



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

EL RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO DEL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO EN LA  
TIPIFICACIÓN DEL HOMICIDIO EN DUELO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FELIPE ANDRÉS BONZI RÍOS

Profesor guía: Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago, Chile

2018

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	iii
I.- INTRODUCCIÓN.....	1
II.- LA TIPIFICACIÓN DEL DUELO EN EL CONTEXTO DE LA CODIFICACIÓN: LOS MODELOS REGULATIVOS Y LA CONVENIENCIA JURÍDICO PENAL DE SU TIPIFICACIÓN AUTÓNOMA .....	3
1.- El debate político criminal: la conveniencia de establecer un tipo autónomo de duelo.....	4
2.- El modelo francés y la artificialidad del debate de la dogmática.....	8
3.- Los modelos intermedios y la regulación chilena: la reducción del injusto.....	11
3.1.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 .....	11
3.2.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 frente a la regulación del Código Penal belga de 1867.....	14
3.3.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 frente a la regulación del Código Penal español de 1848.....	16
3.4.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 frente a la regulación del Código Penal prusiano de 1851 y del Código Penal para el imperio alemán de 1871.....	20
III.- EL DUELO COMO CONTEXTO TÍPICAMENTE RELEVANTE DEL HOMICIDIO EN DUELO .....	24
1.- La determinación del bien jurídico que protege la regulación del duelo.....	25
2.- El injusto del duelo: elementos del tipo.....	28
2.1 – Definición .....	28
2.2.- Duelo regular e irregular .....	30
2.3.- Elementos del tipo.....	32
a) Acuerdo o convención .....	34
b) Intervención de padrinos.....	36
c) ¿Empleo de armas e igualdad de condiciones? .....	39
d) ¿Motivo o causa de honor?.....	41

2.4.- Acerca de la discusión relativa al alcance de la punibilidad en el art. 406 del Código Penal .....	42
3.- ¿El duelo como delito de peligro? .....	46
4.- Excurso: ¿El duelo como delito de resultado?, ¿El duelo como delito permanente? .....	49
IV.- EL HOMICIDIO EN DUELO COMO DELITO PRIVILEGIADO: EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE PUNIBILIDAD. ....	51
1.- Algunos límites del consentimiento del ofendido como categoría excluyente del injusto .....	52
1.1.- La eficacia del consentimiento frente a delitos pluriofensivos con bien jurídico colectivo .....	53
1.2.- ¿Indisponibilidad de los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual como obstáculo a la eficacia del consentimiento? .....	54
1.3.- La coacción como circunstancia que obsta a la eficacia del consentimiento .....	56
2.- El consentimiento como fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo .....	57
2.1.- La especificidad del consentimiento aplicado al duelo .....	57
2.2.- ¿La <i>coacción moral</i> como circunstancia que obsta a la eficacia del consentimiento prestado en duelo? .....	60
V.- LA APLICACIÓN ANALÓGICA <i>IN BONAM PARTEM</i> DEL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE PUNIBILIDAD A OTRAS HIPÓTESIS DE HOMICIDIO CONSENTIDO .....	62
1.- El principio de legalidad como prohibición de aplicación analógica <i>in malam partem</i> .....	62
2.- La constatación de la laguna regulatoria: ¿laguna normativa o laguna axiológica? .....	63
3.- La integración de la laguna .....	69
BIBLIOGRAFÍA .....	72

**RESUMEN:** La presente memoria de licenciatura tiene por objeto examinar la posibilidad de reconocer en la tipificación del delito de homicidio en duelo un punto de apoyo regulativo para el reconocimiento de la eficacia –aun cuando parcial- del consentimiento del titular del bien jurídico menoscabado como criterio de exclusión o graduación del injusto del homicidio. Para ello, la memoria de licenciatura pretende enfrentarse a la eventual convergencia de dos categorías del Derecho Penal, a saber: el delito de duelo como categoría propia de la parte especial, y el consentimiento del ofendido como categoría propia de la parte general. En cuanto al injusto del duelo, el trabajo se adentra en la problemáticas relativas a los modelos regulativos que reconocen al duelo como un tipo autónomo, en la identificación de los elementos del tipo de duelo bajo el modelo chileno y la identificación del bien jurídico protegido por el injusto del duelo. En cuanto al consentimiento en tanto categoría de la parte general, el trabajo indaga en la tesis relativa a que el fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo se encontraría en el consentimiento del ofendido, cuya eficacia se encontraría, por esa vía, reconocida respecto al bien jurídico vida humana independiente. Finalmente, sobre la base de la aplicación de la regulación del delito de homicidio en duelo, y en virtud de una analogía *in bonam partem*, se ofrece, a modo de conclusión, un argumento a favor de sostener la procedencia de la aplicación de un régimen privilegiado de punibilidad a otras hipótesis de homicidio consentido.

## I.- INTRODUCCIÓN

La historiografía de la tipificación del duelo como injusto jurídico penalmente relevante en el contexto de los procesos de codificación penal puede ser caracterizada como una tensión entre regulación y desregulación. Mientras el fenómeno de su desregulación conlleva una declaración de tolerancia de parte del sistema jurídico, el fenómeno de su regulación va desde la declaración de su impunidad hasta su sometimiento a un régimen de punibilidad común, pasando por un régimen privilegiado de punibilidad. A primera vista, nuestro Código Penal asume este último modelo regulativo: el delito de homicidio en duelo y el delito de lesiones corporales en duelo se someten a un régimen de pena privilegiado frente al régimen de punición del homicidio simple y las lesiones graves. No obstante, esa es sólo una cara de la regulación. La contracara se encuentra en la constatación de que, si bien los delitos de homicidio y de lesiones corporales en duelo tienen un régimen de punibilidad privilegiado frente al homicidio simple y las lesiones graves, muestran a la vez un régimen de punibilidad calificado con respecto al delito base de duelo. El desafío interpretativo, entonces, está en indagar el o los fundamentos que den cuenta tanto de la razón para el privilegio como de la razón para la calificación. Para ello resulta imprescindible dilucidar el o, eventualmente, los bienes jurídicos que resultan resguardados por la regulación del delito de duelo.

Una respuesta posible acerca del fundamento del régimen privilegiado de la regulación puede ser encontrada en el consentimiento del titular del bien jurídico menoscabado por el delito. Si el, o uno de los, bienes jurídicos que resultan resguardados por la regulación de duelo, se trata de un bien jurídico individual, entonces cabría la posibilidad de examinar la eficacia que nuestra legislación, en la tipificación de duelo, le reconocería al consentimiento del ofendido. Dicho reconocimiento, admitiría *prima facie*, tres posibilidades de eficacia: (a) eficacia total, la responsabilidad penal se vería, entonces, excluida; (b) eficacia parcial, la responsabilidad penal no se vería excluida pero se vería reducida; y (c) ineficacia del consentimiento, la responsabilidad penal no se vería alterada.

De arribarse a la conclusión de que, respecto al delito de duelo, el consentimiento es plenamente eficaz, el problema se ve resuelto sin más: nuestro Código, en la regulación del duelo, consagraría legalmente la eficacia del consentimiento a propósito de los bienes jurídicos vida y salud individual. Por otro lado, de arribarse a la conclusión contraria, aquella que sostendría la ineficacia del consentimiento, el fundamento del privilegio tendría que encontrarse, entonces, en la identificación de un bien jurídico diferente a los bienes jurídicos vida y salud individual. Finalmente, de arribarse a la conclusión intermedia, el desafío estaría en sostener, bajo la regulación de los delitos de homicidio y lesiones corporales en duelo, un reconocimiento a la eficacia parcial del consentimiento respecto de los bienes jurídicos vida y salud individual, que sin perjuicio de mantener el carácter de injusto, éste se ve reducido.

## II.- LA TIPIFICACIÓN DEL DUELO EN EL CONTEXTO DE LA CODIFICACIÓN: LOS MODELOS REGULATIVOS Y LA CONVENIENCIA JURÍDICO PENAL DE SU TIPIFICACIÓN AUTÓNOMA

Una introducción a la regulación del duelo en la historiografía de la codificación penal puede ser ofrecida tomando en consideración tres modelos paradigmáticos de la codificación acerca del tratamiento de la punibilidad del duelo. Mientras bajo el tercer modelo, el duelo se encuentra expresamente tipificado como figura autónoma, bajo los dos primeros modelos, se trata de aquellos casos de omisión de una regulación específica del duelo, situación bajo la cual, como bien observa Núñez, la dogmática se enfrentó en dos sentidos opuestos: para cierto sector de la doctrina, bajo un argumento *a contrario*, el duelo tenía que considerarse impune, mientras que, para otro sector, los resultados que del duelo se derivan, serían sancionables bajo la regulación común (*vgr.* homicidio y lesiones corporales).<sup>1</sup> La manifestación de dicha discusión dogmática, se encuentra en los casos francés e inglés.

En el caso del primer modelo regulativo, paradigmático es el caso de la decisión legislativa del Código Penal francés de 1810, que no contemplaba una regulación del duelo: por encontrarse el duelo desregulado, la doctrina sostuvo, en un primer momento, la impunidad de aquellas conductas sancionables como de duelo. No obstante, después de un vuelco de la jurisprudencia en 1837, todas aquellas conductas pasaron a ser castigadas, aunque, si bien no bajo el injusto del duelo –por carecer de tipificación autónoma–, fueron castigadas bajo la regulación común; esto es, a título de homicidio o lesiones corporales. En el segundo modelo regulativo, se encuentra el modelo inglés, que aunque sin establecer una tipificación autónoma del duelo,<sup>2</sup> castiga con mayor severidad los resultados típicos que del duelo se derivan en comparación al régimen común de punibilidad de los delitos de homicidio y lesiones corporales.<sup>3</sup> Finalmente, se encuentra el modelo

---

<sup>1</sup> Véase NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino, p. 258, nota al pie n° 13.

<sup>2</sup> De acuerdo a Ramírez, el derecho inglés sancionó “con severas penas” todas aquellas conductas constitutivas de duelo como delitos comunes, sin establecer una figura autónoma del injusto del duelo. Al respecto, véase RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 50.

<sup>3</sup> Según Novoa, el fundamento, bajo el modelo inglés, del carácter calificado del régimen de punibilidad del duelo con resultado de muerte o lesiones graves, se encontraría en el mayor grado de reprochabilidad jurídico social. Véase NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 104.

regulativo más usual en el resto de la codificación, en que en lugar de someter el duelo a un régimen de punibilidad común, se le somete a un régimen de tipificación autónoma asociado a una punibilidad privilegiada con respecto al injusto del homicidio y las lesiones corporales de carácter grave, como es el caso de la regulación chilena por ejemplo.

Antes de entrar al examen del modelo regulativo intermedio, como lo es la regulación chilena y el caso del Código para el imperio alemán,<sup>4</sup> en los dos apartados que siguen están destinados a dar cuenta de dos aspectos que se encuentran usualmente tratados en la literatura disponible. En primer lugar, se trata de la discusión político criminal, aún en el contexto de la codificación, acerca de la conveniencia de una tipificación del duelo. Mientras que, en segundo lugar, se trata de la discusión acerca del modelo francés que, a pesar de dar cuenta de la artificialidad del debate de la dogmática, constituye una buena muestra acerca de la tensión producida por la ausencia de una regulación autónoma del duelo.

### **1.- El debate político criminal: la conveniencia de establecer un tipo autónomo de duelo**

Frente a la conveniencia político criminal acerca de una tipificación autónoma del duelo, son dos los problemas sobre los cuales hay constante referencia en la literatura disponible. En primer lugar, el problema relativo a la efectividad de una regulación que prohíba jurídicamente el duelo; específicamente, en cuanto a la aptitud de la regla de comportamiento que prohibiría penalmente el duelo para disuadir al sujeto normativo de comportamientos que quebranten dicha norma. En segundo lugar, el problema relativo a la legitimidad de la decisión político criminal relativa al establecimiento de un carácter privilegiado en la punibilidad de los delitos de homicidio y lesiones corporales en duelo; específicamente, en cuanto al problema relativo al sesgo de clase que introduce toda regulación del duelo que lo establezca como una figura privilegiada en su punibilidad respecto a los delitos de homicidio y lesiones graves.

En cuanto al primer problema, aquel relativo a la eficacia disuasiva o conminativa de la regulación de duelo, ya Beccaria, extendiendo su crítica generalizada a la pena de muerte, advertía acerca del

---

<sup>4</sup> A modo de prevención, cabe señalar que el Código Penal para el imperio alemán de 1871, al menos en cuanto a la regulación del delito de duelo se refiere, constituye un cuerpo legislativo ya derogado.



carácter ineficaz de una política criminal severa frente a la práctica social del duelo.<sup>5</sup> En sus propias palabras:

“En vano los decretos de muerte contra cualquiera que aceta el duelo han procurado extirpar esta costumbre, que tiene su fundamento en aquello que algunos hombres temen mas que la muerte; porque el hombre de honor, privándolo de los sufragios de los otros, se prevee expuesto á una vida meramente solitaria, estado insufrible para un hombre sociable; ó bien á ser el blanco de los insultos y de la infamia, que con su repetida accion exceden el peligro de la pena” (sic).<sup>6</sup>

Como es posible advertir, la objeción de Beccaria, respecto al establecimiento de una regulación severa en su punibilidad a las conductas constitutivas de duelo, se restringe únicamente a quien interviene en el duelo a título de aceptante del combate. Pues, a propósito de la conveniencia de establecer una regulación que sólo castigue a quien interviene en el duelo a título de proponente, dejando impune al quien funge como aceptante, Beccaria señala dos razones: (1) que de esa manera, no sería reprochable para el aceptante del duelo, ya que él sólo estaría defendiendo “lo que las leyes actuales no aseguran”;<sup>7</sup> y, (2) que por esa vía, el aceptante estaría mostrando a sus ciudadanos que “él teme solo las Leyes, no los hombres”.<sup>8</sup> En cuanto al primer argumento, la referencia a aquello que las leyes no asegurarían, pareciera referirse a situaciones que comprometan el honor en una entidad insuficiente para que sean sancionables a título de injurias, el pasaje no es lo suficientemente transparente, por lo que la pregunta por dicha alocución se encuentra abierta. En cuanto al segundo argumento, Beccaria pareciera advertir una virtud en la conducta de quien interviene en el duelo a título de aceptante, quien mediante su aceptación *performativamente* estaría declarando con su comportamiento que, prescindiendo de cualquier otra consideración fáctica más allá de lo que la ley establece, él muestra obediencia únicamente al Derecho.

---

<sup>5</sup> Carrara, siguiendo un argumento similar al de Beccaria, acerca de la ineficacia conminatoria de una política criminal que castigue al duelo, señala “[e]s muy lógico que quien no rehusa batirse por la sospecha de parecer vil temiendo la muerte, desdeñe por igual razón el parecer vil temiendo la pena. De tal modo, la ley penal no es más que un pretexto para quien no quiere batirse por debilidad de ánimo o por sentimiento religioso; pero para aquel que no es detenido por tales frenos, la ley penal ha sido y será siempre impotente ante el frenesí de batirse, convertido en verdadera manía.”, en CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 449.

<sup>6</sup> BECCARIA, CESARE. 2011. Tratado de los delitos y las penas. En: Beccaria 250 años después. Buenos Aires, BdeF, pp. 52 y 53.

<sup>7</sup> BECCARIA, CESARE. 2011. Tratado de los delitos y las penas. En: Beccaria 250 años después. Buenos Aires, BdeF, p. 54.

<sup>8</sup> BECCARIA, CESARE. 2011. Tratado de los delitos y las penas. En: Beccaria 250 años después. Buenos Aires, BdeF, p. 54.

Frente a la posición de Beccaria, se encuentra Bentham, quien en lugar de apreciar la práctica social del duelo como una práctica merecedora de sanción y persecución penal, asume una defensa del duelo como una práctica social pacificadora. Pues, bajo un argumento utilitario, advierte que en aquellas legislaciones donde el duelo y los resultados que de él se derivan no se encuentran sujetos a prohibición penal alguna, se previenen otros delitos con una entidad mayor de desvalor social (como el asesinato o el envenenamiento). Sin embargo, además de la eficacia preventiva de otros delitos que se encontraría en la decisión legislativa de no someter la práctica social del duelo a prohibición penal alguna, Bentham va más allá y considera que el duelo es un auténtico “preservativo de civilidad y de paz” ya que con él “se destruyen las riñas en su origen”.<sup>9</sup>

En cuanto al segundo problema, el problema relativo a la legitimidad de la decisión político criminal relativa al establecimiento de un carácter privilegiado en la punibilidad de los delitos de homicidio en duelo y lesiones corporales en duelo, se ha debatido con especial fervor, al problema relativo al sesgo de clase que introduce toda regulación del duelo que lo establezca como una figura privilegiada en su punibilidad respecto a los delitos de homicidio y lesiones graves.

Muestra de esta discusión, es aquella que se mantuvo en las sesiones parlamentarias al momento de discutir la aprobación del Código Penal chileno de 1874. Como es sabido, en dichas sesiones, hay muy pocos puntos sobre los cuales hubo discusión al momento de discutir la aprobación del Código Penal de 1874, insospechadamente, la conveniencia político criminal de tipificar un delito de duelo fue uno de ellos. La intensa discusión entre el Senador Manuel José Irarrázaval y el Ministro del Interior Eulogio Altamirano da cuenta del debate acerca del eventual sesgo de clase que se encontraría en la decisión legislativa de adoptar una regulación del delito de duelo como delito privilegiado. Mientras el Ministro Altamirano defendió las bondades de la regulación, el Senador Irarrázaval en su intervención, esgrimiendo una objeción al sesgo de clase y al carácter discriminatorio del régimen privilegiado de punibilidad del modelo regulativo propuesto por la Comisión Redactora del Código Penal, hace un extenso alegato a favor de adoptar una regulación como la francesa, la que prescinde de consagrar una tipificación autónoma del duelo y se limita a castigar los resultados típicos que de él se derivan. El alegato de Irarrázaval se centró en dos consideraciones fundamentales: 1) la ausencia de necesidad político criminal de la tipificación del

---

<sup>9</sup> Véase BENTHAM, JEREMY. 1981. Tratados de legislación civil y penal. Editorial Nacional, p. 345. Quien respecto al duelo señala, “[d]onde éste se haya establecido, casi no se hoye hablar de envenenamiento ni de asesinato, y el ligero mal que de él resulta es como un premio de aseguración por el cual una nación se preserva del mal grave de los otros dos delitos. —El duelo es un preservativo de civilidad y de paz, y el temor de verse obligado á presentar ó recibir un desafío, destruye las riñas en su origen—”.

duelo por carecer de utilidad práctica: incluso a la época de elaboración del Código Penal, no había registro reciente de comportamientos propios de la práctica social del duelo; y 2) el carácter discriminatorio de la regulación privilegiada del duelo frente a otras figuras delictivas de similar naturaleza (*vgr.* homicidio o lesiones en riña, homicidio, lesiones corporales): en palabras del parlamentario Irarrázaval, “[n]o hay principio ni teoría alguna penal que se pudiera aplicar entre nosotros razonablemente para justificar esa atenuación de penas a delitos que no tienen otra circunstancia en que fundar el favor de la ley, en un caso y la severidad, en otro, que la de ser ejecutados por personas de distinta posición social”.<sup>10</sup>

La misma objeción puede ser encontrada en la dogmática penal, donde la crítica al establecimiento del carácter privilegiado de los delitos de homicidio y lesiones corporales en duelo, es prácticamente unánime.<sup>11</sup> Sin perjuicio de que la legislación, bajo la regulación chilena, y como se verá en los siguientes apartados, no circunscribe el sujeto activo del delito a un círculo restringido de destinatarios (*vgr.* aquellos que pertenezcan a una determinada clase o posición social), las circunstancias sociales que sirven de contexto al establecimiento de la regulación, dan cuenta de una improbabilidad fáctica de la ocurrencia de dicha práctica social en círculos o clases sociales distintas a los que dicha práctica históricamente se ha asociado. Es dicha circunstancia que ha llevado a por ejemplo, Politoff, Bustos y Grisolía señalar, que este delito privilegiado, al poder ser cometido únicamente por miembros de una clase social, se hace intolerable su mantención en un sistema democrático.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> SESIONES PARLAMENTARIAS DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Editorial jurídica de Santiago, p. 467.

<sup>11</sup> No obstante, una posición divergente se puede encontrar ya en Beccaria, quien frente a la necesidad regulativa y la objeción de sesgo de clase que una regulación autónoma del duelo implica, aunque aceptando la premisa del argumento detrás de la objeción, parece replicar “¿Por qué motivo el vulgo no tiene por lo comun desafíos, como la Nobleza? No solo porque está desarmado, sino tambien porque la necesidad de los sufragios es menos comun en la plebe, que en los nobles, que estando en lugar más elevado, se miran con mayor zelos y sospechas”. Véase, BECCARIA, CESARE. 2011. Tratado de los delitos y las penas. En: Beccaria 250 años después. Buenos Aires, BdeF, p. 53. De igual manera, y en el contexto chileno, Bañados. Quien defendiendo la admisibilidad de una justificación jurídica del duelo, desde una comprensión del mismo como un delito que resguardaría el honor, señala “esta acción de arriesgar la vida y quitársela a los demás, si hay el deber y el derecho de ejercitarla para salvar el honor de la colectividad social, esto es el conjunto del todo, que es lo que forma la entidad de la Patria, por qué no habría también el derecho y el deber para salvar una parte de ese todo, o sea, el honor individual”. Véase BAÑADOS, FLORENCIO. 1920. Código Penal de la República de Chile: concordado y anotado. Santiago, p. 303.

<sup>12</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 357. En el mismo sentido, Ramírez. Para quien un argumento político a favor de no tipificar un injusto autónomo del duelo, entendiéndolo como un delito “sui géneris” aparejado a un régimen de punibilidad privilegiado respecto al homicidio y lesiones graves, se encontraría en que con ello, se consagraría un “privilegio social”. Véase RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 54.

Enfrentadas ambas discusiones, y prescindiendo el problema relativo al sesgo de clase implicado en el establecimiento de un régimen privilegiado de punibilidad del delito de duelo, en términos generales la doctrina ha fluctuado desde una posición a favor del establecimiento de una tipificación autónoma del duelo a una posición contraria a su tipificación.<sup>13</sup>

No obstante, de aquellas posiciones favorables a mantener una tipificación autónoma del duelo, las que merecen mayor consideración,<sup>14</sup> de cara a los objetivos de esta memoria de licenciatura, son aquellas que se fundan en la protección del derecho a la vida como fundamento de la incriminación del duelo. Ese es el caso de, por ejemplo, Novoa, para quien la necesidad de tipificar el delito de duelo estaría fundamentalmente radicada en un argumento de indisponibilidad del derecho a la vida por parte de su titular, de manera que aquellos que se enfrentan a duelo, estarían disponiendo ilegítimamente de un bien jurídico del que no pueden disponer.<sup>15</sup> Del mismo modo, Carvallo, quien junto con advertir que la mayoría de los penalistas el duelo debe sancionarse; ofrece como argumento que el duelo está en pugna con el derecho a la vida. Por lo que sugiere una comprensión de que el bien jurídico vida resultaría indisponible para su titular.<sup>16</sup> No obstante, y como se observará en el apartado IV.1, la presente memoria de licenciatura asume un examen crítico de aquellas posiciones que sustentan la afirmación acerca de la improcedencia de la disposición del bien jurídico vida humana independiente o salud individual, por carecer de fundamento regulativo alguno.

## **2.- El modelo francés y la artificialidad del debate de la dogmática.**

---

<sup>13</sup> Según Ramírez, acerca de posiciones político criminales relativas a la conveniencia de tipificar el delito de duelo, autores extranjeros que estarían a favor de no criminalizar conductas constitutivas de duelo, estarían Bentham, Joaquín Francisco Pacheco y Manzini; mientras que en Chile, únicamente, Florencio Bañados. Véase RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 35 y 36.

<sup>14</sup> La observación de Politoff Matus y Ramírez, siguiendo a Politoff, Bustos y Grisolia, relativa a que el ridículo bastaría como sanción, social mas no penal, al duelo pareciera seguir a Manzini, quien según Ramírez, defiende la descriminalización del duelo debido a que “los duelos (...) tienen su condena en el ridículo que los acompaña”. Véase POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.154 y RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 37.

<sup>15</sup> Para quien, “mediante [el duelo] se pone en juego la vida propia y la ajena, sin que sobre ellas se tenga el menor derecho”. NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 104.

<sup>16</sup> CARVALLO, ADOLFO. 1956. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, p. 171.

La remisión a la discusión acerca del modelo francés es de frecuente ocurrencia en la dogmática que trata el duelo. No obstante de, como se verá, la artificialidad del debate en que se desarrolla, resulta necesario hacer un breve examen a las premisas en que se sustenta.

Frente a la ausencia de una decisión legislativa de tipificar el delito de duelo se enfrentaban dos posiciones contrapuestas en la discusión francesa: de un lado, como lo consigna Novoa, autores como Franck, Chaveau y Hélie,<sup>17</sup> sostenían que al no estar el duelo tipificado, todas aquellas conductas constitutivas de la práctica social del duelo, debieran ser impunes pues existiría una laguna o vacío legal. Defendiendo así, lo que contemporáneamente podríamos distinguir, como la autonomía del injusto del homicidio y de las lesiones corporales frente al injusto del duelo. Por otro lado, autores como Badr<sup>18</sup> sostenían que dichos hechos serían punibles *qua* homicidio o lesiones corporales, según corresponda, en la medida que se satisfagan los elementos de hecho de las respectivas normas de sanción penal. Así, hasta 1837 la jurisprudencia francesa sostuvo reiteradamente que ante la ausencia de una regulación específica del duelo, no resultaba procedente una subsunción *qua* homicidio o lesiones corporales. El vuelco sólo se produjo por parte de la Corte de Casación en 1837, fecha a partir de la cual, la jurisprudencia francesa sancionó aquellas conductas que resultarían constitutivas de duelo, como hechos constitutivos de homicidio o lesiones corporales, según corresponda, bajo el argumento de que “el duelo no está incluido [sic.] por la ley entre las eximentes especiales que ella consagra para el homicidio y las lesiones corporales”.<sup>19</sup>

La posición de la dogmática francesa, previa al vuelco de la jurisprudencia en 1837, se explica por la resistencia que existía, entre varios exponentes de la dogmática francesa, a equiparar los injustos del duelo y del homicidio o asesinato. Según Ramírez,<sup>20</sup> “[l]os más notables tratadistas galos, como Chauveau y Hélie, Achille Morin, René Garraud, Georges Vidal, y otros, la impugnaron, afirmando que a falta de sanción expresa el duelo quedaba impune en el derecho francés, ya que no era posible a asimilarlo al asesinato ni aplicarle lisa y llanamente el derecho común, por lo que

---

<sup>17</sup> Al respecto NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 104.

<sup>18</sup> NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 104.

<sup>19</sup> NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 104.

<sup>20</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 56.

urgía la dictación de disposiciones especiales sobre esta materia”.<sup>21</sup> La razón sería que, “la asimilación del duelo al asesinato es excesiva, contraria a las buenas costumbres y el sentimiento público”.<sup>22</sup>

En buena medida, la discusión jurídica acerca de la procedencia de sancionar aquellas conductas susceptibles de ser constitutivas de duelo como delitos comunes ante el silencio de la regulación, se debe a la discusión que se originó, a propósito de la ausencia de la tipificación autónoma del duelo, en Francia.<sup>23</sup> Ante la ausencia de dicha tipificación autónoma, y al considerar que aquello que se entiende como constitutivo de duelo respondería a un “hecho delictuoso de carácter especial”<sup>24</sup> cuyos resultados, bajo dicha comprensión, no serían subsumibles bajo los tipos penales del homicidio o de las lesiones corporales, en un comienzo se entendió que dichas conductas no daban lugar a reproche penal alguno, ya que al no ser susceptibles de ser subsumidas bajo el injusto de homicidio o lesiones corporales, y no existir una tipificación autónoma del duelo, no quebrantarían norma de sanción penal alguna. Sin embargo, luego del vuelco en la jurisprudencia de la Corte de Casación en 1837, propiciado por el célebre alegato del Procurador General M. Dupin, se asentó la jurisprudencia relativa a que todas aquellas conductas constitutivas de aquello que se entiende como duelo, serían susceptibles de ser subsumidas sin más *qua* homicidio o lesiones corporales, satisfaciéndose desde luego los elementos que configuran los supuestos de hecho de las normas de sanción penal que los configuran.

Sin embargo, y como el propio Dupin habría advertido,<sup>25</sup> en caso de que aquello que se entiende por duelo no termine con resultados subsumibles bajo el tipo penal del homicidio o bien, bajo el tipo penal de las lesiones corporales, no resulta punible bajo prohibición penal alguna. Esto muestra lo *artificial* de la discusión para efectos de un punto de vista auténticamente dogmático:

---

<sup>21</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 56.

<sup>22</sup> Chauveau y Hélie, Franck y Vidal, según Ramírez, RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 56.

<sup>23</sup> Con todo, la discusión y la presentación de este aparente problema, no es privativo del caso francés. Así, por ejemplo, Roedenbeck a propósito de la regulación del Código Penal para el imperio alemán, seña a que, dado que dicha regulación exige el empleo de armas mortales para que el enfrentamiento sea constitutivo de duelo, en caso de que no se utilicen armas mortales y se causen lesiones o la muerte, dichos resultados no serían susceptibles de ser sancionados de conformidad al Código Penal imperial. Véase al respecto, ROEDENBECK, SIEGFRIED. 1883. *Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung*. Halle, Niemeyer, p. 19 y 52.

<sup>24</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 50.

<sup>25</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 50 y 51.

toda la discusión francesa descansa primero (1) en un concepto *pre-jurídico* de duelo, ya que al no existir un concepto jurídico de duelo bajo dicha legislación, acuden a dicha forma de comprensión lingüística con la finalidad de argumentar la improcedencia de sancionar la producción de lesiones corporales o muerte bajo los tipos respectivos de lesiones u homicidio. Sin embargo, y además, (2) lo que muestra el propio alegato de Dupin, es que en lugar de ser una discusión acerca de si el duelo ha de ser punible, es en rigor, una discusión acerca de si las lesiones o el homicidio han de ser punibles bajo una determinada modalidad de ejecución –*vgr.* propia de la *práctica* constitutiva de duelo- *qua* homicidio simple o lesiones corporales, lo cual es un –supuesto- problema de los tipos penales del homicidio y las lesiones corporales, respectivamente, no de lo que ha de entenderse por duelo. Lo cual, se encuentra demostrado en la consideración, hecha ver explícitamente por el propio Dupin, de que el duelo, en tanto conducta no asociada a resultados típicos, aún sería impune.<sup>26</sup>

### **3.- Los modelos intermedios y la regulación chilena: la reducción del injusto.**

#### **3.1.- La regulación del Código Penal chileno de 1874**

En cuanto al modelo intermedio y la regulación chilena, se caracterizan por reconocer al delito de duelo como un tipo autónomo respecto a las lesiones corporales y el homicidio. Siguiendo a Etcheberry,<sup>27</sup> a esta solución intermedia pertenecerían la regulación chilena y la alemana. Las que al momento de establecer el injusto del duelo, como se verá en lo sucesivo, lo hacen configurándolo como un tipo autónomo contra la vida y salud individual, cuyos resultados típicos

---

<sup>26</sup> Para Ramírez, luego del paso de la impunidad al sometimiento a las reglas comunes del homicidio y las lesiones graves, “las consecuencias legales de la ‘doctrina Dupin’ excedieron de la aplicación simple del derecho penal común, propiciada en principio por su autor, para adquirir un carácter de extrema severidad”. Véase RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 52.

<sup>27</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 3º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 138. Además de Alemania, Etcheberry menciona Argentina y Suiza. Frente a dichas legislaciones, según el autor, otras lo declaran impune (Etcheberry lo ejemplifica con Uruguay), y otras nada dicen, por lo que el duelo es impune, pero si se causan los resultados de muerte o lesiones, dichos comportamientos se sancionan de acuerdo a dichas figuras delictivas (ejemplifica con España e Inglaterra). En el mismo sentido Labatut, LABATUT, GUSTAVO. 1951-1953. Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica, p. 248.

en caso de lesiones corporales o muerte, irían aparejados a un régimen privilegiado de punibilidad con respecto a penas de las lesiones corporales y el homicidio, respectivamente.

En el caso del Código Penal chileno de 1974, y como lo identifican Politoff, Bustos y Grisolía,<sup>28</sup> en un principio, los comisionados de la Comisión Redactora prefirieron el modelo del Código Penal belga de 1867 frente al del Código Penal español de 1848. No obstante, según los autores, se tomó como base un proyecto de redacción tomado por el comisionado Rengifo, en que, de acuerdo a los autores, se unen disposiciones del modelo belga y el español.

En las actas de la comisión redactora,<sup>29</sup> en la sesión 82 del 10 de mayo de 1872, se acordó tomar el Código Penal belga para la regulación del duelo, debido a que, según el parecer de los comisionados, el Código Penal belga castigaba siempre el delito de duelo, mientras que el español “parece disculparlo a veces, estableciendo disposiciones reglamentarias para ese fin”.<sup>30</sup> En esa misma sesión, según consta en las mencionadas actas, se acordó mantener el régimen de punibilidad de la pena de reclusión, más benigno que el régimen de la pena de presidio, manteniendo así el criterio establecido por el Código Belga. Lo único que se elevó, fueron las multas asociadas a cada figura delictiva.

En la siguiente sesión, número 83 del 13 de mayo de 1872, el comisionado Rengifo propuso un proyecto de redacción elaborado a partir del Código Penal belga modificado con las bases aprobadas en la sesión anterior.

Para evaluar el grado de cercanía con una y otra regulación (esto es, respecto del Código Penal belga de 1867 de un lado, y del código Penal español de 1848, del otro), resulta necesario dar cuenta de la regulación que el propio Código Penal chileno de 1874 establece:

#### Código Penal Chileno de 1874<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 358, nota al pie n° 3.

<sup>29</sup> ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Santiago, 1873-74, pp. 158 y 159.

<sup>30</sup> ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Santiago, 1873-74, pp. 158 y 159.

<sup>31</sup> Para efectos de un mejor análisis, en lo que sigue, análisis comparativo prescindirá de aquellas figuras, denominadas por la doctrina, como accesorias al injusto del duelo: esto es, los delitos de provocación a duelo; el denuesto o descrédito público por rehusar un duelo; y, la incitación a provocar o aceptar un duelo.



Libro Segundo. Crímenes y simples delitos y sus penas. Título VIII. Crímenes y simples delitos contra las personas. § IV. Del duelo.

Art. 404. La provocación a duelo será castigada con reclusión menor en su grado mínimo.

Art. 405. En igual pena incurrirá el que denostare o públicamente desacreditare a otro por haber rehusado un duelo.

Art. 406. El que matare en duelo a su adversario sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Si le causare las lesiones señaladas en el núm. 1.º del art. 397, será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

Cuando las lesiones fueren de las relacionadas en el núm. 2.º de dicho art. 397, la pena será reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En los demás casos se impondrá a los combatientes reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Art. 407. El que incitare a otro a provocar o aceptar un duelo, será castigado respectivamente con las penas señaladas en el artículo anterior, si el duelo se lleva a efecto.

Art. 408. Los padrinos de un duelo que se lleve a efecto incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo; pero si ellos lo hubieron concertado a muerte o con ventaja conocida de alguno de los combatientes, la pena será reclusión menor en su grado máximo.

Art. 409. Se impondrán las penas generales de este Código para los casos de homicidio y lesiones:

1.º Si el duelo se hubiere verificado sin la asistencia de padrinos.

2.º Cuando se provocare o diere causa a un desafío proponiéndose un interés pecuniario o un objeto inmoral.

3.º Al combatiente que faltare a las condiciones esenciales concertadas por los padrinos.

Como es posible advertir, y dejando de lado aquellas figuras, denominadas por la doctrina, como accesorias al injusto del duelo: esto es, los delitos de provocación a duelo (art. 404 del Código Penal chileno); el denuesto o descrédito público por rehusar un duelo (art. 405 del Código Penal chileno); y, la incitación a provocar o aceptar un duelo (art. 407 del Código Penal chileno), la regulación que el código penal chileno establece, tiene las siguientes características fundamentales: en primer lugar (1), no existe una definición legal de duelo, por lo que es el adjudicador el llamado a fijar autoritativamente su definición; (2) en el art. 406 establece una serie de reglas que establecen el régimen de punibilidad asociado a la eventual existencia y a la entidad de los resultados típicos producidos con ocasión de un duelo; (3) establece una regla que sanciona a los padrinos que intervengan en un duelo, cuya penalidad se ve aumentada en una circunstancia calificada (*vgr.* concertar el duelo a muerte); y (4) establece una regla que, bajo una interpretación *a contrario*, establece las exigencias que el duelo ha de tener para que sea procedente la aplicabilidad del régimen privilegiado de punibilidad en caso de duelo con resultado de muerte o lesiones graves.

### **3.2.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 frente a la regulación del Código Penal belga de 1867**

Frente a la legislación chilena, tenemos la regulación adoptada por el Código Penal belga de 1867, el que, según lo consignado en las actas de la Comisión Redactora, sirvió de base para el proyecto de redacción elaborado por el Comisionado Rengifo y que, en definitiva, fuera aprobado.

#### Código Penal Belga de 1867<sup>32</sup>

Libro II: De las infracciones i su represion en particular. Título VIII: De los crímenes i delitos contra las personas. Capítulo III: Del duelo.

Art. 423. [Sanciona la provocación a duelo]

Art. 424. [Sanciona la difamación pública o injuria a otro por haber rechazado un duelo]

---

<sup>32</sup> Código Penal del Reino de Bélgica. Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1868.

Art. 425. [Sanciona a aquel que provoca un duelo por haber recibido una injuria]

Art. 426. Aquel que en un duelo, hubiere hecho uso de sus armas contra su adversario, sin que se haya resultado del combate ni homicidio ni herida, será castigado con una prision de uno a seis meses i una multa de doscientos a mil francos.

El que no hubiere hecho uso de sus armas será castigado conforme al artículo 423. [que sanciona la provocación a duelo con una pena de prisión de quince días a tres meses y multa de 100 a 500 francos]

Art. 427. Aquel que, en un duelo, hubiere herido a su adversario, será castigado con una prision de dos meses a un año i con una multa de trescientos a mil quinientos francos.

Art. 428. Si las heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, el culpable será castigado con una prision de tres meses a dos años i con una multa de quinientos a dos mil francos.

Art. 429. La prision será de seis meses a tres años i la multa de mil a tres mil francos, si las heridas resultantes del duelo han causado, sea una enfermedad que parezca incurable, sea una incapacidad permanente para el trabajo personal, sea la pérdida absoluta del uso de un órgano, sea una mutilación grave.

Art. 430. Aquel que en un duelo, hubiere dado la muerte a su adversario, será castigado con una prision de uno a cinco años i con una multa de dos mil a diez mil francos.

Art. 431. [Sanciona a quienes hubieren excitado al duelo]

Art. 432. En los casos previstos por los artículos 427, 428, 429 i 430, los testigos serán castigados con una prision de un mes a un año i con una multa de cien francos a mil.

Art. 433. [Establece una regla de punibilidad agravada para casos de reiteración]

Bajo el Código belga, es posible observar las siguientes características fundamentales: en primer lugar (1), y al igual que el Código Penal chileno, no existe una definición legal de duelo; (2) el artículo 426 establece la figura base del delito de duelo, sin resultado de muerte o heridas, y una figura calificada del mismo en virtud del medio empleado (*vgr.* uso de armas); (3) en los artículos 427 a 430 se establecen una serie de reglas que establecen el régimen de punibilidad asociado a la

entidad de los resultados típicos producidos con ocasión de un duelo; y (4) establece una regla que sanciona a los padrinos que participen en un duelo.

Así, frente al Código Penal chileno, es posible identificar las siguientes diferencias más relevantes: (1) a diferencia del caso chileno, el Código Penal belga establece el empleo de armas como una circunstancia que calificaría el injusto base del duelo, calificación que en el Código Penal chileno no existe; (2) el Código belga, a diferencia del Código chileno, no contempla una regla establezca las exigencias que el duelo ha de satisfacer para que sea procedente la aplicabilidad del régimen privilegiado de punibilidad;<sup>33</sup> y (3) el Código belga no establece una regla que contemple una figura calificada de la intervención de los testigos o padrinos en el duelo.<sup>34</sup>

### **3.3.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 frente a la regulación del Código Penal español de 1848**

Como contracara al Código Penal belga, y sindicado como una de las dos grandes fuentes que sirvieron para dar origen a la regulación chilena, está el Código Penal español de 1848, el que, sin perjuicio de verse modificado en 1850, mantuvo la redacción original de 1848.

#### Código Penal Español de 1848<sup>35</sup>

Libro Segundo: Delitos y sus penas. Título IX: Delitos contra las personas. Capítulo VI.

Del duelo.

Art. 349. [Regula la aprensión, por parte de la autoridad, de aquellos que conciertan un duelo, hasta que ellos ofrezcan bajo palabra de honor desistir de su propósito. En su

---

<sup>33</sup> El régimen privilegiado de punibilidad se encuentra en la circunstancia de que, bajo el Código Penal belga, el homicidio simple se encuentra penado, bajo el artículo 393, con trabajos forzados perpetuos (pena que, en rigor, es privativa de libertad, ya que, según el artículo 14 de dicho Código, se cumple en “los presidios”), mientras que en el caso de heridas graves, bajo el artículo 400, con la pena privativa de libertad de prisión de dos a cinco años.

<sup>34</sup> La razón detrás de la diferencia se encontraría, quizás, en que la caracterización que el Código Penal belga hace de los testigos, difiere radicalmente de la regulación chilena. Mientras bajo el Código belga los testigos, *prima facie*, desempeñaría una función meramente fiduciaria, esto es, de dar fe de los acontecimientos, bajo el Código chileno, como se verá, la intervención de los padrinos y el rol que éstos desempeñan, tendría una mayor consideración.

<sup>35</sup> Código Penal de España. Edición oficial reformada. Madrid, Imprenta Nacional, 1850.

inciso segundo, sanciona a quienes, faltando deslealmente a su palabra, provocaren de nuevo a su adversario o aceptaren el nuevo duelo, según sea el caso.]

Art. 350. El que matare en duelo á su adversario, será castigado con la pena de prision mayor.

Si le causare las lesiones comprendidas en el núm. 1º. del art. 343, con la de prision menor.

En cualquiera otro caso, se impondrá á los combatientes la pena de arresto mayor, aunque no resulten lesiones.

Art. 351. En lugar de las penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán la de confinamiento menor en caso de homicidio, la de destierro en el de las lesiones comprendidas en el núm. 1º. del art. 343, y la de 40 á 100 duros de multa en los demas casos:

1º. Al provocado á desafío que se batiere por no haber obtenido de su adversario explicacion de los motivos del duelo.

2º. Al desafiado que se batiere por haber desechado su adversario las explicaciones suficientes ó satisfaccion decorosa del agravio inferido.

3º. Al injuriado que se batiere por no haber podido obtener del ofensor la explicacion suficiente ó satisfaccion decorosa que le hubiere pedido.

Art. 352. Las penas señaladas en el art. 350 se aplicarán en su grado máximo:

1º. Al que provocare el duelo sin explicar á su adversario los motivos, si este lo exigiere.

2º. Al que habiéndolo provocado, aunque fuere con causa, desechare las explicaciones suficientes ó la satisfaccion decorosa que le haya ofrecido su adversario.

3º. Al que habiendo hecho á su adversario cualquiera injuria, se negare á darle explicaciones suficientes ó satisfaccion decorosa.

Art. 353. [Regula el delito de incitación a provocar o aceptar un duelo]

Art. 354. [Regula el delito de denuesto o descrédito público a otro por rehusar un duelo]

Art. 355. Los padrinos de un duelo del que resulten muerte ó lesiones, serán respectivamente castigados como autores de aquellos delitos con premeditacion si hubieren promovido el duelo, ó usado cualquier otro género de alevosía en su ejecucion ó en el arreglo de sus condiciones.

Como cómplices de los mismos delitos, si hubieren concertado á muerte ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes.

Incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 50 á 500 duros, si no hubieren hecho cuanto estuvo de su parte para conciliar los ánimos, ó no procuraren concertar las condiciones del duelo de la misma manera menos peligrosa posible para la vida de los combatientes.

Art. 356. El duelo que se verificare sin la asistencia de dos ó mas padrinos mayores de edad por cada parte, y sin que estos hayan elegido las armas y arreglado todas las demas condiciones, se castigará:

1º. Con prision correccional, no resultando muerte ó lesiones.

2º. Con las penas generales de este Código, si resultaren, pero nunca podrá bajarse de la prision correccional.

Art. 357. Se impondrán tambien las penas generales de este Código, y ademas la de inhabilitación absoluta temporal:

1º. Al que provocare ó diere causa á un desafío proponiéndose un interés pecuniario ó un objeto inmoral.

2º. Al combatiente que cometiere la alevosía de faltar á las condiciones concertadas por los padrinos.

En la regulación que establece el Código Penal español, por su parte, podemos encontrar las siguientes características fundamentales: (1) al igual que los Códigos de Chile y Bélgica, no existe una definición legal de duelo; (2) en el artículo 350, con una técnica legislativa similar al del Código Penal chileno, contempla una serie de reglas que establecen el régimen de punibilidad

privilegiado asociado a la entidad de los resultados típicos producidos con ocasión de un duelo; (3) el artículo 351 establece reglas que establecen un privilegio intensificado del régimen de penalidad (respecto a las penas del art. 350), cuando en el duelo concurren motivos o causas de honor y quien resulta agraviado en su honra acepta batirse o se bate a duelo; (4) como contrapartida de lo anterior, el artículo 352 establece reglas calificadas en su penalidad (también respecto a las penas del art. 350), en casos de duelo también motivado o con causa de honor, donde quien infiere los agravios al honor, provocare o se batiere a duelo; (5) el artículo 355 establece una serie de reglas que sancionan a los padrinos que intervengan en un duelo, cuya penalidad se ve aumentada bajo las circunstancias calificadas que allí se indican (vgr. concertar el duelo a muerte); y (6) los artículos 356 y 357 establecen, bajo una interpretación *a contrario*, una serie de exigencias que el duelo ha de tener para que sea procedente la aplicabilidad del régimen privilegiado de punibilidad.

Así, las principales diferencias con la regulación del Código Penal chileno, serían las siguientes: (1) el Código Penal español considera hipótesis de duelo por motivo o causa de honor; (2) establece figuras privilegiadas y calificadas cuando concurren determinadas hipótesis de agravios al honor (arts. 351 y 352 del Código Penal español); (3) la regulación pareciera exigir el empleo de armas en el duelo (art. 352); (4) establece figuras calificadas de intervención de padrinos, no contempladas por el Código Penal chileno (cuando se producen los resultados de muerte o lesiones si hubieren promovido el duelo o actuado con alevosía en él); (5) el Código español, comparado con el chileno, le otorga una función distinta al rol de los padrinos (deben ser 2 o más por cada parte; deben ser mayores de edad; deben elegir las armas; y cumplen la función de conciliar los ánimos y de procurar concertar las condiciones del duelo de la manera más equitativa y menos peligrosa posible).

Efectuada la comparación entre el Código Penal chileno y los Códigos belga y español, es posible advertir que la regulación chilena parece recoger el común denominador de ambos Códigos, de omitir una definición legal del duelo. Se aleja de ambos Códigos al no exigir el empleo de armas para que se configure el duelo. En cuanto a la técnica legislativa en regulación de los regímenes de penalidad asociados a la producción de resultados típicos de distinta entidad (vgr. muerte y lesiones) pareciera seguir el modelo español, aunque sin incorporar regímenes (sea calificados, sea privilegiados) asociados a consideraciones de honor. En cuanto al rol que desempeñarían los padrinos, de igual manera pareciera acercarse más a la contundencia de la regulación española que

a la exigua regulación belga, eliminando empero, importantes exigencias y funciones que la regulación española señala para los padrinos. Por último, y en cuanto a las exigencias que el Código establece para la procedencia del régimen privilegiado de punibilidad, el Código Penal Chileno se acerca también más a la codificación española que a la belga.

De esta forma, la regulación del duelo bajo el Código Penal chileno de 1874, pareciera no alejarse de la regla general que fuera adoptada para la elaboración del Código: adoptar la estructura y sistematización belga, pero replicar, con modificaciones, desde luego, el contenido de la regulación española.

### **3.4.- La regulación del Código Penal chileno de 1874 frente a la regulación del Código Penal prusiano de 1851 y del Código Penal para el imperio alemán de 1871**

Para efectos de situar aún más el contenido de la regulación chilena, quizás resulta útil hacer un último análisis comparativo; esta vez no con modelos regulativos que sirvieron de fuente material a nuestro Código, sino con otras legislaciones disponibles en la época, cuyo examen quizás ayuda a ampliar el horizonte regulativo dentro del cual nuestro Código de 1874 se ubica; se trata del Código penal prusiano de 1851 y del Código Penal para el imperio alemán de 1871. Para ello, y debido a que el primero sirvió de génesis del segundo, resulta útil su análisis de acuerdo a la siguiente tabla:

Código Penal prusiano de 1851 <sup>36</sup>	Código Penal para el imperio alemán de 1871 <sup>37</sup>
<p>Título decimocuarto: Duelo</p> <p>§. 164. [Establece el delito de desafío y aceptación de batirse duelo con armas mortales]</p> <p>§. 165. [Establece el delito de desafío a duelo a muerte]</p>	<p>Segunda Parte: De los crímenes, delitos e infracciones en particular y su punición. Sección decimoquinta: Duelo</p> <p>§. 201. [Establece el delito de desafío y aceptación de batirse duelo con armas mortales]</p> <p>§. 202. [Establece el delito de desafío a duelo a</p>

<sup>36</sup> Preußische Strafrecht. 1853. Glogau, editorial de C. Flemming.

<sup>37</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1877. Berlín, editorial de Eugen Groffer.



<p>§. 166. Aquellos que asumen el encargo de desafiar y lo organizan [<i>ausrichten</i>] (portadores del acuerdo [<i>Kartellträger</i>]) son castigados con pena de encierro de hasta seis meses.</p> <p>§. 167. [Establece una regla que exime de pena al desafiante, al aceptante y a los portadores del acuerdo (<i>Kartellträger</i>) si existe desistimiento de las partes del duelo]</p> <p>§. 168. El duelo se castiga con una pena de encierro de tres meses hasta cinco años. Si una de ambas partes muere, entonces procede un encierro de dos hasta doce años.</p> <p>§. 169. El que mate a su oponente en un duelo, de aquellos que debió llevar a la muerte de una de ambas partes (§. 165), será castigado con encierro de tres hasta veinte años.</p> <p>§. 170. Si un duelo se ha llevado a cabo sin padrinos [<i>Sekundanten</i>], la pena establecida puede ser aumentada a la mitad, pero nunca sobre un período de veinte años.</p> <p>§. 171. Si una muerte o lesión corporal ha sido causada por la violación intencional de las reglas acordadas en el duelo, el infractor será castigado de conformidad con las normas generales sobre el delito de homicidio o lesión corporal, a menos que se establezca una pena más severa en virtud de las disposiciones anteriores.</p> <p>§. 172. Los padrinos [<i>Sekundanten</i>], así como los testigos, los médicos y los cirujanos [<i>Wundärzte</i>] presentes en el duelo, están exentos de castigo. Tampoco están obligados a informar del duelo previsto o ejecutado a la autoridad del Estado, salvo a petición de ésta.</p> <p>§. 173. Los portadores del acuerdo [<i>Kartellträger</i>] permanecen impunes, si han hecho un esfuerzo serio para evitar el duelo.</p> <p>§. 174. [Establece el delito de incitación al duelo]</p>	<p>muerte]</p> <p>§. 203. Aquellos que asumen el encargo de desafiar y lo organizan [<i>ausrichten</i>] (portadores del acuerdo [<i>Kartellträger</i>]) son castigados con pena de reclusión [<i>Festungshaft</i>] de hasta seis meses.</p> <p>§. 204. [Establece una regla que exime de pena al desafiante, al aceptante y a los portadores del acuerdo (<i>Kartellträger</i>) si existe desistimiento de las partes del duelo]</p> <p>§. 205. El duelo se castiga con una pena de reclusión [<i>Festungshaft</i>] de tres meses hasta cinco años.</p> <p>§. 206. El que mate a su oponente en un duelo será castigado con reclusión [<i>Festungshaft</i>] de no menos de dos años, y si el duelo fuera de aquellos que debió llevar a la muerte de uno de ambos, con una reclusión [<i>Festungshaft</i>] de no menos de tres años.</p> <p>§. 207. Si una muerte o lesión corporal ha sido causada por la violación intencional de las reglas acordadas o establecidas en el duelo, el infractor será castigado de conformidad con las normas generales sobre el delito de homicidio o lesión corporal, a menos que se incurra [<i>vernirkt</i>] en una pena más severa en virtud de las disposiciones anteriores.</p> <p>§. 208. Si el duelo se llevó a cabo sin padrinos [<i>Sekundanten</i>], la pena incurrida [<i>vernirkte</i>] puede ser aumentada hasta la mitad, pero no a más de diez años.</p> <p>§. 209. Los portadores del acuerdo [<i>Kartellträger</i>] que han hecho un esfuerzo serio para evitar el duelo, los padrinos [<i>Sekundanten</i>], así como los testigos, los médicos y los cirujanos [<i>Wundärzte</i>] presentes en el duelo, están exentos de castigo.</p> <p>§. 210. [Establece el delito de incitación al duelo]</p>
---	---

Como es posible observar, el Código Penal prusiano de 1851 sirvió de base para la elaboración del Código Penal para el imperio alemán de 1871, el que replicó la estructura de la regulación y buena parte del contenido del código prusiano de 1851. Las observaciones más relevantes respecto a ambas regulaciones, son las siguientes: en primer lugar (1), y al igual que el resto de los Códigos examinados, tanto el Código prusiano como el imperial, carecen de una definición legal de duelo; (2) ambos cuerpos normativos, introducen una modalidad de intervención en el duelo distinta a los padrinos (denominados *Sekundanten*), que se caracteriza por asumir la función de asumir el encargo de parte de una de las partes del duelo de desafiar, y organizar el combate (los que ambos Códigos denominan, “portadores del acuerdo” o *Kartellträger*), cumpliendo además la función de hacer esfuerzos serios de evitar el duelo; (3) ambas regulaciones establecen la posibilidad de un desistimiento eficaz de parte de las partes de un duelo, lo que sugiere que, bajo dichas regulaciones, el delito de duelo constituiría un delito de resultado; (4) establecen un delito base de duelo y la muerte como una circunstancia que califica la punibilidad del mismo, cuya calificación se encuentra aún más intensificada si, producida la muerte de uno de los oponentes, es posible estimar que el duelo fue acordado a muerte (§168 y §169 del Código prusiano y §205 y §206 del Código imperial); (5) frente a la ausencia de padrinos (*Sekundanten*) se establece un régimen agravado de punibilidad; (6) se establece como exigencia a la aplicabilidad del régimen privilegiado de punibilidad de las lesiones o la muerte causadas en duelo, la observancia de las reglas acordadas o establecidas en el duelo, de manera que su violación intencional, hace que las lesiones corporales o la muerte producidas, sean castigadas conforme al régimen de punibilidad común del homicidio y las lesiones corporales; y, (7) exime de pena a los padrinos (*Sekundanten*), a los testigos y a otros terceros que presencian el duelo.

Frente a la regulación del Código Penal chileno, podemos observar las siguientes diferencias: (1) tanto el Código Penal prusiano como el Código Penal imperial, introducen una modalidad de intervención en el duelo distinta de los padrinos (*Sekundanten*), que ambos Códigos denominan “portadores del acuerdo” (*Kartellträger*); (2) ambas regulaciones establecen la posibilidad de un desistimiento eficaz de parte de los autores de un duelo; (3) el delito de duelo, en cuanto a los posibles resultados típicos susceptibles de ser producidos (*vgr.* lesiones corporales y muerte), sólo resulta calificado en su punibilidad por la producción de la muerte, a diferencia del Código Penal chileno en que las lesiones corporales graves también califican la punibilidad del delito base de

duelo, por lo que el régimen de punibilidad de las lesiones corporales causadas en duelo se encuentra absorbido por la pena del delito base de duelo. Contando así, la regulación del Código Penal prusiano y del Código Penal imperial, con un régimen aún más privilegiado de punibilidad de las lesiones corporales y del homicidio producido en duelo que el Código Penal chileno; (4) se exime de pena a los padrinos (*Sekundanten*), a los testigos y a otros terceros que presencian el duelo, siendo por tanto punible, aparte de quienes cuenten como autores del duelo, sólo la intervención a título de “portadores del acuerdo” (*Kartellträger*).

### III.- EL DUELO COMO CONTEXTO TÍPICAMENTE RELEVANTE DEL HOMICIDIO EN DUELO

Frente al problema que la presente memoria de licenciatura pretende resolver, esto es, a aquel relativo al reconocimiento legislativo de la eficacia del consentimiento en la regulación del duelo, hay dos modalidades interpretativas de la regulación: una primera modalidad interpretativa, es enfrentar los resultados típicos eventualmente causados en un duelo, como constitutivos de lo que podemos denominar *duelo con resultado de muerte o lesiones*. Una segunda modalidad interpretativa, en cambio, es enfrentar la eventual producción de dichos resultados típicos como constitutivos, respectivamente, de *homicidio en duelo y lesiones corporales en duelo*. Sin perjuicio de que ambas modalidades interpretativas no son excluyentes ni contradictorias entre sí, es posible identificar una diferencia de enfoque interpretativo entre las mismas. Así, mientras la primera modalidad interpretativa, el enfoque principal se encuentra en el delito de duelo, respecto del cual los resultados típicos eventualmente producidos se muestran como una circunstancia contingente que califica la punibilidad del delito, en la segunda modalidad interpretativa, el enfoque principal está dado por el acaecimiento de la producción de los resultados típicos, respecto de los cuales, el duelo contaría como un *contexto típicamente relevante*, para la causación de los mismos.

En lo que sigue, esta memoria de licenciatura, adopta la segunda modalidad interpretativa en virtud de dos consideraciones: una primera consideración, es aquella relativa a un argumento propio de la teoría de las normas. Dado que es posible reconocer que quien quebranta la prohibición de matar a otro o de lesionar a otro en la ejecución de un duelo, quebranta al mismo tiempo la prohibición del homicidio y la prohibición de las lesiones corporales, entonces un enfoque interpretativo que ponga una atención principal en dichos resultados típicos, tomando al duelo como *contexto típicamente relevante* en la producción de ellos, resulta tener un mayor rendimiento explicativo de dicha circunstancia. De la misma manera, y como segunda consideración, debido a que lo que se pretende es hacer aplicable el régimen privilegiado de punibilidad del homicidio en duelo a otros casos de homicidio consentido, una modalidad interpretativa así entendida, resulta tener un desempeño más funcional a dicho objetivo.

De esta manera, en lo sucesivo de este capítulo, se efectuará un examen de lo que la regulación del Código Penal chileno establece sobre el duelo, cuyo análisis, en tanto contexto típicamente

relevante del homicidio en duelo, resulta crucial indagar para comprender el contenido de injusto del homicidio en duelo.

## 1.- La determinación del bien jurídico que protege la regulación del duelo

Una buena introducción al problema de la determinación del bien jurídico protegido por la regulación del duelo, es la observación de Suárez relativa a la evolución que la dogmática del duelo ha tenido a propósito de la determinación del bien jurídico del injusto del duelo:

“[E]n el castigo del duelo como delito se suceden cronológicamente dos sistemas distintos. Primero se le considera como delito público, contra la administración de justicia, se castiga el reto prescindiéndose casi por completo de los posibles resultados que de él se derivasen. Posteriormente pierde este aspecto para convertirse en simple homicidio y lesiones”.<sup>38</sup>

La observación de Suárez advierte bien la evolución legislativa en torno a la figura del duelo: mientras en una primera época, su reconocimiento legislativo pasaba por reconocerlo como un delito contra -lo que contemporáneamente conocemos como- un bien jurídico colectivo (un delito público, en la terminología de Suárez), en una segunda época, su mantención en la legislación tendió a reconocerlo como un delito contra -lo que contemporáneamente conocemos como- un bien jurídico individual, para finalmente pasar a una última época, donde su supresión en las legislaciones comparadas, conlleva que el tratamiento que se les da a las lesiones y la muerte eventualmente causadas en duelo, reciben el tratamiento de la legislación común de las lesiones corporales y el homicidio. Suárez cierra su observación con la siguiente reflexión; constatando que dicha cronología legislativa implicaría que “[e]l hecho público desaparece; mas el privado queda en todo su ser”.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 148.

<sup>39</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 150. No deja de ser paradójico que, mientras la legislación transita, en la terminología utilizada por Suárez, desde un eje *público* a un eje *privado*, la dogmática del consentimiento, en lugar de cobrar más relevancia, va perdiendo espacio y relevancia dogmática. Si antes, bajo una comprensión *pública* del duelo, cobraba más relevancia, hoy en una comprensión *privada* del fenómeno, carece de relevancia dogmática.

De la evolución hecha notar por Suárez, da cuenta la literatura disponible acerca de la dogmática del duelo: la determinación del bien jurídico resguardado por el injusto del duelo no resulta para nada pacífica en la dogmática del Derecho Penal. Las alternativas de comprensión del injusto del duelo son del todo variadas, algunas de ellas, y sólo a modo ejemplar, son: reconocerlo como un delito contra el honor; como un delito contra la administración del Estado; como un delito contra la administración de Justicia; como un delito contra la paz pública; como un delito contra el monopolio del poder coactivo del Estado; como un delito contra la vida humana y la integridad física, etc.

Así, por ejemplo, Carrara concibe el duelo o monomaquia como un delito contra la justicia pública. En sus palabras:

“La monomaquia tiene (...) su esencia en batirse, independientemente de cualquier resultado siniestro. Los resultados más o menos graves pueden aumentar la cantidad del delito, pero ellos no son más que *circunstancias*, y la verdadera *esencia* del delito está en batirse. La índole jurídica de este delito está en el *ánimo de sustituir la fuerza individual a la fuerza pública, y el juicio de las armas al juicio de los magistrados*. Este concepto, evidentemente, lleva al duelo entre los delitos contra la *justicia pública*, y es por el desprecio de la justicia que se define su título. La intención de matar o de herir es incierta, y puede aun no existir”.<sup>40</sup>

Con ello, para Carrara, mientras la esencia del duelo se encuentra en el hecho de batirse, los eventuales resultados típicos que de él se produzcan, serían *circunstancias*, meras contingencias accidentales frente al núcleo del injusto del delito de duelo en tanto delito contra la justicia pública; cual es, bajo la comprensión de Carrara, el ánimo de sustituir la fuerza y juicio público, por la fuerza y el juicio privado.

Tributarias de dicha comprensión, aunque considerando al duelo como un delito pluriofensivo, son las posiciones de Ramírez y Novoa. Así, mientras Ramírez considera que el duelo sería un delito pluriofensivo, que lesionaría los bienes jurídicos paz o seguridad pública, la administración de justicia y la vida e integridad física,<sup>41</sup> para Novoa el delito de duelo sería un delito “*sui-generis*” ya

---

<sup>40</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 464, §2889.

<sup>41</sup> RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 109. Empero, de *lege ferenda*, Ramírez propone tipificar al duelo como un delito contra la administración de justicia. Al respecto, véase

que constituiría “un hecho antisocial que presenta características propias y difiere bastante de un atentado común a la vida o contra la administración de justicia”.<sup>42</sup>

Con todo, pareciera haber una clara tendencia mayoritaria que estima que el duelo sería un delito contra la vida y la integridad física. Tal es el caso de la legislación y la dogmática chilena. Lo cual no sería más que un correlato de la legislación comparada, ya que según Ramírez, el duelo mayoritariamente se encontraría, dentro de los delitos contra la vida y la integridad física de las personas reconocido bajo dos modalidades: “considerándolo como un delito específico o como una circunstancia de realización del homicidio o las lesiones corporales”.<sup>43</sup>

En el caso chileno, el Código Penal de 1874, bajo el título VIII del libro II, lo contempla expresamente como un delito contra las personas, por lo que la doctrina nacional casi unánimemente lo considera como un delito contra la vida humana independiente y salud individual.<sup>44</sup> Así, y sólo a modo ejemplar, Politoff, Bustos y Grisolia,<sup>45</sup> consideran que el duelo es un delito en contra de la vida y la incolumidad física. Con todo, hay excepciones, como es el caso de Hübner,<sup>46</sup> quien pareciera considerar al duelo como un delito contra el orden social.<sup>47</sup>

---

RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 112.

<sup>42</sup> NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 105.

<sup>43</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 108. No obstante, no faltan las posiciones dogmáticas contrarias: véase por ejemplo, Suárez, para quien, en la línea de Carrara, “la voluntad de los duelistas, expresada en el pacto o convenio previo, es la de reemplazar la justicia del Estado por su justicia privada”, donde habría una auténtica “renuncia a la tutela jurídico penal, la cual sola deberá recobrar su vigor entre los duelistas caso de que alguno de ellos haya infringido aquella ley especial” (SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 144 y 145); para Alimena, en el contexto italiano, el delito de duelo es tanto un delito “contra la justicia social” como un delito contra las personas (ALIMENA, BERNARDINO. 1975. Delitos contra la persona. Editorial Temis, p. 3); Incluso, para algunos, sería un delito contra la libertad, ya que existiría en su realización un constreñimiento a sostener un combate armado (NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino, p. 260).

<sup>44</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 135; GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140; POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 154; y BULLEMORE, VIVIAN. 2007. Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del delito. 2º ed. Santiago, Legal Publishing, p. 56.

<sup>45</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 357; Creus, a propósito de la regulación argentina, señala que el delito de duelo sería un delito contra las personas (CREUS, CARLOS. 1983. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 98).

<sup>46</sup> HÜBNER, JORGE. 1958. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 240.

## 2.- El injusto del duelo: elementos del tipo

### 2.1 – Definición

Como ya fuera señalado, una primera consideración que es posible formular respecto al Código Penal chileno, siguiendo tanto al Código Penal belga como al español, es que no contempla una definición legal de lo que ha de entenderse por duelo. Frente a dicha circunstancia, la doctrina ha ofrecido tantas definiciones como autores que se han aproximado a abordar el tipo del duelo.<sup>48</sup>

Sin embargo, desde ya resulta posible efectuar una primera prevención: ante la general inexistencia de una definición de duelo bajo el derecho chileno y comparado, por carecer de legitimidad y de carácter vinculante, no resulta procedente tomar el concepto de duelo de los, así denominados, códigos de honor.<sup>49</sup>

Como segunda prevención, cabe observar que el elemento de honor que permea la comprensión histórica del duelo, se basaría en una comprensión del injusto del duelo más relacionado con la modalidad específica del duelo denominado “duelo satisfactorio” que respecto al duelo propiamente tal.<sup>50</sup> Como ya fuera observado, bajo la legislación chilena, el duelo carece en nuestra

---

<sup>47</sup> HÜBNER, JORGE. 1958. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 240. Aunque, en su propia caracterización, más bien sería un delito contra la administración de justicia (una forma de autotutela o justicia privada).

<sup>48</sup> Según Ramírez, siguiendo a otros autores, los elementos constitutivos del duelo serían los siguientes: (1) El duelo ha de ser un combate entre dos personas; (2) ha de ser precedido de la aceptación de un reto o desafío previo; (3) han de intervenir en él antes, durante y después, padrinos o testigos, cuya misión es fijar y velar porque se respeten las condiciones establecidas para el enfrentamiento de acuerdo a las reglas acordadas entre las partes; (4) empleo de armas “e igualdad de situación, hasta donde ello sea posible”; (5) el motivo del combate ha de ser un motivo de honor o de “intereses privados en pugna”. Véase, al respecto, RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 15 y 16. En su propia definición, “[e]l duelo es un combate con armas entre dos personas, determinado por motivos privados no deshonorables, que se propone, acepta y realiza con desprecio y al margen de la autoridad pública, ante testigos llamados ‘padrinos’ y en condiciones de igualdad previamente concertadas” (RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 91.).

<sup>49</sup> Al respecto véase Ramírez, RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 30 y 31.

<sup>50</sup> Respecto al duelo satisfactorio y a los distintos tipos de duelo, véase RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 27 y pp. 20 a 33.



regulación de elementos vinculados al honor. Vinculación que, aunque no a propósito de la legislación chilena, sí efectúa por ejemplo, Carrara; para quien el duelo tiene por finalidad reparar una cuestión de honor.<sup>51</sup>

La definición disponible más adecuada, es quizás la que provee Roedenbeck, quien, a propósito de la regulación alemana, define al duelo como una combate entre dos personas, surgida por un acuerdo sobre la misma, de pelear entre sí.<sup>52</sup> No obstante, también puede resultar interesante la definición de Del Río, quien bajo una concepción del duelo anclada en una noción de autonomía, define al duelo, a propósito de la regulación chilena, como un combate privado, voluntario, en conformidad a pactos, con la finalidad específica “de mantener externamente la soberanía individual absoluta en una determinada esfera de acción”.<sup>53</sup> Como veremos a propósito del consentimiento como fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo, una concepción de duelo como la de Del Río, teleológicamente orientada a un concepto de autonomía específicamente situada a un contexto de duelo, resulta funcional a la tesis que la presente memoria pretende defender: en tanto el consentimiento del ofendido se esgrima como el fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo, ello dependerá crucialmente de que aquello de que se dispone en virtud de dicho consentimiento, sea comprendido como, en tanto manifestación libre de la voluntad, un acto de disposición autónomo.

En esa misma línea, Hübner dentro de su manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales, trata el delito de duelo, luego del suicidio y antes de la eutanasia. Así, en tanto el suicidio se comprenda como un acto de disposición del bien jurídico vida humana independiente ejecutado de propia mano y la eutanasia, en tanto modalidad específica de un homicidio consentido, se comprenda como un acto de disposición por delegación del mismo bien jurídico vida humana independiente, entonces el tratamiento del duelo entre ambas categorías pareciera

---

<sup>51</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, pp. 442 y 443, quien define el duelo como “un combate entre dos o más personas, concertado con previa determinación de armas, de lugar y de tiempo, con el fin de procurar una reparación del honor”.

<sup>52</sup>ROEDENBECK, SIEGFRIED. 1883. Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Halle, Niemeyer, p. 9.

<sup>53</sup> DEL RIO, RAIMUNDO. 1935. Derecho Penal. Editorial Nascimento, p. 393. Quien lo comprende como una “institución social curiosa” ya que no obstante ser reconocido por la mayoría de las legislaciones, sus autores no son reconocidos como delincuentes vulgares, lo que se mostraría en el hecho de que el legislador se muestra clemente con ellos al establecer un régimen privilegiado de punibilidad y por el hecho de que raramente resulta objeto de persecución penal. Al respecto, DEL RIO, RAIMUNDO. 1935. Derecho Penal. Editorial Nascimento, p. 395.

tener una correlación específica con ambas categorías.<sup>54</sup> En efecto, para Hübner, el duelo es comprendido como un combate singular celebrado en virtud de un convenio “con el riesgo mutuamente aceptado de heridas graves y aun la muerte”.<sup>55</sup> Con ello, no hace más que hacer explícito el carácter del injusto del duelo como instancia específica de disposición de bienes jurídicos (*vgr.* vida humana independiente y salud individual) manifestada en el acuerdo o convenio, en el cual se acepta recíprocamente el riesgo de causación de lesiones corporales o muerte.

## 2.2.- Duelo regular e irregular

La primera clasificación con la cual un examen de la dogmática del duelo tiene que lidiar, es aquella que establece la diferencia y demarcación entre lo que se denomina duelo regular, por un lado, y duelo irregular, por el otro.

La demarcación entre duelo regular e irregular descansa en buena medida, en la interpretación que se haga de los artículos 406 y 409 del Código Penal chileno. Como es posible advertir en la regulación chilena, el artículo 406 junto con establecer un régimen privilegiado de punibilidad para los casos de homicidio en duelo (inc. 1º) y de lesiones graves en duelo (inc. 2º y 3º), también establece la figura base del delito de duelo (inc. final), el que indica textualmente “[e]n los demás casos se impondrá a los combatientes reclusión menor en su grado mínimo (...)”, con lo que el supuesto de hecho de la mencionada regla, abarcaría hipótesis tanto de duelo sin resultado de lesiones como de lesiones menos graves (art. 399 del Código Penal chileno) causadas en duelo o de lesiones leves (art. 494 nº 5) causadas en duelo. Por su parte, el artículo 409 del Código Penal chileno, establece las reglas de aplicabilidad del régimen privilegiado de punibilidad del homicidio o lesiones corporales en duelo, al establecer que resultan aplicables las reglas generales para los casos de homicidio y lesiones cuando se verifican alguna de las tres circunstancias que el artículo

---

<sup>54</sup> HÜBNER, JORGE. 1958. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 239 y 240. De modo similar, de acuerdo a Novoa, Gabriel Tarde, en su estudios sobre el duelo, diría “si el suicidio es la forma subjetiva del homicidio, el duelo es su forma recíproca” (NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, p. 103).

<sup>55</sup> En el plano ético, señala Hübner, el duelo sería una especie de combinación entre suicidio y homicidio. Véase HÜBNER, JORGE. 1958. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 240.

establece, a saber: (1) cuando el duelo se ejecuta sin la asistencia de padrinos; (2) cuando se provoca o da causa a un desafío en virtud de un interés pecuniario o un objeto inmoral;<sup>56</sup> o (3) cuando uno de los combatientes falta a las condiciones concertadas por los padrinos (en cuyo caso las penas generales para el homicidio y lesiones sólo se aplican a él y no al duelista observante de las condiciones).

De esta manera, la eventual satisfacción de las exigencias, interpretadas en virtud de un argumento *a contrario*, establecidas en el artículo 409 del Código Penal chileno, sería lo determinante para considerar si un duelo ejecutado cuenta como uno regular o uno irregular. Así, el duelo ejecutado con la asistencia de padrinos, provocado sin un interés pecuniario o un objeto inmoral, y en el cual los combatientes respetan las condiciones esenciales concertadas por los padrinos, entonces dicho duelo sería regular. Mientras, aquel duelo en que no se satisfaga alguna de esas condiciones, devendría en irregular. No obstante, según la posición mayoritaria de la doctrina chilena,<sup>57</sup> las exigencias del art. 409 del Código Penal chileno no serían aplicables al delito de duelo base (delito de duelo sin resultado de lesiones y delito de lesiones menos graves o leves causadas en duelo), sino que únicamente a los delitos de homicidio en duelo o lesiones graves en duelo, los cuales serían los únicos tipos de duelo que podrían devenir en regular o irregular. El argumento estaría en que, al señalar el art. 409 del Código Penal chileno de “casos de homicidio y lesiones”, en circunstancias que el art. 406 del Código Penal chileno sólo se refiere explícitamente a las lesiones graves (art. 397) y al homicidio (art. 391), entonces, bajo una interpretación *sistemática* de la legislación, las exigencias del art. 409 del Código Penal chileno sólo serían aplicables a los casos de homicidio en duelo o lesiones graves en duelo.

No obstante, dicha tesis no es correcta. La disposición del art. 409 del Código Penal chileno no restringe la aplicación de las exigencias a únicamente hipótesis de lesiones graves y muerte, pudiendo aplicarse, entonces, a hipótesis de lesiones leves o menos graves causadas en duelo.

---

<sup>56</sup> Respecto a la exigencia establecida en n° 2 del art. 409, Garrido señala que sólo correspondería considerar el duelo como irregular respecto al duelista que haya *provocado* dicho duelo, esto es, aquel que haya dado causa al duelo por los motivos establecidos (interés pecuniario o un objeto inmoral) y no al otro duelista. Además restringe esta hipótesis a sólo aquellos casos en que se haya efectivamente realizado el duelo. Véase GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 143.

<sup>57</sup> En esta posición estarían, sólo a modo ejemplar, POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 539; ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 139; y GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 142.

Empero, y desde luego, al hacer alusión el mencionado artículo a casos de homicidio y lesiones, no sería aplicable a duelos sin resultados típicos (sin resultado de lesiones o muerte).

Acerca de lo que haría devenir un duelo en un duelo irregular bajo el Derecho comparado, como de hecho resulta bajo la regulación del Código Penal prusiano y del Código Penal para el imperio alemán, el hecho que el duelo se acuerde, bajo el Código chileno, “hasta la muerte”, no lo convierte en irregular,<sup>58</sup> siempre que se respeten las reglas acordadas. En la legislación chilena, el pactar un duelo con tales características, el único efecto jurídico penal que trae consigo, es hacer punible la intervención de aquellos padrinos que eventualmente intervengan en él.

### 2.3.- Elementos del tipo

En cuanto a los elementos del tipo del homicidio en duelo bajo la legislación chilena, quizás la primera dificultad que resulta necesario despejar, es a la delimitación específica que existe entre el duelo por un lado, y la legítima defensa, por el otro.

Desde luego, la primera consideración al respecto, es que mientras el delito de duelo, en tanto norma de sanción reconocida legalmente en el Código Penal chileno, cuenta a su vez, como una norma de comportamiento que prohíbe un determinado comportamiento; cual es, el comportamiento constitutivo de batirse a duelo. La legítima defensa, en tanto causa de justificación, cuenta, por el contrario, como una norma permisiva, esto es, como una norma que declara no prohibida una determinada conducta,<sup>59</sup> específicamente, la conducta de impedir o repeler, mediante el empleo de un medio racionalmente necesario, una agresión ilegítima, sea esta actual o inminente, y sin provocación suficiente por parte de quien ejecuta el comportamiento defensivo.

---

<sup>58</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 28. A este respecto, y en cuanto a lo dispuesto por el Código Penal para el imperio alemán, véase LISTZT, FRANZ. 1927. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1º tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, p. 495, y BINDING, KARL. 1969. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomo I. Leipzig, Scientia Verlag Aalen, p. 72.

<sup>59</sup> Respecto al estatus deóntico de las causas de justificación, véase MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el Derecho Penal. Editorial BdeF.

Con todo, la anterior demarcación parece verse oscurecida por parte de Garrido. Pues, para Garrido, en la ejecución del duelo, “puede que los dos contendientes se ataquen recíprocamente, como también que uno solo lo haga y el otro limite su actividad a defenderse”.<sup>60</sup> Dejando de lado la tesis según la cual el consentimiento del ofendido es el fundamento del privilegio de la punibilidad del delito de duelo con resultado de muerte o lesiones graves, podría entonces reconocerse, que en la segunda hipótesis que señala Garrido –aquella en que uno de los intervinientes del duelo se limita a ejecutar un comportamiento defensivo–, la regulación del duelo por esa vía constituiría, en la medida que en ella sea posible reconocer un efecto completamente excluyente de la responsabilidad penal, una hipótesis de legítima defensa especialmente tipificada.<sup>61</sup>

Sin embargo, dicha conclusión pareciera ir demasiado lejos. Como Levi bien lo identifica, el combate en el duelo ha de ser examinado como una *unidad*. Así, el comportamiento de batirse a duelo, o *acción de combate*, está constituido como la *unidad* de la suma de –mínimo una– acción agresiva y –mínimo una– acción agresiva o defensiva.<sup>62</sup> De esta manera, en tanto se comprenda que en la legítima defensa, para que la instancia de comportamiento permitido sea susceptible de ser considerado como *defensivo*, requiere que la agresión antijurídica (actual), en tanto condición de aplicación de la norma permisiva, debe estar ya consolidada cuando tiene lugar el inicio de la ejecución de la acción defensiva,<sup>63</sup> entonces la diferencia estructural entre la legítima defensa y el duelo se hace visible: mientras en la legítima defensa el espacio para la acción está dado por la existencia de un comportamiento agresivo cuya consolidación hace situacionalmente posible un comportamiento defensivo subsiguiente, en el delito de duelo se trata de la configuración de un espacio para la acción constituido por la suma de –mínimo una– acción agresiva y –mínimo una– acción –sea esta, simultánea o posterior– agresiva o defensiva.

---

<sup>60</sup> GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 141.

<sup>61</sup> Esa es la hipótesis que sirve de ejemplo en Joerden a propósito del debate relativo al tratamiento de colisión de permisos en el Derecho Penal. Véase al respecto, MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el Derecho Penal. Editorial BdeF, p. 273, nota al pie n° 215; quien en el caso señalado por Garrido, sí afirmaría la existencia de una legítima defensa (con independencia de la existencia o no de la tipificación autónoma del delito de duelo) pero no en el primer caso, donde ambos combatientes se atacan recíprocamente.

<sup>62</sup> Véase al respecto, LEVI, ERNST. 1889. Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Leipzig, Duncker & Humboldt, p. 94. En términos similares, para Liszt el *combate* requiere “por un lado, el ataque y, por otro, la posibilidad y la intención de contraatacar o defenderse, con el uso mutuo de la fuerza, la determinación y la agilidad” (LISTZT, FRANZ. 1927. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1° tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, p. 492).

<sup>63</sup> MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el Derecho Penal. Editorial BdeF, p. 271.

Antes de entrar a analizar los elementos del tipo de duelo,<sup>64</sup> cabe despejar la siguiente prevención. Como bien Etcheberry lo indica,<sup>65</sup> todas aquellas hipótesis de lo que se denomina “ruleta rusa”, en que los participantes dirigen un arma contra sí mismos un arma con un solo proyectil por turnos, no serían constitutivas de duelo, por el hecho de que en ese tipo de comportamientos es el azar el que determina la producción de los resultados. Con todo, reconoce Etcheberry, que podría examinarse dicho tipo de conductas como hipótesis de auxilio al suicidio.<sup>66</sup> En efecto, dado que en hipótesis de homicidio en duelo, basta reconocer dolo eventual de homicidio en los autores del mismo, en dichas hipótesis de “ruleta rusa” no hay propiamente dolo de homicidio sino dolo de auxilio al suicidio (no cabe reconocer un dolo de suicidio, ya que no se encuentra sometido a norma de prohibición penal alguna).

#### **a) Acuerdo o convención**

Acerca de la exigencia de un acuerdo o convención, para que el duelo sea regular, como lo indica Ramírez, sería necesario que se establezca una convención en que se fijen las condiciones del combate; en que eventualmente, debido a que no es exigido por la legislación, se elijan las armas; y se determine el tiempo y lugar a realizar el combate. En específico, la exigencia de una convención, se comprende como la característica fundamental para diferenciar el duelo de la simple riña o pelea.<sup>67</sup> De esa forma, es el consentimiento que, manifestado en virtud de dicha convención, lo que sería determinante para diferenciar el duelo de la riña.

---

<sup>64</sup> Ramírez intenta construir una distinción entre elementos objetivos y subjetivos que conformarían el tipo del duelo, sin embargo, la elaboración no es del todo desarrollada. Al respecto, ver RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 89.

<sup>65</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 141-142.

<sup>66</sup> Ver al respecto, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. 2018. Suicidio Alemán y “duelo americano”. Indret (3): 1-3.

<sup>67</sup> RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 79. De igual manera, CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 443. También Soler, quien en el contexto de la regulación argentina, en que se exigiría un concierto previo por terceros, indica que la predeterminación de las condiciones del combate es precisamente lo que diferenciaría al duelo de un simple encuentro, riña o pelea. Sin embargo, a diferencia de la regulación chilena, para que la contravención a las reglas del combate sea susceptible de calificar al duelo de irregular, dicha contravención debe ser efectuada “en daño del adversario”. Véase al respecto, SOLER, SEBASTIÁN. 1945-1946. Derecho Penal Argentino, p. 188. Acerca de la formalidad que debe tener el combate para que éste sea constitutivo de duelo, interesante es la observación de Ramírez, en cuanto a que sería la radical formalidad del duelo, lo que lo constituiría como tal. Véase, al respecto,

Carrara, va incluso más allá e identifica que los criterios esenciales del duelo han de ser buscados en el ánimo de los combatientes; señalando que el segundo de dichos criterios esenciales sería “la *conciencia* y el recíproco *consentimiento* de batirse”.<sup>68</sup> Añadiendo en suma, que “la determinación de si existe un duelo o más bien una riña o agresión, depende de que se decida si hubo o no desafío y aceptación”.<sup>69</sup>

Para Garrido,<sup>70</sup> el acuerdo previo es normalmente convenido por terceros, los padrinos, los que deben asegurar equiparar las condiciones de los duelistas y fijar las reglas del combate. Tanto es así, que al momento de hacer un examen de la causal n°3 del artículo 409 del Código Penal chileno (esto es, la causal que establece que aquel de los combatientes que faltare a las condiciones esenciales concertadas por los padrinos, es penado de acuerdo a las penas comunes de las lesiones y el homicidio) señala que las condiciones cuya contravención da origen a dicha exigencia, se trata de aquellas condiciones que fueran acordadas por los padrinos. Ello sería consistente con lo establecido con el art. 408, artículo que castiga a los padrinos que participan en un duelo, estableciendo un régimen de penalidad calificado en caso que “lo hubieren concertado a muerte”.

Así, la observación de Garrido parece indicar que son los padrinos quienes convienen las reglas. Con todo, uno podría señalar que lo que la legislación en rigor establece, es que los padrinos son intervinientes que se constituyen como representantes de los duelistas, quienes mediante sus padrinos, conciertan las reglas del combate. De modo que el acuerdo, no es reconducible a la voluntad de los padrinos, sino que a la voluntad de los autores del delito de duelo.

Respecto a las condiciones de cuya infracción se trata, Politoff, Bustos, Grisolia,<sup>71</sup> remarcan, a propósito de la condición del art 409 n° 3 del Código Penal chileno, que la contravención, según el propio Código, debe ser a las condiciones estimadas como esenciales para el duelo.<sup>72</sup> Para ello, dan cuenta de la introducción de la palabra ‘esenciales’ en las sesiones de la comisión redactora,

---

RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 29. En el mismo sentido, señalando que es el acuerdo o convención lo que constituye en criterio distintivo del duelo, ROEDENBECK, SIEGFRIED. 1883. *Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung*. Halle, Niemeyer, p. 9 y 24.

<sup>68</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 475, §2899.

<sup>69</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 475, §2900.

<sup>70</sup> GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 141.

<sup>71</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 361.

<sup>72</sup> De igual manera, como lo indica Núñez para el caso argentino, la violación de las condiciones no pactadas, aunque sean usuales y aceptadas por los denominados Códigos de Honor, no hacen devenir el duelo en irregular. Al respecto, NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino, p, 272.

cuyos comisionados la introdujeron para no privar del privilegio de punibilidad a las contravenciones de poca monta.<sup>73</sup> Así, la función que cumpliría esta regla sería la función de restringir la eficacia del error como circunstancia que excluye la eficacia del consentimiento prestado por los intervinientes: la eficacia de un error acerca de las condiciones pactadas se vería circunscrito en cuanto a su eficacia invalidante del consentimiento, a aquellas circunstancias estimadas como esenciales para la ejecución del duelo.

## **b) Intervención de padrinos**

Tal como ya fuera observado al analizar la regulación chilena frente a la española y la belga, si bien nuestro código establece que la presencia de padrinos es necesaria para que se configure el delito de duelo y así, resulte procedente el privilegio de punibilidad en caso de resultados de muerte o lesiones graves, de la misma forma, castiga a los padrinos según lo establece el art. 408.<sup>74</sup>

Los principales roles de los padrinos serían de servir de terceros, antes, durante y después del duelo, a fin de procurar el establecimiento de las condiciones del embate, garantizar el seguimiento de las mismas, y de dar fe o testimonio como testigos de que el duelo se realizó conforme a las reglas pactadas.<sup>75</sup> Así, su participación sería fundamental para dotar de regularidad al duelo.

Sin embargo, para la posición mayoritaria de la doctrina chilena, el rol que los padrinos deben desempeñar, no debe quedar circunscrito a las funciones indicadas, sino que además desempeñarían un rol de conciliador o incluso, serían portadores de un deber de evitación del

---

<sup>73</sup> ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Santiago, 1873-74, p. 161: En la sesión 83 del 13 de mayo de 1872, se agregó la palabra “esenciales” al art. 409 n° 3 para calificar las condiciones de cuya contravención se trata, por considerar que no merece un aumento de pena el que solo falta a “condiciones de poca monta para el éxito del duelo”.

<sup>74</sup> Como bien nota Ramírez, acerca de la exigencia de padrinos, “[l]os padrinos son los testigos necesarios del duelo y casi la unanimidad de la doctrina, las legislaciones y de la jurisprudencia penal consideran indispensable su concurrencia, si se quiere construir la figura jurídica del duelo regular” (RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 77).

<sup>75</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 77.



duelo.<sup>76</sup> Así, por ejemplo, Politoff, Bustos y Grisolia sostienen que los padrinos cumplen la función primaria de oficiar como conciliadores, y sólo si ello no es posible, fijarían las condiciones del combate, con la finalidad de evitar abusos y excesos.<sup>77</sup> En una línea similar Etcheberry, señala que los padrinos cumplen la función de buscar un avenimiento, y si no lo logran, deben concertar las condiciones del embate y “asistir materialmente” a su realización.<sup>78</sup> Según el autor, “la ley presume que su presencia puede ayudar a evitar el duelo”, por lo que deben intervenir en toda su realización, teniendo además el deber de “encauzar el combate dentro de condiciones razonables” y de disminuir el riesgo para los intervinientes.<sup>79</sup> Garrido va incluso más allá, al sostener que los padrinos tendrían por objeto “alcanzar un desistimiento de los duelistas”, y sólo si ello no se logra, fijarían las condiciones y presenciarían el duelo y velarían por que se respeten las reglas acordadas.<sup>80</sup>

Sin embargo, dicha tesis no es correcta. Lo que quizás está detrás de la comprensión de los padrinos como terceros intervinientes que estarían llamados a evitar el duelo, se encuentra lo señalado en las actas de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, específicamente en la sesión 83 del 13 de mayo de 1872, en la que para efectos de justificar que una pena privativa de libertad de los padrinos que intervienen en un duelo sea igual a aquella aparejada a los autores del duelo —o incluso más severa, si se atiende que en el caso de los autores del duelo, sin resultado de muerte o lesiones graves, la pena de reclusión menor en su grado mínimo se establece de forma alternativa a la pena de multa de 11 a 20 UTM-, se indicó como argumento que los padrinos “han procedido a sangre fría i pudiendo impedir que se llevara a efecto el desafío, lo que aumenta su

---

<sup>76</sup> En el caso chileno, Ramírez atribuye la posición de concebir a los padrinos como conciliadores, a Óscar Lizana. Al respecto, véase RAMÍREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 78, nota al pie n° 79. En el caso argentino, para Soler “[l]a especialísima atenuación que merecen los hechos cometidos en estas circunstancias proviene también de que las condiciones de paridad (que deben imperar en el duelo), son sometidas a un juicio desapasionado, que por añadidura se esfuerza generalmente en la evitación del lance o en su concertación en las condiciones menos graves” (SOLER, SEBASTIÁN. 1945-1946. Derecho Penal Argentino, p. 182). También en el caso argentino, aunque en una posición más moderada, Nuñez concibe a los padrinos como testigos del enfrentamiento, y adicionalmente, como contralores del embate. Véase al respecto, NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino, p. 268.

<sup>77</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 359.

<sup>78</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 139.

<sup>79</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140.

<sup>80</sup> Véase al respecto, GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 143 y 144.

responsabilidad”.<sup>81</sup> Sin embargo, lo que la figura delictiva del art. 408 establece, no es un deber de ejecutar un comportamiento impeditivo del duelo – esto es, un deber de actuar para que otro omita un comportamiento delictivo: algo así como un deber de salvamento de bienes jurídicos fundado en un principio general de solidaridad-, ni menos omitir un comportamiento delictivo (aquel constitutivo de batirse a duelo), sino un deber de omitir el comportamiento de intervenir a título de padrino, en la ejecución del delito de duelo. La comprensión del rol de los padrinos como portadores del deber de evitar el duelo, tiene reconocimiento bajo los Códigos prusiano de 1851 e imperial de 1871,<sup>82</sup> y en menor medida, bajo el español de 1848, pero no bajo el Código Penal chileno de 1874.

En cuanto al rol de los padrinos en el establecimiento del acuerdo o convención, a primera vista, y como observa Garrido, serían los padrinos quienes fijarían las condiciones del combate. Según él, el acuerdo previo es normalmente convenido por terceros, los padrinos.<sup>83</sup> Con todo, según lo ya observador, lo que los artículos 408 y 409 del Código Penal chileno parecen establecer, es que, si bien los padrinos son intervinientes que dan fe y son testigos del duelo, son además verdaderos representantes de los duelistas,<sup>84</sup> quienes mediante sus padrinos, conciertan las reglas del combate. De modo que el acuerdo, como ya fuera tratado, en tanto manifestación de la voluntad, no es reconducible a la voluntad de los padrinos, sino que a la voluntad de los autores del delito de duelo.

Finalmente, cabe referirse a la regla del artículo 408 del Código Penal chileno, la que, como bien advierte Bullemore,<sup>85</sup> establece una condición objetiva de la punibilidad, relativa a que el duelo se lleve a cabo, para que sea procedente una intervención punible de los padrinos. Con todo, de la circunstancia de que se establezca dicha condición, no se deriva el hecho de considerar que los padrinos, como ya fuera argumentado, tengan el deber de evitar la realización del duelo. Junto con

---

<sup>81</sup> ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Santiago, 1873-74, p. 161.

<sup>82</sup> Al respecto, véase LISTZT, FRANZ. 1927. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 1º tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, p. 496, y BINDING, KARL. 1969. *Lehrbuch des Gemainen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Tomo I. Leipzig, Scientia Verlag Aalen, p. 71.

<sup>83</sup> GARRIDO, MARIO. 1998. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 141. Los que constituirían el “elemento moderador” en el duelo, ya que con ellos se garantizaría “cierta igualdad” entre los contendientes, GARRIDO, MARIO. 1998. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 142.

<sup>84</sup> Para una caracterización de los padrinos como terceros representantes de los duelistas que conciertan las condiciones del encuentro, véase ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 142.

<sup>85</sup> BULLEMORE, VIVIAN. 2007. *Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del delito*. 2º ed. Santiago, Legal Publishing, p. 57.

establecer la condición, el artículo 408 establece adicionalmente, dos circunstancias que califican la punibilidad: si los padrinos conciertan el duelo a muerte o si lo conciertan con ventaja conocida de uno de los duelistas.

### c) ¿Empleo de armas e igualdad de condiciones?

En el caso alemán se debate acerca del carácter de las armas, pues en el Código Penal para el imperio alemán se exige que las armas sean mortales para que el duelo sea susceptible de calificación típica.<sup>86</sup> Al respecto, Ramírez señala que en el caso chileno,<sup>87</sup> no es concebible un duelo sin empleo de armas. De igual manera, para Etcheberry el empleo de armas es un requisito tradicional del duelo, y su deducción como exigencia, a partir de lo establecido por la regulación chilena, estaría en que difícilmente se podría crear un riesgo para la vida o la salud de los combatientes si no se empleasen armas, pues para Etcheberry, no es concebible la posibilidad sería de un duelo a muerte si no se emplean armas.<sup>88</sup>

No obstante, y como ya fuera identificado, la legislación chilena no exige el empleo de armas para la configuración típica del duelo. Sin perjuicio de lo cual, la doctrina discute, aparejada a la discusión acerca de la exigencia típica del empleo de armas, acerca de la eventual exigencia de igualdad de condiciones o de éxito de los duelistas que habría de tener todo duelo. Muestra de ambas discusiones bajo la legislación chilena, y siendo partidario del reconocimiento de ambas exigencias, es Ramírez.<sup>89</sup> Quien a propósito del debate de la naturaleza que han de tener las armas,

---

<sup>86</sup> La discusión acerca del carácter mortal que han de tener las armas bajo la regulación del Código Penal para el imperio alemán, es en buena medida, la discusión que más preocupaciones suscitó a propósito de la eventual punibilidad, bajo el mencionado Código, de aquellas prácticas de cierto grupos de estudiantes universitarios en el contexto alemán denominadas *Schlägemensur*. Véase al respecto, LISTZT, FRANZ. 1927. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 1º tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, p. 493.

<sup>87</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 81.

<sup>88</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 138.

<sup>89</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 81.

sostiene que mientras las armas empleadas sean iguales y permitan “posibilidades parecidas de triunfo” todas las armas, sean o no sean tradicionales, pueden ser ocupadas.<sup>90</sup>

Con todo, Ramírez va más allá, ya que considera que la igualdad de condiciones que ha de existir entre los combatientes, no se restringirían únicamente a las armas, sino que sería extensible a “todos los detalles del encuentro” como garantía de igualdad de posibilidad de triunfo.<sup>91</sup> Coinciden al respecto, Politoff, Bustos y Grisolia señalando que es requisito del duelo, la existencia de un pacto en que se fijen las condiciones dirigidas a un fin específico: a establecer la igualdad de posibilidades de los duelistas (el empleo de armas serviría, así, para compensar y garantizar igualdad).<sup>92</sup> Del mismo modo, para Garrido el acuerdo previo debe asegurar equiparar las condiciones de los duelistas ya que, bajo su interpretación de la regulación, las normas previamente acordadas, en virtud de las cuales ha de realizarse el duelo, deben ser “tendientes a dejar a los contendientes en paridad de situación”.<sup>93</sup>

Sin embargo, además de la exigencia establecida en el artículo 408 del Código Penal chileno que establece como circunstancia calificada para la punibilidad de los padrinos el hecho de que hayan concertado el duelo con ventaja conocida de alguno de los combatientes, no hay apoyo regulativo alguno, bajo el Código chileno, para sostener la existencia de una exigencia de empleo de armas o de una exigencia de igualdad de condiciones, o de posibilidades de éxito, de parte de los que intervienen en el duelo a título de autor. Pues, como lo señala Creus,<sup>94</sup> a propósito de la legislación argentina -que en esta materia no difiere de la chilena-, siendo que la ley no exige una calidad determinada en los combatientes, pudiendo serlo cualquier persona imputable, entonces la

---

<sup>90</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 84 y 85. Quien al respecto, va más allá, y en cuanto a la posibilidad de ejercer control del arma a ocupar, sostiene que el duelo ha de realizarse con armas susceptibles de ser controladas, para efectos de ser considerado como regular. Véase, RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 85.

<sup>91</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 86. Dicha posición sería también compartida por Liszt-Schmidt, p. 86.

<sup>92</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 358.

<sup>93</sup> GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140.

<sup>94</sup> En sus palabras, “[la] ley no exige una calidad determinada en los combatientes. Puede serlo cualquier persona imputable; no rigen aquí las disposiciones reglamentarias (generalmente consuetudinarias: código de honor), que restringen la calidad de duelistas a determinados sujetos en razón de sexo, edad y condiciones morales (prohibición de batirse a duelo con el ya deshonrado)” (CREUS, CARLOS. 1983. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 99).

supuesta igualdad en las condiciones que ha de tener cada combatiente en el duelo, no es una condición típica.<sup>95</sup>

#### **d) ¿Motivo o causa de honor?**

Acerca de la exigencia de motivo o causa de honor, casi todas las legislaciones excluyen la calificación del duelo como duelo regular a todos aquellos duelos que estén motivados por un interés pecuniario o inmoral. Así lo hace nuestra legislación al excluir del régimen privilegiado de punibilidad al duelo en cuya proposición se incluyan motivos pecuniarios o un objeto inmoral. Sin embargo, de ello no se sigue que la configuración del tipo de duelo exija que el duelo tenga como causa un motivo de honor. Ramírez, al referirse a la supuesta exigencia de un motivo o causa de honor, señala que considera más acertado, de cara a la regulación que el Código Penal chileno establece, recalificar ese elemento, negativamente formulado en el artículo 409 n° 2, como la formulación de una exigencia, positivamente formulada, relativa a “la existencia de motivos privados de enemistad, no deshonorables”,<sup>96</sup> para la configuración típica del duelo, en tanto delito privilegiado en su punibilidad.

En efecto, dado que los elementos del tipo del injusto de duelo así no lo exigen, no parece existir motivos para considerar que nuestra legislación exige algún motivo o causa de honor.<sup>97</sup> Pues, los elementos del tipo del injusto de duelo así no lo expresan ni sugieren. De este modo, para Politoff, Bustos y Grisolíá, el elemento subjetivo indicado en el art. 409 ha de interpretarse como una exigencia de que el motivo que da causa al duelo tiene que ser uno de naturaleza no

---

<sup>95</sup> Con todo, señala Creus, para algunos tratadistas, en casos extremos de disparidad no habría duelo, poniendo como ejemplo Soler. Quien estima que el fundamento por el cual la legislación argentina exige el uso de armas, es debido a que con ellas, se establece una cierta paridad entre los duelistas, con lo que las armas a emplear deben ser iguales. Sería esa paridad en las condiciones del combate, la que fundamentaría el régimen privilegiado de punibilidad. SOLER, SEBASTIÁN. 1945-1946. Derecho Penal Argentino, pp. 180 y 182.

<sup>96</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 87.

<sup>97</sup> En el mismo sentido, Roedenbeck lo indica a propósito del Código prusiano e imperial. Al respecto, véase ROEDENBECK, SIEGFRIED. 1883. Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Halle, Niemeyer, p. 16 y ss.

deshonorable,<sup>98</sup> por lo que perfectamente puede concebirse un duelo motivado por causas religiosas o políticas.<sup>99</sup>

En contra de dicha posición, aunque no a propósito de la regulación chilena, Carrara sostiene que la finalidad del duelo es “procurar una reparación del honor”.<sup>100</sup> Señalando que uno de los criterios esenciales del duelo, los cuales se basan en el ánimo de los combatientes, sería el fin que se proponen los duelistas. Así, Carrara señala dos grandes fines alternativos: (1) “dar y, respectivamente, recibir una satisfacción por un ultraje causado o sufrido”; o (2) “decidir una cuestión pendiente entre ellos, de modo que las armas deban ejercer la función de árbitros y de administradores de la justicia entre las partes”.<sup>101</sup> No obstante, de cara a la regulación chilena, aquello no es correcto. En cuanto a la primera finalidad, dicha finalidad no es propia de un duelo comúnmente entendido, sino que se corresponde con una modalidad específica de duelo no reconocida por la legislación chilena, esto es, de un *duelo a satisfacción*.<sup>102</sup> En cuanto a la segunda alternativa, tampoco es correcta porque asume una finalidad específica perseguida por los duelistas –a saber, de decidir una cuestión pendiente entre ellos- que no se exige ni se desprende de la regulación chilena.

#### **2.4.- Acerca de la discusión relativa al alcance de la punibilidad en el art. 406 del Código Penal**

---

<sup>98</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 361.

<sup>99</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 359. Acompañando para ello un extracto de jurisprudencia, de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 1917, coincidente con su posición. En términos similares, Garrido caracteriza al duelo como un combate “por causas de índole privada no deshonorables” (GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140). También Del Río, quien caracteriza al duelo como un combate entre dos personas, por motivos privados, con sujeción a ciertas reglas (DEL RIO, RAIMUNDO. 1947. Manual de Derecho Penal. Santiago, Editorial Nacimiento, p. 380). En contra, Creus a propósito de la regulación argentina, y aunque la legislación no lo exija expresamente, señala que el duelo debe ser motivado por una causa de honor. Sería una exigencia que la doctrina requeriría “atendiendo al concepto histórico” del duelo. Véase al respecto, CREUS, CARLOS. 1983. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 99.

<sup>100</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 443.

<sup>101</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 475, §2899.

<sup>102</sup> Respecto al duelo a satisfacción y a otros tipos de duelo, véase RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 27 y pp. 20 a 33.

A propósito de la interpretación del inciso final del artículo 406 del Código Penal chileno, se plantea la discusión relativa, en aquellos casos en que a propósito del duelo se causan lesiones graves o la muerte, a si se debe castigar sólo al que causó la respectiva lesión grave o la muerte o a ambos autores del duelo (víctima de la muerte o lesión, inclusive). Ello, debido a que el mencionado artículo 406, luego de señalar la pena asociada a cada hipótesis de duelo en que se produce el resultado de muerte o lesiones graves, en su inciso final, establece la pena asociada al delito base de duelo utilizando la cláusula “en los demás casos”. En efecto, la formulación del artículo 406 del Código Penal chileno es la siguiente:

Art. 406. El que matare en duelo a su adversario sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Si le causare las lesiones señaladas en el núm. 1.º del art. 397, será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

Cuando las lesiones fueren de las relacionadas en el núm. 2.º de dicho art. 397, la pena será reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

En los demás casos se impondrá a los combatientes reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Como ya fuera señalado, debido a que los incisos 1º, 2º y 3º del mencionado artículo se refieren a hipótesis de duelo con resultado de muerte o lesiones graves, la cláusula “en los demás casos” comprendida en el inciso final, debe ser entendida como comprehensiva tanto de hipótesis de duelo sin resultados típicos, como de hipótesis de lesiones menos graves o leves causadas en duelo. No obstante, debido a que los incisos 1º y 2º, al establecer las penas aparejadas a hipótesis producción de muerte o lesiones graves respectivamente, utilizan como sujeto de la oración a un sujeto singular (“El que [matare](...)” en el caso del art. 406 inc. 1º y “Si le [causare las lesiones](...)” en el caso del art. 406 in. 2º), la dogmática plantea la pregunta por cuál sería la regla de sanción, aparejada a su respectivo régimen de punibilidad, aplicable a aquel que, en las hipótesis de duelo contempladas en los incisos 1º, 2º y 3º del art. 406, funge situacionalmente como víctima de la respectiva muerte o lesión causada.

A este respecto, la posición de la doctrina mayoritaria es partidaria de interpretar la procedencia de la aplicabilidad de los incisos 1º, 2º y 3º del art. 406 como aplicable a ambos autores del

respectivo delito. Del Río, siendo partidario de que la sanción recaiga en ambos, sugiere que la posición contraria sostendría que quienes sufren una lesión grave como consecuencia de un delito, quedarían cubiertos por una circunstancia eximente de responsabilidad, lo que para Del Río es contrario a toda técnica.<sup>103</sup> Señala que, aceptada dicha idea, en un duelo donde uno muere y el otro sufre una lesión grave, el hecho quedaría impune.<sup>104</sup>

Sin embargo, castigar a ambos con la pena de lesiones graves o muerte, sería, en todo caso improcedente. Desde luego, por imposibilidad fenoménica, y en virtud de la regla de clausura del art. 93 n°1 del Código Penal chileno,<sup>105</sup> la posibilidad de controvertir la hipótesis de castigar a quien funge situacionalmente como víctima de homicidio, resulta descartada. Sin perjuicio de aquello, y respecto de la posibilidad de imponer una pena a quien funge situacionalmente como víctima de una lesión corporal grave, resulta problemático, debido a que castigar a quien consiente en la producción de lesiones graves en su persona, es sistemáticamente incompatible con la impunidad del suicidio. Pues, frente a la posibilidad de disponer de propia mano del bien jurídico vida humana independiente (y, por extensión, también, del bien jurídico salud individual) reconocida en la impunidad del suicidio que el propio Código Penal chileno establece, no hay punto de apoyo regulativo para sostener la existencia de una restricción legal total a la posibilidad de disponer de los mismos bienes en hipótesis de disposición delegada.<sup>106</sup>

En el mismo sentido, sosteniendo la posición contraria a la tesis de la doctrina mayoritaria, Etcheberry señala que la cláusula final del art. 406 inciso final “en todos los otros casos”, ha de ser

---

<sup>103</sup> DEL RIO, RAIMUNDO. 1935. Derecho Penal. Editorial Nascimento, p. 397. En la misma línea, LABATUT, GUSTAVO. 1951-1953. Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica, p. 250; y POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 359. Quienes son partidarios de aplicar las penas del art. 406 a ambos, según el resultado que se produzca, sin importar si hay uno de ellos que no produce dicho resultado. Si se causan lesiones graves o la muerte, para determinar el régimen de pena, ha de distinguirse si el duelo fue regular o irregular. Si fue regular –no se contravino lo señalado en el art. 409- se aplican las penas del art. 406 a ambos, si fue irregular –se contravino lo señalado en el art. 409- se aplican las penas generales para las lesiones graves o el homicidio, pero sólo para el que contravino, no para el que no contravino (lo que es válido sólo para el caso del quebrantamiento de las condiciones, ya que el motivo deshonoroso y la ausencia de padrinos, por lo general, va a concurrir en ambos; aunque es posible concebir hipótesis en que sólo concurren en sólo uno de ellos).

<sup>104</sup> DEL RIO, RAIMUNDO. 1935. Derecho Penal. Editorial Nascimento, p. 397.

<sup>105</sup> Que establece la muerte del responsable como circunstancia que exime de responsabilidad penal.

<sup>106</sup> Como se analizará en el apartado IV, la restricción que nuestro Código penal reconocería a la posibilidad de disponer por delegación de los bienes jurídicos vida y salud individual, sólo estaría parcialmente configurada, reconociendo al mismo tiempo la regulación, a propósito del delito de duelo con resultado de muerte o lesiones graves, espacio para una eficacia parcial del consentimiento del ofendido a propósito de dichos bienes jurídicos.



interpretada como una cláusula que castiga al duelista que no mate ni cause lesiones graves.<sup>107</sup> Por lo que causadas lesiones graves sólo para un duelista, quien funge situacionalmente como víctima de dichas lesiones sería sancionada en virtud del inciso final del art. 406, por el sólo hecho de batirse a duelo.

Ello es así, debido a que la función que el artículo 406 desempeña, es establecer regímenes de punibilidad diferenciados. Así, las distintas reglas que el art. 406 contempla, incluida la del inciso final, se tratan de reglas de subsidiaridad expresa, en virtud de las cuales el concurso aparente entre las normas que sancionan el homicidio y lesiones corporales por un lado, y las normas que sancionan el homicidio en duelo y las lesiones corporales en duelo, se resuelve a favor de estas últimas en virtud de un criterio de especialidad.<sup>108</sup> En cuanto al último inciso, relativo a aquellos casos en que no se producen lesiones o estas son leves o menos graves, se trataría de una regla de subsidiaridad expresa, en virtud de la cuales el concurso aparente entre las normas que sancionan las lesiones menos graves y leves por un lado, y la normas que sancionan las lesiones menos graves o leves causadas en duelo, se resuelve a favor de la regla del duelo en virtud de un criterio de especialidad.<sup>109</sup> Como lo menciona dicho inciso, en esta hipótesis, ambos duelistas serían castigados (aún en una situación en que sólo uno de los combatiente sufre las lesiones, quien funge situacionalmente como víctima de las mismas también sería penado). Tratándose de los incisos primero y segundo, relativos a la producción de lesiones graves o la muerte, se tratan también de reglas que, junto con establecer un régimen privilegiado de punibilidad por la producción de dichos resultados, cuentan como reglas de subsidiaridad expresa que también

---

<sup>107</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 139.

<sup>108</sup> Si bien la doctrina dominante reconoce la subsidiaridad expresa y la especialidad como *criterios* que cumplen la misma función, aunque bajo un fundamento distinto, de resolver concursos aparentes. Sin embargo, aquí se comprende la subsidiaridad expresa no como un *criterio* sino como una forma de solución que es compartida por todo *criterio* de solución. En tanto todo *criterio* de solución sea comprendido como la manifestación de una regla de preferencia, todo criterio de solución resulta ser, por esa vía, una regla de subsidiaridad: toda regla de preferencia establece una regla de aplicación primaria y una regla de aplicación secundaria, estableciendo así una relación de subsidiaridad. Así, mientras en aquellos casos en que resulta posible reconocer en la legislación una regla de preferencia expresamente establecida, se tratarían de casos de reconocimiento de una regla de subsidiaridad expresa, en aquellos casos en la regla de preferencia no esté expresamente establecida en la legislación, serían casos de reconocimiento de una regla de subsidiaridad tácita. Los únicos *criterios* de solución de concursos aparentes que una u otra regla de subsidiaridad pueden reconocer son: el criterio de especialidad y el criterio de consunción. Latamente al respecto, véase MAÑALICH, JUAN PABLO. 2018. Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena. Santiago, Legal Publishing, *passim*. En cuanto al criterio de especialidad como *criterio* solución de concursos aparentes en tanto manifestación de un concurso ideal impropio, véase MAÑALICH, JUAN PABLO. 2018. Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena. Santiago, Legal Publishing, p. 197 y ss.

<sup>109</sup> MAÑALICH, JUAN PABLO. 2018. Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena. Santiago, Legal Publishing, p. 197 y ss.

resuelven el concurso aparente de delitos a favor del delito de homicidio en duelo o lesiones graves en duelo en virtud de un criterio de especialidad.<sup>110</sup> En virtud de dichas reglas, sólo aquel que causa las lesiones graves o la muerte se sometería al régimen de punibilidad que le corresponda en virtud de dichos incisos. Mientras que aquel que no causa dichos resultados, pero participa del duelo, se sometería al régimen de punibilidad del inciso final (por el sólo hecho de batirse a duelo).

### 3.- ¿El duelo como delito de peligro?

En cuanto al duelo, casi la totalidad de la doctrina nacional, junto con considerar al delito de duelo como un delito contra la vida y la salud individual, comparten la estimación según la cual el delito de duelo sería propiamente, no un delito de lesión de tales bienes jurídicos, sino que un delito de peligro de dichos bienes jurídicos.<sup>111</sup> Etcheberry por ejemplo, llega a señalar que en rigor, “el único delito de peligro contra la vida y la salud es el duelo”,<sup>112</sup> con lo cual, sin perjuicio de ir demasiado lejos es su afirmación,<sup>113</sup> da cuenta de la gran importancia regulativa que exhibe el duelo en tanto -uno de los distintos- delitos de peligro contra la vida humana independiente y salud individual que nuestra legislación establece.

Específicamente, y como lo advierten Politoff, Bustos y Grisolia, se trataría de un delito de peligro concreto frente a los bienes jurídicos vida e incolumidad física.<sup>114</sup> Si nos atenemos a la caracterización del duelo como una *acción de combate*, la que está constituida como la *unidad* de la

---

<sup>110</sup> MAÑALICH, JUAN PABLO. 2018. Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena. Santiago, Legal Publishing, p. 197 y ss.

<sup>111</sup> En el contexto alemán, también, por ejemplo, BINDING, KARL. 1969. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomo I. Leipzig, Scientia Verlag Aalen, p. 69; y LISTZT, FRANZ. 1927. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1º tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, p. 493.

<sup>112</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 137.

<sup>113</sup> En efecto, sólo a modo de ejemplo, también constituye un delito de peligro contra la vida humana independiente y la salud individual, la omisión de socorro establecida en el art. 494 n° 14 del Código Penal chileno.

<sup>114</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 357. Bullemore también considera el delito de duelo como un delito de peligro concreto contra la vida y la salud individual (BULLEMORE, VIVIAN. 2007. Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del delito. 2º ed. Santiago, Legal Publishing, p. 56). En el mismo sentido, Politoff, Matus y Ramírez, aunque decididamente -mediante empleo de eufemismos- sin tratar el duelo en su obra, señalan que indudablemente constituye una figura de peligro (POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 154).

suma de –mínimo- una acción agresiva y –mínimo- una acción agresiva o defensiva,<sup>115</sup> entonces en tanto el delito de duelo se comprenda, en cuanto delito de peligro concreto, como un delito cuyo menoscabo a los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual se vea constituido por la circunstancia de que la inminencia de la producción de los daños a dichos bienes, solamente depende, desde la perspectiva de dichos bienes, de la mera casualidad,<sup>116</sup> la comprensión del duelo como delito de peligro concreto no es correcta.

La caracterización del duelo como una *acción de combate* así entendida (constituida como la *unidad* de la suma de –mínimo- una acción agresiva y –mínimo- una acción agresiva o defensiva)<sup>117</sup> no pareciera tratarse de una situación en que el menoscabo a los bienes jurídicos se trate de una modalidad de menoscabo propia de un peligro concreto, ya que la inminencia del daño a los bienes jurídicos de cuyo menoscabo se trata, no pareciera quedar entregado al mero azar.<sup>118</sup> la posibilidad de que la *acción de combate* esté constituida como la *unidad* de la suma de –mínimo- una acción *agresiva* y –mínimo- una acción *agresiva*, es meramente contingente, pudiendo concebirse que una *acción de combate* esté constituida como la *unidad* de la suma de –mínimo- una acción *agresiva* y –mínimo- una acción *defensiva*, situación en la cual, ya por el sólo hecho de concebirse esta última como una acción *defensiva*, provee del punto de apoyo para estimar que la inminencia del daño a los bienes jurídicos no resulta *contingente* desde el punto de vista del mero azar, sino desde el punto de vista del éxito del comportamiento *defensivo* que persigue evitar o repeler dicho daño. En otras palabras, no se trata de una situación en que el daño al bien jurídico, mirado desde el punto de vista del interés en la evitación de la lesión al bien, queda entregado al azar.<sup>119</sup>

Así, el delito de duelo pareciera acercarse más a un delito en que el menoscabo a los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual, se identifica con un peligro abstracto. La comprensión del duelo como un delito de peligro abstracto, esto es, como un delito cuya estructura típica está dada por una modalidad de menoscabo en la cual se comprometen las

---

<sup>115</sup> Véase al respecto, LEVI, ERNST. 1889. Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Leipzig, Duncker & Humboldt, p. 94.

<sup>116</sup> Véase al respecto, KINDHÄUSER, URS. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho Penal. Indret (1): p. 13 y ss.

<sup>117</sup> LEVI, ERNST. 1889. Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Leipzig, Duncker & Humboldt, p. 94.

<sup>118</sup> KINDHÄUSER, URS. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho Penal. Indret (1): p. 13 y ss.

<sup>119</sup> Que situacionalmente, dada la naturaleza del duelo, el titular no tenga un interés especificado en la salvaguarda de los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual, dado su consentimiento en la producción eventual de los resultados típicos, no es relevante para caracterizar al duelo como un delito de peligro concreto, pues el punto de vista que ha de ser asumido es el del un destinatario no situado situacionalmente en el duelo.

condiciones de seguridad de las cuales depende el uso despreocupado de las bienes jurídicos,<sup>120</sup> pareciera acercarse más a la comprensión del duelo como *acción de combate* que aquí se maneja. En este sentido, la modalidad de protección es equivalente a la modalidad de protección que la figura del §216 del Código Penal alemán, que sanciona el homicidio a requerimiento, establece a propósito del bien jurídico vida humana independiente. Según cierta parte de la doctrina,<sup>121</sup> el injusto del homicidio a requerimiento se encontraría, bajo el Código penal alemán, reconocido como un delito de peligro abstracto, en virtud del cual se protegería de forma general la condición de ser vivo. De esta forma, quien quebranta la prohibición del homicidio a requerimiento, estaría afectando las condiciones de seguridad de las cuales depende que cada cual pueda disponer de su propia vida de forma despreocupada. En tal medida, la prohibición del homicidio a requerimiento resulta entendida como una norma que refuerza colateralmente la finalidad de protección de la prohibición de matar a otro, esto es, la vida humana independiente. Así, en sentido análogo, la norma que establece la prohibición del homicidio en duelo, estaría cumpliendo la misma función que el §216 en el Código Penal alemán establece, esto es, de contar como una norma de flanqueo que refuerza colateralmente la finalidad de protección de la prohibición del homicidio: la vida humana independiente.

Por último, bajo la comprensión de Etcheberry, se trataría el duelo de un delito que se consideraría consumado desde que el peligro nace, no obstante su penalidad se agrave o califique si se produce el resultado de lesión.<sup>122</sup> Con ello, Etcheberry pareciera favorecer que el delito de duelo contaría también como un delito calificado por el resultado.<sup>123</sup> Sin embargo, Etcheberry advierte que no debe entenderse el injusto del duelo como el de un delito calificado por el resultado, ya que, aunque la penalidad sí se agrava si se producen los resultados de lesiones graves o muerte, dichos resultados “están cubiertos por la culpabilidad de los combatientes, al menos en

---

<sup>120</sup> Véase al respecto, KINDHÄUSER, URS. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho Penal. Indret (1): p. 13 y ss.

<sup>121</sup> Al respecto, véase paradigmáticamente JAKOBS, GÜNTHER. 1993. Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. En: Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. C.F. Müller Juristischer Verlag, pp. 459-472. Una comprensión similar, se encuentra en MAÑALICH, JUAN PABLO. 2009. Nötigung und Verantwortung. Baden Baden, Nomos, pp. 96 y ss.

<sup>122</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 137.

<sup>123</sup> Tal pareciera ser la posición de Garrido, ver GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140. De igual modo, Soler, quien siguiendo a la posición de Liszt y Schmidt, aunque para el caso argentino, señala que el fundamento de la punibilidad del delito de duelo se encuentra en el peligro que reporta para las personas. Así, los resultados de muerte o lesiones, para Soler, funcionarían como verdaderas condiciones objetivas que determinan la graduación del injusto (SOLER, SEBASTIÁN. 1945-1946. Derecho Penal Argentino, pp. 177 y 193).

forma de dolo eventual”.<sup>124</sup> Con todo, la estructura del tipo del duelo, y la modalidad de menoscabo que el duelo pareciera causar en los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual, pareciera sugerir que sí se trata de un delito de peligro abstracto calificado por el resultado.<sup>125</sup>

#### 4.- Excurso: ¿El duelo como delito de resultado?, ¿El duelo como delito permanente?

A propósito del caso argentino, Creus señala que el delito de duelo se consuma “con la iniciación del combate mediante el acometimiento armado de los duelistas”.<sup>126</sup> Así, bajo la comprensión de Creus, la consumación del delito de duelo, se encontraría específicamente en la ejecución de cualquier comportamiento representativo de un comportamiento constitutivo de una *agresión*.<sup>127</sup> No obstante, y como ya fuera señalado, la *acción de combate*, en virtud de cuya ejecución, el delito de duelo se consuma, está constituida como la *unidad* de la suma de -mínimo una- acción agresiva y –mínimo una- acción agresiva o defensiva.<sup>128</sup> Distinta es la tesis de Liszt, para quien el duelo se consuma tan pronto como uno de los dos oponentes haya comenzado el combate, es decir, bajo la regulación del Código Penal imperial que exige el empleo de armas mortales, cuando uno de los oponentes haya utilizado su arma para atacar.<sup>129</sup>

Núñez, caracteriza el duelo como un delito de resultado, ya que señala que “los actos idóneos directa o indirectamente tendientes a realizar el combate” constituirían tentativa del delito de duelo. Tales serían, por ejemplo, “estar los duelistas listos para el combate”.<sup>130</sup> En la medida que en la *acción de combate*, esto es como la *unidad* de la suma de -mínimo una- acción agresiva y –mínimo una- acción agresiva o defensiva, sea reconocible la consumación del duelo, cualquier

---

<sup>124</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140.

<sup>125</sup> La caracterización de Garrido puede ser interpretada en el mismo sentido, pues señala que el duelo se trataría de un delito de peligro concreto cuya pena se agrava si se produce el resultado GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 140.

<sup>126</sup> CREUS, CARLOS. 1983. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 101.

<sup>127</sup> Véase al respecto, MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el Derecho Penal. Editorial BdeF.

<sup>128</sup> Véase al respecto, LEVI, ERNST. 1889. Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Leipzig, Duncker & Humboldt, p. 94.

<sup>129</sup> LISTZT, FRANZ. 1927. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1º tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig, p. 494.

<sup>130</sup> NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino, p. 266.

modalidad de ejecución imperfecta de la misma, puede ser reconocida como una tentativa. Así, por ejemplo, Creus señala que sin perjuicio de que la posibilidad de reconocer una tentativa en el delito de duelo es rechazada por parte de la doctrina, dado que “es posible asumir una actividad ejecutiva que no signifique iniciación del combate (colocarse en el terreno o en el lugar de tiro con el arma preparada o con las espaldas prontas, esperando la orden del director del lance, etc.), la mayor parte de la doctrina se pronuncia por la aceptación de la tentativa.”<sup>131</sup>

En cuanto al delito de resultado que sería el duelo, siguiendo a Manzini, Núñez estima que el delito de duelo asumiría además, la estructura típica de un delito permanente, “cuya consumación se prolonga mientras dure el mismo combate”.<sup>132</sup> En efecto, en la medida en que en el delito de duelo sea posible reconocer que, entre el instante de la consumación y en instante de la terminación, sea posible identificar una unidad de realización –permanente- del tipo delictivo,<sup>133</sup> entonces Núñez acierta. En otras palabras, al ser posible identificar en el delito de duelo una falta de coincidencia espacio-temporalmente diferenciada de los momentos de consumación y de terminación del mismo, el delito de duelo sí sería un delito permanente.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> CREUS, CARLOS. 1983. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 102.

<sup>132</sup> NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino, p. 266.

<sup>133</sup> Respecto a la caracterización de los delitos permanentes como delitos en que entre el instante de consumación y el instante de terminación del delito ha de reconocerse una unidad *típica* de acción, véase MAÑALICH, JUAN PABLO. 2010. Terror, Pena y Amnistía. Santiago, Flandes Indiano, p. 166.

<sup>134</sup> En general, MAÑALICH, JUAN PABLO. 2010. Terror, Pena y Amnistía. Santiago, Flandes Indiano, pp. 165 y ss.

#### IV.- EL HOMICIDIO EN DUELO COMO DELITO PRIVILEGIADO: EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO FUNDAMENTO DEL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE PUNIBILIDAD.

Como bien identifica Ramírez, la primera observación que cabe realizar acerca del carácter privilegiado del delito de duelo, es que “[s]e le considera ‘privilegiado’, no tanto por tener su propio ‘nomen iuris’ sino porque, eceptándose [sic.] su existencia y sus reglas, se concluye que los delitos comunes resultantes deben tener una penalidad menor que si se cometieran en circunstancias ordinarias. En este sentido, pues, no es privilegiado el duelo mismo, sino sus resultados, o sea, los homicidios o daños físicos [sic.] que de él pueden derivarse”.<sup>135</sup>

Sin embargo, el carácter privilegiado de los delitos de homicidio en duelo o lesiones corporales en duelo, no se restringe únicamente al régimen de penalidad menor en su cuantía, respecto del régimen de penalidad común de las lesiones graves y el homicidio. Adicionalmente, hay dos motivos ulteriores por el cual, constituye un régimen privilegiado:

En primer lugar, en caso de una muerte producida a propósito de un duelo, no sólo el delito de homicidio en duelo lleva aparejada una pena menor (reclusión mayor en su grado mínimo) que la del homicidio simple (presidio mayor en su grado medio), sino que también, en caso de concurrir alguna circunstancia que califique la muerte a título de homicidio calificado (art. 391 n°2), la pena aplicable sería la del régimen de penalidad del delito de homicidio en duelo (art. 406) y no la del homicidio calificado (art. 391 n° 1).<sup>136</sup>

En segundo lugar, todas las penas privativas de libertad aplicables a las distintas hipótesis de duelo que el artículo 406 contempla (delito de duelo con y sin resultado de muerte o lesiones corporales), no son constitutivas de presidio, como es lo usual bajo el Código Penal chileno, sino que son constitutivas de reclusión, las que, al no llevar aparejada la realización de trabajos, como lo señala el artículo 32 del Código Penal, constituye una pena menos gravosa para el autor. Es a

---

<sup>135</sup> RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 49.

<sup>136</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 359. Siendo la circunstancia calificante paradigmática más relevante, la premeditación

propósito de esta última circunstancia, que se señala que el duelo constituye una figura asociada al concepto de *custodia honesta*.<sup>137</sup>

## 1.- Algunos límites del consentimiento del ofendido como categoría excluyente del injusto

Para aproximarnos al consentimiento como fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo, resulta antes necesario aproximarse a algunos problemas relativos a la dogmática del consentimiento, en tanto categoría de la parte general del Derecho Penal. En especial, para efectos de los objetivos de la presente memoria, la exposición se desarrollará en torno a algunos límites a la eficacia del consentimiento en el Derecho Penal, a saber: (1) el problema de la eficacia del consentimiento frente a delitos pluriofensivos; (2) el problema acerca de la indisponibilidad de los bienes jurídicos vida y salud individual como obstáculo a la eficacia del consentimiento; y, (3) la coacción como circunstancia que obsta a la eficacia de un consentimiento prestado.

Respecto al consentimiento como circunstancia que excluye la responsabilidad penal, Bentham en su monumental *Tratado de legislación civil y penal*, al momento de tratar los medios de justificación en la legislación penal, trata al consentimiento como el primero de ellos. Pues, bajo su consideración,

“[n]osotros admitimos pues la regla general de los jurisconsultos, *de que el consentimiento quita la injuria*. Esta regla está fundada en dos proposiciones bien sencillas; [1] una que cada uno es el mejor juez de su propio interés: otra, [2] que un hombre no consentiría en lo que creyera serle perjudicial. Esta regla tiene muchas excepciones, cuya razón es palpable. La coerción indebida,- el fraude,- la reticencia indebida,- el consentimiento muy antiguo o revocado,- la demencia,- la embriaguez,- la infancia.”<sup>138</sup>

Buena parte de la doctrina, a propósito de la dogmática del consentimiento del ofendido como categoría de la parte general del Derecho Penal, sostiene que, aunque bajo diferentes fundamentos, un consentimiento prestado de forma válida por parte de un agente competente, *en*

---

<sup>137</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 357. Concepto que, de una revisión del resto de los Códigos Penales ya revisados, resulta extensible a dichas legislaciones de igual manera.

<sup>138</sup> BENTHAM, JEREMY. 1981. Tratados de legislación civil y penal. Editorial Nacional, p. 248.



*principio*, excluye el injusto y la responsabilidad penal.<sup>139</sup> Sin embargo, mientras hay circunstancias que pueden obstar a la validez del mismo, con lo que el consentimiento prestado pierde eficacia, como lo es la circunstancia de que el consentimiento haya sido prestado bajo coacción, hay también circunstancias que, aunque el consentimiento haya sido válidamente prestado, la eficacia del mismo se ve problematizada de cara al objeto sobre el cual se consiente, como lo son los bienes jurídicos vida y salud individual, y los delitos pluriofensivos uno de cuyos bienes jurídicos protegidos sea un bien jurídico colectivo.

### **1.1.- La eficacia del consentimiento frente a delitos pluriofensivos con bien jurídico colectivo**

En cuanto a estos últimos, resulta pacífico en la doctrina descartar la eficacia del consentimiento respecto de aquellos bienes jurídicos que son de naturaleza colectiva. Pues, dado que constituyen un bien jurídico institucional, o bien la titularidad de los mismos se encuentra disgregada en la colectividad, no resulta posible o legítimo disponer sobre los mismos.<sup>140</sup> Sin embargo, el problema se plantea en aquellas figuras delictivas que son pluriofensivas; esto es, aquellas que contemplan tanto un bien jurídico individual como uno colectivo. La pregunta que en esos casos hay que resolver es si acaso, un consentimiento eficaz respecto del bien jurídico individual es susceptible de excluir la totalidad del injusto del respectivo delito pluriofensivo, o si resultando ineficaz respecto del bien jurídico colectivo, ello obstaría a cualquier eficacia excluyente del injusto sobre el respectivo bien jurídico individual que el consentimiento pueda tener. Así, la pregunta en estos casos, es por la eficacia del consentimiento prestado, ya que hipotéticamente, un consentimiento válidamente prestado sería susceptible de excluir el injusto respecto del bien jurídico individual, pero no respecto del bien jurídico colectivo. Con ello, la pregunta es por la punibilidad que debería recibir el autor que ejecuta un comportamiento *prima facie* punible en virtud de una norma de sanción penal que establece un delito pluriofensivo, pero cuya punibilidad resulta

---

<sup>139</sup> Para una revisión de distintas posiciones relativas a los efectos del consentimiento en materia penal, véase NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación, pp. 26-44.

<sup>140</sup> Para una caracterización y sistematización de lo que se comprende como bienes jurídicos colectivos, véase HEFENDEHL, ROLAND. 2007. El bien jurídico como eje de la norma penal. En: La teoría del bien jurídico. Marcial Pons, pp. 179-196.

problematizada debido a un consentimiento válidamente prestado respecto de uno de los bienes jurídicos protegidos por dicha norma.

Una plena eficacia excluyente de la punibilidad está descartada.<sup>141</sup> La pregunta es por la ineficacia total o parcial del consentimiento y la punición por la totalidad de la pena en virtud de la infracción al delito pluriofensivo. Todo depende del tipo penal de que se trate y de la teoría que se adopte respecto de este tipo de delitos:<sup>142</sup> si la teoría de la alternatividad (basta con la lesión a uno de los bienes jurídicos para la procedencia de la imposición de la pena) o la teoría de la acumulación (la imposición de la pena es sólo procedente en casos de lesión a ambos bienes jurídicos).<sup>143</sup> Un caso interesante, y similar al que resultaría en caso de que se estimara que el delito de duelo es un delito pluriofensivo (*vgr.* contra la vida y salud individual y contra la administración de justicia, por ejemplo), es el del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones en que el acompañante del vehículo consiente en el riesgo de la producción eventual de lesiones corporales.<sup>144</sup> Bajo dicha figura delictiva, los bienes jurídicos comprometidos serían la seguridad en el tráfico rodado y la salud individual. La solución que habría que adoptar, en ese caso, es la tesis de la acumulación: siendo eficaz un consentimiento respecto de las lesiones, no sería procedente la imputación del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones (lo que no obsta, desde luego, a que sea imputable respecto del autor del delito, un delito de manejo en estado de ebriedad simple, esto es, sin resultado de lesiones).

## **1.2.- ¿Indisponibilidad de los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual como obstáculo a la eficacia del consentimiento?**

Un segundo problema acerca de la eficacia de un consentimiento válidamente prestado, es aquel relativo a la posibilidad de parte de un titular, de disponer autónomamente de los bienes jurídicos

---

<sup>141</sup> Descartada en virtud de la ineficacia excluyente del injusto del consentimiento a propósito de bienes jurídicos colectivos.

<sup>142</sup> Frente a este problema, Roxin acude a la distinción propia de las soluciones que cabe reconocer, acerca del inicio de la tentativa respecto a estos delitos.

<sup>143</sup> Al respecto, ver ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., pp. 527 y 528, donde Roxin trata este problema a propósito del delito de denuncia o acusación falsa bajo el StGB.

<sup>144</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 528.

vida humana independiente y salud individual. A este respecto, y más allá del problema propio de la regulación alemana,<sup>145</sup> Roxin aduce los siguientes argumentos a favor de la ineficacia del consentimiento respecto al bien jurídico vida humana independiente:<sup>146</sup>

A.- “Un consentimiento precipitado o influido por alteraciones psíquicas desconocidas pueden causar daños irreparables, de modo que la víctima debe ser protegida también de sí misma”:<sup>147</sup> El argumento constituye un argumento que puede ser catalogado de paternalista. Cuán paternalista es y, por tanto, cuán admisible puede ser su fundamento en un Estado respetuoso de la dignidad humana, es algo discutible. Con todo, el problema de “alteraciones psíquicas desconocidas”, obviando la vaguedad y ambigüedad de la semántica del mismo, es en rigor un problema de imputación del consentimiento a la persona que lo presta, es decir, un problema de determinación de la validez del mismo. Esto es, un problema propio de la teoría del consentimiento, no un problema relativo a la naturaleza del bien jurídico de que se dispone.

B.- “La creación de tabúes respecto de cualquier muerte de un tercero no justificada por legítima defensa consolida el respeto por la vida humana y sin duda alguna contribuye con ello a la protección de este supremo bien jurídico”:<sup>148</sup> El argumento es defectuoso en al menos dos sentidos. Primero, sugiere que mientras exista la posibilidad de que se cree un tabú respecto de la permisibilidad de una conducta, se encuentra justificado prohibirla. Eso es inadmisibles en un Estado democrático de Derecho. Esa es la precisa forma en cómo se construyen los prejuicios en la sociedad, la cual se encuentra en pugna con tratados internacionales, que por ejemplo, prohíben la discriminación. Segundo, incurre en una petición de principios consistente en sugerir que una muerte de un tercero sólo sería justificable *—prima facie—* por una legítima defensa (cfr. estado de necesidad).

---

<sup>145</sup> Relativo a las restricciones establecidas por el denominado homicidio a requerimiento del §216 del StGB, y de las lesiones consentidas del §228 del StGB.

<sup>146</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 529.

<sup>147</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 529.

<sup>148</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 529.

Estos dos argumentos,<sup>149</sup> son consistentes con el tratamiento que Roxin le da al problema del consentimiento en los delitos pluriofensivos, en particular respecto del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones o muerte. Luego de aducir una razón de naturaleza legal en caso de un consentimiento prestado en caso de resultado de muerte en un delito de manejo en estado de ebriedad, en una nota al pie de página señala que “es mejor tratar la ‘puesta en peligro de un tercero aceptada por este’ sin recurrir al consentimiento, como problema general de imputación”.<sup>150</sup>

Sin perjuicio del déficit de contundencia argumentativa, lo crucial es advertir que las consideraciones formuladas acerca de la incorrección de sostener la ineficacia de un consentimiento prestado acerca de los bienes jurídicos vida y salud individual, no obstan a que sea posible reconocer, bajo la legislación chilena, una restricción aunque no absoluta, mas sí limitada, a la disposición por delegación del bien jurídico vida humana independiente y salud individual. Como se verá, esa es la decisión legislativa adoptada por la regulación chilena, la que a propósito del establecimiento de un régimen privilegiado de punibilidad de los delitos de homicidio o lesiones corporales en duelo, reconoce legislativamente la eficacia del consentimiento a propósito de los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual, cuyos efectos no excluyen el injusto pero sí lo reducen.

### **1.3.- La coacción como circunstancia que obsta a la eficacia del consentimiento**

La última circunstancia que resulta problemática de cara a la eficacia del consentimiento, es aquella que le resta eficacia, ya desde la validez del mismo. En efecto, sin perjuicio de que resulta pacífico en la doctrina considerar la coacción como una circunstancia que obsta a la validez y, por tanto, a la eficacia del mismo, el debate se centra en la coacción suficiente como para que un comportamiento coactivo determinado logre invalidar el consentimiento prestado por la víctima.

---

<sup>149</sup> Bajo un compromiso filosófico diferente, la observación de Novoa parece coincidir con los argumentos de Roxin: “tampoco puede sostenerse que una convención legitime el acto, en circunstancias que no se puede consentir válidamente sobre algo que no pertenece al hombre y que tanto interesa a la colectividad y en circunstancias que el consentimiento prestado es de una validez más hipotética que real debido a la falta de libertad del que acepta el duelo (...)” (NOVOA, EDUARDO. 2010. Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I. 3º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 104).

<sup>150</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 528, nota al pie nº 60.

Así, las posiciones que se enfrentan, fundamentalmente dependen de la teoría de la coacción que se maneje y del tipo de coacción relevante para restarle eficacia a un consentimiento. Son dos preguntas distintas. Debido a las pretensiones de la presente memoria, cabe sólo efectuar consideraciones respecto a la segunda pregunta. Respecto a ella, Roxin sostiene que “no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción”.<sup>151</sup> Agregando que dicho límite está en que dicha amenaza sea constitutiva de una coacción punible bajo el Código Penal alemán (§240 StGB). De este modo, para que la amenaza afecte la eficacia del consentimiento, debe ser susceptible de ser constitutiva del delito de coacción bajo amenazas. Así, y ahora bajo la legislación chilena, cualquier tipo de coacción que no sea aquella que sea constitutiva de coacción bajo amenazas, esto es, de amenazas condicionales bajo los artículos 296 o 297 del Código Penal chileno, no sería susceptible de invalidar un consentimiento efectivamente prestado.

## **2.- El consentimiento como fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo**

### **2.1.- La especificidad del consentimiento aplicado al duelo**

A propósito de la regulación alemana, Binding es el principal representante de la tesis que sostiene que la razón del privilegio de punibilidad en el delito de homicidio en duelo se encuentra en el consentimiento de las partes que intervienen en él. Así, a propósito del significado del homicidio en duelo, señala:

“El ‘homicidio en duelo’; significa jurídicamente algo diferente. No se trata sólo de aplicar la pena de cada delito sin modificaciones a los duelistas: ya que respecto de las lesiones producidas dentro de las reglas del combate los lesionados no han dado un consentimiento principal, mas si eventual, que debe reconocerse como una razón para atenuar la pena para el homicidio doloso e imprudente y para las lesiones corporales

---

<sup>151</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 551.

graves, y por otra parte como razón para excluir la pena por las lesiones corporales leves en el duelo.”<sup>152</sup>

Así, para Binding la circunstancia de que los que se batan a duelo entreguen, lo que Binding entiende como, un consentimiento eventual frente a las lesiones corporales o la muerte que pueda llegar a producirse a propósito del duelo, es lo que funge como razón para, reducir la pena de las lesiones corporales graves y el homicidio en el primer caso, y excluir la pena de las lesiones corporales leves en el segundo caso. A este respecto cabe hacer la siguiente observación: aquello que Binding comprende como un *consentimiento eventual*, se trata en rigor de un consentimiento *acerca de* la eventualidad o contingencia del acaecimiento de los resultados típicos que él señala, a saber, lesiones corporales o la muerte. Pues, lo que parece sugerir la denominación del mismo como un *consentimiento eventual*, es que se trataría de un consentimiento cuya entrega se encuentra condicionada al acaecimiento de alguna circunstancia. Lo cual, tratándose de la producción de los resultados de lesiones corporales o la muerte, no es sensato; ya que bajo esa comprensión, el consentimiento sólo sería entregado una vez que las lesiones o la muerte ya se hayan producido.

En cuanto a la caracterización de la especificidad del consentimiento aplicado al duelo, hay dos modalidades de concebirlo: una primera modalidad es entender el consentimiento prestado en hipótesis de duelo como un acuerdo o, jurídicamente, como una convención.<sup>153</sup> Esa pareciera ser la tesis predominante en la doctrina mayoritaria, chilena y extranjera. Una segunda modalidad, en cambio, es verlo como de hecho lo hace Suárez: como dos actos unilateralmente considerados que, en tanto actos dispositivos de bienes jurídicos, constituyen dos actos declarativos constitutivos de consentimiento que se encuentran recíprocamente condicionados. En sus palabras, como una modalidad de consentimiento en que “[c]ada parte autoriza la conducta de otra, aunque a condición de que a ella le sea concedido recíprocamente el mismo derecho”.<sup>154</sup>

Sin embargo, el consentimiento prestado en duelo estaría doblemente condicionado. Además del condicionamiento a la reciprocidad en la entrega del consentimiento, el consentimiento en el duelo, en tanto acto dispositivo de bienes jurídicos, constituye “un acto de disposición eventual, es decir, de una exposición del bien a un riesgo condicionado, por lo demás, a la observancia de

---

<sup>152</sup> BINDING, KARL. 1969. Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomo I. Leipzig, Scientia Verlag Aalen, p. 68.

<sup>153</sup> Específicamente, un contrato.

<sup>154</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 145.

los extremos dentro de los cuales se haya dado el consentimiento”.<sup>155</sup> Así, como lo advierte Suárez, el tipo de consentimiento característico del delito de duelo sería uno constituido por “una ratificación previa, un mostrarse conforme de antemano con las posibles consecuencias lesivas para la integridad [corporal]”.<sup>156</sup>

En cuanto al fin perseguido, sería irrelevante. Como ya fuera examinado, bajo la legislación chilena, no se exige la concurrencia de un motivo específico, sólo se exige que el motivo o causa que origine el duelo no sea un interés pecuniario o algún objeto inmoral. Así, como lo advierte Suárez, “lo que realmente importa es determinar si existe o no el acto dispositivo y la voluntad no estaba coaccionada en forma jurídicamente relevante”,<sup>157</sup> haciendo también prevención de que “[c]ierto es que cada uno de los contendientes en el duelo no desea morir ni sufrir lesiones, antes se esfuerza y emplea los medios con la destreza posible para evitarlo (...) consentir no es desear”.<sup>158</sup>

Por último, cabe enfrentar una última característica del consentimiento prestado en hipótesis de duelo. Se trata del objeto del consentimiento: a este respecto, la objeción principal que se puede formular a propósito de la aplicación analógica del régimen de punibilidad del homicidio en duelo a otras hipótesis de homicidio consentido, es que mientras en otras hipótesis de homicidio consentido -como lo es por ejemplo, la hipótesis regulada por el 216 del Código Penal alemán, relativa al homicidio a requerimiento- el objeto del consentimiento prestado por quien funge situacionalmente como víctima del respectivo homicidio tiene por objeto el *resultado* de muerte propia del homicidio, en hipótesis de homicidio en duelo el objeto del consentimiento prestado por quien funge situacionalmente como víctima del respectivo homicidio tiene por objeto el *riesgo* de muerte propio de un duelo.

Al respecto, cabe efectuar dos consideraciones: en primer lugar, en la dogmática del consentimiento, el consentimiento no se refiere únicamente a la acción sino también al resultado. Así, en el delito de homicidio en duelo, el consentimiento tiene por objeto no sólo la acción de

---

<sup>155</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 146.

<sup>156</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 145.

<sup>157</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 146.

<sup>158</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 146 y 147, nota al pie n° 6.

batirse a duelo, sino en el eventual resultado típico que de él se deriva (la muerte).<sup>159</sup> En segundo lugar, resulta posible concebir hipótesis de homicidio consentido en que el objeto del consentimiento no sea el resultado sino un riesgo tanto o más incierto que en hipótesis de homicidio en duelo, como lo son por ejemplo, casos de consentimiento condicionado: aquellos casos en que el consentimiento en el resultado de muerte pende de la verificación de alguna condición (ej. el paso de un determinado lapso de tiempo; el acaecimiento de un evento, como la agravación de una enfermedad).

## **2.2.- ¿La *coacción moral* como circunstancia que obsta a la eficacia del consentimiento prestado en duelo?**

En cuanto a los problemas que se debaten en torno a la dogmática del consentimiento aplicada al delito de duelo, como lo señala Suárez,<sup>160</sup> son dos de distinta naturaleza: el primero de ellos (1), es acerca de la eficacia del consentimiento prestado en un contexto de la realización de un duelo, lo que se traduce en una pregunta por la entidad de una coacción suficiente como para hacer ineficaz un consentimiento efectivamente prestado; problema que se trata en la literatura acerca del problema de la denominada *coacción moral*. El segundo problema (2), por su parte, es el problema general relativo acerca de la admisibilidad de una disposición, mediante consentimiento, sobre bienes jurídicos personalísimos por parte de su titular, como la vida humana independiente y la integridad física. Mientras el segundo problema ya fue abordado a propósito de las observaciones formuladas al respecto por Roxin, ahora cabe hacerse cargo del primer problema.

La formulación de dicho problema es usualmente atribuida a Feuerbach y Carrara. Así, en un primer momento, Feuerbach sostuvo la ineficacia del consentimiento aplicado a hipótesis de duelo, ya que se estaría, bajo su comprensión, en una situación, de parte de quien se bate a duelo, propia de un *estado de necesidad*, lo que invalidaría el consentimiento prestado.<sup>161</sup> Carrara, en el mismo sentido que Feuerbach, señala que “el distintivo especialísimo del duelo está en un

---

<sup>159</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 535.

<sup>160</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 142.

<sup>161</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 142.



concepto ideológico. El agresor constriñe a su enemigo a reñir mediante *coacción física*; el desafiador, en cambio, constriñe al desafiado a batirse con él mediante *coacción moral*.”<sup>162</sup> Luego añade con vehemencia,

“[h]asta aquí se había andado de error en error. Los que negaban el derecho de castigar el duelo por deducciones jurídicas relativas al consentimiento, no advertían el supremo principio de la inajenabilidad de ciertos derechos y el hecho de que el consentimiento es a menudo aparente, porque es hijo de una poderosísima coacción moral ejercida por la perversión de la opinión pública que amenaza con el deshonor a quien, en ciertas condiciones, no desafía o no acepta el desafío. Puesto que esa coacción no llega a ser tal que quite por completo la libertad, no es válida para excluir la imputación, sino que más bien bastaría para hacer no computable el consentimiento, porque es menos libre, aun cuando se trate de derechos enajenables”.<sup>163</sup>

Refutando a ambos, Suárez sostiene que aún admitiendo una influencia de la opinión pública sobre quien acepta batirse a duelo, dicha influencia no constituye propiamente una coerción, dado que no produce en caso alguno, el efecto de hacer devenir no libre el acto de declaración de voluntad. Así, según Suárez, en un plano jurídicamente relevante, “sólo una amenaza de un mal de cierta gravedad ofrece importancia a efectos de declarar excluída o disminuída la libertad”.<sup>164</sup> De igual manera, desestima la existencia de una situación de estado de necesidad o legítima defensa en los casos de duelo, por lo que, concluye, “no puede en la actualidad estimarse viciado el consentimiento de un pacto de duelo”.

---

<sup>162</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 443.

<sup>163</sup> CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma, p. 460, §2885.

<sup>164</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 142.

## V.- LA APLICACIÓN ANALÓGICA *IN BONAM PARTEM* DEL RÉGIMEN PRIVILEGIADO DE PUNIBILIDAD A OTRAS HIPÓTESIS DE HOMICIDIO CONSENTIDO

La pregunta que la presente memoria de licenciatura pretende responder, es si reconociendo el consentimiento del ofendido como fundamento del régimen privilegiado de punibilidad del delito de homicidio en duelo, resulta posible aplicar dicho régimen privilegiado de punibilidad, en virtud de una aplicación analógica *in bonam partem*, a otras hipótesis de homicidio consentido. En efecto, en la medida que se pueda reconocer que quien comete un homicidio en duelo -esto es, quebranta la prohibición de matar a otro en duelo- quebranta al mismo tiempo la prohibición del homicidio, entonces el homicidio en duelo cuenta como una modalidad específica de homicidio. Así, y si resulta posible reconocer eficacia al consentimiento en casos de homicidio en duelo, entonces su punibilidad *debería* tener la misma aplicabilidad para otros casos de homicidio consentido. Para ello, la fundamentación acerca de la legitimidad, de cara a la restricción establecida por el principio de legalidad, de la aplicación analógica *in bonam partem* resulta ser crucial.

### 1.- El principio de legalidad como prohibición de aplicación analógica *in malam partem*

El principio de legalidad, en su manifestación en tanto mandato de aplicación *stricta* de la ley, prohíbe la aplicación analógica de la legislación penal. Con todo, lo que la prohibición de la aplicación analógica en rigor prohíbe, es la aplicación de una ley penal más allá de su significado semánticamente determinado (que se haya establecido previamente mediante interpretación), pero sólo si dicha aplicación resulta en contra del condenado.

Por lo tanto, la aplicación analógica, cuya utilización por parte del adjudicador se encuentra prohibida, debe distinguirse del proceso de interpretación siempre necesario. Por un lado, por interpretación hay que entender la determinación del alcance de una ley penal por la vía de determinar su significado lingüístico. Por el contrario, la aplicación analógica sirve para extender el alcance de una ley a casos que ya no son susceptibles de ser subsumidos bajo el supuesto de

hecho de una norma de sanción penal. En otras palabras, el problema de la prohibición de analogía supone que el problema acerca de la interpretación está zanjado; se refiere al modo en cómo el adjudicador afirma que una situación fáctica se corresponde con el supuesto de hecho de una norma.

Así, la analogía, en cuanto modo de aplicación de normas, se contraponen al modo paradigmático de aplicación de las mismas, esto es, a la subsunción. Mientras la aplicación *subsuntiva* se corresponde con la constatación de las condiciones de aplicación de una norma, la aplicación *analógica* es aplicación de una norma, sin constatar la satisfacción semántica del supuesto de hecho de dicha norma, efectuada con cargo a un argumento *a simil*.

Como observa Kindhäuser, en el Derecho Penal, la admisibilidad de este método de aplicación de normas siempre es inadmisibile si tiene un impacto desfavorable para el delincuente.<sup>165</sup> Sin embargo, a favor del infractor, es posible una analogía, siempre que la ley no prevea claramente la laguna regulatoria.<sup>166</sup> De la misma forma, Roxin señala que la analogía en el Derecho Penal, y para proteger al reo, está prohibida sólo en la medida en que opere en perjuicio de aquel.<sup>167</sup> Y va aún más allá, incluso llega a señalar “la analogía favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho Penal”.<sup>168</sup>

## **2.- La constatación de la laguna regulatoria: ¿laguna normativa o laguna axiológica?**

A fin de hacerse cargo de la eventual objeción, efectuada a partir de la prevención de Kindhäuser, de que la aplicación analógica *in bonam partem* sólo es procedente si el legislador no haya previsto claramente una laguna regulatoria,<sup>169</sup> resulta necesario antes clarificar en qué tipo de laguna consistiría: si en una *laguna normativa* o una *laguna axiológica*.

---

<sup>165</sup> KINDHÄUSER, URS. 2015. Strafrecht Allgemeiner Teil. Baden Baden, Nomos, p. 42.

<sup>166</sup> KINDHÄUSER, URS. 2015. Strafrecht Allgemeiner Teil. Baden Baden, Nomos, p. 42.

<sup>167</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 140.

<sup>168</sup> ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A., p. 158.

<sup>169</sup> KINDHÄUSER, URS. 2015. Strafrecht Allgemeiner Teil. Baden Baden, Nomos, p. 42

Por *laguna normativa* cabe entender una situación en que el legislador regula una serie de supuestos de hecho pero omite regular una o más de sus posibles combinaciones.<sup>170</sup> Así, las lagunas normativas, como lo indica Chiassoni, consisten en la “falta, respecto de un conjunto de materiales jurídicos (...), de una norma que regule un supuesto de hecho abstracto jurídicamente relevante (...), en relación con una cuestión de derecho (...)”.<sup>171</sup> Técnicamente, como lo indica Rodríguez, siguiendo a este respecto a Alchourrón y Bulygin, “un caso de un universo de casos constituye una laguna normativa en un sistema normativo  $\alpha$  con relación a un universo de soluciones cuando  $\alpha$  no correlaciona dicho caso con ninguna solución del universo de soluciones”.<sup>172</sup> En otras palabras, se trata de un caso cuyas propiedades sí cuentan como relevantes bajo un determinado sistema normativo, y que, no obstante, no cuenta con ninguna solución bajo el mismo sistema normativo.<sup>173</sup>

Así, para poder considerar que frente a hipótesis de homicidio consentido estaríamos frente a una *laguna normativa*, resultaría necesario poder constatar que, en el sistema normativo chileno, el caso susceptible de ser descrito como “quien mate a X con consentimiento de X”, no resultaría posible de ser resuelto por ninguna de las normas que componen el sistema. Como es posible advertir, eso no es efectivo. Pues, el caso consistente en la descripción “quien mate a X con consentimiento de X” sería subsumible sin más bajo el supuesto de hecho de la norma que prohíbe el homicidio. En efecto, al contener como supuesto de hecho la norma del art. 391 “el que mate a otro (...)” sin distinguir si aquel que funge como víctima de dicho homicidio consiente o no en la producción de su muerte, entonces la hipótesis en que la víctima del respectivo

---

<sup>170</sup> GUASTINI, RICCARDO. 2014. Interpretar y argumentar. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 140.

<sup>171</sup> CHIASSONI, PIERLUIGI. 2011. Técnicas de interpretación jurídica. Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, p. 211.

<sup>172</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 349. En los términos de Alchourrón y Bulygin, definen laguna normativa como: “Decir de un caso  $C_i$  de un  $UC_j$  es una laguna del sistema normativo  $\alpha$  en relación a un  $US_{max_k}$  significa que  $\alpha$  no correlaciona  $C_i$  con ninguna solución del  $US_{max_k}$ ” (ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO. 2012. Sistemas normativos. Buenos Aires y Bogotá, Astrea, p. 33).

<sup>173</sup> En clave epistémica, Moreso y Vilajosana describen las lagunas normativas como casos en que el destinatario de la norma no sabe cuál es el comportamiento exigido por las normas del sistema jurídico (MORESO, JUAN JOSÉ Y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA. 2004. Introducción a la teoría del derecho. Madrid y Barcelona, Marcial Pons, p. 109). Con todo, la descripción de las lagunas normativas como casos en que los destinatarios de las normas no conocen el comportamiento exigido por las normas de un determinado sistema normativo, carece de relevancia para efectos de identificar una laguna normativa; las que identifican como casos que, no obstante de ser portadores de propiedades relevantes para el sistema normativo, no cuentan con ninguna solución bajo dicho sistema, con total prescindencia acerca de si los destinatarios de las normas del sistema conocen o no el comportamiento exigido por ellas.

homicidio consienta en la producción de su muerte, también se encontraría abarcada por el supuesto de hecho de la prohibición del homicidio del art. 391 del Código Penal chileno.

Por su parte, por *laguna axiológica* cabe entender la situación en que pese a la existencia en el sistema jurídico de una solución para cierto caso, “tal solución es axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber tomado en cuenta”.<sup>174</sup> Técnicamente, como lo indica Rodríguez, siguiendo a este respecto a Alchourrón y Bulygin, “un caso de un universo de casos es una laguna axiológica del sistema normativo  $\alpha$  con relación a un universo de acciones si y sólo si ese caso es correlacionado por  $\alpha$  con una solución del universo de soluciones y existe una propiedad  $p$  tal que  $p$  debe ser relevante para ese caso de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia y  $p$  es irrelevante para  $\alpha$  en relación a la tesis de relevancia”.<sup>175</sup> Como se verá en lo sucesivo, frente a hipótesis de homicidio consentido, existiría propiamente una *laguna axiológica* en la regulación del homicidio bajo el Código Penal chileno.

La premisa sobre la cual el concepto de *laguna axiológica* descansa es aquello que podemos identificar como *hipótesis de relevancia*, la que se define por oposición al concepto de *tesis de relevancia*. Mientras la *tesis de relevancia* se refiere a la proposición que identifica a las propiedades efectivamente relevantes en un sistema, la *hipótesis de relevancia* se refiere a la proposición que identifica que existirían ciertas propiedades que *deberían* ser relevantes desde algún punto de vista valorativo.<sup>176</sup> De esta manera, la no consideración de dichas propiedades que *deberían* ser relevantes en el sistema normativo, devendría en una situación valorativamente insatisfactoria.

Como bien advierte Rodríguez, no toda inadecuación axiológica cuenta como una *laguna axiológica*. Así, si el legislador toma en cuenta todas las propiedades que deben ser consideradas como relevantes para un caso determinado, pero correlaciona el caso con una solución axiológicamente inadecuada, la solución constituirá un defecto axiológico del sistema pero no una *laguna*

---

<sup>174</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 349.

<sup>175</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 354. En los términos de Alchourrón y Bulygin, definen laguna axiológica como: “Un caso  $C_i$  de un  $UC_j$  es una laguna axiológica del sistema normativo  $\alpha$  con relación a un  $UA_k = Df.$  el caso  $C_i$  está solucionado por  $\alpha$  y existe una propiedad  $p$  tal, que  $p$  debe ser relevante para  $C_i$  (de acuerdo a una determinada hipótesis de relevancia) y  $p$  es irrelevante para  $\alpha$  con relación al  $UA_k$ ” (ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO. 2012. *Sistemas normativos*. Buenos Aires y Bogotá, Astrea, p. 156).

<sup>176</sup> MORESO, JUAN JOSÉ Y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid y Barcelona, Marcial Pons, p. 111.

*axiológica*.<sup>177</sup> Con ello, para la procedencia de la identificación de una laguna axiológica resulta crucial la determinada *hipótesis de relevancia* que se maneje. El concepto de *laguna axiológica* es un concepto relativo: es relativo a un sistema normativo, a un universo de acciones y a una determinada hipótesis de relevancia.<sup>178</sup>

A propósito de las propiedades que han de ser consideradas como *relevantes* para un caso bajo un determinado sistema normativo, Rodríguez considera, en contra de la posición seguida por Alchourrón y Bulygin, que el término “*relevante*” en la oración “la propiedad p es relevante, pese a que el legislador no la consideró cuando resolvió el caso C (esto es, no la tomó en cuenta para la solución del caso C)” no necesariamente debe ser interpretado en un sentido *prescriptivo*,<sup>179</sup> admitiendo también un sentido *descriptivo* del término. Pues, la *hipótesis de relevancia*, esto es, aquella que se refiere a la proposición que identifica que existirían ciertas propiedades que *deberían* ser relevantes, puede ser entendida como “una proposición normativa que expresa que la propiedad en cuestión debe ser tomada como relevante *de acuerdo con un cierto sistema axiológico*  $\beta$ , y no un genuino enunciado prescriptivo”.<sup>180</sup>

Como es posible advertir, la idea de una laguna axiológica descansa en un enunciado contrafáctico muy difícil de probar: el concepto de laguna axiológica se encuentra referido a la idea de que el legislador no ha tomado en consideración una cierta propiedad, pero que si la hubiera considerado, le hubiese dado al caso una solución diferente.<sup>181</sup> No obstante, como lo advierte Rodríguez, podría perfectamente ser el caso de que el intérprete esté tratando “genuinamente de reconstruir aquellas propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad normativa y no proponiendo sus propios juicios de valor de modo encubierto”.<sup>182</sup> En efecto, dado que todo sistema normativo presupone un sistema axiológico bajo el cual se elaboran las normas que lo componen, estimar que una

---

<sup>177</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 355. En el mismo sentido, para distinguir entre lagunas axiológicas de los defectos axiológicos del sistema, Alchourrón y Bulygin distinguen entre *laguna axiológica* e *inadecuación axiológica* (ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO. 2012. *Sistemas normativos*. Buenos Aires y Bogotá, Astrea, pp. 157 y 158).

<sup>178</sup> ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO. 2012. *Sistemas normativos*. Buenos Aires y Bogotá, Astrea, p. 157.

<sup>179</sup> Como indica Rodríguez, para Alchourrón y Bulygin, interpretar el término “*relevante*” en un sentido descriptivo, la oración sería autocontradictoria (RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*. *Doxa* (22), p. 355). Respecto a la posición de Alchourrón y Bulygin, véase ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO. 2012. *Sistemas normativos*. Buenos Aires y Bogotá, Astrea, p. 157.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*. *Doxa* (22), p. 356.

<sup>181</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*. *Doxa* (22), p. 356.

<sup>182</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*. *Doxa* (22), p. 356.

propiedad que no ha sido considerada relevante por no haber sido tomada en cuenta al tiempo de la promulgación de las normas, pero que, de haber sido considerada por el legislador éste habría dado al caso una solución normativa diferente, esto significa que, en virtud del propio *sistema axiológico* presupuesto por el legislador, esa propiedad debe ser considerada relevante.<sup>183</sup> Bajo dicha consideración, lo que la *hipótesis de relevancia* expresaría, sería un enunciado descriptivo relativo al sistema axiológico presupuesto por el legislador, de acuerdo con el cual una cierta propiedad debe ser relevante en el sistema normativo establecido por el legislador. Como tal, y como advierte Rodríguez, sería susceptible de verdad o falsedad.<sup>184</sup>

Tal es el caso de la propiedad *relevante* del consentimiento del ofendido a propósito de la prohibición del homicidio bajo el Código Penal chileno. Se trata de una propiedad que de hecho no fue considerada al momento de la dictación de la norma que prohíbe el homicidio, pero que, de cara al *sistema axiológico* que el Código asume a propósito de la regulación del homicidio en duelo, *debió* haber tenido en consideración al momento de la promulgación de la norma que prohíbe el homicidio. Pues, estableciendo a propósito del homicidio en duelo un régimen privilegiado de punibilidad, que como hemos ya examinado, tiene su fundamento en el consentimiento prestado por las partes que se baten a duelo, es posible sostener que el legislador, frente a una hipótesis de homicidio consentido, *debió* haber tenido en consideración la propiedad del consentimiento de parte de quien funge como víctima del homicidio, al momento de establecer la prohibición del homicidio. Así la *hipótesis de relevancia* según la cual el consentimiento del ofendido cuenta como una propiedad que debe ser relevante en el Código Penal chileno a propósito de la regulación del homicidio, es susceptible de ser considerada como verdadera.

El tipo de *laguna axiológica* que se encontraría en la regulación del homicidio, sería lo que se conoce como una *laguna axiológica por falta de una regla diferenciadora*. Aunque hay discusión al respecto, hay dos modalidades fundamentales que puede asumir una *laguna axiológica*: una laguna axiológica por falta de una *regla igualadora* y una laguna axiológica por falta de una *regla diferenciadora*.<sup>185</sup> En cuanto a la primera, la laguna axiológica se encuentra constituida por aquel caso en que el legislador al regular una clase de supuestos de hecho ha omitido regular otra clase de supuestos de hecho considerado sustancial o relevantemente igual a la primera clase de supuestos de hecho, con lo

---

<sup>183</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 356 y 357.

<sup>184</sup> RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 357.

<sup>185</sup> GUASTINI, RICCARDO. 2014. Interpretar y argumentar. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 148.

que frente a supuestos de hecho iguales, el legislador contempla una consecuencia jurídica diferente. Así, la laguna axiológica se forma por la omisión de una *regla igualadora*.<sup>186</sup> En cuanto a la segunda, la laguna axiológica se encuentra constituida por aquel caso en que el legislador no ha tomado en consideración una diferencia sustancial o relevante entre dos supuestos de hecho y ha contemplado la misma consecuencia jurídica para ellos sin diferenciarlos. Así, la laguna axiológica se forma por la omisión de una *regla diferenciadora*.<sup>187</sup>

Es precisamente ante este último tipo de lagunas que estaríamos frente en la regulación del homicidio. Pues, frente a un caso de homicidio consentido, al ser el supuesto de hecho susceptible de ser descrito como “quien mate a X con consentimiento de X” y, por tanto, subsumible bajo el supuesto de hecho contemplado en la norma que prohíbe el homicidio (art. 391: “el que mate a otro (...)), lo que la legislación está haciendo es precisamente omitir una *regla diferenciadora* que diferencie entre aquellas hipótesis de homicidio no consentido de aquellas hipótesis de homicidio consentido. Omisión que, como ya fuera examinado, no resulta satisfactoria de cara al propio *sistema axiológico* que el propio Código presupone en la regulación del homicidio en duelo.

El reconocimiento y la solución de *lagunas axiológicas* de esta naturaleza no es desconocido por la jurisprudencia comparada. Como frecuente ejemplo de casos de lagunas axiológicas reconocidas en la jurisprudencia,<sup>188</sup> es el caso decidido en 1927 relativo al §218 del Código Penal alemán que sancionaba el aborto sin restricciones:

“El Código Penal vigente a la sazón en Alemania reprimía el aborto en forma genérica (art. 218), sin contemplar el caso de aborto por prescripción médica para salvar la vida o la salud de la mujer. Un médico que practicó el aborto para evitar el suicidio de una mujer, que según el informe psiquiátrico tenía tendencias suicidas a raíz del embarazo, fue sometido a proceso y absuelto por el Tribunal del Reich sobre la base de una supuesta laguna del Código Penal, que fue colmada por el Tribunal mediante la aplicación extensiva del art. 54 del mismo código, referente al estado de necesidad (este artículo habla del peligro inminente para el autor del hecho o un pariente del mismo y, por tanto, era a todas

---

<sup>186</sup> GUASTINI, RICCARDO. 2014. Interpretar y argumentar. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 148.

<sup>187</sup> GUASTINI, RICCARDO. 2014. Interpretar y argumentar. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 148.

<sup>188</sup> El ejemplo es utilizado por Alchourrón y Bulygin y también es tratado en RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22), p. 354; y CHIASSONI, PIERLUIGI. 2011. Técnicas de interpretación jurídica. Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, p. 246.



luces inaplicable, ya que el médico que practicó el aborto no estaba en peligro, ni era pariente de la mujer)”.<sup>189</sup>

En opinión de Alchourrón y Bulyguin, en este caso resulta posible advertir cómo el tribunal, advirtiendo la existencia de una *laguna axiológica*, pues se trataba en efecto de un caso ya resuelto por el legislador (§218) cuya solución, no obstante, era considerada como injusta por el tribunal, procede entonces a colmar dicha laguna, sobre la base de un argumento por analogía, aplicando analógicamente *in bonam partem* la regla del estado de necesidad del §54 del Código Penal imperial. En particular, el tipo de *laguna axiológica* que se presentaba en este caso, es de la misma naturaleza de la que puede ser advertida en la regulación del homicidio bajo el Código Penal chileno, esto es una *laguna axiológica* por omisión de una *regla diferenciadora*, toda vez que la regulación que el Código Penal imperial establecía, no diferenciaba entre la práctica de un aborto con fines terapéutico de abortos practicados con otros fines.<sup>190</sup>

### 3.- La integración de la laguna

Así, la forma de colmar lagunas que la teoría del Derecho reconoce, es recurrir, por ejemplo, a determinados argumentos, como lo son: el argumento por analogía, el argumento *a contrario* y el argumento a principios.

Como ya fuera señalado, y a propósito de la utilización de un argumento por analogía para colmar lagunas, cabe hacerse cargo de la eventual objeción relativa al carácter previsto de la laguna regulatoria establecida por el legislador como restricción a la procedencia de la aplicación analógica *in bonam partem*. Pues, como observa Kindhäuser, la aplicación analógica *in bonam partem* sólo es procedente si el legislador no haya *previsto claramente* una laguna regulatoria.<sup>191</sup> Frente a la exigencia de una ausencia de *previsión clara* por parte del legislador para que la aplicación analógica

---

<sup>189</sup> El caso es analizado por Alchourrón y Bulygin a propósito de la posición de Engisch quien considera, a propósito del mismo caso, que existía una laguna normativa y no una laguna axiológica. Véase ALCHOURRÓN, CARLOS Y BULYGIN, EUGENIO. 2012. Sistemas normativos. Buenos Aires y Bogotá, Astrea, p. 161.

<sup>190</sup> CHIASSONI, PIERLUIGI. 2011. Técnicas de interpretación jurídica. Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons, p. 246.

<sup>191</sup> Respecto a la restricción de la aplicación analógica, Kindhäuser utiliza la expresión “eindeutig gesetzlich vorgesehen” a propósito de la laguna regulatoria de cuya “previsión clara” por el legislador se trata (KINDÄHUSER, URS. 2015. Strafrecht Allgemeiner Teil. Baden Baden, Nomos, p. 42).

sea procedente, caben al menos, dos interpretaciones: Una primera posibilidad, es entender que la exigencia de que el legislador no haya *previsto claramente* la laguna regulatoria deba interpretarse como una exigencia de que el supuesto de hecho excluya expresamente los casos de cuya subsunción bajo el mencionado supuesto de hecho de que se trata. Una segunda posibilidad, es entender que la exigencia de que el legislador no haya *previsto claramente* la laguna regulatoria deba interpretarse como una exigencia de que el legislador no haya establecido el supuesto de hecho de la norma en cuestión, de una manera que sea incompatible con su integración mediante una aplicación analógica de otra norma. Aún siendo la segunda posibilidad interpretativa más plausible que la primera, no es posible advertir tal restricción en la regulación del homicidio que el Código Penal chileno establece.

De esta manera, no existiendo una laguna regulatoria claramente prevista por legislador,<sup>192</sup> es posible concluir que el régimen privilegiado de punibilidad del delito homicidio en duelo sí resulta aplicable, en virtud de una aplicación analógica *in bonam partem*, a hipótesis de homicidio consentido. Reconociendo por esa vía nuestra legislación, una restricción tan sólo parcial a la disposición por delegación del bien jurídico vida humana independiente, por la vía de reconocer una eficacia, no plena, mas sí reductora del injusto, del consentimiento del ofendido bajo el Código Penal chileno.

Respecto a un posible argumento adicional en cuanto al reconocimiento legislativo del consentimiento del ofendido bajo la regulación del Código Penal chileno, pero esta vez, en virtud de un argumento *a contrario* que puede servir para colmar la laguna ya identificada, resulta útil examinar el siguiente argumento de Suárez, quien frente a una regulación desprovista de la tipificación autónoma del delito de duelo y de una regla que le reconozca eficacia al consentimiento, señala:

“Puesto que dichas lesiones [las causadas en un duelo] se castigan exactamente igual que las demás, ello debe entenderse como una prueba legal de la absoluta ineficacia del consentimiento en los delitos que atentan contra el bien individual integridad corporal. La

---

<sup>192</sup> Como sí lo sería en caso de que no existiese una tipificación autónoma del delito de duelo con resultado de muerte, como lo hace la legislación chilena.

renuncia o disposición de este bien, lo mismo que la renuncia a su tutela penal, no tiene valor jurídico penal alguno”.<sup>193</sup>

Así, a partir de la conclusión de Suárez relativa a que en regulaciones que no reconozcan el delito de duelo (por haberlo derogado) y no existiendo, simultáneamente, un reconocimiento expreso a la eficacia del consentimiento en casos de homicidio o lesiones consentidas, se puede formular un argumento *a contrario* relativo a que, considerando que en Chile sí se encuentra tipificado el delito de duelo y que éste considera un régimen de punibilidad privilegiado de las lesiones u homicidio que de él resulten, en Chile sí se encontraría, por esa vía, reconocida la eficacia del consentimiento del ofendido como circunstancia que reduce la responsabilidad penal.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale, p. 155.

<sup>194</sup> Un argumento basado en la misma estructura lo ofrece Roedenbeck, quien a propósito de la regulación del Código Penal para el imperio alemán, señala que dado que no existe una restricción a la disposición por delegación del bien jurídico salud individual, las lesiones causadas en un duelo serían impunes. No ocurre lo mismo a propósito del bien jurídico vida humana independiente, a propósito de la cual, el Código penal para el imperio alemán sí considera una restricción a la disposición por delegación de dicho bien jurídico a propósito del delito de homicidio a requerimiento. Véase al respecto, ROEDENBECK, SIEGFRIED. 1883. *Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung*. Halle, Niemeyer, p. 49 y ss. En el caso chileno, tampoco cabe reconocer una restricción total a la disposición por delegación respecto a los bienes jurídicos vida humana independiente y salud individual, pero las lesiones y el homicidio consentido no serían impunes, toda vez que la restricción que el delito de duelo con resultado de muerte o lesiones impone, produce el efecto de reducir el injusto de tales lesiones corporales y homicidio consentidos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Santiago, 1873-74.
- ALIMENA, BERNARDINO. 1975. Delitos contra la persona. Editorial Temis.
- BAÑADOS, FLORENCIO. 1920. Código Penal de la República de Chile: concordado y anotado. Santiago.
- BECCARIA, CESARE. 2011. Tratado de los delitos y las penas. En: Beccaria 250 años después. Buenos Aires, BdeF.
- BENTHAM, JEREMY. 1981. Tratados de legislación civil y penal. Editorial Nacional.
- BINDING, KARL. 1969. Lehrbuch des Gemainen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomo I. Leipzig, Scientia Verlag Aalen.
- BULLEMORE, VIVIAN. 2007. Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del delito. 2º ed. Santiago, Legal Publishing.
- CARRARA, FRANCESCO. 1947. Programa del curso de Derecho Criminal. Editorial Depalma.
- CARVALLO, ADOLFO. 1956. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago.
- CHIASSONI, PIERLUIGI. 2011. Técnicas de interpretación jurídica. Madrid, Barcelona y Buenos Aires, Marcial Pons.
- CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA. Edición oficial reformada. Madrid, Imprenta Nacional, 1850.
- CÓDIGO PENAL DEL REINO DE BÉLGICA. Santiago de Chile, Imprenta Nacional.
- CREUS, CARLOS. 1983. Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- DEL RIO, RAIMUNDO. 1935. Derecho Penal. Editorial Nacimiento.

- DEL RIO, RAIMUNDO. 1947. Manual de Derecho Penal. Santiago, Editorial Nascimento.
- ETCHEBERRY, ALFREDO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO, MARIO. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GUASTINI, RICCARDO. 2014. Interpretar y argumentar. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HEFENDEHL, ROLAND. 2007. El bien jurídico como eje de la norma penal. En: La teoría del bien jurídico. Marcial Pons.
- HÜBNER, JORGE. 1958. Manual de introducción a las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- JAKOBS, GÜNTHER. 1993. Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. En: Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. C.F. Müller Juristischer Verlag.
- KINDHÄUSER, URS. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho Penal. Indret (1):1-19.
- KINDHÄUSER, URS. 2015. Strafrecht Allgemeiner Teil. Baden Baden, Nomos.
- LABATUT, GUSTAVO. 1951-1953. Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica.
- LEVI, ERNST. 1889. Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen. Leipzig, Duncker & Humboldt.
- LISTZT, FRANZ. 1927. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1º tomo. Walter de Gruyter, Berlín y Leipzig.
- MAÑALICH, JUAN PABLO. 2009. Nötigung und Verantwortung. Baden Baden, Nomos.
- MAÑALICH, JUAN PABLO. 2010. Terror, Pena y Amnistía. Santiago, Flandes Indiano.
- MAÑALICH, JUAN PABLO. 2013. Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el Derecho Penal. Editorial BdeF.

MORESO, JUAN JOSÉ Y VILAJOSANA, JOSEP MARÍA. 2004. Introducción a la teoría del derecho. Madrid y Barcelona, Marcial Pons.

NOVOA, EDUARDO. 1939. Teoría del consentimiento de la víctima del delito. Memoria de licenciatura. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, editorial La Nación.

NUÑEZ, RICARDO. 1959. Derecho Penal Argentino.

POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO y BUSTOS, JUAN. 1993. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. 2008. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

PREUßISCHE STRAFRECHT. 1853. Glogau, Editorial de C. Flemming.

RAMIREZ BOISON, MARIO. 1960. Estudio sobre el duelo: parte jurídico penal. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

RODRÍGUEZ, JORGE LUIS. 1999. Lagunas axiológicas y relevancia normativa. Doxa (22): 349-369.

ROEDENBECK, SIEGFRIED. 1883. Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung. Halle, Niemeyer.

ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana por Diego Luzón Peña. Editorial Civitas S.A.

SESIONES PARLAMENTARIAS DEL CÓDIGO PENAL. 2013. Editorial jurídica de Santiago.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. 2018. Suicidio Alemán y “duelo americano”. Indret (3): 1-3.

SOLER, SEBASTIÁN. 1945-1946. Derecho Penal Argentino.

STRAFGESETZBUCH FÜR DAS DEUTSCHE REICH. 1877. Berlín, editorial de Eugen Groffer.

SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO. 1959. El consentimiento en las lesiones. Pamplona, Studium Generale.