siquiera, la culpabilidad de su autor.<sup>121</sup>

## § 2. AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD: LAS CAUSALES LEGALES DE JUSTIFICACION EN GENERAL

### A. CONCEPTO

Como hemos señalado, afirmada la antijuricidad material de una conducta, todavía debe comprobarse que el daño social causado no se encuentre permitido por la ley, esto es, amparado por una causal de justificación. El fundamento de este permiso puede ser la *ausencia de interés* (p. ej., el consentimiento de la supuesta víctima, cuando se trata de bienes disponibles, como en el secuestro del art. 141) o la existencia de un *interés preponderante*, como sucede en los casos de aplicación general recogidos en el Cp: legítima defensa, art. 10 N<sup>os</sup> 4, 5 y 6 Cp; estado de necesidad, arts. 10 N<sup>o</sup> 7 y 145 Cp; cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo, autoridad u oficio, art. 10 N<sup>o</sup> 10, y la omisión por causa legítima del art. 10 N<sup>o</sup> 12. Cuando este permiso concurre en los hechos, desaparece no sólo la antijuricidad *formal* de la conducta típica, sino también la *material*, pues por dañosa que sea, si está autorizada expresamente por la ley no puede considerarse contraria a derecho. Naturalmente, aparte de las causales mencionadas todavía el ordenamiento en su conjunto puede contener permisos excepcionales, como sucede por ejemplo con las reglas procesales que autorizan la detención en caso de delitos flagrantes, arts. 133 y sigts. Cpp

cho liberal. Por su parte, la doctrina italiana afirma resueltamente que en los delitos *de peligro abstracto* se trata de un peligro *presunto*: "como se trata de una presunción *juris et de jure*, procede castigar en estos casos ya sea que exista o no un peligro concreto" (BETTIOL, 277).

<sup>121</sup> Vid. JESCHECK, 239; BUSTOS, 165.

(2000), pues como el orden jurídico es uno solo, es imposible que una conducta sea antijurídica, si una norma exterior al derecho penal la declara conforme a derecho.

Similares razones de orden lógico-jurídico imponen concluir que la conducta que es lícita para el autor, lo ha de ser también para quienes colaboran con él (con las notables excepciones de la *autoría mediata*, según veremos más adelante), y que, siendo lícito el actuar, no puede un tercero ejercitar contra éste una *legítima defensa*. Sin embargo, es discutible negar la posibilidad de accionar civilmente para reparar los daños causados por el actuar justificado, pues la cuestión aquí radica en saber quién ha de soportar económicamente un daño cuando la ley lo autoriza, no si ésta lo autoriza.<sup>122</sup> Hay además, a lo menos, ciertos terrenos en que la legislación ha ido consagrando, también en Chile, la responsabilidad civil aun en casos de actuación justificada, como sucede, p. ej., en materia de navegación aérea (art. 155 del Código Aeronáutico) y en materia de seguridad nuclear (art. 49, Ley 18.302).

#### a. Excurso: Los llamados elementos subjetivos de las causales de justificación

Aunque salvo la referencia explícita del art. 10 N<sup>o</sup> 6 al actuar no impulsado por "motivos ilegítimos" –cuyo significado se verá al tratar la *legítima defensa de extraños*–, no hay en los artículos Cp que recogen las causales de justificación una exigencia expresa en esta materia. Tanto la doctrina nacional como la extranjera se encuentran divididas en torno a la exigencia de un *ánimo especial* de justificación, particularmente en los casos de *legítima defensa*, donde se habla derechamente del "*ánimo de defensa*" como requisito cuya comprobación se admite en Chile sólo por una parte de los auto-

<sup>122</sup> NOVOA I, 406, parece inclinarse por considerar posible el pago de una indemnización civil en estos casos, idea que compartimos. En cambio, en contra se pronuncia CURY I, 374; y con matices, ETCHEBERRY I, 269. En todo caso, un tibio reconocimiento de la posibilidad de exigir indemnizaciones civiles, "si fueren legalmente procedentes" aún en casos de sentencias absolutorias, se contempla en el art. 67 Cpp (2000), que proclama la "independencia de la acción civil respecto de la acción penal".

res, influidos notoriamente por la doctrina final del injusto,<sup>123</sup> lo que es desestimado por los demás.<sup>124</sup> Sin embargo, en esta discusión —que involucra aspectos relativos al *contenido de ese supuesto elemento subjetivo, el error, su apreciación en los delitos culposos y en la tentativa*, así como los *efectos de su ausencia*—, tras no pocas peripecias, la doctrina prevaleciente entre los que reclaman elementos subjetivos de justificación va a parar, a lo menos en la dogmática chilena, al igual que la doctrina opuesta, pero por razones diferentes, a la impunidad del que realiza un hecho *objetivamente justificado*, cualquiera que haya sido su intención, finalidad o motivación, pues aun en el caso de la mujer que espera a su marido para darle una paliza con un garrote, lo que cree hacer sin percatarse que los golpes y las lesiones se los está propinando a un ladrón que esa noche se estaba introduciendo furtivamente en su casa (si es que la mujer tuviera la inocencia de reconocer que se equivocó de víctima), debieran terminar por admitir que estaríamos ante un delito frustrado *imposible*, impune conforme a nuestro régimen legal.<sup>125</sup>

### § 3. LAS CAUSALES LEGALES DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR (I): LA LEGITIMA DEFENSA

#### A. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

La legítima defensa es una causal de justificación que atiende al criterio del *interés preponderante*. El Código Penal la ha reglado entre las eximentes de responsabilidad criminal, en el art. 10, N<sup>os</sup> 4<sup>o</sup> (defensa *propia*), 5<sup>o</sup> (de *pariente*) y 6<sup>o</sup> (de *extraño*), una distinción arcaica que se recogió del modelo de 1848 / 50 y que ha desaparecido del Código español desde la reforma de 1983, donde quedó reducido a la defensa propia o ajena, con los mismos requisitos, lo que corresponde a la técnica empleada por la mayoría de las legislaciones.

<sup>123</sup> Cfr. COUSIÑO II, 137 ss.; GARRIDO MONTT II, 113 ss., y CURY I, 358 ss., aunque con matices.

<sup>124</sup> ETCHEBERRY I, 250 s.; NOVOA I, 373; POLITOFF I, 335 s.

<sup>125</sup> Un estudio detallado sobre el estado de la cuestión se puede ver en POLITOFF L., Sergio, "El papel del factor subjetivo en las causas de justificación", en LUISLUIZ, *Política criminal y reforma penal*, Santiago, 1996, *passim*.

Una definición de *legítima defensa* que, a nuestro juicio, responde mejor a nuestra tradición, es la de JIMÉNEZ DE ASÚA, para quien es "la repulsa de la agresión ilegítima, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla";<sup>126</sup> aunque resulta imprescindible fijar su verdadero alcance y contenido a través del examen de sus requisitos legalmente establecidos.

Atendido el sujeto que ejerce la defensa, la ley clasifica ésta en *defensa propia* (art. 10 N<sup>o</sup> 4), de *parientes* (art. 10 N<sup>o</sup> 5), y de *extraños* (art. 10 N<sup>o</sup> 6), clasificación superada en las nuevas codificaciones, como la española de 1995, donde sólo se distingue —ya se ha dicho— entre *defensa propia* y de *terceros*. Además, siguiendo el modelo belga, nuestro Código incorporó la llamada *legítima defensa privilegiada* (art. 10 N<sup>o</sup> 6, inc. final), que son supuestos especiales en los cuales, como veremos más adelante, tratándose de repeler ciertos delitos en determinadas circunstancias, la ley *presume* la concurrencia de algunos de los requisitos de la legítima defensa.

#### B. LEGÍTIMA DEFENSA PROPIA. REQUISITOS

##### a. La agresión ilegítima

La base de la legítima defensa es la existencia de una *agresión ilegítima*, primero de los requisitos mencionados en el art. 10 N<sup>o</sup> 4 Cp. El Estado, imposibilitado de socorrer por medio de sus agentes a quien está siendo agredido, faculta a éste para repeler la *agresión*: el *interés preponderante* aquí es el del agredido.

##### a.1. Concepto de agresión

*Agresión* es una *conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido*.

El que esa conducta sea *humana* importa que los ataques de animales podrían ser repelidos, no en virtud de la legítima defensa, sino con arreglo al *estado de necesidad* (art. 10 N<sup>o</sup> 7). Pero si un ani-

<sup>126</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA IV, 26.

mal (p. ej., un perro) es excitado para que ataque a una persona, el animal es un instrumento en manos del agresor y la muerte del animal estaría en tal caso justificada por la *legítima defensa*, de la misma manera que lo estaría la destrucción, mediante el acto defensivo, de cualquier otro medio empleado por el atacante. Además, como ya hemos explicado, la voz *conducta* es comprensiva tanto de una *acción* como de una *omisión*: clásico es el ejemplo de quien fuerza al carcelero a liberarlo, cuando omite hacerlo una vez expirada la condena;<sup>127</sup> pero no indica nada acerca de su carácter *doloso* o *culposo*, aspectos subjetivos que difícilmente el agredido podrá discernir de la sola observación del peligro que padece.<sup>128</sup>

### a.2. Ilegitimidad de la agresión

Ilegítima es la agresión *ilícita*, contraria al derecho en general, aunque no necesariamente constitutiva de delito (*típica*) ni, mucho menos, culpable. Tanto es ilegítima la utilización no autorizada de un vehículo a motor, aunque no constituya un delito contra la propiedad (el llamado *hurto de uso*), como el ataque de un *demente*, a quien no podrá considerársele *culpable* de dicha agresión, por su inimputabilidad penal (art. 10 N° 1 Cp). Y en ambos casos es posible la defensa, cumpliéndose los restantes requisitos legales.

### a.3. Actualidad o inminencia de la agresión

La exigencia de este requisito en la *agresión* se deduce no sólo del tenor de la circunstancia segunda del art. 10 N° 4, que habla de *repelerla* o *impedirla*, sino del simple hecho de que, a falta de agresión actual o inminente, no hay defensa posible, pues lógicamente ésta no puede referirse al pasado.

*Actual* es la agresión que se está ejecutando y mientras la lesión al bien jurídico no se haya agotado totalmente; de ahí que cabe la

<sup>127</sup> Cfr. ETCHEBERRY I, 253. Oo. GARRIDO MONTT II, 130.

<sup>128</sup> Se menciona aquí el caso del ciclista que conduce con manifiesta torpeza y a gran velocidad, con lo que pone en peligro a otra persona, que de un golpe lo hace caer (cfr. ETCHEBERRY I, 253. Oo. GARRIDO MONTT II, 130, para quien la *agresión* se limita a las acciones dolosas).

justificante de legítima defensa en el evento que la víctima persiga al ladrón que huye con el botín (en este caso, el delito está *consumado*, pero no *agotado*, porque subsiste para el agredido la posibilidad de recuperar los bienes arrebatados). La agresión subsiste siempre, naturalmente, en los delitos *permanentes*, como el secuestro, y en la repetición de los actos constitutivos de delitos *habituales* y *continuados*.

*Inminente* es la "lógicamente previsible".<sup>129</sup> Puede, en efecto, ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, ya que si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar las posibilidades de la defensa y no sería razonable, por otra parte, exigir del agredido que "pruebe" la fuerza del agresor antes de defenderse. No se exige tampoco que la agresión se encuentre técnicamente en grado de *tentativa* (art. 7° Cp), pues ya hemos señalado que no es requisito de ésta su carácter delictivo, sino solamente el ser ilícita.

#### a.3.1. El problema de la anticipación en el tiempo de la defensa: Las ofendiculas

La instalación preventiva de mecanismos de defensa estáticos (alambrados de púas, etc.) o automáticos (rejas electrificadas), tradicionalmente llamados *ofendiculas*, podrían de alguna manera considerarse no legitimados en tanto el daño previsto es previo a cualquier conato de agresión. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha admitido la legitimidad de dichos mecanismos, en la medida que sean ostensibles y anunciados, no pongan en peligro a miembros inocentes de la comunidad, actúen sólo cuando se produzca la agresión, y la gravedad de sus consecuencias no sobrepasen los límites de la necesidad.<sup>130</sup>

#### a.3.2. El problema del exceso temporal en la defensa: El ataque ante una agresión agotada

Nuestra ley reconoce, en principio, sólo una atenuación (art. 11 N° 4), para el que actúa en "vindicación próxima de una ofensa", atendido el hecho de que, faltando la agresión, no hay defensa posible. Siendo esto cierto, no deben descartarse, en todo caso, las posibilidades

<sup>129</sup> Vid. abundante jurisprudencia citada por LABATUT / ZENTENO I, 95.

<sup>130</sup> Cfr. LABATUT / ZENTENO I, 96.

que este exceso en el tiempo de la reacción defensiva conduzca a una exculpación, por faltar el reproche de culpabilidad (art. 10 N° 9 Cp). Si la naturaleza de las agresiones sufridas por el autor de los hechos han sido de tal entidad como para provocar en su ánimo alteraciones susceptibles de calificarse como *miedo insuperable*, o si no le fuera exigible una conducta diferente, como en el caso de una mujer que ha sufrido reiteradas y humillantes violaciones y ataca al agresor cuando éste, ya dándole la espalda, se retira del lugar de los hechos (caso en el que podría apreciarse una *fuerza (moral) irresistible*).

#### a.3.3. *La realidad de la agresión: El problema de la llamada justificante putativa*

Se deduce también del requisito de su actualidad o inminencia, que la agresión debe, en todo caso, ser *real*, es decir, existente y no imaginaria: el que se cree agredido ilegítimamente y se defiende contra ese peligro imaginario no actúa en legítima defensa de una agresión que no existe, y por lo mismo, se habla de una *defensa putativa*.

Lo curioso de esta situación es que, en tales casos, es el supuesto "agresor" (que sólo lo es en la imaginación del hechor) el verdadero agredido por parte del que cree erróneamente estar defendiéndose. El tratamiento penal del que creía defenderse concierne a las preguntas sobre los efectos del error —en este caso sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación— las que serán abordadas más adelante al ocuparnos de las causas que excluyen la culpabilidad. Por ahora, baste con anticipar que en esta materia —muy discutida— optamos por la tesis que distingue si este error era o no evitable, procediendo la imputación por culpa, en el primer caso, y la plena exculpación en el segundo.<sup>131</sup>

#### a.4. El objeto de la agresión: Los bienes defendibles

Aunque la formulación legal del art. 10 N° 4 ("el que obra en defensa de su persona o derechos") permitiría concluir que cualquier derecho de la persona es susceptible de ser agredido y, por tanto,

<sup>131</sup> La solución propuesta es, de todos modos, discutida en la doctrina nacional, según veremos más adelante al tratar específicamente los problemas de *error de tipo y error de prohibición*.

defendido, ello es claramente así respecto de los derechos de *una persona*, esto es, los tradicionalmente llamados derechos subjetivos (como la *propiedad*), pero mucho menos evidente en los llamados *derechos colectivos*, como el derecho "a vivir en un ambiente libre de contaminación" (art. 19, 8° CPR). De todos modos, no podría descartarse *a priori*, para seguir con el ejemplo, que se encuentre justificado por *legítima defensa* el ataque a una persona ante el peligro actual o inminente de que el atacado vierta una substancia manifiestamente tóxica en un canal de regadío, cuando no tiene autorización para ello y no hay tiempo para requerir la intervención de la fuerza pública.

#### b. *La necesidad racional de los medios empleados en la defensa*

##### b.1. Los límites de la defensa

Esta circunstancia segunda del art. 10 N° 4 supone una valoración del acto defensivo en relación con la agresión sufrida, o visto desde otro punto, determina *el límite* de la autorización concedida para defenderse: no en todo caso, no de cualquier manera, no con cualquier medio, sino cuando y con los medios que sean racionalmente necesarios para impedir o repeler *esa* agresión concreta y determinada que se sufre.

De allí que, aunque es claro que el texto legal quiso dejar entregada a la prudencia del juzgador esos límites, de una manera mucho más laxa que en el art. 10 N° 7, no puede desconocerse que al limitarse la defensa a lo *racionalmente necesario*, el interés dañado por ésta *no debe ser mucho mayor que el interés defendido* (criterio de *proporcionalidad*), y por otra parte, que habrá casos excepcionales donde la defensa no sea en sí *necesaria*, y sea preferible la *elusión* del ataque, como cuando el agresor es un niño de corta edad o sufre un ataque de epilepsia, etc. (criterio de *subsidiariedad*).

Aunque estas limitaciones ya han sido reconocidas en la doctrina de Holanda, Italia y Francia, en un sector de la doctrina española y también en algunos escritores de la moderna doctrina alemana,<sup>132</sup> la mayoría de nuestros autores suele rechazar en esta

<sup>132</sup> Cfr. POLITOFF I, 361 ss.; GUZMÁN DÁLBORA, J.L., "Dignidad humana' y 'moderatio' en la legítima defensa (notas sobre una interpretación restrictiva de la institución)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 4 (1994), p. 359.

justificante el recurso al criterio de la *subsidiariedad*.<sup>133</sup> No obstante, al menos el criterio de *proporcionalidad* ha sido reconocido de antiguo por nuestra jurisprudencia, entendiendo por tal el empleo del medio menos perjudicial de los adecuados al caso y del cual no cabía prescindir para defenderse.<sup>134</sup>

### b.2. El exceso intensivo en la defensa

Aparte del caso del *exceso temporal* o *extensivo* en la defensa ya analizado, al existir los límites de la racionalidad del medio empleado es posible concebir un *exceso intensivo*, esto es, el empleo irracional de medios que producen daños innecesarios al agresor.

No obstante, a diferencia de lo que sucede al faltar la agresión (*exceso temporal*), en el *exceso intensivo*, al existir la agresión, el exceso permite al que se defiende alegar la *eximente incompleta* del art. 73 Cp, que de entrada le otorga una rebaja penológica sustantiva (de hasta tres grados). Lo que se entiende sin perjuicio de la posibilidad de alegar una eximente como la del art. 10 N° 9, fuerza irresistible o miedo insuperable, atendida la naturaleza de la agresión y el efecto que pueda haberle provocado en su ánimo al que se defiende, imagínese el supuesto de la mujer que logra zafarse de su asaltante y coger un arma de fuego con la que dispara contra la cabeza o el corazón de su agresor, cuando hubiera bastado apuntar a las piernas.<sup>135</sup>

### b.3. El objeto de la defensa

Finalmente cabe señalar que es un requisito de la defensa que ella esté dirigida en contra del agresor: "él es el que debe soportar la re-

<sup>133</sup> Así, se afirma que "la legítima defensa consiste en repeler la agresión, no en evitarla" (GARRIDO MONTT II, 133), y "ante el injusto de la agresión nadie está obligado a ceder" (CURY I, 368).

<sup>134</sup> Cfr. las numerosas sentencias citadas por LABATUT / ZENTENO I, 98 s.

<sup>135</sup> Es importante apuntar aquí que en Holanda existe una especial causal de *exculpación* que consiste en el *exceso en la defensa* (art. 41, inc. 2° Cp neerlandés), cuando éste ha sido el "efecto inmediato de la intensa emoción causada por la agresión"; muy parecida a la existente en Alemania, país tradicionalmente más riguroso (§ 33 StGB).

acción defensiva que origina su agresión injusta y en contra de él la permiten las normas jurídicas..."<sup>136</sup> Con respecto a bienes pertenecientes a un tercero, podrá operar, eventualmente, un *estado de necesidad* y aun un *caso fortuito*. NOVOA cita un interesante fallo "que declaró lícita la conducta del que se defendía legítimamente y que lo absolvió respecto del daño a tercero por aplicación del N° 8 del artículo 10 Cp, solución correcta para la situación considerada".<sup>137</sup>

### c. La falta de provocación suficiente

A este requisito (que no debe consistir en una verdadera *agresión*, caso en el cual no sería agresor el provocado, sino simple defensor justificado) se lo ha llamado, desde CARRARA, *legitimidad en la causa*.<sup>138</sup>

Hay que renunciar a cualquier esfuerzo de definir cuantitativa o cualitativamente lo que debe entenderse por *suficiente*, asunto que quedará entregado al criterio del juez en cada caso concreto, pero es razonable pensar que no bastarán viejas rencillas y que la provocación ha de ser a lo menos próxima e inmediata y de una relativa gravedad (p. ej., nuestra jurisprudencia ha resuelto que una *injuria liviana* no es suficiente provocación para rechazar la legítima defensa contra una agresión con arma de fuego).<sup>139</sup>

Sin embargo, es claro que el provocador (que ha llevado, por ejemplo, al agresor a un estado de exasperación) no está por ello obligado a que "soporte impávido el ataque contra su vida".<sup>140</sup> En tal caso, su *defensa degradada* por el exceso en la causa —aunque no daría lugar a la justificante— puede conducir, no ya tan sólo a la atenuante privilegiada de la *eximente incompleta* del art. 73 Cp, sino, eventualmente, según sean los riesgos efectivos para la vida o integridad física del provocador y el efecto anímico que éstos le produzcan, a una exclusión completa de la culpabilidad por la vía de la *no exigibilidad de otra conducta* a través de la eximente de *miedo insuperable* del art. 10 N° 9 Cp.

<sup>136</sup> NOVOA I, 385.

<sup>137</sup> NOVOA I, 385. "La sentencia citada es la SCA Santiago, 12.07.1943", en *Revista de Ciencias Penales*, t. VI, p. 343.

<sup>138</sup> CARRARA, § 297.

<sup>139</sup> SCS 15.07.1955, *RDJ* LII, 2ª parte, secc. IV, p. 74.

<sup>140</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA IV, 247.

## C. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE PARIENTES

a. *Concepto y alcance*

Siguiendo la regulación del modelo español de 1848 / 1850, nuestro Código contempla la defensa de parientes en un numeral separado del art. 10, el N° 5, donde se señalan los parientes que pueden defenderse legítimamente bajo esta causal (la defensa de otros parientes se consideraría dentro de la causal N° 6, como *defensa de extraños*), siempre que exista agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado, agregando que, en caso de preceder provocación por parte del agredido, se admitirá la defensa, siempre que el defensor no hubiera participado en ella.

## a.1. Parientes a que alcanza la justificación

El art. 10 N° 5 Cp enumera entre ellos al cónyuge, los consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, los afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, y los padres o hijos naturales o ilegítimos.

Sin embargo, estas categorías filiales fueron alteradas por la Ley N° 19.585, de 26.10.1998, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación al suprimirse la distinción entre parentesco legítimo e ilegítimo y la calidad de hijo natural. De modo que aunque el Presidente de la República no ha hecho uso de la facultad que el art. 8° de dicha ley le concedía para realizar la adecuación del Código Penal a dicha modificación civil, para aplicar esta eximente debemos entender que las categorías de parientes mencionadas en ella deben adecuarse a las actualmente existentes en el Código Civil, a saber: *cónyuge y parientes consanguíneos y afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive*. No obstante, a pesar de la simplificación producida por el cambio legal señalado, se debe insistir en que la enumeración de parientes que hace el Código es manifiestamente absurda: el defensor probablemente no va a tener tiempo para sacar la cuenta acerca de sus grados de parentesco.

b. *Particularidades de la defensa de parientes*

## b.1. Requisitos comunes con la defensa propia

Como señala el texto legal, es perentorio para admitir esta clase de defensa la existencia de una *agresión ilegítima*, y la *necesidad racional del medio empleado en impedir la o repelerla*, cuyo estudio ya se ha hecho a propósito del de la *defensa propia*. Luego, la única diferencia con el caso anterior radica en el tratamiento de la *provocación*.

## b.2. El requisito de no haber participado en la eventual provocación

Con razón se ha señalado que la exigencia de que si ha existido provocación *suficiente* por parte del acometido,<sup>141</sup> el defensor no tuviere participación en ella es absurda: si el agredido ha sido *provocador*, su defensa no está justificada, pero sí lo está la defensa del pariente. Así, según el clásico ejemplo, si A profiere una *injuria* atroz contra B, y éste levanta la mano para aplicar una *bofetada* al injuriante, A no estaría justificado para darle un golpe y *repeler* el ataque; pero sí lo estaría C, su pariente colateral por afinidad en segundo grado.<sup>142</sup>

## D. LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS. PARTICULARIDADES

Al igual que la legítima defensa de parientes, la de terceros requiere la existencia de una *agresión ilegítima*, de la *necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla*, y del requisito de que, *en caso de preceder provocación por parte del ofendido, no hubiese participado en*

<sup>141</sup> Aunque en el texto de esta disposición no se alude expresamente a la *suficiencia de la provocación*, es claro que, también en ella se exige que "la provocación en que el defensor no debe participar ha de ser suficiente, porque la que no es bastante carece de eficacia para anular la plenitud de la justificación incluso en el caso de la defensa propia" (JIMÉNEZ DE ASÚA IV, 248).

<sup>142</sup> El absurdo puede aumentarse aún más: si en el caso propuesto el pariente por afinidad solamente le pasara a A el palo con que el que se defiende, sería cómplice de las lesiones causadas a B por A —quien no está justificado—; pero si C mismo, en defensa de A, causa las lesiones, estaría ... ¡exento de responsabilidad!

ella el defensor, ofreciendo en general la misma problemática que la legítima defensa de parientes, fuera de la enumeración de las personas defendibles,<sup>143</sup> pero sí el requisito adicional de *no haber obrado el defensor impulsado por algún motivo ilegítimo*, que veremos a continuación.

a. *El elemento subjetivo de la defensa de terceros:  
La falta de motivación ilegítima*

El art. 10 N° 6 contempla el requisito adicional de que *el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*.

Este es el único caso en que la ley exige expresamente una especial disposición subjetiva para admitir el efecto justificante de la legítima defensa. Sin embargo, su sentido no parece ser exigir una *motivación fiel al derecho*, sino simplemente exigir de parte del defensor que *conozca* el efecto salvador de su acción y que *no obre exclusivamente* por un motivo ilegítimo, esto es, que no se produzca una situación de *abuso del derecho*.

Por tanto, sólo quedaría excluida la justificante en hipótesis de rechazo puramente "causal" de la agresión (sin saber que ésta existe); ni en el de acciones *cuyo exclusivo propósito* fuera el dar curso libre al odio o al resentimiento. En los restantes casos, sería aplicable la eximente, aunque el defensor sienta odio o enemistad hacia el agresor, pues aquí debemos suponer que la ley ha de privilegiar la defensa del agredido, no al agresor, sin negar la legitimidad de la defensa sólo por los *sentimientos* del potencial defensor respecto del agredido o de la propia ley.<sup>144</sup>

La existencia exclusiva de un motivo ilegítimo daría lugar a la atenuante privilegiada de *eximente incompleta* del art. 73, aunque no existe jurisprudencia en que, por faltar la exigencia subjetiva, la justificante de defensa no se haya considerado aplicable.

<sup>143</sup> Se discute, sin embargo, en cuanto a los *bienes defendibles*: mientras la doctrina admite la defensa de bienes pertenecientes a *personas jurídicas*, incluso el Fisco, la jurisprudencia nacional ha sostenido reiteradas veces que sólo es posible defender los derechos de *personas naturales*, cfr. ETCHEBERRY I, 258.

<sup>144</sup> Oo. COUSIÑO II, quien exige para admitir la justificante la exclusión de toda otra motivación que no sea la defensiva. Más moderadamente, CURY I, 359 sólo exige "que el sujeto haya conocido y querido la situación en que [la justificante] consiste".

E. LA LLAMADA *LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA*

Consagrada en el inc. final del N° 6 del art. 10, comprende, como señala GARRIDO MONTT,<sup>145</sup> dos situaciones distintas:

a) El rechazo al *escalamiento* (entrar por vía no destinada al efecto), que puede tener lugar tanto de día como de noche, en una casa, departamento u oficina habitada, o en sus dependencias, siempre que ellos estén *habitados* (no basta que estén *destinados a la habitación*);

b) El rechazo *de noche*: a un *escalamiento*, de un local comercial o industrial, *esté o no habitado y el rechazo*;

c) de la *consumación* (sea impidiendo, sea tratando de impedir) de los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación en las personas y robo por sorpresa.

Esta institución, recogida del Código belga (donde todavía se mantiene, como en el francés), y que en nuestro Código se ha ubicado como inc. final del N° 6 del art. 10, establece una presunción simplemente *legal*, que admite, por ende, prueba en contrario, acerca de la concurrencia de los requisitos legales de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la clase de agresiones que se enumeran, falta de provocación suficiente y que el tercero no obró *impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*.

Con buenos argumentos, ETCHEBERRY concluye que esta presunción legal no alcanza en ningún caso al requisito de la *agresión ilegítima*, la que deberá probarse en todos los casos, pues la ley exige, para hacer efectivo el privilegio que establece, que el que se defiende *rechace* un escalamiento o *impida* la comisión de los delitos que se señalan, escalamiento y comisión que deben ser hechos efectivos y que, como tales, constituyen una agresión actual o inminente cuya prueba no puede soslayarse.<sup>146</sup>

No puede dejar de destacarse que la posibilidad de repeler la agresión, sin consideración alguna de los criterios de *proporcionali-*

<sup>145</sup> GARRIDO MONTT, *Nociones*, 136.

<sup>146</sup> ETCHEBERRY I, 259 ss.

dad y "cualquiera que sea el daño que se cause al hechor", podría entenderse como la consagración del bárbaro punto de vista —ya denunciado por Max Ernst MAYER— de que "se puede abatir de un tiro al agresor para defender la posesión de un fósforo, siempre que corresponda a la violenta energía del ataque".<sup>147</sup> Sin embargo, nuestra Corte Suprema ha moderado la posible interpretación extrema al afirmar que "el escalamiento o fractura deben existir en el momento en que se rechaza al o a los atacantes; en otros términos, si un extraño ya ha penetrado en la casa o en el departamento habitado o en sus dependencias, ya no es aplicable el precepto en referencia".<sup>148</sup>

No obstante, el legislador ha establecido algunos casos más de suma importancia práctica y, sin duda, muy reñidos con la idea de que en un Estado de Derecho han de ser sus agentes los principales obligados al cumplimiento de la ley. Nos referimos a la *presunción de derecho* establecida en el art. 410 CJM, según la cual "será causal eximente de responsabilidad penal para los Carabineros, el hacer uso de sus armas en defensa propia o en la defensa inmediata de un extraño al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio",<sup>149</sup> extendida por el art. 208 de ese cuerpo legal a todo "el personal de las Fuerzas Armadas que cumplan funciones de guardadores del orden y seguridad públicos". Similar disposición establece la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile (DL 2.460), cuyo art. 23 bis señala: "estará exento de responsabilidad criminal, el funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, que con el objeto de cumplir un deber que esta-

<sup>147</sup> MAYER, M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, cit., pp. 280 ss.

<sup>148</sup> SCS de 11.10.1967, en *RCP*, t. XXVI, p. 308.

<sup>149</sup> Los arts. 411 y 412 CJM extienden la exención "al Carabinero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse" y "al caso en que el Carabinero haga uso de sus armas en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabinero tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla, como cuando se vigila el cumplimiento del derecho de retención, el de una obligación de no hacer, la forma de distribución de aguas comunes, etc."; pero en ambos casos con carácter de presunción *simplemente legal*, pues se añade que "no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados".

blezca este decreto ley, se viere obligado a hacer uso de armas, para rechazar alguna violencia o vencer alguna resistencia a la autoridad". No obstante, parece que en este último caso se pone un énfasis en la situación psicológica del policía ("se viere obligado"), que podría llevar la cuestión a pruebas acerca de la real situación fáctica, lo que difícilmente se admitirá con la disposición citada respecto de Carabineros. Con todo, valdría para ambos casos la advertencia de GARRIDO MONTT, en el sentido que el uso de las armas debe hacerse "sólo en cuanto resulta racionalmente necesario" y se dirija específicamente al cumplimiento del deber de quien utiliza el arma, pues "la vida y la integridad corporal no están al arbitrio de la autoridad".<sup>150</sup>

#### § 4. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR (II): EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

##### A. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

La idea del estado de necesidad *justificante* supone la existencia de un mal o peligro inminente para un bien jurídico que no puede evitarse de otra forma como no sea dañando un bien de menor valor. Además, según nuestro Código Penal, los bienes que pueden ser *sacrificados* en amparo de un bien de mayor valor son únicamente la *propiedad* (art. 10 N° 7) y la inviolabilidad de la *morada* (art. 145).

Con todo, al igual que la legítima defensa, también el estado de necesidad tiene un origen que va más allá del derecho positivo (*necessitas legem non habet*), pese a lo cual el derecho, en uno y otro caso, regula las condiciones para reconocer su licitud. Cumplidas dichas condiciones, el orden jurídico aprueba el sacrificio de un bien jurídico a costa de otro, a cuyo titular se le impone el deber de soportar el daño. Si el acto realizado para salvar un bien jurídico se sale de los límites fijados por el derecho, dicho deber desaparece y el perjudicado puede oponer lícitamente resistencia al sacrificio de sus bienes. Analicemos pues, ahora, dichos límites.

<sup>150</sup> GARRIDO MONTT II, 155 s.

B. REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE  
DEL ART. 10 N° 7 CP

a. *Realidad o peligro inminente del mal que se pretende evitar*

Requisito esencial y fundamento de la eximente es la existencia del mal que se pretende evitar, esto es, del peligro o amenaza de daño a un bien jurídicamente protegido.

Según la circunstancia primera del N° 7 del art. 10 Cp, el mal debe ser *real* o *inminente*. *Real* significa actual, esto es, directamente perceptible por los sentidos. Que sea *inminente* significa un alto grado de probabilidad, lo que importa un juicio sobre "un curso futuro, apoyado en la experiencia causal humana, que debe lograrse con la ayuda de una consideración generalizadora *ex post*".<sup>151</sup>

a.1. El problema del origen del mal y la actuación previa del propio agente salvador

No tiene importancia cuál sea el origen del peligro, puede tratarse de fenómenos naturales (avalanchas, terremotos), del efecto de un acto de un tercero (p. ej., el que huye de una agresión penetra en la casa de una persona ajena al conflicto) y hasta del propio necesitado; es irrelevante si por culpa de éste (imprevisión, descuido, ignorancia) se ha originado la situación de necesidad.<sup>152</sup>

Distinto es si el autor produjo intencionalmente el peligro contando con la lesión del bien jurídico para superarlo, lo que siendo un supuesto de *abuso del derecho*, impediría la admisión de la justificante.<sup>153</sup>

a.2. El problema de la inexistencia del mal y la justificante putativa por estado de necesidad

No es lo mismo un peligro que un peligro aparente: si la policía cree equivocadamente que se está cometiendo un asalto y causa un

<sup>151</sup> SCHÖNKE / SCHRÖDER, nota 13 a § 34 (24ª ed).

<sup>152</sup> RODRÍGUEZ DE VESA / SERRANO GÓMEZ, 571.

<sup>153</sup> Cfr. ETCHEBERRY I, 265; CURY I, 329; GARRIDO MONTT, *Nociones*, 141.

daño en la propiedad ajena, el hecho no está justificado *en ningún caso*, como no lo está el del que se apodera de un automóvil, rompiendo sus resguardos, para conducir al hospital al que había simulado un accidente.

Al igual que sucede con la imaginaria agresión en los casos de legítima defensa, la imaginaria presencia de un mal que no existe es un problema propio de la teoría de la *culpabilidad*, y más precisamente del *error*, que nunca puede dar lugar a una justificación, y cuyo alcance exacto se verá en ese lugar, aunque adelantemos aquí la regla de que, en principio, quien no sabe lo que hace, no puede responder criminalmente de ello.

b. *Que el mal que se evita sea mayor que el que se causa para evitarlo (criterio de proporcionalidad). La propiedad, único bien dañable en el estado de necesidad justificante del art. 10 N° 7*

El art. 10 N° 7° Cp restringe los bienes que pueden ser sacrificados en amparo de un bien de mayor valor a un daño en la propiedad ajena. La palabra daño no está tomada aquí en el sentido de los arts. 432 y sigts., sino en un sentido amplio, que incluye "todo detrimento, perjuicio o menoscabo".<sup>154</sup> En la voz propiedad se comprenden todos los derechos patrimoniales y no sólo las cosas que son objeto del dominio.

Luego, la ponderación a que se refiere el requisito segundo del art. 10 N° 7 supone dos grupos de casos: comparación con bienes diferentes a la propiedad, y comparación entre daños reales y potenciales a la propiedad. En ambos casos, la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto no es aritmética, pero debe haber desde luego una indudable superioridad del bien que se trata de salvar. Desde luego parece claro que todo bien personal es de mayor valor a la propiedad, según la ordenación del Código, y que también lo es todo bien colectivo especialmente protegido, como la salud y seguridad públicas, etc.

Por otra parte, tratándose de ponderar entre daños reales y potenciales a la propiedad, no sólo habrá que considerar el valor y la magnitud de los daños, sino también el significado funcional de

<sup>154</sup> NOVOA I, cit., 405.

los bienes en juego y la eventual irreparabilidad del daño causado,<sup>155</sup> así como “el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social”.<sup>156</sup> (Así, la choza del campesino, que constituye su único patrimonio, será seguramente más valiosa que el costoso automóvil del magnate.)<sup>157</sup>

#### b.1. Excurso: El llamado estado de necesidad exculpante

Conforme a lo dicho respecto del estado de necesidad, es más o menos claro que si el bien sacrificado es de igual o mayor valor que el salvado, no operará la causal de justificación, cabe entonces hablar de un *estado de necesidad exculpante*.

Se citan al respecto los famosos casos del alpinista que corta la cuerda que amenaza romperse por no resistir el peso de dos personas y hace precipitarse al abismo a su compañero de excursión, y el del que, luchando por ganar la salida del teatro en llamas, pisotea el cuerpo caído de otra persona.

Nuestra ley no contiene una regulación especial de este estado de necesidad exculpante (como el § 35 StGB), aunque su casuística puede situarse en el ámbito de las hipótesis de no exigibilidad de otra conducta, que sí contempla, como la fuerza moral irresistible y el miedo insuperable (art. 10 N° 9 Cp), si, atendidas las circunstancias anormales que rodean el hecho, cualquiera –salvo personas de excepción por su presencia de ánimo, por su especial adiestramiento, por su concepción moral u otras razones– probablemente habría actuado de manera parecida. Pero si el mal que se pretende evitar no tiene entidad suficiente para alterar el ánimo del que ejerce la acción salvadora, de manera que no sea posible apreciar en él un miedo insuperable o una fuerza irresistible, sólo cabría apreciar una atenuante simple del art. 11 N° 1 y, de concurrir el siguiente requisito, la atenuante privilegiada del art. 73.

<sup>155</sup> JESCHECK, 325.

<sup>156</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1989, p. 129; Cfr. GARRIDO MONTT, *Nociones*, 144.

<sup>157</sup> CURY I, 373.

#### c. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo (criterio de subsidiariedad)

El legislador acoge aquí explícitamente el principio de subsidiariedad en materia de acciones salvadoras. De existir varios medios de impedir el mal que se trata de evitar, la ley sólo acepta que se escoja el menos perjudicial, a la vez que practicable (que se puede practicar o poner en práctica), en las circunstancias concretas. Si existe otro medio salvador menos o igual de perjudicial y también practicable, aunque más engorroso o lento que el utilizado, la justificante no es aplicable, y sólo cabría recurrir a la eximente incompleta del art. 73.

#### d. Excurso: El supuesto deber de aceptación del peligro o de resistencia al mal como requisito del estado de necesidad

Aunque en nuestra ley no se contiene expresamente, algunos autores añaden como requisito para alegar el estado de necesidad la inexistencia de un supuesto deber de aceptación del peligro o resistencia al mal, inspirado evidentemente en legislaciones extranjeras.<sup>158</sup>

Es claro que hay determinadas profesiones (médicos, policías, etc.) que imponen la exposición a riesgos (en ocasiones, como es entre nosotros el caso de los bomberos, por decisión voluntaria), pero ello no puede significar que deban autoinmolarse en defensa de la propiedad o de otros bienes jurídicos de menor significación cuando exista un riesgo en que la propia muerte o un daño grave en la salud amenacen con alta probabilidad. La afirmación de COUSIÑO, en el sentido de que los bomberos “no pueden ampararse en el estado de necesidad cuando realizan su actividad protectora, la que se extiende a todos los riesgos inherentes a ella, incluso el propio sacrificio de su vida”<sup>159</sup> resulta enteramente inaceptable, cuanto más que –cabe repetir– entre nosotros se trata de personas voluntarias.

<sup>158</sup> Cfr. COUSIÑO II, 415 y GARRIDO MONTT II, 142.

<sup>159</sup> COUSIÑO II, 420 s.

C. LA JUSTIFICACIÓN POR ESTADO DE NECESIDAD  
DEL ART. 145 CP

La justificante del artículo 145 Cp, en especial en cuanto excluye de la responsabilidad penal "al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero" y "al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia" (inciso 1º), que, al decir de PACHECO, "es un derecho mayor, que compensa y extingue a otro derecho",<sup>160</sup> se recogió textualmente por nuestros comisionados del modelo español. NOVOA propone como ejemplo al que entra en casa ajena para llamar por teléfono a los bomberos o para despertar a los moradores del local que se incendia, o bien para escapar de un animal furioso que lo persigue.<sup>161</sup> El precepto no se encuentra en el derecho comparado (se suprimió del vigente Cp español), ya que se trata de hipótesis claramente comprendidas en las fórmulas más amplias del estado de necesidad.<sup>162</sup>

§ 5. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION  
EN PARTICULAR (III): CUMPLIMIENTO DEL DEBER  
Y EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO, AUTORIDAD,  
OFICIO O CARGO

A. GENERALIDADES

Como casi todos los códigos latinoamericanos que, siguiendo la tradición española incluyen, de una u otra manera, en el catálogo de eximentes la hipótesis del que actúa en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber, el nuestro la contempla también en el N° 10 del art. 10, aunque es evidente que la unidad del orden jurídico hace necesario reconocer normas permisivas no sólo en la ley penal misma, sino también en otras ramas del derecho público o privado, siendo innecesaria y superflua, en principio, una disposición que lo reitera. ¡Qué duda cabe que la ausencia de ilicitud existiría aunque el legislador no hubiera incluido tales hipótesis en un precepto del Código Penal!

<sup>160</sup> PACHECO III, 262.

<sup>161</sup> NOVOA I, 413-414.

<sup>162</sup> Cfr. p. ej., WELZEL, 283.

No obstante, hay escritores que ven una conveniencia "pedagógica" en la inclusión de un precepto de esa índole (que el Código alemán no contiene, pero que el nuevo Código español ha mantenido, art. 20, N° 7), en cuanto "advertencia al juez para que tenga en cuenta todas las reglas de derecho incluso extrapenales, que en el caso concreto pueden tener como efecto la excepcional legitimidad del hecho incriminado".<sup>163</sup>

a. El problema del error en esta causal de justificación

Al igual que en los casos de legítima defensa y estado de necesidad *putativos*, es imaginable el supuesto de quien cree actuar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de una autoridad, cargo u oficio, sin estar facultado para ello, no por desconocer las normas que le otorgan el derecho a actuar, sino por apreciar falsa o erróneamente la situación fáctica que sirve de presupuesto para dicha actuación: el policía que equivoca la persona que debe detener —por alcance de nombre, p. ej.—, o el domicilio que debe allanar (por ser errónea la dirección transcrita o corresponder, con el mismo nombre, a otra comuna), etc.

En estos casos, al faltar el fundamento que hace legítima la actuación, el exceso fundado en un *error de hecho* al apreciar la situación ha de tratarse del mismo modo que en las otras *justificantes putativas*: como error de tipo que podría conducir a una *exculpación*, si es invencible, o al castigo a título *culposo* (de existir la figura correspondiente), si no.

Si el exceso radica en un error sobre el alcance de los deberes y derechos ejercidos, como el del particular que detiene al preso fugado, creyendo estar autorizado para ello al igual que lo está la policía, también nos encontramos ante problemas de *exculpación*, pero de otra clase: es lo que se conoce como *error de prohibición indirecto*, que eventualmente podría conducir a una *exculpación total*, si es invencible, o a una atenuación en el resto de los casos.

<sup>163</sup> LAGOZ, Paul, *Commentaire du Code Pénal suisse II*, p. 126, cit. p. JIMÉNEZ DE ASÚA II, 490. En el mismo sentido, GARRIDO MONTT, *Nociones*, 149.

## B. CASOS QUE COMPRENDE LA CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN

a. *Obrar en cumplimiento de un deber*

## a.1. Concepto

La expresión *deber* no tiene un significado moral, sino estrictamente jurídico. Se trata de aquellos casos en que actos aparentemente delictuosos se imponen por la ley al sujeto. NOVOA señala, como ejemplo, la obligación impuesta por el art. 189 Cpp (1906) a "toda persona que resida en el territorio chileno y que no esté legalmente exceptuada" de concurrir a prestar declaración en juicio criminal sobre lo que el juez lo interrogue, de donde pudieran emanar la aseveración de hechos que sean lesivos para el honor de una persona.<sup>164</sup> Pero los casos generalmente propuestos se refieren a los ejecutados en cumplimiento de un *deber* resultante de funciones públicas (actos de servicio), como sucede en el sostenimiento de la acción penal pública por parte de los fiscales del Ministerio Público, ella siempre podría considerarse *calumniosa* (se trata de imputar delitos), particularmente cuando el acusado resulta absuelto. Lo mismo ocurre cuando los agentes de la autoridad emplean medios coercitivos, como la detención de un delincuente flagrante por un agente de la policía.

El cumplimiento del *deber* supone criterios de *adecuación* y *proporcionalidad*, de modo que el empleo innecesario de violencia (por ejemplo frente a un delincuente que no opone resistencia) no estaría amparado por la justificante: se ampara el ejercicio del derecho, no su abuso.

## a.2. El problema de la obediencia debida. Remisión

En los casos de la llamada *obediencia debida*, el *deber* no supone una relación directa del actor con la ley —como parece ser el sentido del art. 10 N° 10—, sino que éste recibe el mandato a través de un superior jerárquico. Sin embargo, nuestro legislador consideró que una causal diferente de exención de responsabilidad funda-

<sup>164</sup> NOVOA I, 395.

da en la *obediencia debida* (que se contenía en el art. 8 N° 11 del Código español de 1848 / 50, pero que se suprimió del Código español vigente) era innecesaria, ya que esa noción quedaba, de todos modos, comprendida en las demás situaciones previstas en el artículo 10 N° 10.

No obstante, esto sólo es aplicable al caso de una *orden del superior lícita*: aquí no se suscita problema alguno sobre la licitud de la conducta del subordinado que la cumple adecuadamente, pues la orden lícita sirve de intermediación entre el que recibe la orden y la voluntad del orden jurídico. En cambio, tratándose de una *orden ilícita*, dicha justificación es inaplicable. La doctrina acepta hoy casi unánimemente que el acto delictual cometido por orden de un superior *conserva su carácter ilícito* también respecto del subordinado; así, la orden de torturar a un detenido será siempre *antijurídica*, no sólo para el que da la orden, sino también para el que la ejecuta, tanto desde el punto de vista del derecho penal nacional como, en este caso, del derecho penal internacional. En estos casos, el ejecutante a lo más podría alegar una *exculpación por inexigibilidad de otra conducta*, como veremos más adelante, según las reglas especiales contempladas en el art. 234 CJM o, eventualmente, según la regla general del art. 10 N° 9, esto es, *miedo insuperable* o *fuerza irresistible*,<sup>165</sup> exención de la que, naturalmente, no puede beneficiarse el que da la orden ilícita, pero sí, en contadas ocasiones, el que la cumple. Los detalles de esta cuestión, que por referirse al ámbito de la *no exigibilidad de otra conducta* conciernen a la culpabilidad y su ausencia, se abordarán en ese lugar.

b. *Obrar en ejercicio legítimo de un derecho*

Aunque con las reservas ya mencionadas acerca de la necesidad de su inclusión explícita en el texto del Código, coincide la mayor parte de la doctrina nacional en reconocer al ejercicio legítimo de un

<sup>165</sup> Ello no impide que el *ejecutante* de la orden ilícita, en determinados *casos excepcionales*, pueda quedar eventualmente amparado por una causal de exculpación: *error* sobre los presupuestos fácticos de la causal de justificación, por no ser evidente el carácter ilícito de la orden (como el policía que detiene a un sujeto inocente por orden de un Tribunal malintencionado), o *no exigibilidad de otra conducta*.

*derecho* el carácter de causa de justificación.<sup>166</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA<sup>167</sup> propone un extenso elenco de casos, que incluyen, entre otros, el ejercicio de acciones en pleito civil o en causa criminal, aunque al hacerlo se profieran frases que objetivamente aparezcan como leivas del honor ajeno; el ejercicio del derecho de retención que consagran en nuestro derecho diversas disposiciones del CC (arts. 1937, 1942, 2162, 2193, 2234, 3401); el ejercicio del derecho disciplinario por quien lo posee; etc.

La exigencia de que el ejercicio del *derecho* sea *legítimo* significa la exclusión del ámbito de la justificante del *exceso* y del *abuso* en dicho ejercicio (“ejercicio arbitrario del propio derecho”).

### c. El ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo

Se trata, como bien dice CURY, de meras “especificaciones de la misma idea” de los casos anteriores,<sup>168</sup> es decir, la justificante reside en el ejercicio legítimo de *derechos* y *deberes* inherentes al oficio o profesión.

La doctrina señala diversas hipótesis en que podría invocarse tal causal de justificación, como la actividad del abogado que, en sus alegatos o escritos, en interés de su cliente, trata de señalar hechos dañosos para la reputación de la contraparte (aunque en tales casos también pudiera sostenerse la atipicidad por falta de *animus iniurandi*), pero sin duda las más relevantes dicen relación con la actividad médica.

#### c.1. Problemas especiales del ejercicio de la actividad médica

Un tratamiento particular se destina por la doctrina al *ejercicio de la actividad médica*. Si bien la intervención médica, en principio, no

<sup>166</sup> Así, NOVOA I, 396; ETCHEBERRY I 244; CURY I, 333; LABATUT / ZENTENO (“auténtica causal de justificación”, 110); COUSIÑO II, 442. GARRIDO MONTT (*Noções*, 152), llama la atención sobre algunos casos en que el ejercicio de un derecho constituye, en rigor, una causal excluyente de la tipicidad.

<sup>167</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA IV, 517 ss.

<sup>168</sup> CURY I, 375.

constituye una actividad típica *justificada*, sino una conducta *atípica*,<sup>169</sup> supuesto que se cuente con el consentimiento (aun tácito) del paciente y que los actos terapéuticos se hayan realizado de acuerdo con las reglas del arte médico (*lege artis*), hay no pocas situaciones en que los límites de lo admitido por el derecho no están suficientemente definidos y reclaman una actividad creativa de la doctrina y la jurisprudencia.

Algunas intervenciones médicas en interés de la salud ajena, como el caso de los trasplantes, regulados en la Ley 19.451, de 10.04.1996, en que el *consentimiento* del paciente cumple un papel central, no parecen ya suscitar polémicas (en casos en que aparece evidente que la pérdida de un órgano, consentido por una persona, está destinado a salvar la vida de otra).

También suelen presentar dificultades la determinación de los requisitos que deben concurrir para que puedan considerarse justificadas las lesiones causadas con fines de *experimentación*: a) insignificancia de la lesión; b) importancia y seriedad de la experimentación; c) conformidad en el plano sociocultural de las metas y procedimientos de esa experimentación; d) acatamiento a las normas de la *lex artis* médica, tanto desde el punto de vista de la técnica como de la ética, y e) el *consentimiento* expreso del afectado.<sup>170</sup> Similares consideraciones podrían valer para la justificación de las operaciones de carácter *estético*.

Todavía mayores complicaciones se enfrentan al abordar la situación de los llamados *enfermos terminales* o *irrecuperables*. Por una parte, está el problema de la escasez relativa de los aparatos médicos que procuran la sobrevivencia de estos pacientes (respiradores artificiales, máquinas dializadoras, etc.), y de la necesaria decisión acerca del uso que de ellos se hará y, en particular, de los pacientes que serán a ellos conectados o desconectados. La simple afirmación de que la desconexión sería siempre ilícita ignora la práctica médica, enfrentada a menudo a la penosa necesidad de ponderar los bienes en juego: la *vida recuperable* de un paciente que se enfrenta a un cuadro agudo ante la simple *sobrevida artificial* del que padece una enfermedad mortal de necesidad. Por otro lado, ante ciertas enfermedades *irrecuperables* e *invalidantes*, surge la pregunta acerca

<sup>169</sup> Vid. POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA, 182 ss.

<sup>170</sup> POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA, 189.

de la posibilidad de abreviar el dolor del paciente mediante una asistencia especializada en su muerte; en Holanda (seguida recientemente por Bélgica) la jurisprudencia primero y una regulación legal después ha admitido en algunos casos la licitud de la *eutanasia activa* respecto de pacientes, en estado terminal, sometidos a intensos padecimientos, si se cumple con diversas exigencias (solicitud reiterada y constante del afectado, opinión conforme de varios especialistas, etc.).<sup>171</sup> Esa doctrina, que ha provocado enérgico rechazo en otros países, es significativa, sin embargo, de la necesidad de dar respuesta legal a preguntas acuciantes y renovadas que plantea el ejercicio de la medicina. Ya a comienzos del siglo pasado describía Max Ernst MAYER el dilema del médico en los siguientes términos: "Como médico debes conservar la vida del que penosamente sufre, acudiendo a todos los recursos de tu arte; al moribundo le puedes aligerar y abreviar (?) la agonía".<sup>172</sup> El signo de interrogación fue colocado por el propio MAYER, subrayando así que esta y otras preguntas semejantes conciernen a normas de cultura y a criterios éticos cuyo contenido alimenta también decisivamente la definición de los límites entre lo prohibido y lo permitido.

## § 6. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR (IV): EL CONSENTIMIENTO

### A. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

El *consentimiento* consiste en la aceptación o permiso libre y consciente por parte del particular afectado por la acción típica para que otro realice esa conducta.<sup>173</sup> Para consentir en este sentido, no es necesaria una capacidad en sentido civil, sino sólo la necesaria materialmente para la comprensión del sentido del acto. Dado con posterioridad a la perpetración del hecho, no se trataría ya de un *consentimiento*, sino del *perdón del ofendido*, que sólo extingue la res-

<sup>171</sup> Extensamente, sobre el tema: HAZEWINKEL-SURINGA / REMMELINK, 359 ss.; puede verse también BLAD, John, "De dood en de schuld van de arts", en POLITOFF, "Liber Amicorum", 11 ss.

<sup>172</sup> MAYER, M.E., *Filosofía del Derecho*, ed. cast. trad. de López y Lacambra, Barcelona, 1937, p. 91, nota 2, cit. p. JIMÉNEZ DE ASÚA IV, 619.

<sup>173</sup> NOVOA I, 432. Véase también sobre esta justificante ETCHEBERRY I, 240 ss.

ponsabilidad penal en los delitos de *acción privada* (art. 93 N° 5° Cp), esto es, en aquellos que son perseguibles únicamente a instancias de la parte agraviada o de la persona que la ley señala, aunque no sea su representante legal (arts. 55 y 108 Cpp (2000)).

Nuestro Código no contiene regla alguna que se refiera al efecto justificante del *consentimiento* del sujeto pasivo del delito, pero del conjunto de sus disposiciones y de otras normas de nuestro ordenamiento puede inferirse que él se encuentra explícita o implícitamente considerado.

NOVOA hace un detallado análisis de los preceptos que así lo indican.<sup>174</sup> En ocasiones, la ausencia de *consentimiento* es inherente al concepto mismo del delito y por ende debe estimarse una característica negativa del tipo; así, en figuras tales como la violación de domicilio (art. 144 "...contra la voluntad de su morador"), violación de correspondencia (art. 146 "...sin su voluntad"), violación (art. 361, N° 1° "cuando se usa de fuerza o intimidación") o el hurto (art. 432, "...sin la voluntad de su dueño"). En otros casos, menos evidentes, coincide la mayor parte de la doctrina nacional<sup>175</sup> en que podría reconocerse una causal de justificación (como p. ej., en el delito de daños (art. 488)<sup>176</sup> y en la falsificación de instrumento privado (art. 197))<sup>177</sup> aunque JIMÉNEZ DE ASÚA piense que en todos los casos se trata de ausencia de tipicidad.<sup>178</sup> La discusión teórica al respecto no puede detenernos aquí y su trascendencia es limitada.

#### a.1. La actividad deportiva ¿consentimiento *contra legem*?

Aunque en estos casos (boxeo, deportes de contacto) el acatamiento de las reglas deportivas (ejercicio legítimo de un oficio) es la base para que el *consentimiento* (participación voluntaria) opere como justificante,<sup>179</sup> "se quiera o no, sobre todo en los deportes más violentos, la verdad es que en estas materias la costumbre *contra le-*

<sup>174</sup> NOVOA I, 432 ss.

<sup>175</sup> Vid. también CURY I, 363; ETCHEBERRY I, 168; COUSIÑO II, 506 ss. Este autor dedica un tratamiento detallado al tema con ejemplos ilustrativos (arts. 514 y sigts.)

<sup>176</sup> GARRIDO MONTT, *Nociones*, 124.

<sup>177</sup> COUSIÑO II, 517.

<sup>178</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA IV, 595 ss. También BUSTOS, 194.

<sup>179</sup> POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA, 193 ss.

gem ha determinado una norma de cultura o, siquiera, una norma generalmente aceptada, cuyo contenido debe entenderse como *silencio social* frente a toda lesión corporal en el curso de un deporte que no sea una transgresión demasiado grosera de las normas de prudencia más elementales y, desde luego, fuera de la clase de golpes permitidos por el determinado deporte".<sup>180</sup>

### § 7. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION EN PARTICULAR (V): LA OMISION POR CAUSA LEGITIMA

El art. 10 N° 12 Cp exime de responsabilidad criminal al que "incurra en alguna omisión, hallándose impedido por causa *legítima* o insuperable". La segunda parte de este precepto no corresponde ser tratada aquí: si la situación que hace *insuperable* la omisión consiste en la "imposibilidad real de actuar", no hay técnicamente omisión, ya que falta la conducta;<sup>181</sup> si la palabra "insuperable" se entiende (al igual que en el concepto de miedo "insuperable" del art. 10, N° 9°) como una hipótesis de "no exigibilidad" de otra conducta, se trataría de un caso de *inculpabilidad*. Lo que nos interesa ahora es la primera parte de esta disposición, esto es, cuando el impedimento para actuar deriva de una "causa *legítima*". Un buen ejemplo propone JESCHECK: la colisión de *deberes justificantes*: Un deber de acción puede entrar en conflicto con otro (p. ej., los deberes plurales de un médico llamado a atender a la vez diversos pacientes). Al optar por uno de ellos está cumpliendo con su deber, ya sea que se trate de un deber que supere aunque sea mínimamente al otro, ya sea en el caso de dos deberes equivalentes de acción. "El ordenamiento 'deja libre', en cierta manera, la decisión, de modo que el autor estaría justificado en todo caso, cumpla un deber u otro".<sup>182</sup>

<sup>180</sup> POLITOFF / BUSTOS / GRISOLÍA, 194.

<sup>181</sup> Nos merece dudas que la palabra "insuperable" deba tomarse necesariamente como un impedimento absoluto para obrar (como lo entienden autores como Sergio YÁÑEZ, COUSIÑO y GARRIDO MONTT (vid. COUSIÑO II, 446)). La fórmula kantiana: "puedes, luego debes" es utópica, ya que el margen de libertad de cada ser humano difiere según las circunstancias de su entorno y de sus propias limitaciones intelectuales y emocionales.

<sup>182</sup> JESCHECK, 329-330.

## TEORIA DE LA CULPABILIDAD

### § 1. GENERALIDADES

#### A. CONCEPTO Y ESTRUCTURA

Al referirnos a la estructura del delito se señaló que para la imposición de la pena no es bastante la existencia de una conducta antijurídica (que pueda subsumirse en un tipo legal y no esté cubierta por una causa de justificación), sino que ella requiere además que al hechor se pueda hacer el reproche de *culpabilidad*, esto es, *el reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida*.<sup>183</sup>

<sup>183</sup> La idea sobre que reposa este concepto es la de la *libertad moral* del autor. Aunque es claro que el punto se debate en el ámbito filosófico, donde no son pocos quienes afirman el *determinismo* en estas materias (lo que, como vimos al explicar la historia de nuestra rama de estudios, se encontraba también en la base del pensamiento de la *Scuola Positiva*), es inútil negar que la idea de voluntad libre pertenece a una de las más elementales estructuras de comunicación en que descansa la vida social (se piense en el ejercicio de las libertades políticas, en la libertad para casarse, para aceptar o rechazar una actividad, para "pensar distinto", etc.). Es esa libertad la que interesa para el derecho penal, la *libertad social* (no puramente moral) para "poder actuar de manera diversa". Como la vida humana es inconcebible sin el reconocimiento de la libertad propia y la de los demás, es esta "libertad relativa" que se ejerce en el contexto social la que tendrá que tomarse en cuenta para el reproche de *culpabilidad* (en este sentido también NOVOA II, 459). Aunque el Tribunal no estará en condiciones de leer en la *profundidad del alma* del hechor, sí podrá—según sean las circunstancias del caso—tener una idea aproximada, sobre la base de la experiencia del "hombre medio", de la medida de libertad social de que disponía el hechor para actuar de manera distinta a como lo hizo en el caso concreto y saber así si le era *exigible* otra conducta (cfr. ampliamente acerca del tema POLITOFF / KOOPMANS, 47 ss.; Cfr. asimis-