



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Programa de Magíster.

ACTIVIDAD FORMATIVA
EQUIVALENTE A TESIS
MAGÍSTER EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO PENAL

“LAS EXIMENTES INCOMPLETAS: REQUISITOS DOCTRINALES
Y JURISPRUDENCIALES PARA SU PROCEDENCIA”

MITZI YANETT JAÑA FERNÁNDEZ
PROFESOR GUÍA VIVIAN BULLEMORE GALLARDO
SANTIAGO DE CHILE
AGOSTO DE 2011

A Teresita, quien me dio la vida.
A Sofía, quien me ha alegrado la existencia...

ÍNDICE.

	Página.
INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO I: LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.	10
1. <u>Antecedentes.</u>	10
1.1. Reseña histórica de la creación de las eximentes incompletas en general.	10
1.2. Creación del concepto de las eximentes incompletas en el Código Penal Chileno.	10
2. <u>Las eximentes incompletas.</u>	11
2.1. Concepto de eximentes incompletas.	11
2.2. Fundamento de las eximentes incompletas.	15
2.3. Discusión sobre las eximentes de responsabilidad que pueden o no constituir una eximente incompleta.	17
2.4. Enumeración de las eximentes incompletas.	20

3. <u>Requisitos doctrinales respecto de cada una de las eximentes incompletas.</u>	20
3.1. Requisitos básicos de cada una de las eximentes incompletas.	20
3.2. Concepto y requisitos generales de cada una de las eximentes incompletas.	24
3.2.1. La locura o demencia incompleta (Art. 10 N°1 C.P.).	25
3.2.1.1. El “loco o demente” y la “enajenación mental”.	25
3.2.1.2. Tipos de enajenación mental.	28
3.2.1.3. El intervalo lúcido.	35
3.2.1.4. La privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto.	36
3.2.1.5. Tratamiento normativo de la locura o demencia incompleta.	39
3.2.2. La legítima defensa incompleta (Art. 10 N° 4, 5 y 6 C.P.).	44
3.2.2.1. Concepto de “legítima defensa”.	43
3.2.2.2. Requisitos de la legítima defensa.	45

3.2.2.3.	Tipos de legítima defensa.	52
3.2.2.4.	Casos en que existe una legítima defensa incompleta.	55
3.2.3.	Estado de necesidad incompleto (Art. 10 N° 7 y 11 C.P.).	57
3.2.3.1.	Concepto de estado de necesidad.	57
3.2.3.2.	Tipos de estado de necesidad y sus requisitos.	58
3.2.3.3.	Tratamiento normativo de los estados de necesidad.	70
3.2.4.	La fuerza irresistible o miedo insuperable incompleto.	72
3.2.4.1.	Concepto de fuerza irresistible o miedo insuperable.	72
3.2.4.2.	requisitos de la fuerza irresistible y miedo insuperable.	74
3.2.4.3.	Tratamiento normativo de fuerza irresistible o miedo insuperable.	78
3.2.5.	Obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo incompleto.	81
3.2.5.1.	¿Qué es obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho?	81
3.2.5.2.	Requisitos del obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.	85

3.2.5.3.	Tratamiento normativo de estas circunstancias.	87
3.2.6.	Incurrir en una omisión hallándose impedido por una causa legítima o insuperable incompleta.	88
3.2.6.1.	¿Qué debemos entender por incurrir en una omisión hallándose impedido por una causa legítima o insuperable?	88
3.2.6.2.	Requisitos y tratamiento de esta circunstancia.	90
4.	<u>Determinación de la pena en el caso que concurra una eximente incompleta.</u>	90
4.1.	Concurrencia de las eximentes incompletas y otras circunstancias atenuantes.	93
4.1.1.	Compatibilidad de la eximente incompleta de legítima defensa y la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación.	95
CAPITULO II: JURISPRUDENCIA SOBRE LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.		
5.	<u>Jurisprudencia sobre la procedencia de las eximentes incompletas.</u>	99
5.1.	Tribunales de Garantía.	99

5.2. Tribunales Orales.	132
5.3. Tribunales Superiores de Justicia.	173
CONCLUSIONES.	184
BIBLIOGRAFÍA.	186

INTRODUCCIÓN.

En el presente documento –que da cuenta de una actividad equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho- y de acuerdo a lo aprobado como temática de trabajo, se abordará las eximentes incompletas, analizando los requisitos doctrinales y jurisprudenciales para su procedencia. Cabe observar, que el artículo 11 n° 1 del Código Penal nos explica –genéricamente- cuáles son las eximentes incompletas, refiriéndose a aquellas como circunstancias atenuantes y definiéndolas de la siguiente forma: “*artículo 11 del Código Penal. Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las expresadas en el Artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*”

Nuestro Código Penal, sólo nos brinda una definición escueta de las eximentes incompletas, construyéndose –en el tiempo- tanto en la doctrina como en la jurisprudencia su concepto y los requisitos que deben concurrir para su procedencia.

Sin embargo, al realizar un análisis somero de la doctrina y jurisprudencia que tratan esta materia, es posible percibir que doctrinariamente se han desarrollado diversas posiciones sobre aquellas circunstancias que pueden o no constituir una eximente incompleta como también los requisitos que deberían concurrir para su procedencia; análisis que no se vislumbra con la misma prolijidad por parte de la jurisprudencia, que generalmente se circunscribe a la decisión de aceptar o rechazar una circunstancia atenuante por concurrir o faltar uno o más de sus requisitos para su procedencia, sin realizar mayor desarrollo respecto del asunto.

La presente AFET, pretende ser un aporte en la discusión existente sobre los requisitos que deberían concurrir para la procedencia de las eximentes incompletas. Estableciendo los fundamentos jurisprudenciales esgrimidos para aceptar o rechazar la concurrencia de éstas, dando a conocer la forma en que nuestros Tribunales de Justicia abordan esta materia.

El estudio de estos fundamentos, nos permitirá conocer y comparar las conclusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se han elaborado sobre el tema debatido; convirtiéndose esta actividad formativa en una herramienta para quienes ejercen su labor en el ámbito penal y particularmente un apoyo a quienes a partir de un rol de intervinientes del proceso penal, puedan enriquecer dicha labor, directriz que -en definitiva- anima con mayor fuerza a esta estudiante de post grado y defensora penal.

CAPITULO I: LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.

1. Antecedentes.

1.1. Reseña histórica de la creación de las eximentes incompletas en general.

Una somera incursión histórico-penal, nos da cuenta que esta atenuante encuentra su origen en el Código Penal Español de 1848 y debe su establecimiento a una observación hecha por el jurista Francisco Pacheco, al tratarse las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Este autor planteó -ya en 1842- la necesidad de considerar atenuada la responsabilidad del actor cuando éste, producto de su comportamiento, no cumpliera con todos los requisitos necesarios para eximirse de la sanción penal.

Podemos afirmar ilustradamente, que tal disposición normativa tiene sus antecedentes más remotos en las normas españolas, a saber: el Fuero Juzgo, luego en el Fuero Real, Las Siete Partidas y el Código Penal Español de 1822.

1.2. Creación del concepto de las eximentes incompletas en el Código Penal Chileno.

El concepto de eximentes incompletas forma parte de nuestro Código Penal, desde la dictación de dicho estatuto punitivo y su incorporación fue obra de la “Comisión Redactora” y su establecimiento se realizó teniendo en vista lo dispuesto por el Código Penal Español, el cual contempla la misma norma¹.

¹ Ver también POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO y ORTÍZ QUIROGA, LUÍS, *“Texto y comentario del Código Penal Chileno”*, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002, Pág. 165.

En la actualidad dicha disposición se conserva del mismo modo en que fue establecida, pero su ámbito de aplicación ha variado al modificarse varios de los numerales del artículo 10 del Código Penal. Ejemplo actual de ello es la incorporación del estado de necesidad privilegiado, figura que fue introducida a nuestra legislación en el año 2010 por medio de la ley 20.480.

2. Las eximentes incompletas.

Como ya hemos mencionado, el concepto y los requisitos de las eximentes incompletas han sido un tema abordado por la doctrina y la jurisprudencia de un modo superficial. Es por ello, que cobra gran relevancia para esta investigación, precisar dichas nociones en pos de desarrollar luego un análisis comparativo mas acabado respecto de la procedencia de tales eximentes.

2.1. Concepto de eximentes incompletas.

Para entender qué son las eximentes incompletas, es dable comenzar definiendo que es lo que se entiende en nuestro ordenamiento jurídico por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Al respecto, podemos decir que ello no se encuentra abordado conceptualmente a nivel legal (nuestro Código Penal sólo las menciona), sino que dicha noción ha sido construida por la Doctrina y la Jurisprudencia.

Autores, como Mario Garrido Montt, Alfredo Etcheberry, Enrique Cury, Gustavo Labatut u otros, han contribuido significativamente en esta tarea. El primero de ellos por ejemplo, concibe a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal como *“situaciones de naturaleza accidental, con existencia marginal a la estructura del tipo penal”* al respecto, agrega que *“El legislador las toma en consideración para efectos de determinar la pena que*

corresponde aplicar a los responsables en cada caso particular, sea para agravar esa sanción o para atenuarla”².

Por su parte Enrique Cury señala que *“por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se entiende un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales ésta atribuye la virtud de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”³.*

Así las cosas, es posible sostener que la mayoría de los autores coinciden en que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal tiene por objeto aumentar o disminuir la sanción penal, según sea el caso. Surge entonces la pregunta ¿que relación tienen las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal con las eximentes incompletas?

Tal respuesta es de capital importancia, toda vez que las eximentes incompletas son un tipo de circunstancia atenuante de la responsabilidad penal (y en tal sentido una subcategoría de las circunstancias modificatorias). Así se desprende de las diversas clasificaciones hechas por la doctrina, que distingue entre circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal; categorías que también son susceptibles de subclasificaciones. En el primero de los casos -por ejemplo- se encuentran las eximentes incompletas, las atenuantes que se refieren a la motivación del delincuente, aquellas que se vinculan con su personalidad y las que dicen relación con su comportamiento

² GARRIDO MONTT, Mario, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, 2001, Pág. 185.

³ CURY URZÚA, Enrique, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 1988-92, Pág. 99.

posterior. Las agravantes, en tanto, pueden ser clasificadas según sean personales, materiales o mixtas ⁴.

Entonces podemos sostener de modo preliminar que las eximentes incompletas forman parte de las atenuantes de la responsabilidad penal, de manera que su aplicación tiene por objeto disminuir la sanción penal aplicable al sujeto en el caso concreto. Frente a ello, nace una duda razonable: ¿lo anterior es todo cuanto podemos decir respecto de estas causales? A tal cuestionamiento, surge espontánea la respuesta negativa.

Las eximentes incompletas se encuentran definidas legalmente en el artículo 11 N° 1 del Código Penal. Dicha norma señala que *“Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las expresadas en el Artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”*

La anterior definición, es bastante escueta y poco clara, razón por la cual la doctrina ha tendido a establecer sus propias concepciones sobre lo que debemos entender por eximentes incompletas. Para el profesor Enrique Cury, por ejemplo, con dichas eximentes *“... se confiere capacidad atenuatoria a las causales (circunstancias) que ordinariamente eximen de responsabilidad criminal, cuando, por encontrarse incompletas, no surten efecto excluyente de la punibilidad”* ⁵.

Juan Bustos Ramírez, en tanto, sostiene que en el caso de las eximentes incompletas *“... no se trata de una circunstancia (...) ya que no se hace*

⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997, Pág. 15.

⁵ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 1988-92, Pág. 104.

referencia a un elemento accidental dentro del injusto, sino a la concurrencia incompleta del injusto en si mismo, ya sea en relación a la tipicidad o a la antijuricidad, o bien al sujeto responsable”⁶.

Por su parte, Mario Garrido Montt, plantea, a propósito del concepto y tratamiento de las eximentes incompletas que *“esta denominación se refiere a aquellas situaciones en que estando presente la circunstancia basal de la justificante no se cumple a cabalidad las restantes”⁷*. A lo anterior el mismo autor agrega que *“... son situaciones especiales que escapan al tratamiento genérico de las atenuantes que el Código Penal precisa en los arts. 62 y siguientes”⁸*.

En razón de lo ya mencionado, es válido sostener entonces que las eximentes incompletas pueden ser concebidas como aquellas *“situaciones especiales en virtud de las cuales se confiere capacidad atenuatoria a las circunstancias que ordinariamente eximen de responsabilidad criminal, cuando por encontrarse incompletas, ya sea en relación a la tipicidad, antijuricidad o bien al sujeto responsable; no surten efecto excluyendo la punibilidad, de ahí que escapen al tratamiento genérico de las atenuantes en el Código Penal”*.

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *“Obras Completas, Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, ARA Editores, Lima, Perú, 2004, Pág. 1195.

⁷ GARRIDO MONTT, Mario, *“Consecuencias Penales de las Eximentes Incompletas”*, *En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES; ESCUELA DE DERECHO, “Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie 30 Seminarios, Estudios de Derecho Penal”*, Santiago, Chile, 1994, Pág. 101.

⁸ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo I, 2001, Pág. 185.

2.2. Fundamento de las eximentes incompletas.

Cuando nos preguntamos sobre ¿cual es el fundamento de las eximentes incompletas de la responsabilidad penal? Lo que buscamos dilucidar en último término es la razón de por qué la concurrencia incompleta de una circunstancia eximente de responsabilidad penal puede dar lugar a la atenuación de la sanción impuesta a un sujeto determinado.

Para la doctrina clásica dicho fundamento puede ser explicado de manera simple a través del aforismo *“Lo que completo exime, incompleto atenúa”*⁹. Lo anterior implica, que si la concurrencia completa de las eximentes de responsabilidad penal excluye de sanción al hechor, entonces razonable es pensar que la concurrencia incompleta de dichas circunstancias disminuye el reproche penal que hubiere de imponerse.

Ahora bien, lo anterior no constituye un tema resuelto en la doctrina, toda vez que existen diversas explicaciones para este hecho. Al respecto, Carolina Rudnick sostiene que: *“El fundamento de las eximentes incompletas discurre por tres carriles: se observa una posición que las basa en su afectación en la culpabilidad, otra que les concede el mismo fundamento que aquel de la causal de exención de responsabilidad a la que están ligadas, y otra que distingue el hecho base que posibilita la atenuación, independiente de la ligazón originaria con una eximente respectiva”*¹⁰.

⁹ GROIZARD, *“El Código Penal”* Tomo I, Pág. 365, En: VILLAMÁN RODRÍGUEZ, MARÍA FRANCISCA, *“Análisis Jurisprudencial de las eximentes incompletas de la Responsabilidad Penal”*, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1999, Pág. 10.

¹⁰ RUDNICK VIZCARRA, Carolina Soledad, *“La compensación Racional de Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal en la Determinación Judicial de la Pena”*, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, Santiago, Chile, 2007, Pág. 317.

Dentro de los autores que sostiene la primera postura destaca Enrique Cury, quien plantea que *“Cuando se dan sólo algunos de los presupuestos de las eximentes, de suerte que éstas no justifican una exclusión de los elementos integrantes del delito; subsiste, sin embargo, en la mayor parte de los casos, una situación anómala que deteriora la capacidad de autodeterminación del individuo, reduciendo la posibilidad de exigirle que se comporte con arreglo al mandato o la prohibición respectiva”*¹¹. De lo anterior, se deduce que, para este autor, la razón que justifica la atenuación de la responsabilidad penal de quien comete un delito -concurriendo en su caso una o mas eximentes incompletas- está dada por la existencia de una conducta, cuya génesis volitiva se encuentra afectada por una causal que, si bien no lo exculpa del hecho, lo incita o predispone a cometerlo; de suerte tal que ve mermada su capacidad de autodeterminación.

La segunda postura, es aquella que señala que las eximentes incompletas tienen el mismo fundamento que aquel de la causal de exención de responsabilidad a la que están ligadas. Dicha noción ha sido sostenida por autores como Pacheco, Muñoz Conde, García Arán, Garrido Montt, Novoa Monreal, entre otros. Para ellos, la disminución de la sanción penal en el evento de presentarse una eximente incompleta, se explica por la falta de concurrencia de uno o más elementos, requisitos o circunstancias que hagan procedente la exención de la responsabilidad penal, de tal manera que no es posible excluir la pena, pero si atenuarla dada la menor entidad del hecho.

Por último, encontramos aquella teoría que distingue el hecho base que posibilita la atenuación de la eximente originaria respectiva. Aquí destaca lo planteado por Carolina Rudnick, quien señala al respecto que *“Esta última postura dice relación mayoritariamente con la respuesta que se ha dado a las*

¹¹ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 988-92, Pág. 105.

justificantes incompletas de legítima defensa y estado de necesidad, en que, a pesar de hacer referencia a la antijuricidad en su formulación de exclusión de responsabilidad, en su aparición como atenuantes pueden obedecer tanto a una atenuación del injusto, como de la culpabilidad” ¹². Así las cosas, para esta autora, el fundamento de la atenuación de la responsabilidad penal -en el caso de concurrir alguna eximente incompleta- no se sujeta ex ante a la justificación de una u otra eximente de responsabilidad penal, sino que puede obedecer indistintamente a una disminución en el injusto penal o la culpabilidad, dependiendo del caso.

2.3. Discusión sobre las eximentes de responsabilidad que pueden o no constituir una eximente incompleta.

Avanzando en nuestro análisis y ya habiendo determinado el concepto y fundamento de las eximentes incompletas, es preciso abordar ahora, cuales de las eximentes de responsabilidad penal pueden ser consideradas como eximentes incompletas en el evento de no concurrir alguno de sus requisitos.

Este tema es de gran importancia toda vez que, entre mayor sea la cantidad de eximentes de responsabilidad que pueden aplicarse como eximentes incompletas, mayores serán las posibilidades de atenuar la responsabilidad penal en el caso concreto.

Al respecto, la Doctrina ha señalado que no todas las eximentes de responsabilidad penal pueden ser aplicadas como eximentes incompletas. Gustavo Labatut, por ejemplo, sostiene, ante la pregunta sobre si “*¿todas las eximentes del art. 10 son susceptibles de transformarse en atenuantes?*” que

¹² RUDNICK VIZCARRA, Carolina Soledad, 2007, Pág. 317.

*“Hay eximentes que por su naturaleza, como el cuasidelito (N° 13), o por imperativo de la ley: la menor edad (...), el caso fortuito sujeto al sistema especial establecido en el art. 71 no admiten tal conversión”*¹³.

Alfredo Etcheberry, en tanto, plantea que *“No debe pensarse, sin embargo, que todas las circunstancias eximentes puedan transformarse en atenuantes (...) debe eliminarse, por expresa disposición legal, la circunstancia del Art. 10 N° 8 (caso fortuito), que en caso de ser incompleta produce el efecto señalado en el Art. 71: el hecho se sanciona como cuasidelito”*¹⁴.

El profesor Mario Garrido Montt, a su vez, señala que *“... el art. 11 N° 1 comprende a todas las eximentes del art. 10, salvo las explícitamente excluidas, como sucede con las de los números 3° y 8°, y las indivisibles o imposibles de graduar, como la del N° 2°...”*¹⁵.

Por último, Enrique Cury plantea que no son susceptibles de aplicar como eximentes incompletas, las eximentes de responsabilidad penal previstas en los numerales 2, 3, 8 y 12, del art. 10 del Código Penal¹⁶. Lo anterior, se ve reforzado por lo sostenido por Sergio Politoff quien expresa que *“... por su propia naturaleza, se excluye... las del N° 2 del art. 10 (...), las del N°8, caso fortuito, también por contar con especial regulación en el art. 71; la del N° 9, si se admite en ella la “fuerza física”, porque ésta es o no irresistible y por tanto se trataría a su respecto de otra situación no graduable. Y la del N° 13, pues el cuasidelito está o no contemplado en la ley, siendo también imposible de*

¹³ LABATUT GLENA, GUSTAVO, *“Derecho Penal”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición, Santiago, Chile, 1990, Pág. 210.

¹⁴ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo II, 1997, Pág. 15 y 16.

¹⁵ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo I, 2001, Pág. 186.

¹⁶ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 1988-92, Pág. 106.

graduación” ¹⁷. A lo anterior agrega que: *“Por otro lado, es mayoritaria la afirmación según la cual no procede apreciar la eximente incompleta en los casos de privación parcial de la razón causada por un estado de embriaguez”* ¹⁸.

En base a lo anterior, es posible afirmar que existen determinadas eximentes de responsabilidad penal que no admiten ser aplicadas como eximentes incompletas, toda vez que no pueden ser graduadas -son indivisibles o tiene un tratamiento especial- tal es el caso de las eximentes previstas en los numerales 2 (responsabilidad penal adolescente), 8 (caso fortuito) y 13 (cuasidelito) del artículo 10 del Código Penal.

Tratándose de la eximente del artículo 10 N° 2 del Código Penal, ésta tiene un tratamiento especial, el que se encuentra contenido en la ley 20.084, que fija las normas relativas a la responsabilidad penal adolescente. Según esta ley, son responsables penalmente, por los hechos delictivos que cometieren, los jóvenes mayores de 14 años, pero menores de 18.

También posee un tratamiento especial la hipótesis prevista en el numeral 8 del artículo 10 del Código Penal, a saber: el caso fortuito. Éste, se encuentra sujeto a lo establecido en el artículo 71 del mismo cuerpo normativo, según el cual *“Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8° del artículo 10 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 490”*. Así las cosas, en este caso son aplicables las reglas previstas para los cuasidelitos.

¹⁷ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 2003, Pág. 506.

¹⁸ *Ibid.*

Por último, el numeral 13 del artículo 10 del Código Penal, no admite ser empleado como eximente incompleta en atención a que su formulación impide su divisibilidad y graduación.

2.4. Enumeración de las eximentes incompletas.

En atención a lo ya expuesto, es posible sostener que las eximentes de responsabilidad que sí admiten ser aplicadas como eximentes incompletas son:

- a) La locura o demencia incompleta (Art. 10 N° 1 C.P.).
- b) Legítima defensa incompleta (Art.10 N° 4, 5 y 6 C.P.).
- c) Estado de necesidad incompleto (Art. 10 N° 7 y 11 C.P.).
- d) Fuerza irresistible o miedo insuperable incompleto (Art. 9 C.P.).
- e) Obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo incompleto (Art. 10 N° 10 C.P.).
- f) Incurrir en una omisión hallándose impedido por una causa legítima o insuperable incompleto (Art. 10 N° 12 C.P.).

3. Requisitos doctrinales respecto de la cada una de las eximentes incompletas.

3.1. Requisitos básicos de cada una de las eximentes incompletas.

El artículo 11 N° 1 del Código Penal establece que *“Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus*

respectivos casos.” Tal definición deja de manifiesto que, para que proceda la aplicación de las eximentes de responsabilidad como atenuantes se necesita que no concurren algunos de sus requisitos. Lo anterior, nos enfrenta a una serie de problemas como por ejemplo ¿Qué requisitos deben presentarse necesariamente para que las eximentes de responsabilidad penal operen como atenuantes? ¿Cuántos requisitos deben concurrir? ¿Basta sólo con algunos o deben ser la mayoría? y ¿Qué se entiende por requisitos? ¿Lo anterior excluye a aquellas circunstancias cuya descripción no contempla una enumeración de ellos?.

Tales interrogantes constituyen una preocupación significativa al momento de aplicar las eximentes de responsabilidad penal como atenuante, de ahí que la doctrina haya debatido este asunto de una manera pormenorizada y haya acuñado el término “*requisito básico*” y establecido una interpretación amplia en torno al tratamiento de tales circunstancias.

En lo que respecta al primer asunto, el “*requisito básico*” es aquel elemento o circunstancia sin la cual no es posible reconocer la existencia de las circunstancias de responsabilidad penal; es aquella parte esencial de tales situaciones. Mario Garrido Montt sostiene, a propósito de esta materia, que “*si no se cumple esa condición no puede tenerse jurídicamente como existente una eximente incompleta, aunque concurren las otras condiciones que la conforman*”.¹⁹ Alfredo Etcheberry agrega a ello que “*... tampoco puede admitirse que la ausencia de cualquier requisito transforme a una eximente en atenuante: el elemento substancial de cada eximente debe existir, y solo deben faltarle determinadas cualidades o circunstancias accesorias*”²⁰. Lo mismo

¹⁹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo I, 2001, Pág. 186.

²⁰ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo II, 1997, Pág. 16.

sostiene Juan Bustos Ramírez, quien señala “... *la apreciación de la atenuante de eximente incompleta está condicionada a la presencia de los requisitos esenciales. Podrán faltar los no esenciales, pero jamás aquellos que son condición de la existencia de la eximente*”²¹.

Así las cosas, para que sea posible la aplicación de las eximentes incompletas como atenuantes se requiere que concorra necesariamente el requisito básico que le otorga existencia. A propósito de lo mismo, Francisca Villamán plantea que “*Para que se dé la figura de las eximentes incompletas, tenemos que ponernos en la hipótesis de que no concurren algunos requisitos de la misma, pero siempre tendrá que estar presente el requisito esencial...*”²².

En términos específicos los “*requisitos básicos*” de cada una de las eximentes incompletas son:

- a) En el caso de la *locura o demencia incompleta*, el *trastorno mental* (Art. 10 N° 1 C.P.).
- b) Tratándose de la *legítima defensa incompleta*, el elemento sin el cual no existe dicha circunstancia es la *agresión ilegítima* (Art. 10 N° 4, 5 y 6 C.P.).
- c) En lo que respecta al *estado de necesidad incompleto*, el requisito esencial es la *realidad o inminencia del mal que se trata de evitar* (Art. 10 N° 7 y 11 C.P.).

²¹ *Op. Cit.* BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Tomo I, 2004, Pág. 1195.

²² VILLAMÁN RODRÍGUEZ, MARÍA FRANCISCA, “*Análisis Jurisprudencial de las eximentes incompletas de la Responsabilidad Penal*”, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1999, Pág. 14.

d) Por su parte, la *fuerza irresistible o miedo insuperable incompleto*, requiere para su procedencia como eximente incompleta que se presente tal fuerza o miedo de la manera descrita (Art. 10 N° 9 C.P.).

e) En el caso de *obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho*, el requisito básico es la existencia de tal obligación o facultad (Art. 10 N° 10 C.P.).

f) Por último, la *omisión de una conducta hallándose impedido por una causa legítima o insuperable*, requiere para su concurrencia que se presente necesariamente la *causa que impide actuar* (Art. 10 N° 12 C.P.).

Lo anterior ha sido sostenido por diversos autores. Mario Garrido Montt, por ejemplo, plantea al respecto que *“una eximente para calificarse como incompleta requiere necesariamente de la concurrencia del requisito que le es fundamental”*²³. Al respecto el mismo autor agrega *“Así, en la legítima defensa, la agresión (art. 10 N° 4°); en el estado de necesidad, la realidad o peligro del mal que se trata de evitar (art. 10 N° 7°)”*²⁴⁻²⁵.

Ahora bien, en lo que respecta al tratamiento de las eximentes incompletas es posible sostener la existencia de dos visiones de interpretación, la primera plantea que cuando el artículo 11 N° 1 del Código Penal señala que *“Son circunstancias atenuantes: 1ª. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no*

²³ CORDOBA-RODRÍGUEZ, “Comentarios al Código Penal”, Tomo I, Pág. 410. En: GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, 2001, Pág. 186.

²⁴ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo I, 2001, Pág. 186.

²⁵ Ver también POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTÍZ QUIROGA, Luís, “Texto y comentario del Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002, Pág. 170, Letra C).

concurrer todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.” La alocución “requisitos” hace referencia sólo a aquellas eximentes cuya descripción contempla una enumeración detallada de los elementos concurrentes para la procedencia de dichas circunstancias.

Una segunda visión, en tanto, plantea que tal disposición normativa no debe ser tomada en un sentido literal, sino más bien entenderse como una gradualidad, de manera que la aplicación de aquellas eximentes que no contemplan requisitos sea procedente. Gustavo Labatut al explicar esta situación señala que *“... se extiende la aplicación de esta atenuante a los casos que, si bien no materialmente, al menos intelectualmente, constan de más de un requisito, o sea, que no pueden dejar de considerarse como hechos complejos, sujetos a gradación...”*²⁶. Lo mismo plantea Mario Garrido Montt, quien señala que *“La referida expresión no ha sido usada en sentido numérico, de cantidad de elementos, pues de ser así, la aplicación de tal precepto se limitaría exclusivamente a las eximentes que consta de varios requisitos, por lo menos de uno. En verdad la palabra “requisitos” esta empleada en el sentido de gradualidad”*²⁷.

3.2. Concepto y requisitos generales de cada una de las eximentes incompletas.

Habiendo señalado cuales son cada una de las eximentes incompletas, procederemos explicar brevemente en qué consisten.

²⁶ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Tomo I, 1990, Pág. 211.

²⁷ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo I, 2001, Pág. 186.

3.2.1. La locura o demencia incompleta.

La locura o demencia como circunstancia eximente de responsabilidad penal se encuentra establecida en el artículo 10, número 1 del Código Penal. Tal disposición establece que *“Están exentos de responsabilidad criminal (...) El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”*. De esta norma se deduce que existen dos situaciones en las cuales un individuo puede resultar exento de responsabilidad penal por carecer del juicio suficiente para actuar, a saber: cuando una persona esta loca o demente y cuando ésta se encuentra totalmente privada de razón por causas independientes a su voluntad.

3.2.1.1. El “loco o demente” y la “enajenación mental”.

El Diccionario de la Lengua Española señala que loco es aquel *“que ha perdido la razón”* ²⁸. Asimismo, define demente como *“Loco, falta de juicio”* ²⁹. De lo anterior se desprende que, desde el punto de vista del uso natural y obvio de las palabras, ambos conceptos han sido entendidos como sinónimos.

Por su parte, en nuestra doctrina, estos conceptos se han abordado como dos expresiones de una misma realidad, esto es: la privación de razón. El profesor Mario Garrido Montt, por ejemplo, plantea que *“Loco o demente son voces que*

²⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la Lengua Española”*, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=loco (11.04.2011).

²⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la Lengua Española”*, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=demente (11.04.2011).

en su alcance natural se refieren a los enfermos de la mente..."³⁰. Alfredo Etcheberry, en tanto, ha señalado que *"...la Ley no ha querido otorgar aquí a los vocablos loco y demente ningún significado técnico preciso (...) para evitar la confusión terminológica derivada del uso de voces análogas en sentidos distintos, actualmente se prefiere hablar del enajenado mental, término bastante amplio como para comprender todas las anormalidades mentales constitutivas de esta eximente"*³¹. Así las cosas, claro resulta afirmar que los conceptos de loco o demente, no constituyen realidades diversas, sino mas bien, expresiones análogas de una misma definición. Ello se ve reforzado, además, por el tratamiento normativo que se les da a las personas locas o dementes en el Código Procesal Penal, toda vez que dicho cuerpo legal establece en el párrafo segundo, del título séptimo de su libro cuarto, cuales son las reglas aplicables a los sujetos inimputables por "enajenación mental".

Lo antes señalado, nos ubica ante la necesidad de establecer que se entiende por enajenación mental y cuándo estamos frente a una situación capaz de ser catalogada como tal.

Respecto del primer asunto, podemos decir que el concepto de enajenación mental constituye una realidad normativa que busca englobar las distintas patologías psiquiátricas que impiden que una persona sea imputable. En términos generales dicho concepto puede ser entendido como *"...el conjunto de estados psicopatológicos, de origen orgánico o funcional, más o menos sensibles y permanentes, caracterizados por el impedimento, perversión o función desordenada de los procesos intelectuales, volitivos o afectivos"*³². Así

³⁰ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 216.

³¹ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 280.

³² *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, 1990, Pág. 133.

entonces, cuando el artículo 10 N° 1 del Código Penal se refiere a la “locura o demencia” debe entenderse que se está aludiendo a la “enajenación mental” como un concepto amplio que comprende variadas enfermedades mentales. Lo anterior, ha sido sostenido por la gran mayoría de la doctrina, quienes han planteado en reiteradas ocasiones tal interpretación. La autora Francisca Villamán, por ejemplo, ha manifestado al respecto que “...la expresión loco o demente que utiliza el Código Penal se refiere a cualquier enajenación mental que prive totalmente de razón al individuo...”³³. Gustavo Labatut, en tanto, plantea que “Actualmente se denomina enajenado o alienado al que padece de un trastorno mental cuya gravedad acarrea la inimputabilidad”³⁴.

Habiéndose, entonces, aclarado el sentido y alcance de la expresión “loco o demente”, resulta imperativo referirnos al segundo tema en estudio, esto es, dilucidar cuándo estamos frente a una situación capaz de ser catalogada como enajenación mental.

En relación a este asunto podemos decir que, pese a lo amplio del concepto de enajenación mental, no todas las patologías psiquiátricas se encuentran comprendidas dentro de esta noción, de suerte que, para que estemos ante una situación como ésta, se requiere que exista algún nivel de profundidad. Así lo señala Alfredo Etcheberry, quien a propósito de la definición de loco o demente sostiene que “...no sólo caben (dentro del concepto antes mencionado) las enfermedades mentales propiamente tales, sino otras anormalidades de distinto origen, siempre que alcancen el necesario grado de profundidad”³⁵. Francisca

³³ VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, “Análisis Jurisprudencial de las eximentes incompletas de la Responsabilidad Penal”, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1999, Pág. 27.

³⁴ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 135.

³⁵ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 281.

Villamán va incluso más allá y establece una serie de requisitos que deben cumplirse para que tal situación se presente. A juicio de esta autora, sólo estaremos frente a una enajenación mental cuando concurren las siguientes circunstancias³⁶, a saber:

- La existencia de una perturbación generalizada, cuyos efectos alcancen a todas las funciones de la persona.
- Carencia de conciencia del sujeto sobre la patología que lo afecta.
- Inadaptación.
- Inutilidad.

Cualquiera sea la visión a la que podamos adherir, la doctrina con ayuda de la psiquiatría y psicología, se ha inclinado por considerar a ciertas patologías como enajenaciones mentales susceptibles de dar lugar a la exención de responsabilidad penal; toda vez que éstas privan totalmente de razón al sujeto que las padece. A continuación procederemos a referirnos brevemente a cada una de ellas.

3.2.1.2. Tipos de enajenación mental.

Dentro de las enfermedades que podemos considerar comprendidas dentro del concepto de enajenación mental destacan las oligofrenias, las psicosis y las neurosis.

³⁶ VILLAMÁN RODRÍGUEZ, MARÍA FRANCISCA, *“Análisis Jurisprudencial de las eximentes incompletas de la Responsabilidad Penal”*, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1999, Pág. 26.

a) Oligofrenias.

La oligofrenia ha sido definida por el Diccionario de la Lengua Española como *“deficiencia mental”*³⁷ y tal conceptualización, si bien resulta ser ilustrativa del fenómeno, no logra explicarlo plenamente; razón por la cual la doctrina ha buscado establecer su propio concepto sobre la materia. El penalista Sergio Politoff, plantea que esta enfermedad puede ser entendida como *“...la condición de sujetos que, desde la infancia, son portadores de una destrucción difusa de la corteza cerebral, sea ella genética o adquirida, que causa una disminución significativa de la capacidad operativa de la mente.”*³⁸ Por su parte, el Profesor Enrique Cury, señala que lo que caracteriza a este tipo de enfermedades mentales es *“...un insuficiente desarrollo de las facultades intelectuales, dentro de las cuales se contemplan varios grados, atendiendo a la mayor o menor gravedad del deterioro (idiotas, imbeciles y débiles mentales), hasta llegar a una zona de transición con la normalidad, ocupada por los simples retardos mentales”*³⁹. Así las cosas, la oligofrenia puede ser concebida como una enfermedad mental, de carácter gradual, causada por la destrucción difusa de la corteza cerebral, sea ella genética o adquirida, cuyo efecto en el organismo se manifiesta a través del insuficiente desarrollo de las facultades intelectuales o la disminución significativa de la capacidad operativa de la mente.

Como ya mencionamos anteriormente, la oligofrenia admite ser graduada, de manera más o menos certera, de acuerdo a su mayor o menor gravedad; tales niveles pueden ser:

³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la Lengua Española”*, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=oligofrenia (11.04.2011).

³⁸ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 300.

³⁹ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 39.

- Idiotas.

La idiotez es la forma más grave de oligofrenia y se presenta en las personas cuya capacidad intelectual no supera la de un niño de 3 años. Así lo expresa la psiquiatría y también la doctrina. Sergio Politoff, por ejemplo, sostiene que *“La forma más grave de insuficiencia mental es la idiocia, cuando el nivel de inteligencia lo incapacita para el aprendizaje del lenguaje, lo que corresponde a una edad mental no superior a la de un niño de tres años”*⁴⁰.

- Imbéciles.

Constituye un estado intermedio de la oligofrenia. Según Alfredo Etcheberry, aquí la persona que padece esta enfermedad posee un desarrollo mental equivalente al de un niño de entre 3 a 5 años. Sergio Politoff en tanto, plantea un rango de desarrollo intelectual distinto, para él *“Si la edad mental del oligofrénico (...) no supera la edad cronológica de un niño de seis a siete años, incapaz de expresar su pensamiento por medio de la escritura, se habla de imbecilidad”*⁴¹.

- Débiles de mente.

Este constituye el estado más leve de la oligofrenia y se caracteriza por que la persona que sufre este nivel de enfermedad mental posee un desarrollo intelectual que no corresponde al de su edad cronológica. Para Alfredo Etcheberry, incluso tal desarrollo no debe superar el de un niño de entre 6 y 13

⁴⁰ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General. 2003, Pág. 300.

⁴¹ *Ibíd.*

años, mientras que Mario Garrido Montt señala que el rango etario en este caso va entre los 8 y 11 años.

Cabe destacar -sin perjuicio que lo abordaremos más adelante- que tratándose de las oligofrenias, tanto la idiotez como la imbecilidad dan lugar a la eximente de responsabilidad penal; de suerte que el sujeto que padece alguno de estos niveles de enfermedad es inimputable. Por el contrario, aquellas personas que poseen una debilidad mental no quedan excluidas de la sanción penal, pero ésta puede ser atenuada en atención a lo dispuesto en el artículo 11, número 1 del Código Penal, es decir, tal situación es susceptible de ser entendida como una eximente incompleta.

b) Psicosis.

La psicosis ha sido comúnmente entendida como una *“Enfermedad mental caracterizada por delirios o alucinaciones, como la esquizofrenia o la paranoia”*⁴². Tal definición es bastante acertada, pero no considera todos los elementos propios de esta patología, razón por la cual la doctrina a planteado la necesidad de que dicho concepto sea entendido como *“...ciertas alteraciones profundas de la personalidad del sujeto (...) las cuales presumiblemente presentan bases orgánicas e importan un desajuste tan considerable de ella que el individuo se hace otro, se enajena”*⁴³. A lo anterior debe agregarse que *“por regla general, las psicosis se presentan como procesos evolutivos, que habitualmente se inician en el individuo mucho antes de hacerse perceptibles por los síntomas*

⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la Lengua Española”*, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=psicosis (11.04.2011).

⁴³ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 39.

exteriores...”⁴⁴. Gustavo Labatut, complementa esta noción al señalar que las psicosis “...provocan alteraciones profundas de las funciones síquicas, y que, en cuanto a su origen, pueden ser endógenas o exógenas”⁴⁵. En base a lo anterior, entonces es posible definir la psicosis como una alteración evolutiva y profunda de las funciones psíquicas del sujeto, cuyo origen puede ser endógeno o exógeno, y que se caracteriza por provocar una serie de desajustes en la personalidad del individuo, de tal manera que éste se enajena.

La psicosis puede ser clasificada de acuerdo a su origen en: psicosis exógena u orgánica y psicosis endógena. Tal diferenciación no resulta ser recordable, para ciertos autores, dado que impide un análisis completo del fenómeno, sin embargo, nosotros, atendido fines pedagógicos, procederemos a referirnos brevemente a cada una de ellas.

- Psicosis exógena u orgánica.

Este tipo de psicosis se caracteriza por tener un origen externo al sujeto, es decir, se produce por fuerzas, estímulos o situaciones que, no siendo parte de la psiquis del individuo, impulsan a ésta a desarrollar ciertas alteraciones de la personalidad. Sergio Politoff señala al respecto que “...son verdaderas enfermedades que se deben a alteraciones evolutivas del cerebro, ya sea a causa de inflamaciones (como la parálisis progresiva), a tumores cerebrales (como ciertas formas de epilepsia), a intoxicaciones agudas (como la confusión mental) o a perturbaciones crónicas degenerativas (como las demencias propiamente tales, frecuentes en personas ancianas (demencia senil)”⁴⁶.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 133.

⁴⁶ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 299.

Algunos ejemplos de psicosis exógena son: los estados demenciales, la parálisis progresiva, la epilepsia o los estados tóxico-infecciosos.

- Psicosis endógena.

La psicosis endógena es aquella cuyo origen se encuentra radicado en el interior del sujeto. En otras palabras, se trata de una enfermedad que se genera a partir de las experiencias psicológicas del individuo. Para Sergio Politoff, estas alteraciones “...nacerían desde adentro, tal vez de la entera personalidad del sujeto (aunque se sospeche un origen orgánico corporal, todavía no definitivamente establecido) y cuyas características lo hacen incapaz de comprender la realidad social a que pertenece y lo conducen a vivir su propio mundo imaginario”⁴⁷.

Algunas manifestaciones de este tipo de psicosis son: la paranoia, la esquizofrenia y la psicosis maníaco depresiva.

c) Neurosis.

El diccionario de la Lengua Española define la neurosis como la “*Enfermedad funcional del sistema nervioso caracterizada principalmente por inestabilidad emocional*”⁴⁸. La doctrina por su parte, ha propuesto diversas conceptualizaciones de esta enfermedad. El profesor Mario Garrido Montt, por ejemplo, sostiene que ésta “...consiste en situaciones de conflicto del sujeto consigo mismo o con el mundo circundante, que lo presionan emotivamente,

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=neurosis (11.04.2011).

provocando los estados de angustia cuyo origen no siempre logra determinar; frecuentemente llegan a causarle efectos orgánicos, como parálisis, ahogos u otros” ⁴⁹. Por su parte, Enrique Cury, plantea que dicha patología puede ser descrita como “...estados angustiosos y depresivos cuyo origen es desconocido para el paciente y que le provocan sufrimientos intensos, acompañados a veces por síntomas físicos bastante significativos (taquicardias, parálisis parciales sensación de asfixia, etc.)” ⁵⁰. Finalmente, Alfredo Etcheberry, expresa que las neurosis pueden ser entendidas como “...formas de reacción psíquicas anormales determinadas por conflictos internos o intensas presiones emotivas del exterior, que provocan sufrimiento en el individuo, pero no alteran su sentido de la realidad o su capacidad de razonamiento...”⁵¹.

En base a todo lo anterior es posible concluir que la neurosis es una enfermedad mental, cuyo origen se debe a un conflicto del sujeto consigo mismo o con el mundo circundante y que se caracteriza por manifestarse en el individuo a través de profundos cuadros de inestabilidad emocional, los que generalmente le produce gran sufrimiento; además de una serie de síntomas físicos, no alterando -en algunos casos- su sentido de la realidad o su capacidad de razonamiento.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento normativo de la neurosis, puede ocurrir que ésta sea considerada una eximente de responsabilidad penal o una atenuante de la misma. En el primer caso, la inestabilidad emocional que sufre el sujeto y los síntomas físicos asociados a ello son de tal envergadura que privan completamente de razón a quien la padece, situación que convierte a la

⁴⁹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 218.

⁵⁰ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 40.

⁵¹ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 281.

persona objeto de dicha perturbación en inimputable. En el segundo caso - la enfermedad en cuestión- si bien existe, no logra privar totalmente de razón al sujeto, de manera que éste sigue teniendo conciencia de lo que hace, pero se ve impedido de controlar plenamente su conducta; de ahí entonces, que sea posible considerar este hecho como constitutivo de una eximente incompleta.

3.2.1.3. El intervalo lúcido.

Clarificado –a nuestro entender- los casos en que estamos frente a una enajenación mental, se vuelve imprescindible determinar qué es lo que debe entenderse por “intervalo lúcido” y si tal situación puede existir realmente.

El intervalo lúcido ha sido definido por la doctrina como aquel período de tiempo en donde el sujeto que era inimputable, por encontrarse privado de razón, recobra –aparentemente- el sentido, pudiendo considerar sus actos válidos y conscientes para todos los efectos penales. Así lo señala el Profesor Alfredo Etcheberry, al afirmar que: *“Los intervalos lúcidos son períodos de remisión aparente del trastorno mental, en los que externamente el sujeto no da muestras de encontrarse loco y se comporta de manera razonable”*⁵². Esta noción en la actualidad se encuentra totalmente descartada por la psiquiatría y consecuentemente por el Derecho, toda vez que en las enfermedades mentales no es posible que se den tiempos discontinuos en los cuales el sujeto esté sano. Por ello, modernamente se entiende que estas patologías existen o no, pudiéndose presentar en distintos grados. Así lo sostiene don Sergio Politoff, al plantear que la idea de intervalo lúcido *“...se trata de una antigua noción, abandonada por la psiquiatría actualmente, la que (...) considera que, en tales casos, sólo han desaparecido temporalmente las manifestaciones*

⁵² *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 282.

*exteriores de la enfermedad, la cual permanece*⁵³. Lo mismo esboza Enrique Cury, al mencionar que *“hoy la ciencia niega la existencia de tales intervalos, pues afirma que la enfermedad mental (...) suele adoptar formas insidiosas, de suerte que lo que antaño se consideraba períodos de lucidez, no es más que una apariencia: aún en esos estados el trastorno permanece latente y emboscado”*⁵⁴. Finalmente en este punto, cabe mencionar que el profesor Gustavo Labatut refuerza esta idea al decir que: *“La moderna psiquiatría ha superado al viejo concepto de los intervalos lúcidos, pone en duda que importen un retorno a la normalidad y estima más bien que únicamente desaparecen las manifestaciones externas de la enfermedad”*⁵⁵.

3.2.1.4. La privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto.

Hecha la mención pertinente respecto del concepto de intervalo lúcido, nos compete analizar ahora, la segunda hipótesis prevista en el artículo 10 número 1 del Código Penal, a saber: la privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto.

La privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto puede ser entendida, en términos generales, como la carencia temporal de juicio que sufre un individuo; no habiendo éste dado lugar a su generación. Enrique Cury ha definido este concepto como *“...una incapacidad temporal para comprender lo injusto del actuar y autodeterminarse conforme a esa autocomprensión, debido a una causa exógena o endógena. Para que tal situación determine la*

⁵³ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 303.

⁵⁴ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 41.

⁵⁵ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 135.

*inimputabilidad del sujeto, es preciso además, que su origen sea independiente de la voluntad de aquel*⁵⁶. Por su parte, Carlos Monti, ha planteado que “...se obra con privación total de razón cuando el hecho cometido no es consciente y es ignorado por la personalidad psíquica superior, a pesar de su apariencia de voluntariedad y conciencia...”⁵⁷. Por último, Francisca Villamán expresa -a propósito del concepto en comento- que “...en ese sentido se encuentran incluidos todos aquellos que se vean privados de las facultades de comprender la ilicitud de su conducta y de determinar su actuación conforme a ello...”⁵⁸. Así entonces, para estar frente a una privación de razón en los términos de la segunda hipótesis del artículo 10 número 1 del Código Penal, se requiere:

a) Privación de razón.

Existe privación de razón cuando el sujeto pierde la capacidad de controlar su conducta de manera voluntaria, es decir, “*han de perderse las facultades intelectuales y volitivas, esto es la aptitud de conocer o comprender y la de obrar de acuerdo a tal comprensión*”⁵⁹.

b) Pérdida total del razonamiento.

Se produce la pérdida total del razonamiento cuando el sujeto es incapaz de entender el significado y las consecuencias de sus actos. Así lo plantea don Enrique Cury, quien sostiene al respecto que “*para que se declare la*

⁵⁶ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 47.

⁵⁷ MONTI MEDINA, Carlos Vicente, “*La Circunstancia Atenuante de Responsabilidad del Nº 1º del Artículo 11 del Código Penal, Eximentes Incompletas*”, Editorial Universitaria S.A. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1956, Pág. 23.

⁵⁸ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 27.

⁵⁹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 223.

inimputabilidad es preciso que la privación de razón sea total, lo cual sólo debe ser entendido en el sentido que, al momento de ejecutar el acto, el sujeto debe haber estado efectivamente incapacitado para comprender la significación jurídica del hecho y autodeterminarse consecuentemente”⁶⁰.

c) La privación de razón debe ser resultado de una causa ajena a la voluntad del sujeto.

Este requisito consiste en la necesidad de que la privación de razón se produzca por causas que no dependan de la voluntad y consecuente actuación del sujeto. En otras palabras, el individuo que se encuentra temporalmente carente de juicio, no debe haber contribuido a la generación de dicho estado. Don Mario Garrido Montt, dice en relación a ello que: *“la ausencia de razón debe tener como causa circunstancias ajenas a la voluntad del afectado y su origen puede ser doloso, culposo o fortuito”⁶¹*. Por su parte, Enrique Cury sostiene que *“...aquí se requiere que la voluntad del sujeto no haya intervenido en la creación de la situación de inimputabilidad...”⁶²*.

d) La pérdida del razonamiento debe ser temporal.

Finalmente en este aspecto, cabe indicar que la pérdida de razón debe ser temporal, es decir, no afectar de manera permanente la voluntad del sujeto. En este ítem temático, la doctrina ha planteado que *“a diferencia de lo que ocurre en las hipótesis de locura o demencia, la privación de razón no responde a un proceso duradero de alteración mental, sino que se produce en forma*

⁶⁰ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 49.

⁶¹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 223.

⁶² *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 49.

transitoria...⁶³. Es más, ciertos autores han afirmado que: “...en la hipótesis diferenciada de privación total de razón se alude a un estado temporal, ya que el sujeto no era, antes ni después de cometido el hecho, un enajenado y por ende, no tiene secuelas posteriores”⁶⁴.

Para finalizar este apartado diremos que algunos de los casos susceptibles de ser considerados como estados de privación temporal de la razón son: la embriaguez e intoxicaciones, el hipnotismo, el sueño, etcétera.

3.2.1.5. Tratamiento normativo de la locura o demencia incompleta.

En vista y considerando que ya hemos abordado de manera más o menos detallada cada una de las hipótesis del artículo 10 número 1 del Código Penal, nos compete ahora, analizar el tratamiento normativo que se da a estas circunstancias.

Primeramente podemos decir que tanto la “locura o demencia”, como también la “privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto” son circunstancias que admiten ser aplicadas como eximentes de responsabilidad penal o como atenuantes (eximentes incompletas), dependiendo de si concurren o no todos sus requisitos; en el primer caso el sujeto será inimputable, en tanto que en el segundo, su responsabilidad penal se verá disminuida por no tener pleno control de su conducta.

En cuanto a la aplicación de la “locura o demencia” y la “privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto” como eximentes incompletas,

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 307.

podemos decir que ello es totalmente posible dado el carácter gradual de las patologías comprendidas dentro de estas hipótesis, es mas, el hecho que existan distintos niveles de desarrollo en cada uno de estos casos da lugar a que, respecto de una misma situación, se puedan dar dos tratamientos normativos distintos.

La doctrina ha señalado que el fundamento de la aplicación antes mencionada se encuentra dado por la posibilidad de distinguir intelectualmente ciertos requisitos o niveles en cada una de las hipótesis, los cuales, al no concurrir totalmente, permiten atenuar la responsabilidad del actor. Esto ha sido sostenido por la mayoría de los autores; Francisca Villamán, plantea al efecto que: *“Esta circunstancia pertenece al grupo de eximentes que no están compuestas por diversos requisitos señalados en forma expresa y separada por el legislador, pero que sí admiten una distinción de requisitos en forma ideal o intelectual”*⁶⁵. Por su parte, Carlos Monti agrega: *“Es hoy una consecuencia perfectamente admitida que entre la salud completa de la mente y la perturbación mental absoluta existen diversas fases o grados que (...) creemos que no hacen enteramente irresponsable al actor, ni responsable por completo. Para ellos hacemos aplicables (...) los principios de la responsabilidad disminuida”*⁶⁶. En tanto, Enrique Cury manifiesta al respecto que *“...la doctrina dominante habla de una imputabilidad disminuida y apoyándose en el art. 11 N° 1 del Código Penal; concede una atenuante al autor, afirmando que sólo se daría en forma incompleta los requisitos establecidos en el art. 10 N° 1, inc. primero, para eximir de responsabilidad en el caso respectivo”*⁶⁷.

⁶⁵ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 26.

⁶⁶ *Op. Cit.* MONTI MEDINA, Carlos Vicente, 1956, Pág. 27.

⁶⁷ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo II, 1988-92, Pág. 49.

En términos específicos, podemos decir que, en las oligofrenias, únicamente cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 10 número 1 del Código Penal a los casos de idiotez e imbecilidad; respecto de la debilidad de mente, sólo es posible atenuar la responsabilidad dado la menor entidad del trastorno. Lo anterior, ha sido sostenido por la mayoría de la doctrina, así lo plantea, por ejemplo, Sergio Politoff al señalar que: *“Los casos de debilidad mental (...) son generalmente considerados como no excluyentes de la imputabilidad. La tendencia predominante reconoce en estas últimas situaciones solamente una hipótesis de imputabilidad disminuida, la que da lugar a una eximente incompleta”*⁶⁸. Mario Garrido Montt, por su parte, refuerza dicha idea al expresar que *“...sólo los grados de imbecilidad e idiotez (...) constituyen causales de incapacidad penal plena (inimputabilidad); no así tratándose del débil mental, cuyo desarrollo psíquico es de un menor de entre ocho y once años, que disminuye la imputabilidad, pero no la elimina (art. 10 N° 1 en relación con el art. 11 N° 1 del código Penal) y configura una eximente incompleta...”*⁶⁹.

Tratándose de las psicosis, es preciso mencionar que, para su configuración como eximentes de responsabilidad penal, se requiere necesariamente que alcancen cierto nivel de desarrollo, de lo que se deduce que no cualquier trastorno mental puede dar lugar a tal situación, sino sólo aquellos que logran cumplir un determinado umbral. Así entonces, en los casos en que dicha intensidad no se presenta, se entenderá que existe una atenuación de la responsabilidad, toda vez que el actor ha visto mermadas sus facultades. Mario Garrido Montt plantea a propósito de este asunto que: *“Estas enfermedades, como son de naturaleza progresiva o evolutiva, para que el que las sufre se*

⁶⁸ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 300.

⁶⁹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 218.

considere inimputable deben haber alcanzado cierto grado de desarrollo; de no ser así, sólo atenúan la imputabilidad”⁷⁰.

Respecto de las neurosis podemos decir que, si bien pueden dar lugar a una eximente de responsabilidad penal, en la mayoría de los casos estas patologías no privan totalmente de razón a quien las padece, de modo que sólo atenuarán la pena impuesta al actor. Así lo plantea Sergio Politoff, quien señala que *“La neurosis no priva al sujeto (...) de claridad acerca de sus intenciones y de su propia personalidad, así como del hecho de padecer de anomalías psíquicas que lo hacen reaccionar de manera también anormal (...) En estos casos, entre nosotros, se afirma la existencia de una disminución de la culpabilidad, generalmente sobre la base de una imputabilidad disminuida y respecto de los cuales nuestra jurisprudencia, a la luz de los textos legales eventualmente aplicables, suele optar por la referida circunstancia atenuante prevista para las eximentes incompletas...”*⁷¹.

Por último, la privación de razón por causas independientes a la voluntad del sujeto también puede dar lugar a una eximente de responsabilidad penal o bien constituir una atenuante de la misma. En el primer caso se requiere contar con todos los elementos previamente estudiados, especialmente aquellos que se refieren a la pérdida total de juicio y a la involuntariedad de ello. En el segundo, en tanto, la hipótesis en comento deberá carecer de uno o más de sus requisitos, de modo que se presentará una perturbación en las facultades del sujeto, pero ésta no será lo suficientemente intensa como para impedir que el actor tenga conciencia de su conducta.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 301.

De manera específica podemos decir que, cuando la privación de razón es incompleta o ésta no se debe a un acto involuntario del sujeto, nos encontramos ante dos hipótesis en las cuales es aplicable el artículo 11, número 1 del Código Penal. Mario Garrido Montt, ha señalado respecto de este asunto que: *“La pérdida del poder razonador debe ser total; si sólo es parcial, se daría un estado de imputabilidad disminuida (arts. 11 N° 1° y 73)”*⁷². Lo mismo ha sido planteado por Serio Politoff, quien a dicho -al referirse a la pérdida de juicio por parte del sujeto activo de un delito- que: *“Ha de tratarse de una privación de razón total, de manera que la privación sólo parcial, que no da lugar a la inimputabilidad, puede únicamente ser invocada como eventual causa de atenuación de la responsabilidad criminal (generalmente como eximente incompleta)”*⁷³. Finalmente, Carlos Monti sostiene -tratándose de la privación de razón no atribuible totalmente al actor- que: *“...cuando la pérdida de la razón reconoce, como causa un hecho atribuible sólo de manera incompleta a la voluntad del agente, se ha estimado que procede aplicar la atenuante del N° 1 del Art. 11...”*⁷⁴.

3.2.2. Legítima defensa incompleta.

La legítima defensa se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 10 del Código Penal. Tales normas establece las tres hipótesis en las cuales nos encontramos frente a dicha eximente, estas son:

⁷² *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 223.

⁷³ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 307.

⁷⁴ *Op. Cit.* MONTI MEDINA, Carlos Vicente, 1956, Pág. 29.

- Legítima defensa propia (Art. 10 N° 4 C.P.).
- Legítima defensa de parientes (Art. 10 N° 5 C.P.).
- Legítima defensa de extraños (Art. 10 N° 6 C.P.).

3.2.2.1. Concepto de “legítima defensa”.

La ley no define lo que se entiende por legítima defensa, sino tan sólo se limita a establecer cuáles son sus hipótesis y los requisitos para su procedencia. Esto ha llevado a la doctrina a proponer una serie de definiciones que explicarían dicho concepto. Sebastián Soler, por ejemplo, señala que la legítima defensa *“...es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”*⁷⁵. Luis Jiménez de Asúa, por su parte sostiene que se trata de: *“...la repulsa de la agresión ilegítima, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”*⁷⁶ y Enrique Cury, plantea que actúa en legítima defensa *“...quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de un tercero”*⁷⁷.

⁷⁵ SOLER, SEBASTIÁN, *“Esquema de Derecho Penal”*, Ed. Depalmam. Buenos Aires, 1944, En: ETCHEBERRY, ALFREDO, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997, Pág. 249.

⁷⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *“Tratado de Derecho Penal”*, Buenos Aires, 1962-1971, Tomo IV, Pág. 26, EN: POLITOFF L. SERGIO, MATUS A. JEAN PIERRE, RAMÍREZ G. MARÍA CECILIA, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 2003, Pág. 215.

⁷⁷ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 1988-92, Pág. 323.

Así las cosas, la legítima defensa puede ser concebida como aquella reacción típica, racional y no sancionada penalmente, por medio de la cual un individuo se defiende de una agresión ilegítima dirigida en contra de su persona o derechos o bien contra los de un tercero y cuyo origen no se debe a su provocación.

3.2.2.3. Requisitos de la legítima defensa.

En virtud de lo anterior es posible sostener que los requisitos que hacen procedente la legítima defensa son:

a) La agresión ilegítima.

La agresión ilegítima es el requisito fundamental de la legítima defensa, de manera que si este elemento no se presenta en el caso concreto, resulta imposible considerar la aplicación de esta norma, sea como eximente o atenuante.

En cuanto al objeto de la agresión ilegítima, podemos decir que se trata de un tema no resuelto por la doctrina, toda vez que hay autores que consideran que se refiere sólo a la persona de un individuo, en tanto que otros estiman que es posible afectar también a otros bienes jurídicos, como los derechos.

Ahora bien, para entender de modo más preciso que es la agresión ilegítima es necesario, conocer cada uno de los conceptos que componen esta situación, a saber: la agresión y la ilegitimidad.

- La agresión.

El Diccionario de la Lengua Española señala que agresión es: “*el acto de acometer, a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño*”⁷⁸.

Por su parte, la doctrina ha estimado que este concepto puede ser entendido como “...*cualquiera actividad humana que pone en peligro a una persona o a un bien jurídico defendible*”⁷⁹. Asimismo, ha sido definida la agresión como “...*una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido*”⁸⁰.

Así las cosas, las características principales de la agresión son⁸¹:

- Debe tratarse de una actividad humana, es decir, tiene que consistir en una acción en la cual incurre un ser humano, de modo que quedan excluidos los animales u objetos (se trataría en tal caso de un estado de necesidad).
- Debe lesionar o poner en peligro un interés jurídico protegido.
- Deber ser real. Con ello se hace referencia a que necesariamente tiene que existir, aquí no se considera la apariencia de agresión.

⁷⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la Lengua Española*”, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=agresiopn (11.04.2011).

⁷⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, “*Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa*”, Barcelona, 1978, Pág. 140, En: GARRIDO MONTT, MARIO, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, 2001, Pág. 130.

⁸⁰ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 215.

⁸¹ Ver VILLAMÁN RODRÍGUEZ, MARÍA FRANCISCA, “*Análisis Jurisprudencial de las eximentes incompletas de la Responsabilidad Penal*”, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1999, Pág. 116 y siguientes, además de ETCHEBERRY, ALFREDO, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997, Pág. 253.

- Debe ser actual o inminente, es decir, la agresión se presenta como una situación ineludible, dado que ya se ha producido, sin ser aún plenamente consumada o se encuentra a punto de iniciarse.
- No requiere que sea necesariamente grave.
- No es necesario que sea inevitable.
- No es necesario que sea imprevisto el peligro.
- Ilegitimidad de la agresión.

No basta, para que exista la legítima defensa, que se presente solamente la agresión; también se requiere que ésta sea ilegítima, de ahí entonces que sea necesario precisar este concepto.

El Diccionario de la Lengua Española define aquello que es legítimo como lo “...*que es conforme a las leyes*”⁸². Al contrario entonces, ilegítimo es aquello que contraviene tales normas. Así, la agresión ilegítima resulta ser aquella que no se encuentra prevista en el Derecho.

Ahora, si bien la definición anterior nos da algunas luces sobre qué es lo que debe entenderse por agresión ilegítima, tal explicación no deja de ser incompleta, toda vez que esta situación contempla además otros elementos. Al respecto, la doctrina ha señalado que agresión ilegítima es aquella “...*agresión*

⁸² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la Lengua Española*”, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ilegitima (11.04.2011).

*ilícita, contraria al derecho en general, aunque no necesariamente constitutiva de delito (típica) ni mucho menos, culpable*⁸³. A ello se agrega que “...el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportarla”⁸⁴.

De este modo, la ilegitimidad de una agresión se encuentra determinada por no encontrarse esta prevista en el ordenamiento jurídico como una conducta válida. Ello se debe a que tal comportamiento es imposible de ser exigido al agredido, ya que su aceptación significaría un daño para él.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye otro de los requisitos de la legítima defensa y se encuentra contemplado en la segunda circunstancia del numeral cuarto, del artículo 10 del Código Penal.

La doctrina ha estimado que la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión constituye un límite a la legítima defensa, toda vez que restringe su aplicación sólo a aquellos casos en que una relación de necesidad entre la agresión y la defensa. Así lo señala Sergio Politoff, quien plantea al respecto que la racionalidad del medio empleado “...*determina el límite de la autorización concedida para defenderse: no en todo caso, no de cualquier manera, no con cualquier medio, sino cuando y con los medios que sean racionalmente necesarios para impedir o repeler esa agresión concreta y determinada que se sufre*”⁸⁵.

⁸³ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 216.

⁸⁴ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 253.

⁸⁵ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 219.

Ahora bien, ¿Qué es lo que debe entenderse por necesidad racional del medio empleado?

Para responder dicha pregunta es menester determinar cuando estamos frente a un medio necesario y en qué circunstancias éste es racional. Respecto del primer punto podemos decir que, existe un medio necesario cuando éste es imprescindible para repeler o impedir la agresión. Tal idea la refuerza don Mario Garrido Montt, quien sostiene que: *“de lo que se trata es que exista una necesidad de defenderse, ello es esencial en la legítima defensa; ésta lo será mientras es el medio imprescindible para repeler la agresión y en cuanto se limita a ese objetivo”*⁸⁶. Así también, lo plantea Francisca Villamán quien expresa que *“la necesidad racional del medio empleado no se entiende en relación a la proporcionalidad misma, sino respecto de la imprescindibilidad del medio respecto del valor del bien jurídico protegido”*⁸⁷. Del mismo modo Luís Jiménez de Asúa expresa que: *“...la necesidad del medio debe entenderse, no en referencia a la proporción sino a la imprescindibilidad del medio en referencia, a la cuantía del bien jurídico que se tutela”*⁸⁸. Respecto de esto último, Carlos Creus ha planteado que *“Aunque en principio cualquier bien jurídico es defendible en esa forma (...) se menciona la vigencia de un criterio de “equidistancia” entre el bien atacado por la repulsa y el que se procura salvar*

⁸⁶ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 133.

⁸⁷ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 118.

⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *“Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”*, Editorial Sudamericana S.A, Abeledo-perrot S.A.E.e.I., Buenos Aires, Argentina, 1997, Pág. 375, En: MONTI MEDINA, CARLOS VICENTE, *“La Circunstancia Atenuante de Responsabilidad del N° 1º del Artículo 11 del Código Penal, Eximentes Incompletas”*, Editorial Universitaria S.A. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1956, Pág. 39.

*(defender) con ella, invocándolo como comprendido en el concepto dogmático de racionalidad del medio*⁸⁹.

En lo referente a la racionalidad del medio podemos señalar que ésta consiste en la adecuación de la acción empleada para repeler o impedir la agresión ilegítima al menor resultado lesivo. Esto último, también ha sido sostenido por la doctrina al señalarse: *"...El legislador no se satisface con que exista necesidad de defenderse, además exige que el medio empleado para repeler la agresión haya sido el racionalmente necesario, lo que importa que entre los adecuados al efecto, sea el menos lesivo de los que están al alcance de quien se defiende, debiendo considerar para ello tanto las circunstancias personales como las del hecho mismo"*⁹⁰.

En virtud de lo anterior, entonces es posible sostener que, para encontrarse frente al segundo requisito de la legítima defensa, se necesita que el sujeto agredido ilegítimamente emplee en su defensa un medio imprescindible y adecuado al menor resultado lesivo.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende de una agresión ilegítima.

Este es el tercer requisito de la legítima defensa y consiste en la falta de provocación por parte de quien se defiende de la agresión, es decir, el sujeto que repele o impide el ataque, no debe haber promovido en el agresor tal conducta. Así lo señala Carlos Monti, quien sostiene al respecto: *"el requisito expresado quiere decir que quien se encuentra en situación de defenderse no*

⁸⁹ CREUS, Carlos, *"Derecho Penal, Parte General"*, Editorial ASTREA, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 326.

⁹⁰ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 133.

*haya dado lugar a la agresión provocando, excitando o estimulando al agresor*⁹¹.

La doctrina ha definido la provocación como el acto de “...estimular a otro de palabra o de obra, al extremo que lo incline a adoptar una posición agresiva”⁹². Asimismo, se ha planteado la posibilidad de entender este concepto como “...ejecutar una acción de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir al que la realiza”⁹³. De lo anterior es posible deducir que, para estar frente a la legítima defensa, se necesita que la persona que se defiende no haya provocado en el agresor el ánimo de atacarlo.

Ahora bien, para que se dé la legítima defensa, no basta con la falta de tal provocación, sino que ella debe ser “suficiente”, es decir, “...adecuada, bastante y proporcional a la agresión...”⁹⁴. De este modo, “...la provocación ha de ser a lo menos próxima e inmediata y de una relativa gravedad...”⁹⁵. Así las cosas, sólo existirá provocación suficiente cuando el estímulo desplegado por quien se defiende, en contra de la persona que lo ataca, promueva la acción de esta última, situación que sólo se producirá cuando el estímulo ejercido por el agredido en contra del agresor sea próximo, inmediato y de relativa gravedad. Tal apreciación, quedará entregada a los tribunales, quienes deberán determinar cuándo nos encontramos frente a dichas circunstancias. Coincidente con aquello don J. Raimundo Del Río, expresa: “...la suficiencia en la

⁹¹ *Op. Cit.* MONTI MEDINA, Carlos Vicente, 1956, Pág. 40.

⁹² *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 1988-92, Pág. 324.

⁹³ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 257.

⁹⁴ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 119.

⁹⁵ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 222.

*provocación es cuestión que, por su índole, ha de quedar entregada a la conciencia humana y al arbitrio de los tribunales*⁹⁶.

3.2.2.3. Tipos de legítima defensa.

En vista que ya hemos descrito cuales son los requisitos de la legítima defensa, procederemos a referirnos, de manera muy acotada, a los tipos de legítima defensa que existen en nuestro sistema jurídico.

En Chile, la legítima defensa se encuentra consagrada en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 10 del Código Penal. En tales disposiciones se establecen cuatro maneras en las que esta puede concretarse, a saber:

a) Legítima defensa propia.

Esta hipótesis está contenida en el artículo 10 N° 4 del Código Penal y en ella se establece la posibilidad que tiene todo individuo de defenderse legítimamente de una agresión proferida en contra de su persona o derechos.

A este caso se le hacen aplicables todos los requisitos previamente analizados, de suerte que no reiteraremos lo ya señalado y lo damos por expuesto.

b) Legítima defensa del cónyuge o parientes.

Esta situación se encuentra contemplada en el numeral 5 del artículo 10 del Código Penal. Tal norma prescribe que: *“Están exentos de responsabilidad*

⁹⁶ DEL RÍO, J. RAIMUNDO, *“Derecho Penal”*, Tomo II, Pág. 170, En: MONTI MEDINA, CARLOS VICENTE, *“La Circunstancia Atenuante de Responsabilidad del N° 1º del Artículo 11 del Código*

penal (...) El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurran la primera y segunda que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.” De la anterior disposición se desprende que, para estar frente a la legítima defensa de parientes, se requiere que exista una agresión ilegítima, que se haya empleado un medio racional para repelerla o impedirle y que el defensor no haya provocado el ataque. De este modo, pudiera darse el caso en que el pariente al cual se está defendiendo haya incurrido en una provocación y aún así exista la legítima defensa. Tal idea, es sustentada entre otros por don Mario Garrido Montt, al plantear: *“No se exige que la persona a quien se defiende no haya provocado suficientemente al agresor; de modo que puede protegerse al pariente de un ataque que éste ha provocado, siempre que el defensor no haya participado en tal provocación, lo que no obsta a que tenga conocimiento de ella”*⁹⁷.

Respecto de la legítima defensa de los parientes y cónyuge es preciso señalar que los sujetos contemplados en tal disposición son, como resulta obvio, el o la cónyuge y los parientes consanguíneos y afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive. Aquí, pese a que el Código Penal lo señala, debe entenderse excluida la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos y la mención a los hijos naturales, toda vez que dicha diferenciación fue eliminada luego de la dictación de la ley 19.585 (“Ley de Filiación”).

Penal, Eximentes Incompletas”, Editorial Universitaria S.A. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1956, Pág. 41.

⁹⁷ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 135.

c) Legítima defensa de extraños.

La legítima defensa de extraños se encuentra establecida en el artículo 10, número 6, inciso primero del Código Penal. Tal disposición establece que *“Están exentos de responsabilidad penal (...) El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.”* De la mencionada norma es posible colegir que, para encontrarnos frente a la legítima defensa de extraños se necesita que exista una agresión ilegítima, que ésta sea repelida o impedida a través del uso de un medio racional, que no haya el defensor provocado al agresor para que éste atacare a la persona, y que no exista, por parte del defensor, una motivación ilegítima para actuar.

d) Legítima defensa privilegiada.

La legítima defensa privilegiada consiste en una presunción simplemente legal, establecida en favor de la persona que se defiende, en virtud de la cual se entiende que existen los requisitos de la legítima defensa en el evento de presentarse algunos delitos en particular. El artículo 10, número 6, inciso segundo del Código Penal; establece esta hipótesis al señalar : *“Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código.”* De lo anterior se desprende que los delitos contemplados en esta forma de legítima defensa son la privación de

libertad ilegítima (Art. 141 C.P.), la sustracción de menores (Art. 142 C.P.), la violación propia (Art. 361 C.P.), la violación impropia (Art. 362 C.P.), los abusos sexuales agravados (Art. 365 Bis C.P.), el parricidio y femicidio (Art. 390 C.P.), el homicidio simple y calificado (Art. 391 C.P.), los robos con violencia o intimidación en las personas de carácter agravado (Art. 433 C.P.) y el robo simple con violencia con intimidación y el robo por sorpresa (Art. 436 C.P.).

Mención especial merece la alusión hecha al escalamiento, aquí tal conducta necesariamente tiene que producirse en los términos establecido en el artículo 440 N° 1 del Código Penal y sólo debe afectar a los lugares expresamente señalados en la norma, es decir, sólo es posible ejercer la legítima defensa privilegiada cuando el escalamiento se produce en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o si es de noche, en un local comercial o industrial. A lo anterior se suma que, tratándose del escalamiento en una casa, edificio u oficina, se requiere que el lugar este habitado, de manera que no se configurará esta circunstancia si tal situación no concurre. Por el contrario, si nos encontramos frente al escalamiento que se produce de noche en un local o industrial, no es necesario que en éstos se encuentren habitando personas.

3.2.2.4. Casos en los que existe una legítima defensa incompleta.

Habiendo determinado cuales son los requisitos que hacen procedente la legítima defensa y en qué casos éstos concurren, además de los tipos de legítima defensa que existen en nuestro ordenamiento jurídico, es menester abocarnos -de manera muy sucinta- a determinar cuándo esta situación puede ser considerada una eximente incompleta.

Como hemos señalado anteriormente, para que estemos frente a una eximente incompleta se requiere que, respecto de algunas de las eximentes de responsabilidad penal, no concurren todos sus requisitos. De este modo, sólo podrá aplicarse la legítima defensa incompleta, cuando la racionalidad del medio empleado o la falta de provocación por parte del defensor no se presenten. Así lo señala Mario Garrido Montt, quien plantea al respecto que *“En cuanto a la intensidad puede suceder que el que se defiende emplee un medio que no es racionalmente necesario para repeler la agresión. Puede obrar así conscientemente, lo que hará aplicable el art. 11 N° 1 según las circunstancias...”*⁹⁸. El mismo autor agrega luego que *“A la legítima defensa incompleta le son aplicables los principios que se indicaron en el párrafo 23 (causales de justificación incompletas y el exceso en la justificante), y se da cuando —al contrario del caso del exceso— falta alguno de los requisitos establecidos para su existencia. Así sucede cuando ha mediado provocación suficiente de parte de aquel que se defiende”*⁹⁹.

A lo anterior deben sumarse los requisitos especiales establecidos en cada uno de los casos de legítima defensa. En tales casos por ejemplo, si hablamos de la legítima defensa de extraños, bien puede no concurrir la falta de motivación ilegítima del defensor. En esa situación, se entenderá que dichas circunstancias no eximen de responsabilidad penal, pero sí atenúan la misma.

Vale destacar que, tratándose de la legítima defensa, debe concurrir necesariamente la agresión ilegítima, toda vez que este elemento constituye el requisito básico de esta circunstancia. Así las cosas, si tal situación no se

⁹⁸ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 138.

⁹⁹ *Ibíd.*

presenta, aún cuando concurren todas las demás, es imposible configurar esta causal, ya sea como eximente o atenuante.

3.2.3. Estado de necesidad incompleto.

El estado de necesidad se encuentra consagrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico en los numerales 7 y 11 del artículo 10 del Código Penal. Dichas normas establecen dos hipótesis normativas; la primera de ellas dice relación con el daño causado a la propiedad ajena. En tanto que la segunda, se refiere a la exculpación de aquel que afecta un bien jurídico distinto de la propiedad como consecuencia de su actuar.

3.2.3.1. Concepto de estado de necesidad.

El estado de necesidad constituye una eximente de responsabilidad penal no definida por la ley y ello ha impulsado a la doctrina a proponer diversas formas de entender el mencionado concepto. Don Mario Garrido Montt, considera que se trata de: *“...un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos”*¹⁰⁰, por su parte, Alfredo Etcheberry, ha planteado, siguiendo a Sebastián Soler, que el estado de necesidad constituye una *“...situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”*¹⁰¹. Finalmente, en el ámbito internacional, F. Von Liszt, ha sostenido que *“El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la*

¹⁰⁰ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 139.

¹⁰¹ SOLER, SEBASTIÁN, *“Esquema de Derecho Penal”*, Ed. Depalmam. Buenos Aires, 1944, En: ETCHEBERRY, ALFREDO, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997, Pág. 261.

*violación de los intereses de otro...*¹⁰². En tanto que, Ricardo Núñez considera a éste como *“...la situación en que se encuentra el que causare un mal a un bien ajeno, por evitar otro mayor inminente a un bien propio o ajeno, al que ha sido extraño. Su fundamento justificador reside en la preponderancia del bien jurídicamente más valioso que representa el mal menor”*¹⁰³.

A modo conclusivo en este punto, podemos sostener que el estado de necesidad puede ser entendido, de manera genérica, como una situación de peligro actual para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la vulneración de otro bien jurídico ajeno.

3.2.3.2. Tipos de estado de necesidad y sus requisitos.

Como se deduce de la definición antes propuesta, en el estado de necesidad pueden verse afectados todo tipo de bienes jurídicos. Estos son susceptibles de ser considerados como más o menos valiosos, dependiendo de su comparación con aquel bien que se pretende proteger. Así, habrán casos en los cuales el bien ajeno que resulta sacrificado será de menor valor que aquel salvado, situación en la cual nos encontraremos frente al estado de necesidad justificante. Por el contrario, si el bien jurídico vulnerado, resulta ser de igual o mayor valor que aquel que se pretende salvar, estaremos ante el estado de necesidad exculpante. Así lo señala Mario Garrido Montt, quien expresa, *“se distinguen dos especies de estado de necesidad: el justificante y el exculpante. El justificante —llamado también objetivo—, según el concepto generalmente aceptado, se da cuando el conflicto se plantea entre bienes jurídicos de diverso*

¹⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *“Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”*, Editorial Sudamericana S.A, Abeledo-perrot S.A.E.e.I., Buenos Aires, Argentina, 1997, Pág. 302.

¹⁰³ NÚÑEZ, Ricardo, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, Editora Córdoba, Marcos Lerner, Cuarta Edición Actualizada, Córdoba, Argentina, 1999, Pág. 161.

*valor (el médico que viola la morada ajena para atender a la embarazada), y el exculpante —que incide en la no exigibilidad de otra conducta— se plantearía en la colisión de bienes de igual valor, como sacrificar una vida para salvar otra.*¹⁰⁴ A continuación analizaremos, brevemente, cada uno de ellos.

a) Estado de necesidad justificante.

El estado de necesidad justificante puede ser entendido -en términos generales- como aquella situación en la cual existe un peligro actual para un bien jurídico, el que sólo puede ser salvado mediante la vulneración de otro bien jurídico ajeno de menor valor. Así lo señala, por ejemplo, Sergio Politoff, quien plantea que *“la idea del estado de necesidad justificante supone la existencia de un mal o peligro inminente para un bien jurídico que no puede evitarse de otra forma como no sea dañando un bien de menor valor.”*¹⁰⁵ Lo mismo sostiene Enrique Cury, al decir que: *“...obra en estado de necesidad justificante quien ataca el bien jurídico de un tercero, con el objeto de evitar la lesión de uno más valioso, perteneciente a sí mismo o a otro”*¹⁰⁶. Mario Garrido Montt, precisa lo anterior, al sostener que el estado de necesidad consiste en *“...la ejecución por una persona de una acción típica para evitar un mal en ella misma, en sus derechos o en los de un tercero, provocando un mal de menor entidad en el patrimonio ajeno.”* Por último, Enrique Bacigalupo, sobre esta situación expresa que *“Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es, según este punto de vista, la*

¹⁰⁴ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 139.

¹⁰⁵ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 228.

¹⁰⁶ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 1988-92, Pág. 370.

necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado.”¹⁰⁷

En nuestro ordenamiento jurídico el estado de necesidad justificante se encuentra establecido en el Art. 10 N° 7 del Código Penal; tal norma señala que *“Están exentos de responsabilidad criminal (...) 7°: El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.”

De la norma antes transcrita se deduce que, para estar frente al estado de necesidad justificante, se necesita de la concurrencia de una serie de requisitos, tales como la existencia de un bien jurídico particular o que el daño que se busca evitar sea mayor que aquel causado.

Tratándose de nuestro sistema, y en especial del estado de necesidad justificante, el bien ajeno sacrificado para contrarrestar el mal no puede ser otro más que la propiedad, ello constituye una limitación a dicha circunstancia y su determinación emana del texto mismo de la ley, la cual expresa -como vimos en el artículo antes mencionado- que el daño que se produce al interés ajeno debe recaer sobre tal clase de bienes. Respecto de lo anterior, Sergio Politoff ha dicho que *“...según nuestro Código Penal, los bienes que pueden ser sacrificados en amparo de un bien de mayor valor son únicamente la propiedad*

¹⁰⁷ BACIGALUPO Z. Enrique, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996, Pág. 128.

(art. 10 N° 7) y la inviolabilidad de la morada (art. 145)¹⁰⁸. Así también, lo ha manifestado Carlo Monti, al sostener que *“la aplicación del principio de estado de necesidad, en nuestro derecho, está limitada sólo a los daños causados a la propiedad ajena, a los bienes patrimoniales...”*¹⁰⁹

Ahora bien, en términos específicos podemos decir que, doctrinalmente, los requisitos que hacen procedente el estado necesidad justificante son:

- La existencia de una situación de necesidad.

Respecto de este asunto Enrique Cury ha señalado que se trata de *“...la existencia de una situación en la que la salvación de un bien jurídico no es posible sino mediante la realización de una acción típica que sacrifica otro menos valioso. Dicha situación puede haber sido creada por el acaso (...), por la acción de un tercero distinto de aquel en contra del cual se dirigirá la reacción salvadora o incluso, por un acto fortuito, culposo o aún, doloso, del necesitado”*¹¹⁰. Gustavo Labatut, por su parte, complementa dicha explicación al manifestar que *“el primer requisito exige que el mal que se trata de evitar sea real, esto es, que esté produciéndose o haya empezado a producirse; o que exista un peligro inminente de que se produzca, es decir, que sea una contingencia cierta, según los dictados de la sana lógica.”*¹¹¹ Mario Garrido Montt, en tanto sostiene -a propósito de este mismo asunto- que: *“Es útil precisar que el peligro que se trata de impedir puede o no tener origen en un*

¹⁰⁸ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 228.

¹⁰⁹ *Op. Cit.* MONTI MEDINA, Carlos Vicente, 1956, Pág. 47.

¹¹⁰ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 1988-92, Pág. 371.

¹¹¹ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 105.

*acto ilícito. Esto marca una de las diferencias que presenta con la legítima defensa, donde la agresión que se repele debe ser siempre ilegítima*¹¹². Por otro lado, Alfredo Etcheberry, destaca, a propósito del mal existente en el estado de necesidad, que “... no debe tratarse de un peligro provocado por el sujeto necesitado (...) se fundamenta esta exigencia en la consideración de que el que provocó el peligro no tiene derecho a considerarse en estado de necesidad: No se ha visto forzado a sacrificar el bien ajeno, sino que el mismo ha buscado esta situación”¹¹³ Tal afirmación es precisada por Sergio Politoff y Francisca Villamán; el primero de ellos sostiene que “distinto es si el autor produjo intencionalmente el peligro contando con la lesión del bien jurídico para superarlo, lo que siendo un supuesto de abuso del derecho, impediría la admisión de la justificante”¹¹⁴. La segunda, en tanto, dice que: “este mal que amenaza no es necesario que revista el carácter de delito, pero sí debe ser digno de reproche social. Así, debe ser algo que toda la sociedad desearía evitar”¹¹⁵.

En base a todo lo anterior, es posible concluir que, para estar frente a una situación de necesidad, es necesario que:

- La salvación del bien jurídico afectado por el mal, sólo pueda ser llevada a cabo por medio de la realización de una acción típica que vulnere un bien jurídico ajeno de menos valor.

¹¹² *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 141.

¹¹³ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 266.

¹¹⁴ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 229.

¹¹⁵ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 144.

– En cuanto al mal, éste debe estarse produciendo, haberse comenzado a producir o ser inminente su concreción. Asimismo, no se requiere que sea un acto ilícito, pero sí que revista una connotación negativa que la sociedad no está dispuesta a soportar.

– Por último, el mal no debe haber sido causado por el sujeto necesitado previendo la vulneración del bien jurídico como medio de salvación. El origen del peligro debe ser resultado de la ocurrencia de un evento natural, caso fortuito o la acción de un tercero distinto de aquel en contra del cual se dirigirá la reacción salvadora.

Cabe destacar aquí, que el bien sacrificado para evitar el mal debe ser necesariamente un “bien jurídico”, es decir, un interés concreto tutelado por el derecho. Ahora, eso no es todo, de acuerdo a nuestra legislación los únicos bienes jurídicos que pueden ser objeto de sacrificios son aquellos de carácter patrimonial, de suerte que si se lesionan otro tipo de bienes ya no estaremos frente al estado de necesidad justificante.

Por último, mención especial merece la afirmación hecha por parte de la doctrina en torno a que el daño causado al bien jurídico, como consecuencia de la salvación del mal, debe ser grave. Tal idea ha sido desestimada por la gran mayoría de los autores nacionales, ya que la ley no establece como un requisito explícito tal situación. Ello se ve reflejado en lo expuesto por el Profesor Alfredo Etcheberry, quien plantea al respecto que: *“la doctrina suele agregar el requisito de la gravedad del mal, punto al cual no se refiere nuestra ley. Puede invocarse la justificante para evitar males leves, siempre que los daños que se causen sean todavía más leves que los evitados”*¹¹⁶.

¹¹⁶ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 266.

- El bien jurídico sacrificado debe tener un menor valor que aquel que se pretende salvar.

Este segundo requisito supone, necesariamente, que para que estemos frente al estado de necesidad justificante es preciso que el bien jurídico amenazado sea de mayor valor que aquel que resulta lesionado como consecuencia del actuar del sujeto necesitado. Ello supone efectuar una comparación en torno a cual es el valor de uno u otro bien jurídico, cuestión que para gran parte de la doctrina deber ser hecha conforme a criterios objetivos y considerando la situación concreta del individuo objeto de la necesidad. Así lo señala Enrique Cury, quien plantea: *“...la valoración a la que aquí se alude es de carácter jurídico, objetivo y relativo. Las valoraciones éticas, religiosas, afectivas o de cualquier otra índole semejante no pueden ser consideradas. La posición subjetiva especial del agente también ha de excluirse...”*¹¹⁷. A ello el mencionado autor agrega que: *“...deben tenerse en consideración las relaciones objetivas de carácter especial que, en el caso concreto, pueden determinar alteraciones en los valores”*¹¹⁸. Por su parte, Mario Garrido Montt, expresa, a propósito de esta misma materia, que *“Esta ponderación no puede tener un carácter meramente matemático, debe fundamentarse en apreciaciones que respondan a valores reconocidos por el ordenamiento jurídico globalmente considerado (...) esta valoración requiere la consideración, además de los bienes jurídicos mismos en conflicto, de la intensidad del ataque, las circunstancias del tercero cuyo patrimonio se sacrifica, y especialmente las consideraciones ético-sociales que determinan el juicio desvalorativo en sociedad”*¹¹⁹. Finalmente, J.F. Pacheco, señala que *“la determinación de la*

¹¹⁷ CURY URZÚA, Enrique, *“Derecho Penal, Parte General”*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición ampliada, Santiago, Chile, 2005, Pág. 380.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 144.

*proporcionalidad mencionada es materia que el juzgador decidirá en cada caso, conforme a la situación y circunstancias que rodearon el hecho y que en el proceso aparecen*¹²⁰.

Así las cosas, la determinación del menor valor del bien sacrificado será un asunto que, en último término, deberá ser resuelto por el juez, quien para determinar tal situación considerará las circunstancias que rodearon al hecho y la mayor o menor protección que el ordenamiento jurídico le da a los bienes objetos de comparación.

- No debe existir otro medio practicable y menos perjudicial para impedir la ocurrencia del mal.

Aquí es necesario mencionar que -de acuerdo a la mayoría de la doctrina- el sacrificio del bien jurídico de menor valor sólo se encuentra permitido por nuestro Código Penal en la medida que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para salvar al más valioso, es decir, si existe una manera menos perjudicial para evitar el daño, el sujeto necesitado deberá preferir necesariamente ésta antes de causar un daño sobre los bienes de otro. Así lo señala Mario Garrido Montt, quien expresa que: *“sólo se justifica el mal provocado cuando es el único menos perjudicial y viable de ejecutar atendidas las circunstancias concretas que se presentaron en la realidad. Esta condición confiere al estado de necesidad justificante carácter y naturaleza subsidiarios...”*¹²¹. Lo mismo plantea Sergio Politoff, al sostener que “El

¹²⁰ PACHECO, J.F. “El Código Penal Concordado y Comentado”, Tomo I, 6ª. Edic. Madrid, Manuel Tello, 1888, Pág. 163, En: MONTI MEDINA, CARLOS VICENTE, “La Circunstancia Atenuante de Responsabilidad del N° 1º del Artículo 11 del Código Penal, Eximentes Incompletas”, Editorial Universitaria S.A. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1956, Pág. 49.

¹²¹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 144.

legislador acoge aquí explícitamente el principio de subsidiariedad en materia de acciones salvadoras. De existir varios medios de impedir el mal que se trata de evitar, la ley sólo acepta que se escoja el menos perjudicial, a la vez que practicable (que se puede practicar o poner en práctica), en las circunstancias concretas”¹²².

b) Estado de necesidad exculpante.

El estado de necesidad exculpante se encuentra consagrado en el Art. 10 N° 11 del Código Penal; dicha norma fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 20.480 del año 2010 y establece que *“Están exentos de responsabilidad criminal (...) 11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.”

¹²² *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 231 y 232.

Respeto del concepto y los requisitos antes mencionados podemos decir que la doctrina nacional aún no se ha pronunciado de manera clara sobre ellos, toda vez que el establecimiento de esta circunstancia en nuestro ordenamiento jurídico es muy reciente; es por ello que para determinar de modo mas preciso el correcto sentido de la alocución en comento deberemos recurrir, en gran medida, a los autores extranjeros.

Tratándose del “estado de necesidad exculpante”, Raúl Zaffaroni ha planteado que éste se produce cuando: *“...el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, como en el caso de la tabula unius capax, podrá haber un estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica, pero sin que quepa formular el reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonablemente otra conducta”*¹²³. Por su parte, Claus Roxin, sostiene que *“Este precepto presupone que se resuelva expresamente de modo negativo la cuestión prioritaria de la justificación de la conducta del sujeto, y que por tanto se repruebe y se declare socialmente dañoso el proceder del sujeto...”*¹²⁴ ello es matizado por Hans Welzel al manifestar que *“El estado de necesidad (exculpante) se estructura sobre la idea de que, en casos de necesidad de cuerpo y vida, la obediencia inquebrantable al derecho supondría un sacrificio tan grande para el autor, que no se le puede exigir un comportamiento adecuado al derecho, considerando su instinto de conservación”*¹²⁵. Finalmente,

¹²³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *“Derecho Penal, Parte General”*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002, Pág. 631.

¹²⁴ ROXIN, Claus, *“Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría de Delito”*, Tomo I, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, España, 1997, Pág. 896, Traducción de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y REMESAL, Javier de Vicente.

¹²⁵ WELZEL, Hans, *“Derecho Penal, Parte General”*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956, Pág. 185 y 186. Traducción de FONTÁN BALESTRA, Carlos.

Sergio Politoff expresa que “...es más o menos claro que si el bien sacrificado es de igual o mayor valor que el salvado, no operará la causal de justificación, cabe entonces hablar de un estado de necesidad exculpante”¹²⁶.

Así entonces, es posible concebir al estado de necesidad exculpante como aquella situación de inculpabilidad en la cual un sujeto, visto ante la ocurrencia de un mal grave e inminente que afecte a su persona o derecho, o los de un tercero, se ve obligado a realizar una acción típica, consistente en la lesión de uno o mas bienes jurídicos de un tercero, con el fin de salvaguardar un bien propio de igual o menor valor.

Considerando lo anterior, además de lo dispuesto en el Art. 10 N° 11 del Código Penal, es posible sostener que los requisitos cuya concurrencia dan lugar al estado de necesidad exculpante son:

- Gravedad del mal que se pretende evitar.

Este requisito se encuentra establecido en el encabezado del numeral 11 del artículo 10 del Código Penal. Su determinación busca proteger a los sujetos de una eventual vulneración de derechos o bienes jurídicos como consecuencia de un mal de poca relevancia.

El Diccionario de la Lengua Española define “grave” como aquello que es “*grande, de mucha entidad o importancia*”¹²⁷. De ahí entonces, que podamos hablar que existe un mal grave, cuando el peligro que afecta a un bien jurídico o

¹²⁶ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 231.

derechos de una persona o de un tercero es de cierta entidad o importancia. Tal determinación quedará entregada al juez, quien deberá establecer en cada caso cual es la relevancia del bien amenazado, para ello tendrá que considerar las circunstancias que rodearon al hecho, la mayor o menor protección del interés jurídico en juego dentro del sistema normativo y la significación que dicho bien tiene para el afectado, entre otras cosas.

- Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

Como ya mencionamos al tratar el estado de necesidad justificante, cuando se habla de “actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar” se hace alusión a la necesidad de que el mal se esté produciendo, se haya iniciado su ejecución o bien constituya una realidad que está pronta a concretarse.

- No debe existir un medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal.

Con lo anterior, se busca dejar de manifiesto que para poder configurarse el estado de necesidad exculpante se requiere que el sacrificio del bien jurídico ajeno sea la única forma a través de la cual el sujeto necesitado pueda resguardar el interés propio. Aquí no se exige que éste sea de mayor valor que aquel, de modo que bien puede darse el sacrificio de un bien jurídico de igual o mayor valor, ello siempre y cuando no exista otra forma de resguardo.

- El mal causado no debe ser sustancialmente superior al que se evita.

¹²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “*Diccionario de la Lengua Española*”, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=grave (23.04.2011).

Aquí el sacrificio del bien jurídico ajeno debe ser medianamente proporcional a aquel que se trata de evitar, es decir, no debe el sujeto necesitado incurrir en un daño excesivo para defender su propio bien.

- El sacrificio del bien amenazado por el mal no puede ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

Con el requisito anterior el legislador buscó establecer una limitación a este tipo de estado de necesidad, toda vez que la disposición en cuestión exige, para que se produzca la exculpación, que el sujeto que evita el mal no esté obligado a soportarlo y que, en el caso de que se trate de un individuo que actúa para salvaguardar el interés jurídico de un tercero, que éste sepa o pudiese saber tal imposibilidad de exigencia.

3.2.3.3. Tratamiento normativo de los estados de necesidad.

Tanto el estado de necesidad justificante como también el exculpante constituyen eximentes de responsabilidad penal que pueden ser aplicadas como tales o bien, en el caso de no concurrir todos sus requisitos, como atenuantes.

Tratándose de la exención de responsabilidad penal podemos decir que mientras en el estado de necesidad justificante el actor no resulta sancionado por encontrarse amparado por una causal de justificación, en el estado de necesidad exculpante, el sujeto necesitado se ve exento de responsabilidad penal debido a que su conducta no es posible de ser considerada culpable. Lo anterior se debe a que en el primer caso la conducta del individuo no constituye una acción u omisión antijurídica, en tanto que, en el segundo, el actuar del

sujeto necesitado configura una acción típica empleada para repeler un mal que no le es exigible que soporte, por lo que se le entiende exculpado de responsabilidad, ya que en la práctica no pudo actuar de otro modo.

Ahora bien, respecto de la aplicación de estas circunstancias como atenuantes, es posible sostener que ello es factible en la medida que no concurran algunos de los requisitos establecidos para su procedencia como eximentes. Así entonces, si falta en el estado de necesidad justificante, el requisito que da cuenta del menor valor del bien jurídico sacrificado o que existe un medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal; entonces no será aplicable la eximente de responsabilidad, pero si la atenuante prevista en el artículo 11 N° 1 del Código Penal, la cual, dependiendo de la mayor o menor concurrencia de requisitos, podrá dar lugar a la aplicación de los artículos 68 ó 73 según sea el caso.

Por su parte, en el estado de necesidad exculpante, si no concurren algunos de sus requisitos es posible hablar que la culpabilidad del actor es totalmente exigible, pero que ésta se encontraría atenuada dado lo establecido en el artículo 11 N° 1 del Código Penal. Así las cosas, el sujeto necesitado que actúa ante un mal que no es grave o el mal causado por éste es sustancialmente superior al que trata de evitar, o bien existe un medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal, además de que si es posible exigir al actor que soporte dicho mal, en cualquiera de estos casos, el sujeto verá reducida su responsabilidad.

Mención especial merece, que tanto en el caso del estado de necesidad justificante, como también en el exculpante, para que sea posible aplicar dichas circunstancias como eximentes incompletas se requiere necesariamente que el mal que se trata de evitar sea real o inminente.

3.2.4. La fuerza irresistible o miedo insuperable incompleto.

Esta circunstancia eximente de responsabilidad penal se encuentra establecida en el artículo 10 N° 9 del Código Penal; en tal disposición se establece que *“...Están exentos de responsabilidad criminal (...) 9º. El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.”*

Nuestro ordenamiento jurídico no ha definido lo que debe entenderse por cada uno de estos conceptos, por lo cual la doctrina se ha visto en la necesidad de plantear sus propias definiciones.

3.2.4.1. Concepto de fuerza irresistible y miedo insuperable.

La fuerza irresistible o el miedo insuperable pueden ser entendidos, primariamente, como un estímulo de gran envergadura que impulsa a actuar al sujeto de una forma determinada.

Tal definición, si bien nos da ciertas luces sobre que es la “fuerza irresistible o miedo insuperable” no goza de precisión técnica, por lo cual se vuelve de gran relevancia develar que es lo que debemos entender por uno u otro concepto.

Tratándose de la fuerza irresistible ha existido un gran debate en torno a si sólo comprende la fuerza física o también considera la fuerza ejercida contra la psiquis del individuo. Al respecto, es preciso señalar que tanto la doctrina nacional como extranjera se encuentran divididas, por lo cual, la jurisprudencia ha resuelto este conflicto; entendiéndose, al menos en nuestro derecho, que es posible la aplicación de ambos tipos de fuerza.

Ahora bien, en lo que respecta al concepto mismo de fuerza irresistible Sergio Politoff ha planteado que *“se trata de un estímulo de origen externo o interno*

que haya producido en el sujeto, por su gravedad e intensidad, una alteración psíquica que conduzca a una profunda alteración de su capacidad de autodeterminación”¹²⁸. Por su parte, Mario Garrido Montt, sostiene que “existe cierto consenso en el sentido de que la fuerza a que se refiere el legislador es la “vis compulsiva”. No alude el precepto a la “vis absoluta” (...) cuando la fuerza material es absoluta, no obliga a una persona a hacer lo que no quiere, sino que la convierte en un objeto, no existe acción de su parte y de consiguiente, no puede hablarse de culpabilidad”¹²⁹. Enrique Cury, en tanto, señala que “por fuerza moral irresistible ha de entenderse un estímulo de origen externo o interno, cuyo enjuiciamiento ético-social es análogo al del miedo, el afecto parental o el sentido de obediencia, el cual desencadena en el sujeto un estado grave de conmoción psíquica, suficiente para alterar profundamente en un hombre medio la capacidad de autodeterminación”¹³⁰. Finalmente, Alfredo Etcheberry, expresa que “...la fuerza se torna irresistible cuando el sujeto, para dominarla, hubiera debido desplegar un esfuerzo heroico, sobrehumano, que la ley no le puede exigir”¹³¹.

De todo lo anterior es posible extraer un concepto propio de fuerza irresistible, a saber: se trata de un estímulo externo o interno de gran intensidad que afecta al sujeto causándole una grave conmoción psíquica impidiendo que éste se autodetermine.

En cuanto al miedo insuperable, podemos decir que éste ha sido concebido por la mayoría de la doctrina como “un sobrecogimiento del espíritu, producido por

¹²⁸ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 342.

¹²⁹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 240.

¹³⁰ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 456.

¹³¹ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 350.

*el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente, que nubla la inteligencia y domina la voluntad, determinándola a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica del agente sería delictivo*¹³². Lo anterior, si bien resulta bastante claro, ha sido complementado por algunos autores al señalar que *“el miedo es un estado de perturbación anímica mas o menos profunda, provocada por la previsión de ser víctima o de que otro sea víctima de un daño. Para que sirva de base a la exculpante es preciso que tal perturbación alcance un nivel intolerable para un hombre medio (...) sin embargo, no es preciso que el sujeto llega a un estado de auténtica inimputabilidad...”*¹³³. Es mas *“...el miedo, si bien es un estado emocional intenso, no debe alcanzar el grado de privar al sujeto de sus facultades psíquicas, pues de así ocurrir, se encontraría en una situación de privación total de razón temporal...”*¹³⁴. De todo lo expresado, es posible concluir que el miedo insuperable es una perturbación anímica más o menos profunda producida por la previsión de ser víctima o de que otro sea víctima de un mal efectivo, grave e inminente y cuyo efecto principal es determinar la voluntad del sujeto en torno a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo.

3.2.4.2. Requisitos de la fuerza irresistible y miedo insuperable.

Tratándose de la fuerza irresistible la doctrina ha estimado que los requisitos de ésta son:

¹³² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sala penal, de 15.03.1947 y de 23.06.1955, cit. por SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *“Casos Prácticos de Derecho Penal. Teoría y Jurisprudencia”*, Madrid, España, 1993, pág. 139, En: POLITOFF L. SERGIO, MATUS A. JEAN PIERRE, RAMÍREZ G. MARÍA CECILIA, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 2003, Pág. 347.

¹³³ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 458.

¹³⁴ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 243.

- Existencia de una fuerza compulsiva.

Para que estemos frente a la fuerza irresistible debe presentarse un estímulo de tal magnitud que el sujeto no pueda evitarlo, al punto que se verá compelido a actuar de una determinada manera.

Es dable destacar, que el origen de dicho estímulo puede deberse a distintas causas, como por ejemplo la fuerte impresión de una determinada situación en la psiquis del sujeto o la ocurrencia de alguna catástrofe. Así lo señala Mario Garrido Montt, quien plantea que la fuerza *“puede ser de naturaleza humana o fenoménica, esto es, debido a actividad de terceros o a fenómenos naturales. Un aluvión, un incendio, un terremoto o cualquier otra circunstancia análoga puede constituir la fuerza provocadora de una reacción en el sujeto imposibilitado de resistir”*¹³⁵.

- La fuerza debe ser actual.

Con ello se busca establecer que la fuerza debe estar produciéndose o encontrarse próxima a desplegarse. Mario Garrido Montt señala al respecto que *“...no ha de corresponder a costumbres, hábitos o a la educación adquirida por el afectado; ha de consistir en estímulos que recibe en un momento determinado y que le causan como efecto impulsos que no puede controlar”*¹³⁶. A lo anterior, debe sumarse lo expuesto por Enrique Cury, quien sostiene que *“tampoco corresponde hacerse cargo aquí de base constitucional patológica (psicopatías, neurosis, etc.), la cual es considerada mas bien en el ámbito de la privación temporal de razón (...) para la fuerza irresistible interesan únicamente*

¹³⁵ Op. Cit. GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 242.

¹³⁶ Ibid.

*aquellos estímulos que obrando aquí y ahora sobre un hombre medio, provocarían en él un efecto perturbador irresistible*¹³⁷.

- La fuerza debe ser irresistible.

La fuerza es irresistible cuando el estímulo que afecta al sujeto es de tal envergadura que reduce de manera significativa, pero no total, su capacidad volitiva. Así lo señala, por ejemplo, Mario Garrido Montt al afirmar que *“las inhibiciones del autor y sus posibilidades motivadoras conforme a la normativa jurídica deben resultar seriamente afectadas. No se trata de que la fuerza llegue a privarlo temporalmente de su poder razonador, por cuanto en esta hipótesis no opera la eximente en comentario, sino la del N° 1º del art. 10.”*¹³⁸. Lo mismo plantea Enrique Cury, al decir que *“...es necesario que la perturbación experimentada por el sujeto sea tan profunda que reduzca efectivamente su capacidad de autodeterminación hasta un límite que tampoco el hombre medio podría sobrepasar”*¹³⁹.

Ahora bien, la reducción de la capacidad de autodeterminación no es lo único que se requiere para estar frente a la fuerza irresistible; la doctrina ha señalado que también es necesario que el sujeto afectado por dicho estímulo no debe estar obligado a soportarlo. Así lo plantea Alfredo Etcheberry, quien expresa que *“para invocar esta eximente, además, será necesario que esa fuerza irresistible no derive de una causa que el sujeto estuviera legítimamente obligado a soportar...”*¹⁴⁰.

¹³⁷ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 457.

¹³⁸ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 242 y 243.

¹³⁹ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 457.

¹⁴⁰ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 350.

En cuanto a los requisitos que permiten sostener la existencia del miedo insuperable, la doctrina ha señalado que son los siguientes:

- El miedo debe ser insuperable.

Mario Garrido Montt ha sostenido respecto a este asunto que *“la insuperabilidad del miedo ha de considerarse en términos normativos; como se ha precisado, debe alcanzar intensidad, pero no inhibir la voluntad del que lo sufre. Por miedo insuperable debe entenderse aquel que permite no exigirle al que lo sufre un comportamiento diverso; un miedo que lo presione psicológicamente, de modo que una persona normal no pueda vencerlo en las condiciones que enfrentó el afectado”*¹⁴¹. El mismo autor agrega que *“la insuperabilidad del miedo conlleva su actualidad. La inexigibilidad de otro comportamiento queda limitada a las alternativas que enfrenta aquel que en el momento de actuar sufre el estado emotivo; la actualidad se refiere al instante en que el sujeto realiza el acto típico”*¹⁴².

En base a lo anterior, es posible sostener que el miedo es insuperable cuando el estímulo actual que afecta al sujeto, genera en él tal impresión que hace imposible exigirle otra conducta distinta de la acción típica, dadas las circunstancias propias del caso.

- El sujeto no debe estar obligado a soportar el miedo.

Al respecto, Alfredo Etcheberry expresa que *“hay dos limitaciones para el funcionamiento de esta eximente. No pueden invocarla, en primer término, las*

¹⁴¹ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 244.

¹⁴² *Ibíd.*

personas que han optado profesiones en las que deben afrontar riesgos (...) ellos se dedican libremente a actividades que de costumbre despiertan miedo (...) tampoco pueden invocarla quienes están jurídicamente obligados a soportar el mal que temen...”¹⁴³.

Como queda de manifiesto en lo expuesto, para que el miedo insuperable sea tal, no basta que cause una gran impresión en el afectado, además se requiere que éste no esté obligado a soportarlo.

3.2.4.3. Tratamiento normativo de fuerza irresistible o miedo insuperable.

Al igual que las demás eximentes ya analizadas, la fuerza irresistible o el miedo insuperable pueden ser aplicados como eximentes de responsabilidad penal o bien como atenuantes de la misma. Tratándose de su aplicación como eximentes, para que ello se produzca se requiere que concurren todos los requisitos necesarios para su configuración. En este acápite, la fuerza irresistible deberá ser compulsiva, actual e irresistible en los términos ya mencionados, en tanto que el miedo insuperable deberá ser realmente insuperable y el sujeto que lo padece no debe estar obligado a soportarlo.

Como se deduce de todo lo antes expuesto, la fuerza irresistible y el miedo insuperable, poseen una serie de requisitos que hacen procedente su aplicación como eximentes o atenuantes. Tales elementos, si bien no se encuentran establecidos expresamente en la ley, son posibles de ser esclarecidos por medio del empleo de la inteligencia.

¹⁴³ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 348.

Si no concurren todos los requisitos necesarios para que estas circunstancias operen como eximentes de responsabilidad, puede darse el caso de que sean aplicables como atenuantes; ello será posible en la medida de que, al menos, se presente tal fuerza o miedo de la manera descrita.

Tratándose de la fuerza irresistible en particular, discutido ha sido dentro de la doctrina, la aplicación de esta eximente como atenuante. Ello se debe a que una parte considerable de los autores, estiman que la fuerza debe ser necesariamente física. De lo cual se deduce que tal fuerza vicia la acción haciendo que ésta no sea posible de ser imputada al actor. Se entiende bajo esta concepción, que la fuerza irresistible se presenta o no; vicia o no vicia la voluntad del sujeto, de suerte que no existen grados medios que hagan aplicable esta circunstancia como eximente incompleta. Ello se ve reflejando en lo dicho por Francisca Villamán, quien sostiene que: *“aquellos autores que no aceptan la fuerza irresistible como eximente incompleta se fundan precisamente en que esta circunstancia es excluyente de la acción. Por tanto, no podría existir en parte, por que o hay manifestación de voluntad o no la hay”*¹⁴⁴.

Ahora, para otra parte de la doctrina, la aplicación de esta eximente como atenuante es totalmente procedente. Ello se debe a que, de acuerdo a su parecer, el artículo 10 N° 9 del Código Penal no distingue entre fuerza física y moral, de suerte que ello no le corresponde hacer al intérprete. Lo anterior da cabida a la aplicación de la fuerza física irresistible y la fuerza moral irresistible como eximentes incompletas. En el primer caso, ello se produce cuando una persona está afectada por una fuerza física que no vicia totalmente su voluntad, en tanto en el segundo caso, nos encontramos frente a una hipótesis que, al

¹⁴⁴ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 153.

igual que el resto de las eximentes que excluyen la culpabilidad, admite graduación.

Finalmente –en este acápite- es preciso señalar que, para ciertos autores, la fuerza que no es irresistible puede ser considerada como un miedo insuperable y en tal sentido ser aplicada como eximente incompleta. En tal sentido lo señala Francisca Villamán, quien manifiesta al respecto que: *“una parte de la doctrina piensa que (...) no cabe la eximente incompleta de fuerza irresistible, pero cuando de hecho el sujeto sufra una fuerza, que no sea irresistible, ésta podrá ser incluida dentro del campo del miedo insuperable...”*¹⁴⁵.

De todo lo anterior podemos señalar que, según nuestro criterio, la aplicación más acertada de la fuerza irresistible como eximente incompleta es aquella que considera que tanto la vis absoluta como la relativa son comprendidas en esta hipótesis, de suerte tal que en ambos casos puede verse atenuada la responsabilidad y para ello bastará que no concurren algunos de los requisitos establecidos para su procedencia. Así, en el caso de no presentarse todos sus elementos, ya sea en una u otra forma, será aplicable lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal.

Ahora bien, en cuanto al miedo insuperable podemos decir que esta circunstancia si admite ser aplicada como eximente incompleta, ello se debe a que el miedo puede presentarse, pero no ser insuperable, de lo que se deduce que el sujeto no ve del todo mermadas sus capacidades. Al respecto la doctrina ha señalado *“cuando el miedo limita la voluntad en el actuar, pero no produce inhibición absoluta, procede la eximente incompleta. Pero el simple estado emotivo creado por la proximidad de un mal no es suficiente. Debe generarse*

¹⁴⁵ Op. Cit. VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 154.

ante la certeza de un daño seguro y grave que cohíba la libertad de ánimo, causando cierta perturbación”¹⁴⁶.

3.2.5. Obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho.

Esta circunstancia eximente de responsabilidad penal se encuentra establecida en el artículo 10 N° 10 del Código Penal. La mencionada norma establece que *“están exentos de responsabilidad criminal (...) 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”*

A primera vista, podemos señalar que, tratándose de esta eximente, tenemos dos posibles situaciones en las cuales puede operar, a saber: el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. Tales actuaciones nos ponen en la necesidad de determinar que es lo que se entiende por cada una de ellas.

3.2.5.1. ¿Qué es obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho?

En lo referente al concepto de “obrar en cumplimiento de un deber” podemos decir que la mayoría de la doctrina ha entendido que se trata de la realización de una acción típica, amparada en una facultad otorgada exclusivamente por el ordenamiento jurídico, la cual exige ser cumplida, no debiendo concurrir en tal caso el abuso. Enrique Cury, por ejemplo, sostiene respecto de este asunto que: *“obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica en el cumplimiento de un deber que le ha sido impuesto inmediatamente por el*

¹⁴⁶ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 156.

*ordenamiento jurídico*¹⁴⁷. Mario Garrido Montt, complementa lo anterior al afirmar que *“El mandato de obrar tiene que ser de naturaleza jurídica, aunque no necesariamente dispuesto por la ley; un convenio internacional, un reglamento, una instrucción, pueden ser fuentes hábiles”*¹⁴⁸. En este tema, Sergio Politoff, señala que: *“La expresión deber no tiene un significado moral, sino estrictamente jurídico. Se trata de aquellos casos en que actos aparentemente delictuosos se imponen por la ley al sujeto”*¹⁴⁹. A ello el mismo autor agrega que: *“El cumplimiento del deber supone criterios de adecuación y proporcionalidad, de modo que el empleo innecesario de violencia (por ejemplo frente a un delincuente que no opone resistencia) no estaría amparado por la justificante: se ampara el ejercicio del derecho, no su abuso”*¹⁵⁰.

Así las cosas, para estar frente al cumplimiento de un deber se requiere, primeramente, que éste se encuentre establecido o amparado en el ordenamiento jurídico de manera específica e inmediata y segundo, que el ejercicio de tal facultad no sea abusiva.

Mención especial merece la “obediencia debida”; dicho concepto alude al deber de obediencia que tienen ciertas personas respecto de otras, por existir entre ellas una situación de jerarquía, tal es el caso, por ejemplo, de los funcionarios militares o la relación existente entre empleador y trabajador. Respecto de esta materia se han planteado tres teorías que explicarían el ámbito de obediencia al cual estaría sujeto el individuo que recibe la orden, a saber:

¹⁴⁷ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 383.

¹⁴⁸ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 148.

¹⁴⁹ *Op. Cit.* POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, P. General, 2003, Pág. 235.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

- Teoría de la obediencia absoluta.

Según esta perspectiva el sujeto subordinado se encuentra totalmente obligado a dar cumplimiento a la orden que recibe, no pudiendo cuestionar la ilicitud de ésta.

- Teoría de la obediencia relativa.

Aquí se faculta al subordinado para no dar cumplimiento a la orden impartida en la medida que ésta sea ilícita.

- Teoría de la obediencia reflexiva.

En este caso el subordinado está obligado a dar cumplimiento a la orden impartida, pese a que ésta sea ilícita, pero deberá representar tal situación a su superior jerárquico, quien de insistir en su parecer liberará de toda responsabilidad al sujeto.

La obediencia debida no se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico como una eximente aparte, pese a que en la ley se le da cabida a la teoría de la obediencia reflexiva, de lo que se deduce que esta circunstancia puede ser aplicada, pero ello deberá hacerse considerando el “cumplimiento de un deber”.

Ahora bien, tratándose del “ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, podemos decir que esta situación ha sido considerada por la doctrina como un caso en el cual el sujeto que detenta un derecho, autoridad, oficio o cargo se encuentra legítimamente autorizado para ejercerlo, toda vez que dicha

facultad le ha sido conferida por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el profesor Alfredo Etcheberry señala que: *“Hay casos en los cuales la ley no impone una conducta determinada, pero otorga, concurriendo ciertas circunstancias, la facultad de realizar ciertos actos típicos. A ello se refiere el Art. 10 N° 10, cuando declara exento de responsabilidad al que ha obrado en el ejercicio legítimo de un derecho”*¹⁵¹. A lo anterior, debe sumarse lo expresado por Enrique Cury, quien sostiene: *“obra justificado quien ejercita un derecho que le ha sido conferido por el ordenamiento jurídico”*¹⁵². Lo mismo es afirmado por Gustavo Labatut, al manifestarse respecto de esta circunstancia, expresando que: *“dice relación con los derechos reconocidos por la ley. El que ejecuta un acto haciendo uso de una facultad que ésta le reconoce, de manera alguna habrá realizado una acción antijurídica”*¹⁵³. Así las cosas, estaremos frente al ejercicio legítimo de un derecho siempre que se ejerza una facultad conferida por el ordenamiento jurídico y ello no sea hecho de manera abusiva.

Ahora bien, respecto del ejercicio legítimo de una autoridad, cargo u oficio, podemos decir que, de acuerdo a lo planteado por la doctrina, todas estas hipótesis constituyen una redundancia (o en mejor de los casos una especificación) del “ejercicio legítimo de un derecho”, ello se debe a que, para ejercer dichas potestades, se requiere de una norma que dote a las acciones desplegadas por los sujetos en tales situaciones de licitud. Así lo señala, por ejemplo, Enrique Cury al afirmar: *“los casos de ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo no son más que especificaciones de la misma idea, la justificante, en efecto, se funda en que la autoridad, el oficio o el cargo implican*

¹⁵¹ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 244.

¹⁵² *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 381.

¹⁵³ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 110.

*ciertos derechos cuyo ejercicio legítimo justifica las conductas típicas que en razón de ellos se ejecutan*¹⁵⁴.

3.2.5.2. Requisitos del obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

En lo que respecta al cumplimiento de un deber, los requisitos que deben concurrir para su procedencia son:

- Quien actúa debe hacerlo en el entendido que está cumpliendo un deber jurídico.

Este es un requisito subjetivo, en tanto alude a la comprensión interna del sujeto, es decir, alude a la comprensión que tiene el individuo de la conducta que esta desplegando. Así, para que estemos frente al cumplimiento de un deber es necesario que el sujeto que cumple la orden lo haga porque se siente obligado a ello, dado que tal comportamiento le fue requerido por el ordenamiento jurídico. Mario Garrido Montt, señala -a propósito de este tema- que *“En el plano subjetivo es fundamental que el sujeto actúe con conciencia de que cumple un deber, que realiza el acto típico sabiendo que es el medio necesario para dar cumplimiento a la obligación que pesa sobre él”*¹⁵⁵.

- El sujeto debe cumplir una obligación jurídica.

Al efecto, la doctrina ha señalado que: *“un sujeto puede tener distintas clases de obligaciones que cumplir, de índole moral, social, religiosa, y de otro orden, pero éstas no quedan comprendidas en el art. 10 N° 10 (C.P.) que sólo abarca*

¹⁵⁴ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, 2005, Pág. 382.

¹⁵⁵ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 150.

las obligaciones o deberes de naturaleza jurídica, sin perjuicio de que las mismas puedan tener su fuente en la Constitución, en la ley, en un reglamento o decreto”¹⁵⁶. A ello hay que agregar: “El mandato legal tiene que ser específico e inmediato; a saber, el texto legal debe señalar cuál es la conducta mandada y a quién se la encomienda...”¹⁵⁷. De lo anterior se deduce claramente que la obligación que se cumple debe ser necesariamente jurídica, es decir, debe emanar del ordenamiento jurídico cualquiera sea su fuente formal. Además se requiere que el deber sea descrito de manera tal que no quepa duda respecto de a quien le corresponde cumplirlo y como.

- El sujeto que cumple el deber debe hacerlo dentro de ciertos márgenes de correspondencia y necesidad.

El presente requisito se refiere a la forma en la cual debe ser cumplida la orden. Para ello, no se puede realizar cualquier acción, sino que ésta debe ser acorde con los límites que impone el mismo deber, es decir, quien actúa no está facultado para extralimitarse. Aquí además, se necesita que dicho cumplimiento sea conforme a lo estrictamente necesario, o sea, según lo ameriten las circunstancias. Así lo plantea Mario Garrido Montt, quien expresa lo siguiente: “Es insuficiente que se dé una situación de cumplimiento del deber para que juegue la causal de justificación. El que concreta ese cumplimiento debe, además, atenerse a los límites que el deber le impone, sin extralimitarse (...) De otro lado, el acto típico debe ser el estrictamente necesario para el adecuado cumplimiento de la obligación o deber...”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 151.

Ahora corresponde analizar los requisitos relativos al ejercicio legítimo de un derecho, los cuales, conforme a lo planteado por la doctrina en torno a que la alusión a un cargo, profesión u oficio no es más que una precisión de este ejercicio, pueden ser aplicados también en estos casos. Los requisitos de esta hipótesis son:

- Existencia de un derecho.

Aquí, al igual que en el cumplimiento de un deber, se requiere que la facultad de realizar una acción típica esté concedida por el ordenamiento jurídico. Así las cosas, no puede concederse el ejercicio legítimo de un derecho si éste primeramente no ha sido establecido.

- El ejercicio del derecho debe ser necesariamente legítimo.

Cuando nos referimos a que el ejercicio del derecho debe ser necesariamente legítimo, aludimos a que la acción típica que se realiza debe estar completamente considerada por el ordenamiento jurídico de manera tal que producida la acción no cabrá duda que ésta es legítima.

3.2.5.3. Tratamiento normativo de estas circunstancias.

Como ya vimos, cada una de estas situaciones pese a que están previstas en un numeral que no contempla requisitos específicos, son susceptibles de ser diferenciadas intelectualmente, de manera tal de dilucidar cuáles son sus elementos propios y de qué forma procede su aplicación. Respecto de este punto podemos decir que, al igual que el resto de las circunstancias, cabe aquí aplicar el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho como eximente o como atenuante. El primer caso se dará cuando concurren todos los

requisitos que las hagan procedentes, es decir, debe presentarse la obligación jurídica, el cumplimiento del deber y la sujeción de éste a ciertos márgenes. Asimismo se requiere, tratándose del ejercicio legítimo de un derecho, que este derecho realmente exista y que su ejercicio no sea abusivo.

Ahora, puede ocurrir que no concurren todos los requisitos necesarios para que proceda la aplicación de estas circunstancias, aquí claramente podría aplicarse como atenuante, atendido lo establecido en el artículo 11 N° 1 del Código Penal. Así, si el deber no se cumple dentro de los márgenes de necesidad y correspondencia, o el ejercicio del derecho no es legítimo, entonces bien puede darse esta disminución de la responsabilidad penal.

3.2.6. Incurrir en una omisión hallándose impedido por una causa legítima o insuperable incompleta.

La presente circunstancia eximente de responsabilidad penal se encuentra establecida en el artículo 10 N° 12 del Código Penal, dicha norma establece que *“están exentos de responsabilidad criminal (...) El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.”*

Aquí no se define que es lo que significa incurrir en una omisión de estas características. Ello ha llevado a la doctrina a plantear una serie de conceptualizaciones de este asunto y determinar sus requisitos de procedencia. A continuación analizaremos brevemente estos aspectos.

3.2.6.1. ¿Qué debemos entender por incurrir en una omisión hallándose impedido por una causa legítima o insuperable?

Respecto de este asunto la doctrina ha señalado que en este caso se presentan dos circunstancias, a saber: la omisión por causa legítima y la omisión por causa insuperable. Como resulta evidente en estas hipótesis, al igual que en las de fuerza irresistible y miedo insuperable, se presenta la exención de responsabilidad habida consideración de la falta de antijuricidad o de culpabilidad.

Respecto de la omisión por causa legítima la doctrina ha sostenido: *“la referencia a la causa legítima es (...) una alusión a la antijuricidad de la conducta. La causa legítima que impide obrar puede ser una directa prohibición legal, o la existencia de un deber jurídico preponderante...”*¹⁵⁹. A lo anterior debe sumarse que: *“...generalmente la omisión por causa legítima se rige por el principio del conflicto de intereses, donde prima el preponderante (...) El que incurre en omisión por causa legítima realiza el tipo omisivo, pero su conducta está permitida por el ordenamiento jurídico; está justificada por el art. 10 N° 12.”*¹⁶⁰.

De lo anterior es posible concluir que estaremos frente a una omisión por causa legítima cuando el sujeto que actúa lo hace en atención a una prohibición de conducta o bien a la existencia de un bien jurídico de mayor significación, en este último caso -como resulta obvio- la conducta para no ser sancionada, requiere que se encuentre amparada en una causal de justificación.

Por otra parte, cuando nos referimos a la omisión por causa insuperable, a lo que nos referimos es a la inexigibilidad de otra conducta, es decir, al sujeto que actúa no le es lícito exigirle que se comporte de una manera distinta, toda vez que no puede o no le corresponde hacerlo.

¹⁵⁹ *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo I, 1997, Pág. 248.

¹⁶⁰ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 159.

3.2.6.2. Requisito y tratamiento de esta circunstancia.

Dado que esta circunstancia constituye una figura residual de carácter omisivo, bien pueden considerarse aquí todos y cada uno de los requisitos que hemos mencionado antes en cada uno de las eximentes, ya que éstas pueden verificarse desde la perspectiva de la omisión. Así lo señala, por ejemplo, Francisca Villamán, ella plantea que: *“para tratar el tema de las eximentes incompletas respecto de esta circunstancia, basta con remitirnos a lo expresado anteriormente respecto de cada una de ellas, ya que como hemos dicho estas operan tanto respecto de un delito de acción como de omisión...”*¹⁶¹. Carlos Monti va incluso mas allá y manifiesta: *“en verdad, ésta no es una nueva causal de exención de responsabilidad, sino que en ella, como se ha dicho, se consideran las circunstancias anteriores desde el ángulo de la omisión”*¹⁶².

4. Determinación de la pena en el caso que concurra una eximente incompleta.

La determinación de la pena, en el caso de concurrir una eximente incompleta, debe ser hecha conforme a las reglas previstas en los artículos 71y 73 del Código Penal.

El artículo 71 de dicho cuerpo normativo establece que: *“Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8º del artículo 10 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el artículo 490.”*

Por su parte, el artículo 73 establece que *“Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el*

¹⁶¹ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 172.

¹⁶² *Op. Cit.* MONTI MEDINA, Carlos Vicente, 1956, Pág. 60.

hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurren. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 71.”

Como es evidente el artículo 71 del Código Penal, establece una regla especial respecto del tratamiento del caso fortuito; esta dispone que en el caso de no concurrir todos los requisitos necesarios para su procedencia como eximente de responsabilidad penal, se entenderá haber existido un cuasidelito, conforme a lo expresado en el artículo 490 del Código Penal. Tal norma señala: *“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado: 1° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio, cuando el hecho importare crimen; 2° Con reclusión o relegación menores en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.”*

El artículo 73 del Código Penal, en tanto, establece cuales son las reglas que rigen la determinación de la pena en el evento de presentarse otras eximentes incompletas distintas del caso fortuito. Aquí es relevante tener en cuenta lo ya expresado a propósito de la forma en que éstas son tratadas en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la cantidad de eximentes aplicables como atenuantes dependerá de la visión a la cual adscribamos. Así entonces, si consideramos que la alocución “requisitos” hace referencia a una gradualidad, la aplicación de dichas circunstancias será mucho más amplia, en tanto que si creemos que ello solo hace referencia a aquellas hipótesis en donde

expresamente se señalan los requisitos, dicha aplicación será mucho más restringida, y en tal sentido, menos beneficiosa para el actor.

La figura jurídica prevista en el artículo antes comentado posee un carácter privilegiado, toda vez que obliga al Tribunal a rebajar la pena en uno, dos o tres grados dependiendo de la mayor o menor cantidad de requisitos que concurren. Cabe hacer la salvedad eso sí, que de no concurrir la mayor cantidad de los requisitos, se aplicarán las reglas previstas en los artículos 62 y 68 del Código Penal. Asimismo, la determinación de la rebaja queda a discreción del juez, atendida el número o naturaleza de los requisitos faltantes.

Lo anterior ha sido sostenido por la mayoría de la doctrina; Gustavo Labatut, por ejemplo, señala que: *“el artículo transcrito (se refiere al art. 73 del Código Penal) tiene aplicación tratándose de las eximentes que materialmente constan de varios requisitos. Cuando concurren la mayoría de ellos, siempre que no falten los que les dan vida, surge la figura jurídica del exceso que, de acuerdo con el texto legal, transforma la eximente en atenuante privilegiada”*¹⁶³. Luego agrega que *“respecto de aquellas en que solo se da el menor número de requisitos y de las demás eximentes del art. 10, se siguen las reglas generales en la aplicación de la pena, o sea, se convierten en atenuantes simples”*¹⁶⁴.

Por su parte, Enrique Cury, expresa a propósito del mismo asunto: *“Si el número de requisitos de la eximente que se encuentra presente no es el “mayor”, el art. 73 no recibe aplicación y la atenuante se regirá por las reglas generales de los art. 62 a 68 bis del C.P.”*¹⁶⁵.

¹⁶³ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 211 y 212.

¹⁶⁴ *Op. Cit.* LABATUT GLENA, Gustavo, Tomo I, 1990, Pág. 212.

¹⁶⁵ *Op. Cit.* CURY URZÚA, Enrique, Tomo I, 1988-92, Pág. 108.

En cuanto a la doctrina minoritaria, ésta ha planteado que las normas encargadas de regir la aplicación de las eximentes incompletas como atenuantes solo serían los artículos 71 y 73 del Código Penal. Así lo señala Mario Garrido Montt que postula “... *no corresponde distinguir entre causales eximentes con o sin requisitos, ni hacer aplicación de los artículos 62 y siguientes, según el número de los requisitos que les falte...*”¹⁶⁶. A lo anterior, agrega que “... *las eximentes incompletas escapan al tratamiento general de las atenuantes, están sujetas exclusivamente a la reglamentación que para ellas se indica en los arts. 71, 72 y 73*”¹⁶⁷.

4.1. Concurrencia de las eximentes incompletas y otras circunstancias atenuantes.

Dado lo complejo que resulta aplicar una eximente incompleta y la poca precisión que existe al respecto, se vuelve de gran relevancia determinar si es posible la concurrencia de dichas eximentes y otras circunstancias atenuantes. En relación a ello, podemos decir que la mayoría de la doctrina entiende que si es posible aplicar las eximentes incompletas conjuntamente con otras atenuantes, toda vez que unas y otras responden a naturalezas distintas. Valga señalar al respecto que, mientras las eximentes incompletas se refieren a aquellos casos en que la gradualidad del daño causado o de la culpa del autor se ven disminuidas por no concurrir todos los requisitos que excluyen al actor de la responsabilidad penal, las demás atenuantes hacen alusión a los móviles

¹⁶⁶ *Op. Cit.* GARRIDO MONTT, Mario, Tomo II, 2001, Pág. 187.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

del agente, la personalidad del sujeto o la conducta del hechor posterior al delito
168 .

La afirmación antes planteada encuentra asidero en lo expresado por Jean Pierre Matus al referirse al concurso de atenuantes. Respecto a este asunto dicho autor señala que *“La común naturaleza de las atenuantes fundadas en los móviles del agente ha llevado a nuestra doctrina (...) a considerar que ellas no son entre sí compatibles (...) lo mismo vale para las circunstancias 8° y 9° (...) salvo estas limitaciones, el resto de las atenuantes son compatibles entre sí y, por tanto, pueden apreciarse copulativamente”*¹⁶⁹.

Ahora bien, lo planteado anteriormente no tiene un carácter absoluto, ya que la aplicación de eximentes incompletas y atenuantes se encuentra limitada a las circunstancias que concurren en uno u otro caso. De este modo, para poder aplicar conjuntamente dichas atenuantes se requerirá que los hechos fundantes de ellas sean distintos. Así lo plantea María Francisca Villamán, quien sostiene que *“El juzgador para determinar la rebaja deberá atender al número y entidad de los requisitos que falten o concurren y las demás circunstancias modificatorias de la responsabilidad que existan junto con eximente incompleta en el caso concreto. El único límite a esto es la concurrencia de otras circunstancias modificatorias que se refieran a elementos ya considerados en la eximente incompleta...”*¹⁷⁰.

Por último, es posible sostener -a propósito de la determinación de la pena- que cuando concurren conjuntamente atenuantes y eximentes incompletas, se debe

¹⁶⁸ Esta clasificación ha sido planteada por Alfredo Etcheberry en: ETCHEBERRY, ALFREDO, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997, Pág. 15.

¹⁶⁹ *Op. Cit.* POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTÍZ QUIROGA, Luís, 2002, Pág. 166.

¹⁷⁰ *Op. Cit.* VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, 1999, Pág. 20.

atender en primer lugar a las eximentes y luego a las atenuantes, de modo que la rebaja de pena se realiza una sobre otra. De este modo, la pena atribuida al caso concreto, deberá ser disminuida en dos oportunidades, la primera aplicando la eximente incompleta y luego, una vez determinada ésta, se aplicará sobre la penalidad resultante la rebaja que indica la atenuante. Así lo ha planteado la mayoría de la doctrina, en especial Mario Garrido Montt, quien al explicar esta hipótesis ha sostenido : *“... una vez determinada la pena con la rebaja correspondiente a la justificante incompleta, deberá rebajarse otra vez esa pena – como ser – dos atenuantes sin agravantes (...) Podría tildarse tal solución de discutible, al creerse que solo dentro del grado de la sanción establecida con la rebaja motivada por la eximente incompleta correspondería graduar la pena en merito de las atenuantes concurrentes, sin salirse de ese grado; pero no parece que esta última solución tenga algún respaldo dogmático”*¹⁷¹.

4.1.1. Compatibilidad de la eximente incompleta de legítima defensa y la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató u obcecación.

La interrogante que nos planteamos al abordar este tema es si ¿es posible aplicar conjuntamente la legítima defensa incompleta y la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató u obcecación?

¹⁷¹ GARRIDO MONTT, Mario, “Consecuencias Penales de las Eximentes Incompletas”, *En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES; ESCUELA DE DERECHO, “Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie 30 Seminarios, Estudios de Derecho Penal”*, Santiago, Chile, 1994, Pág. 104.

Así las cosas, para dar respuesta a la pregunta antes expresada se requiere determinar si dichas circunstancias responden a una única naturaleza y si éstas consideran para su establecimiento los mismos hechos.

Como ya señalamos anteriormente, la doctrina -al abordar las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal- ha optado por distinguir cuatro clasificaciones atendida su naturaleza. Así, podemos encontrar a las (1) eximentes incompletas, (2) aquellas relativas a los móviles del agente, (3) las relacionadas con la personalidad del hechor, y finalmente (4) las derivadas de la conducta posterior del actor ¹⁷² de ahí, entonces, que podamos sostener que la legítima defensa incompleta se encuentra dentro de las eximentes incompletas, en tanto que la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató u obcecación, forma parte de las atenuantes relativas a los móviles del agente, hecho que da cuenta de su aplicación conjunta. Pero ¿a qué se debe tal tratamiento diferenciado?

La pregunta antes formulada puede ser contestada en atención a dos criterios, a saber: su fundamento y su repercusión sobre la pena.

En cuanto al primer criterio, es posible sostener que, tratándose de las eximentes incompletas, lo que explica su consideración como atenuantes es su menor entidad respecto de la culpabilidad del autor o del daño causado, hecho que impide su aplicación como causal de exclusión de la responsabilidad penal. Por su parte, las atenuantes relativas a los móviles, en especial la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató u obcecación, tienen su fundamento en el menor control del autor sobre su voluntad, toda vez que la concurrencia de dichas circunstancias le produce un

¹⁷² *Op. Cit.* ETCHEBERRY, Alfredo, Tomo II, 1997, Pág. 15.

estado en el que no le es exigible un pleno dominio de sus actos o una reflexión pormenorizada de los mismos. Así las cosas, el establecimiento de unas y otras eximentes, responde a razones e hipótesis distintas, su aplicación conjunta es totalmente procedente.

Lo anterior, además, se ve reforzado por el segundo criterio, es decir, la repercusión de estas atenuantes en la determinación de la pena. Mientras las eximentes incompletas admiten la reducción de la pena en uno, dos o tres grados según concurren o no la mayoría de sus requisitos, además de una aplicación general (como las demás atenuantes) el resto de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, dentro de las cuales se encuentra la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación, sólo admiten una aplicación general, de modo que si concurre alguna de ellas se deben sumar o compensar con las demás circunstancias modificatorias.

En cuanto a los hechos que fundan la aplicación de una u otra atenuante, podemos decir que éstos son totalmente disímiles, mientras la legítima defensa incompleta requiere de la existencia de una agresión ilegítima y la falta de alguno de los demás requisitos (la necesidad de un medio racional para repelerla y/o la falta de provocación por parte del que se defiende); la atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación, necesita para su procedencia que se presente un estímulo de tal magnitud que provoque un trastorno profundo en el ánimo de la persona, de suerte que ésta no pueda tener pleno dominio de su voluntad o reflexión de sus hechos.

Así las cosas, es totalmente posible la aplicación conjunta de estas atenuantes. Ejemplo de ello es cuando una persona es agredida ilegítimamente y emplea

para defenderse un medio que no es racional, pero cuyo uso se explica dado el arrebató y obcecación que provoca tal ataque en contra del sujeto.

CAPITULO II: JURISPRUDENCIA SOBRE LAS EXIMENTES INCOMPLETAS.

5. Jurisprudencia sobre la procedencia de las eximentes incompletas.

En este apartado analizaremos, brevemente, algunas resoluciones judiciales dictadas por Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal y Tribunales Superiores de Justicia, a propósito de la aplicación de las eximentes incompletas. Para una mejor comprensión, dividiremos el estudio de las resoluciones “extractadas” de acuerdo a los Tribunales que las dictaron.

5.1. Tribunales de Garantía.

- Juzgado de Garantía de Punta Arenas. 11 de Agosto de 2009, RIT: 999-2009.

Visto y oídos:

TERCERO: Que durante su intervención en la audiencia de procedimiento abreviado, la Fiscalía invocó los siguientes elementos de la investigación por ella llevada a cabo:

b) Parte policial N° 01900 de 11 de abril de 2009, que da cuenta de la detención de J.H.O., en circunstancias que Carabineros acudió hasta el Hospital Regional de esta ciudad.

El parte explica que, entrevistada en el lugar, la Enfermera de Turno de la Unidad de Psiquiatría de dicho Hospital, D.O.A., dio cuenta que, siendo aproximadamente las 15:15 horas del sábado 11 de abril del año presente, en la puerta de la Unidad de Desintoxicación del Servicio se estaba produciendo

un incendio, motivo por el cual desalojaron desde el Servicio de Psiquiatría a los veinte pacientes que en ese momento se mantenían en su interior. Fue así como se procedió también a evacuar al único paciente que se hallaba en la referida Unidad de Desintoxicación, a saber, el imputado H. O., quien estaba precisamente al interior del baño de la Unidad y, posteriormente, huyó del lugar.

Con todo, el mismo parte deja constancia que siendo las 16:37 horas, se presentó al personal policial quien dijo ser el padrastro del imputado H., a saber, R.A.T., quien entregó a H.O., procediéndose a la detención de éste.

Se deja constancia en el documento en análisis que el imputado se encontraba en dicho recinto asistencial por disposición de este Juzgado de Garantía, en atención a un problema de adicción a solventes.

Por último, se consigna en el parte que la causa u origen del fuego fue intencional, a través de la quema de un colchón y que se registraron diversos lesionados de entre los pacientes y funcionarios del Servicio, a saber, cuatro con inhalación de CO₂ y otro con pequeña quemadura de 1,5 centímetros en dedo índice de mano izquierda.

En otro ámbito, el parte policial en examen contiene, como anexos, las siguientes actas y testimonios:

- Acta de resguardo del sitio del suceso.

- Acta de fijación de domicilio.

- Dichos de D.O.A., enfermera de Turno del Servicio de Psiquiatría del Hospital Regional, quien dice haber estado en su oficina y haber escuchado gritos de

incendio, asomándose al pasillo de la unidad de desintoxicación, percatándose que la puerta de esa unidad estaba en llamas, preocupándose de evacuar a todos los pacientes.

Aclara que donde se inició el fuego había un solo paciente que es J.H.O., quien está internado por orden del Juzgado de Garantía de esta ciudad por adicción a sustancias tóxicas. Además estaba aislado del resto de los pacientes por tener amenazado a uno y por sus constantes fugas desde el recinto.

- Dichos de F.A.S., funcionario del Servicio de Psiquiatría, quien da cuenta de haber sacado desde el recinto al imputado H., quien estaba en el baño de la Unidad de Desintoxicación y, ya estando afuera, le dijo “déjame ir” en varias ocasiones y él, para evitar forcejeos con quien sabe que es violento, lo dejó que se fuera del lugar, preocupándose de rescatar a los demás pacientes del recinto.

- Dichos de P.C.M., paramédico del Servicio, que da cuenta de haber visto un colchón que estaba ardiendo en la puerta de la Unidad de Desintoxicación, sector donde sólo estaba como paciente J.H.O.. Al ver esto, dio la alarma respectiva.

- Dichos de J.F.A, médico, Director del Servicio de Salud Magallanes, quien dice conocer al imputado H.O. pues se trata de un paciente que ha ingresado en varias ocasiones a la Unidad de Desintoxicación del Servicio de Psiquiatría, siendo un paciente que representa un alto riesgo para los demás pacientes y los funcionarios del servicio por sus conductas de amenazas con arma blanca.

Con respecto a los daños producidos por el incendio, da cuenta que se quebraron cuatro vidrios, se inhabilitaron cuatro piezas con un total de ocho

camas de hospitalización y se ocuparon todos los extintores del servicio, avaluando los daños en la suma aproximada de diez millones de pesos.

Culmina sus dichos expresando que H.O. es plenamente imputable pues él mantiene sólo una adicción a solventes, pero no presenta una patología psiquiátrica de base.

f) Copia de sentencia dictada por la ltima. Corte de Apelaciones de esta ciudad con fecha 26 de noviembre de 2008, en el proceso rol 79-2008 sobre recurso de protección, que acoge la acción de dicha naturaleza incoada por la madre del imputado y, a cuya virtud se ordena la internación de J.H.O. en el Hospital Psiquiátrico de esta ciudad por todo el tiempo que sea conveniente para su desintoxicación y tratamiento, en atención a la gravedad de las adicciones y enfermedades que padece.

NOVENO: Que en concepto del Tribunal, concurren las dos circunstancias atenuantes que se han postulado como concurrentes por el propio órgano persecutor.

En efecto, beneficia al acusado la minorante denominada en el foro como de "eximente incompleta" a partir de lo que disponen los artículos 11 N° 1 y 10 N° 1, habida consideración de la afección que registra el imputado consistente en su poliadicción a drogas y solventes, la que consta en la ficha clínica allegada a la causa y que fuera, por lo demás, la circunstancia que motivó su internación en la Unidad de Desintoxicación del Hospital Regional, antecedente éste que si bien no lo hace una persona exenta de reproche penal por vía de inimputabilidad, merma en un margen razonable su capacidad para controlar sus actos, disminuyendo, así, su ámbito de culpabilidad.

Lo beneficia, además, la minorante de haber colaborado en forma sustancial con el esclarecimiento de los hechos, teniendo únicamente presente para ello lo manifestado en audiencia por el señor Fiscal, al tenor de lo que permite el artículo 407 del Código Procesal Penal.

En la presente sentencia se hace mención a los medios de prueba que permiten acreditar la existencia de la eximente incompleta, a saber: declaración de testigos, sentencias anteriores e informes médicos, los cuales permite establecer que, dada las adicciones que padece el imputado, éste no puede autodeterminarse plenamente. La sentencia, no da cuenta de los requisitos que concurren en concreto y que acreditan la eximente incompleta, sino que solo da cuenta que ello ocurre. Así las cosas, se da por acreditado que una poliadicción de las características que se presenta en el imputado, necesariamente, supone una profunda perturbación, una carencia de conciencia de su enfermedad y una inadaptabilidad social. En consecuencia, el Tribunal estima que la eximente incompleta estaría dada por la menor entidad de las enfermedades que afectan al sujeto, las cuales, si bien lo afectan considerablemente, al punto de que no puede autodeterminarse plenamente, no lo privan de razón en los términos que lo exige la enajenación mental.

- Juzgado de Garantía de Curicó. 18 de Diciembre de 2002, RIT: 332-2002.

Vistos y considerando:

UNDÉCIMO: El defensor del acusado F. A. M. M., alega en su favor la circunstancia atenuante de responsabilidad, imputabilidad disminuida, artículo N° 11 N° 1 con relación al artículo 10 N° 1 del Código Penal, la que sostiene se

acreditó con los informes de las psicólogas Paula Bass Martínez, Paulina Torres Barrera, ambos de fecha septiembre de 2002 y el informe social de la asistente social Paula Lazo sobrazo, de fecha 19 de agosto de 2002, ya que ellos señalan que el acusado presenta daño orgánico, promedio intelectual disminuido, adicción del imputado a la marihuana y al alcohol, respecto de lo cual el fiscal señala que respecto del acusado no concurriría la cantidad de elementos para hacer aplicable el artículo 73 del Código Penal para rebajar la pena.

DUODÉCIMO: Que los informes psicológicos evacuados por los psicólogos don Rodrigo Valenzuela Figueroa, del CRS local, de fecha 4 de septiembre de 2002, Paula Bass Martínez, de fecha septiembre de 2002, Paulina Torres B., también de fecha septiembre de 2002, respecto del acusado F. A. M. M., de todos ellos se desprende que éste presenta nivel intelectual limítrofe con un CI de 71, tiene una baja capacidad de abstracción presentando un funcionamiento concreto de pensamiento. Normal es su capacidad para expresar sus ideas o experiencias a través de palabras. Levemente disminuido se presenta su capacidad de analizar y dirigir su propia conducta y de esta manera adelantarse a las posible consecuencias de sus actos. Presenta dificultades para adaptarse a las exigencias sociales. Fuertemente disminuida se encuentra su capacidad de aprender de la experiencia, junto con el grado de internalización de la cultura en cuanto a juicios éticos y morales. Presenta alteración psiconeurológica, sugerente de daño orgánico cerebral. Significativa deprivación sociocultural, afectividad inmadura, concreción en la percepción de la realidad. De la totalidad de las funciones intelectuales, no todas se encuentran conservadas, apareciendo un deterioro en algunas de ellas, ello es totalmente congruente con los índices significativos de organicidad arrojados en el test gestáltico vasomotor, lo que tendría una implicancia directa en la organización que realiza el sujeto de los estímulos que percibe, antecedentes que permiten acreditar la

existencia de la atenuante del artículo 11 N° 1 con relación a lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, dado que el acusado presenta daño orgánico cerebral y capacidad intelectual limítrofe, lo que hace que éste padezca de enajenación incompleta, privación de razón no total sino parcial, razón por la que se accederá a la solicitud de la defensa del acusado F. A. M. M..

DÉCIMOTERCERO: Que estimándose concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad del artículo 11 N° 1 del Código Penal, a favor del acusado F. A. M. M., en atención a lo dispuesto en el artículo 73 del mismo cuerpo de leyes, y en conformidad a lo sostenido por la interpretación unánime del artículo 11 N° 1, en el sentido que allí la expresión requisitos incluiría no sólo los casos de divisibilidad material, con señalamiento de numerales, sino también los comprendidos en la eximentes de suyo graduables o moralmente divisible, verbigracia, artículo 10 N° 1 del Código Penal, el tribunal aplicará la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, ello es, la pena de prisión en su grado máximo.

Así, se ha dicho que para que opere la norma del artículo 73 del Código Penal, se requiere en aquellos en que no existe numeración sino gradualidad (divisibilidad moral), el mayor grado que no constituya la eximente, cuya apreciación debe quedar entregada a la prudencia del tribunal, debiendo sí concurrir el requisito esencial o básico de trastorno mental (vid Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Sergio Politoff Lifschitz, Luis Ortiz Quiroga, coordinador Jean Pierre Matus Acuña, Editorial Jurídica de Chile, abril de 2002, páginas 381, 382; Derecho Penal en la Jurisprudencia, Alfredo Etcheberry O.; Parte General y Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, agosto de 1983, páginas 113 y 114.

En atención a la menor extensión del mal producido por el delito, toda vez que la víctima del ilícito recuperó las especies encontradas en poder del acusado, como consta en carpeta de investigación fiscal, conforme lo dispone el artículo 69 del Código Penal, se impondrá a este acusado la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo, por lo que debido al mayor tiempo que estuvo detenido y sujeto a prisión preventiva con motivo de esta causa, se la dará la pena por cumplida.

En la sentencia anteriormente expuesta, el Juez de Garantía expone el diagnóstico mental del imputado contenido en los informes médicos allegados al juicio, limitándose su decisión a configurar la eximente incompleta alegada por la Defensa dado que el acusado presenta daño orgánico cerebral y capacidad intelectual limítrofe, lo que hace que éste padezca de enajenación incompleta, privación de razón no total sino parcial; sin pronunciarse expresamente sobre los requisitos que hacen procedente la locura o demencia incompleta.

- Juzgado de Garantía de Los Ángeles. 12 de Diciembre de 2006, RIT: 3462-2006.

Visto y teniendo presente:

5º) Que, por su parte, la Defensa afirmó que favorecían a su representado dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal:

-La del N° 9 del artículo 11 del Código Penal, basada en la aplicación analógica que corresponde efectuar –a favor del encausado- de lo dispuesto en el artículo 407 del Código Procesal Penal, y, además, en que la renuncia al juicio oral

contradictorio por la aceptación de responsabilidad en los hechos implica una contribución sustancial a la comprobación del dolo del ilícito.

-La del N° 1 del mismo artículo 11, en relación con el artículo 10 N° 1 del Código Penal, pues si bien se declaró que el imputado contaba con discernimiento en los hechos que se le atribuyen, el informe psicológico que se evacuó en su oportunidad da cuenta de las mermas en su capacidad mental, que permiten establecer que su condición es intermedia entre el estado normal y el de retardo mental exculpatorio de responsabilidad penal.

El Fiscal se manifestó en desacuerdo con esta última alegación, fundado, principalmente, en la insuficiencia de antecedentes para acreditar el retardo mental.

7º) Que respecto a la segunda atenuante invocada, y atendida la oposición fiscal, se tiene en cuenta para acogerla que la psiquiatría moderna entiende que la pseudo insuficiencia mental, que corresponde a los casos de personas que, sin daño cerebral, han crecido en un medio familiar caracterizado por la ignorancia y la miseria, lo que las ha privado del dominio del lenguaje y dificultado el aprendizaje de símbolos y conceptos abstractos, y las sitúa en un ámbito psíquico cercano a la insuficiencia mental mediana propiamente tal, puede estimarse constitutiva de una hipótesis de imputabilidad disminuida. Y tal es el caso del acusado, porque su evaluación psicológica concluyó que presenta un rendimiento intelectual e inteligencia social bajo el promedio, que es escaso su control de impulsos y que carece de capacidad de abstracción, amén de haber sido criado por sus abuelos ante la ausencia y abandono de sus padres, y haber desertado de la educación formal en 5° año básico.

Por otra parte, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estiman que la enajenación mental es una eximente graduable, y por ende, incompleta, como lo contempla el artículo 11 N° 1 del Código Penal, y el mérito del informe psicológico practicado al encausado se estima suficiente -en este procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, en que la exigencia probatoria es de menor intensidad- para acreditar la atenuante en comento.

En la resolución precedente, el Tribunal plantea que debe considerarse la aplicación del artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 1 de Código Penal, atendido que el imputado se encuentra, psicológicamente en un estado intermedio entre la insuficiencia mental y la normalidad. Así las cosas, dado el carácter gradual atribuido a la locura o demencia incompleta, bien puede aplicarse esta circunstancia. Es dable destacar, que el informe médico que sirve de fundamento para acreditar la menor entidad de la enajenación mental, señala que ésta se debe – principalmente- a carencias sociales. Aquí nuevamente se puede observar claramente la necesidad que la afección mental sea profunda, cuestión que queda de manifiesto en los graves problemas de adaptabilidad producidos por la falta de manejo del lenguaje, dificultad de aprendizaje, etc.

- Juzgado de Garantía de Santiago. 17 de Mayo de 2006, RIT: 2027-2005.

Oídos los intervinientes:

CUARTO: Que la defensa, luego de superar sus contradicciones al momento de presentar sus argumentos, alegó la concurrencia de atenuantes correspondiente a la de los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior y la colaboración sustancial en la investigación, ésta última se configuraría ya que se aceptó el procedimiento

abreviado y junto a ello consta en la investigación la declaración policial voluntaria del acusado, quien señala “que el día de hoy antes del medio día concurrí al liceo Victorino Lastarria a dejar una fotocopia de carné de identidad procediendo a ingresar al salón auditorio, donde procedí a ganarme al lado de un grupo de persona que realizaban el trámite de matrícula. Que mientras observaba el proceso de matrícula vi como ingresaba el dinero en unas cajas recaudadoras del lugar, procediendo a dirigirme en dirección a mi vehículo, el cual lo había dejado estacionado en la calle Granadero entra la calle Miguel Claro y Manuel Montt, una vez en el lugar procedí a buscar algo para cubrirme el rostro encontrando una pantimendia la que corté y un gorro de lana, no recuerdo si me lo coloqué o lo llevé en mi mano en dirección al auditorio del liceo, solo recuerdo que alcancé a llegar a la caja de la señora pidiéndole el dinero y de ahí no recuerdo más, hasta que fui detenido por unas personas y carabineros, no sé lo que hice, pero lo hice, recuerdo que sólo me encaramé sobre una reja metálica y que la puerta de la reja estaba abierta”. “A su pregunta, no señor no recuerdo haber llevado el arma en mi mano, no señor sólo escuche unos disparos, pensé que me estaban disparando, no señor no recuerdo como y cuando me causé las lesiones, tampoco recuerdo que me hayan pegado, solo ahora me veo en el espejo y veo el reflejo de lo que sucedió en mi rostro.”

A las dos atenuantes, se debe sumar la del artículo 11 N°1, la que luego reconducen al artículo 73 del Código Penal, al que también se le da un tratamiento de atenuante que suman a las otras para solicitar la rebaja en tres grados de la pena al tenor del artículo 68 del mismo texto legal, debiendo en consecuencia imponer una pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo.

Precisando la atenuante del artículo 11 N°1 la defensa indica que existe un daño orgánico cerebral, uno de los peritos así lo afirma al menos.

A lo anterior se debe sumar el informe del Hospital del Trabajador emanado del neurocirujano Enrique Teera Flores, quien analizando el examen médico neuropsicológico de la profesional Isabel Concha, se determinó un estrechamiento de conciencia, epilepsia temporal, deterioro orgánico del cerebro en proceso, que puede ser tratado

En subsidio de lo anterior y en el evento que sólo se consideraran las atenuantes del Ministerio Público igualmente se puede imponer la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo. Escala penal que es más acorde con la afectación producida al tenor del artículo 69 del Código Penal.

Finalmente indica que deben computarse los días que estuvo privado de libertad el imputado y eximírsele de las costas.

QUINTO: Que al contestar las alegaciones de la defensa, el Ministerio Público argumentó que la atenuante del artículo 11 N°9 no concurre, puesto que el imputado ni siquiera reconoció la utilización del arma. Además aún antes que declarara todo estaba debidamente acreditado y resuelto con la numerosa prueba que se obtuvo de forma inmediata.

En cuanto a la alegación de estar frente al artículo 73, ello no es admisible porque estamos frente a una atenuante general del artículo 11 N°1 y de las conclusiones del informe médico no existe daño orgánico cerebral alguno, sólo existió una alteración transitoria de conciencia.

Precisando el informe el fiscal y dando lectura a éste destacó que fue una reunión clínica del servicio, donde se presentó un grupo de médicos del servicio de salud mental del Servicio Médico Legal y en la evaluación de compromiso de conciencia en la acción delictual hubo dos posturas:

“1.- Hubo un compromiso de conciencia cualitativo, esto es un estado crepuscular psicógeno y su compatibilidad esta conservada, y estado crepuscular psicógeno lo abrevia con las iniciales ECP, para referirme en el futuro en los mismo términos y hacerlo mas breve, este estado necesita de una emoción intensa es decir una emoción que tubularice la conciencia y de un hecho que gatille esa reacción emocional, es decir una causa inmediata y necesaria y fácilmente evidenciable.

a) En la acción de autos no existe un hecho encadenante necesario y fácilmente evidenciable, porque en los momentos previos a los hechos y a la noche anterior no hay un registro de un incidente relevante, además sus familiares no lo vieron alterado, “estaba igual que siempre” cita declaración textual por parte de los familiares “no note nada especial”

b) Planificar una acción implica necesariamente un estado de frialdad emocional lo que infiere que este ilícito fue planificado, por la prevención de llevar desde el hogar los elementos necesarios, arma, pasamontañas, medias, bolsa y por la visita del día anterior al lugar de los hechos, la frialdad emocional es antagónica con la crepuscularización psicógena la cual requiere de gran intensidad emotiva.

c) El estado crepuscular psicógeno compromete la conciencia, un compromiso de conciencia, para ser diagnosticado como tal debe presentar fallas de reflexividad, discriminación, orientación o memoria, sin embargo durante el ilícito el imputado: realizó actos bien coordinados para obtener el

control de la situación, dio órdenes congruentes, intimidó sin herir, procuro y seleccionó vías de huidas, escondió y se deshizo de implementos comprometedores, aunque no del dinero, señala luego.

d) Cuando fue inmovilizado entregó a carabineros datos muy precisos de la ubicación del automóvil, número de placa patente, etc, su conducta es socialmente adecuada desde el momento de su detención, admite recuerdos parciales de los hechos, con buena descripción de lo que dice recordar, estos hechos señalan indemnidad de la reflexibilidad y una excelente ubicación, orientación y memoria.

e) Carece de antecedentes de haber presentado estados crepusculares sin delitos.

Esta es una posición que sostiene que actuó con plena conciencia.

La otra posición señala:

2.- Que hubo un estado crepuscular psicógeno parcial derivado de un estado depresivo que disminuye parcialmente la imputabilidad, señala:

a) Porque los sentimientos depresivos derivados de la cesantía, sentimientos de menoscabo personal y humillación conducirían a un estado de desesperación.

b) Conserva un recuerdo nebuloso, fragmentario y parcial de los hechos.

- c) La comisión de un delito fue en un lugar donde el imputado era conocido y concurría frecuentemente, en abono a eso el hijo del imputado estudia en ese establecimiento educacional Liceo Lastarria.
- d) Hay ausencia de una motivación clara y económica congruente con el acto.
- e) El acto es absurdo e incompresible.”

Por lo anterior, señala el señor fiscal que hubo un consenso por el examen mental, por los antecedentes clínicos, tipo de delito, y la normalidad de los exámenes cerebrales, que no presenta ni presentó cuadro de etiología orgánica, deterioro psicorgánico que es lo importante y o demencia en ningún grado de los tipificados en estándares internacionales. Indica que también hubo concordancia en el perfil caracterológico o tipo de personalidad y la presencia de un estado depresivo reactivo a su situación sociolaboral y familiar que se realizó antes de la comisión del delito que se ha incrementado posteriormente, ninguno de los peritos que intervienen del Servicio Médico Legal señala que existe deterioro orgánico, las posturas sólo apuntan a si existió o no, un estado o una alteración transitoria de conciencia, por lo que no hay mas aquí que una atenuante de carácter general Art. 11 N ° 1 de imputabilidad disminuida.

Agrega que este informe Médico legal se solicitó cuando se contó con todos los antecedentes aportados que ha referido la defensa.

NOVENO: Que en la especie existiría una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, invocada por el fiscal, pero que la defensa considera como más propia del artículo 73 del Código Penal, a saber: la del artículo 11 N ° 1 del Código Penal con relación al 10 N ° 1 del mismo cuerpo legal; es decir, la imputabilidad disminuida. En efecto, el imputado fue objeto de una minuciosa

pericia psiquiátrica, ni más ni menos que un claustro de todo el departamento de siquiatria del Servicio Médico Legal, con ocasión de los hechos que motivaron este proceso penal, con las conclusiones divergentes ya anotadas, pero al menos en la línea que el propio órgano persecutor penal, con una postura que reconoce hubo un estado crepuscular psicógeno parcial derivado de un estado depresivo que disminuye parcialmente la imputabilidad.

Las conclusiones referidas en el estudio psiquiátrico realizado al acusado permiten afirmar que su capacidad de autodeterminarse conforme a las exigencias normativo sociales impuestas por el ordenamiento jurídico se encuentra cuando menos parcialmente comprometida al momento de la comisión de los hechos, lo que sin duda alguna incide en su quantum de culpabilidad y, consecuentemente, en la intensidad del reproche jurídico-penal que le es atribuible, ello porque los mandatos penales están dirigidos a personas comunes y corrientes y quienes por cualquier razón se sustraen a ese baremo de “hombre medio”, adquieren también una posición distinta frente a la persecución penal del Estado (un principio de igualdad mínimo).

Establecido lo anterior, corresponde hacerse cargo de las consecuencias jurídicas específicas que la imputabilidad disminuida produce en la determinación de la pena a la luz del Código Penal, para lo cual es necesaria previamente hacerse cargo de parte de la doctrina y jurisprudencia que restringe la aplicación del artículo 73 a aquellas eximentes que tienen descrito materialmente requisitos, cuestión que como afirma otro sector de la doctrina nacional es un error, así nos dice que: “El artículo 11 N°1 emplea la palabra “requisitos”; es necesario explicar su alcance normativo, que es diferente al que generalmente se le ha atribuido. La referida expresión no ha sido usada en sentido numérico, de cantidad de elementos, pues de ser así, la aplicación del precepto se limitaría exclusivamente a las eximentes que constan de varios

requisitos, por lo menos de más de uno. En verdad la palabra “requisitos” está empleada en el sentido de gradualidad; al hacerlo así se extiende el alcance del N°1 del artículo 11 a las eximentes conformadas por un solo requisito que puede alcanzar mayor o menor intensidad. Por consiguiente, el artículo 11 N°1 comprende todas las eximentes del artículo 10, salvo las explícitamente excluidas, como sucede con las de los N°3 y 8, y las indivisibles o imposibles de graduar, como la del N°2.”.....”Por consiguiente, no corresponde distinguir entre causales eximentes con o sin requisitos, ni hacer aplicación de los arts. 62 y siguientes, según el número de los requisitos que falten, porque las eximentes incompletas escapan al tratamiento general de las atenuantes, están sujetas exclusivamente a la reglamentación que para ellas se indica en los arts. 71, 72 y 73.” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General Tomo I, Parte General, Cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pág 186 y 187).

Por lo anterior frente al artículo 73 del Código Penal el juez imperativamente debe rebajar la pena en a lo menos un grado al mínimo señalado por la ley para el delito de que se trate. Por consiguiente, “la atenuante del artículo 11 N ° 1 tiene un tratamiento y una especificidad que la sustrae a las normas generales referidas a la ponderación de las circunstancias modificatorias en el Código Penal; tratamiento que se traduce en la necesidad de obedecer el mandato que imperativamente se impone al juez en orden a rebajar la pena en el sentido señalado por el citado artículo 73.” (sentencia 30/12/2005 RUC N° 0510011031-k, RIT N° 417-2005, 13 ° Tribunal de Garantía de Santiago, magistrado Eduardo Gallardo).

La cuestión es determinar bajo qué parámetros se determina en concreto la rebaja, lo que el legislador por cierto no ha fijado. En este punto la teoría de la culpabilidad como fundamento de la pena, que se desplaza hacia su

consideración como límite de la misma, donde entra a complementarse con el principio de necesidad, de lesividad, en buenas cuentas de proporcionalidad, es a lo que la función adjudicataria debe sujetarse.

Bajo tales consideraciones este juez rebajará la pena en un grado, habida consideración a las conclusiones del informe médico legal, el que no sólo tiene posturas en competencia, sino también el hecho del carácter transitorio de la disminución de la capacidad de adecuación por parte del imputado.

En la presente sentencia se realiza un trabajo más acabado al tratar la eximente incompleta de locura o demencia, en torno a determinar: si existió o no algún grado de enajenación, si ello afectó al imputado de manera considerable y finalmente cual es el tratamiento que debe darse a esta circunstancia. Respecto del primer y segundo punto el Tribunal estimó que sí se dio una perturbación mental significativa, toda vez que de acuerdo a los informes médicos, el sujeto sufre problemas orgánicos y psicológicos que hacen que no pueda tener pleno control de su conducta. Ahora bien, el juez aplica esta eximente atendida la menor entidad del mal, el cual sólo es un trastorno transitorio y no una enajenación mental que prive al imputado en todo momento de la razón. En cuanto al tercer punto, el Tribunal señala que es aplicable en este caso lo dispuesto en el artículo 73 del C.P. en atención a que se presenta un nivel menor de enajenación mental y que, según lo expresado por la doctrina, no es procedente diferenciar entre eximentes incompletas con requisitos y sin requisitos.

- Juzgado de Garantía de Copiapó. 31 de Mayo de 2005, RIT: 776-2005.

Vistos y teniendo presente:

PRIMERO: ... se hace presente al Tribunal por parte del ministerio público que debe considerarse al momento de aplicar la pena la atenuante incompleta de la legítima defensa de conformidad a los artículos 10 N° 4 del Código Penal en relación al artículo 11 N° 1 del mismo texto.

SÉPTIMO: Que por su parte la defensa en primer término solicitó la absolución de su representado por cuanto en su concepto si concurren todos los elementos de la legítima defensa establecidos en el artículo 10 N° 4 del Código Penal, ello en atención a que de las declaraciones que constan en la carpeta investigativa de las diligencias efectuadas por el ministerio público, está claro que el imputado concurrió a cobrar un dinero ante lo cual la víctima del hecho, se habría ofuscado, habría agarrado un palo y con éste le habría golpeado, en ese entendido sin duda existe una agresión ilegítima, se ha ocupado un medio racional para la defensa y asimismo existiría falta de provocación suficiente por parte de su representado, en subsidio de lo anterior la defensa solicita se imponga únicamente la pena de multa graduada en su mínimo en atención a la eximente incompleta que ha sido reconocida por el ministerio público, se le conceda su pago en cuotas y no se le condene en costas en atención ha haber sido patrocinado por la defensoría penal pública.

Octavo: Que el Tribunal analizando todos los antecedentes que figuran en la carpeta investigativa, no puede desconocer la versión que ha manifestado J.L.S.C. desde el inicio de la presente investigación, según consta del parte policial de fecha 4 de julio de 2004, la cual posteriormente es ratificada ante el ministerio público en los mismos términos el día 26 de julio, dicha versión es plenamente coherente con lo que exponen las testigos presenciales de los hechos doña K.E.M.P. y doña X.S.S.N. quienes señalan no tener ninguna vinculación ni con el imputado ni con la víctima y son claras en manifestar al igual como lo manifiesta el imputado que la agresión se habría producido por

parte de la víctima de este delito, que es conocida como el “choro pepe”, quien habría tomado un palo y le pegó con él en el brazo, a consecuencia de que J. S. le habría solicitado el pago de la suma de \$2.000.- que le debía, a mayor abundamiento este Tribunal debe considerar asimismo el informe de lesiones N°389-2004 que fue practicado a J.L.S.C. en que su diagnóstico de ingreso se manifiesta contusión de ambos brazos lo cual es suficiente para este Tribunal para considerar que tanto la versión del imputado se encuentra refrendada con los dichos de dos testigos y asimismo con el informe de lesiones.

NOVENO: Que atendido lo concluido en el motivo anterior y de conformidad lo dispone el artículo 10 N° 4 del Código Penal, el Tribunal considera que en la especie se cumplen todos y cada uno de los requisitos de la eximente de la legítima defensa, ya que en primer lugar existió una lesión ilegítima por parte de J.A.E.V. por cuanto no se podría estimar que el hecho de cobrarle la suma de \$2.000 que le debía al imputado pueda ser una agresión, pero sí de los antecedentes consta que él se habría ofuscado y habría dado principio a las agresiones agarrando un palo y golpeándolo en el brazo, en atención a lo anterior el Tribunal además considera que la necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo es idóneo, ya que si la persona se ve agredida con un palo es lógico que la forma de defensa que tiene en ese momento sean sus propias manos y en atención a lo ya concluido el Tribunal no puede considerar que el cobro de la suma de \$2.000.- sea una provocación que incite a la agresión, en ese entendido y si bien el Tribunal da por acreditados los hechos en la forma que aparece en el requerimiento fiscal, este mismo no se puede olvidar que aparece en forma clara establecido que al momento de cobrar la suma de \$2.000 éste se ofuscó e intentó agredir al imputado a lo cual en atención a los medios de prueba ya referidos consta que esta agresión se consumó y además fue efectuada por intermedio de un palo por lo que este Tribunal deberá necesariamente acceder a la solicitud de la defensa en cuanto

decretar la absolución del imputado y en virtud de lo anterior no emitirá un pronunciamiento respecto de las demás peticiones subsidiarias.

La sentencia en comento se pronuncia respecto de los requisitos que dan lugar a la legítima defensa. Si bien el Ministerio Público solicitó que se configurara a favor del imputado la eximente incompleta de legítima defensa, finalmente el Tribunal decidió absolver al imputado por presentarse la eximente de responsabilidad. Respecto del análisis que hace el Tribunal en torno a los requisitos de dicha eximente, resulta interesante destacar el razonamiento sobre los requisitos de “provocación necesaria” y “la idoneidad del medio empleado”. Así las cosas, es evidente que el cobro de los \$2.000.- por parte del imputado no puede considerarse como una provocación, toda vez que resulta de lo más lógico que si a una persona le adeudan algo éste solicite su devolución. En cuanto a la idoneidad del medio empleado, el imputado se defendió de manera más que racional y proporcional al ataque, requisito establecido en forma correcta por el Tribunal, pues cualquier exceso considerado por éste, daría lugar a la aplicación del artículo 11 N° 1 del Código Penal en relación al artículo 10 N ° 4 del mismo cuerpo legal.

- Juzgado de Garantía de Puerto Montt. 29 de Septiembre de 2005, RIT: 753-2005.

Oídos los intervinientes, vistos los antecedentes y, considerando:

CUARTO: Que la Defensa del acusado G.F. solicita su absolución, por cuanto estima que de los antecedentes recopilados en la carpeta fiscal, a lo más se ha acreditado que C.G. participó en una riña en la cual participaron también otras cinco personas, sin embargo no está acreditada su intención de cooperar en el

homicidio de G.H.S. Añade que quien usa el cuchillo tiene la voluntad de usarlo, sin embargo su representado no tiene el conocimiento ni participa su voluntad en la utilización del mismo, con actos anteriores y posteriores a la ejecución del hecho. Es M.D.F. quien decide entrar al establecimiento y salir con un arma blanca y participar en la riña. Su defendido no proporcionó el arma y tampoco inmoviliza a la víctima.

En cuanto a las pruebas recopiladas en la carpeta fiscal, un solo testigo -Pedro Albornoz- dice haber visto al acusado C.G.F. con un arma blanca, pero no dice que éste era el agresor, señala únicamente que “divisó al “Chiquitito” con un cuchillo”, sin embargo la defensa argumenta que tal declaración no se condice con una prueba objetiva que es el video, pues durante el mismo espacio temporal a que se refiere el testigo no se aprecia al acusado G.F. con el arma blanca, se aprecia en él a M.D.F. quien luego desaparece y que por otra parte existe un testigo presencial cuyas declaraciones aparecen como más lógicas, quien refiere haber visto una discusión, luego una pelea con golpes de pies y puños, es decir a manos limpias, que dura aproximadamente dos minutos y que un sujeto de jockey ingresa a la Fuente Alemana - en una dinámica absolutamente rápida- corre a buscar un cuchillo, por lo que no existe conciencia de colaboración por parte de su representado.

Finalmente indica que sus alegaciones tienen respaldo en las declaraciones que ha prestado el menor M.D.F., quien señaló que él sacó el cuchillo y que no se dio cuenta donde estaba su hermano, por lo que a todas luces la voluntad de la conducta de su representado no abarca el dolo homicida.

Por su parte la defensa de M.D.F. solicita lo siguiente:

Respecto de la pena, solicita que se le de por cumplida por el tiempo que ha permanecido privado de libertad, tiempo que es de 6 meses aproximadamente a la fecha.

Los fundamentos jurídicos que fundamentan la solicitud son la concurrencia del artículo 72 del Código Penal, como circunstancia modificatoria especial altera o hace variar las penas en abstracto aplicables a las personas menores de edad que tienen participación culpable en hechos típicamente antijurídicos; la concurrencia de la irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, en virtud de su certificado de anotaciones prontuariales acompañado a la carpeta y la colaboración sustancial que ha prestado al esclarecimiento de los hechos atendidas las particulares características de vida del imputado menor, quien prestó declaración sin la presencia del Defensor reconociendo su participación.

Agrega que planteará que en cuanto a los hechos y la participación de su defendido en éstos, que deberán analizarse a la luz de la teoría de la culpabilidad y de lo que estima que concurre en la especie y que es básicamente una legítima defensa de carácter putativo.

En relación al tema de la defensa putativa, argumenta que de acuerdo a como se presentan los hechos, su defendido entiende que su amigo L.A.Z. A. dice que están agrediendo a su medio hermano Oscar y él va a este grupo donde están discutiendo e interviene en el mismo y él observa como le pegan. Este testimonio es conteste con los terceros que dicen: sí, efectivamente había una riña, había una pelea, era una pelea que partió a manos limpias... dice uno de los testigos. Por lo anterior el acusado se representa la idea de que está siendo agredido su amigo, quien interviene a su vez para defender a su medio hermano, por eso es que él, que no iba armado, ingresa al local de la "Fuente

Alemana” y sustrae un cuchillo con el que procede a intervenir en esta riña causando los resultados que son materia de este juzgamiento.

A su juicio hay distintos elementos que configuran una hipótesis de legítima defensa de carácter putativo. Por una parte, la falsa o equivocada representación de las circunstancias fácticas, como bien podría ser en este caso, de acuerdo a los antecedentes que constan en la carpeta. La idea de que aquí hay una agresión y que el derecho autoriza la intervención para defender a terceros (extraños) en este caso, era su amigo.

La doctrina y la jurisprudencia dice que hay también legítima defensa putativa - que se resuelve en sede de culpabilidad- cuando por ejemplo el sujeto se equivoca o yerra a propósito de lo que se denomina una legítima defensa intensiva, esto es, se equivoca respecto de la proporcionalidad que la ley exige, a propósito del medio de defensa empleado.

Es evidente que en la especie, hay una desproporción frente a una agresión al emplear un cuchillo, pero ese tema también se resuelve en sede de culpabilidad e igualmente existe legítima defensa extensiva cuando ya ha cesado la agresión y el sujeto decide intervenir.

Señala que cualquiera de estas hipótesis, son posibles y son las que se representó su defendido, que como dijo, debe ser de la perspectiva subjetiva, analizado a la luz de lo que señala el mismo informe psicológico. Es decir, no se puede valorar la legítima defensa putativa desde la perspectiva de las capacidades que tenemos, por ejemplo, los operadores jurídicos que hoy día se encuentran en esta sala, que evidentemente no es la misma capacidad de representación de la realidad que tiene un joven menor de edad, carenciado en distintas dimensiones de su existencia, según señala el informe psicológico.

Se pregunta el Defensor si este error, esta legítima defensa putativa ¿Es un error invencible o es un error vencible?.

Al respecto señala que cree que es un error vencible, es decir, cree que aún y a pesar de las carencias que presenta su defendido era posible exigirle a él un nivel mayor de cuidado, de acuciosidad en la valoración de los hechos.

Nos ilustra el Sr. Defensor en orden a que existen tres teorías para la correcta resolución de la cuestión planteada:

1º) Teoría del dolo, elementos negativos del tipo, la idea de pensar que las causales de justificación están integradas al tipo penal y que tratándose en consecuencia de un error vencible, cae el dolo, subsiste la culpa y debe sancionarse o castigarse por los respectivos tipos culposos.

2º) Teoría moderada de la culpabilidad, teoría que siguen los profesores Matus, Politoff y María Cecilia Ramírez en su última edición de la parte general del derecho penal chileno, quienes llegan a la misma conclusión que las teorías del dolo, en el sentido de sostener que si el error es vencible (y en esto porque ellos ubican el dolo no en sede del tipo, sino que ubican el dolo más bien el ámbito de la culpabilidad), dicen al ser un error vencible cae el dolo, subsiste la culpa y debe sancionarse por los respectivos tipos penales en el caso que ellos sean punibles por participación culpable, como serían los casos de cuasidelito de homicidio o bien, cuasidelito de lesiones graves.

3º) Teoría de la culpabilidad extrema, que no comparten estos profesores y que esta Defensa tampoco comparte, pero que se le plantea al Tribunal, es la tesis que sigue fundamentalmente, quien hoy en día es Ministro de la Corte Suprema, el profesor Enrique Cury, al ubicar el dolo en el tipo y quien piensa

que en los casos de error vencible la actuación sigue siendo dolosa, pero que en consecuencia procede una atenuación de responsabilidad penal, en virtud de una minorante y en este caso plantea la minorante del artículo 11 N° 1, en virtud de una analogía bonam partem que es perfectamente aplicable a este caso.

Agrega que se inclina por la teoría de los profesores Matus y Ramírez, en este caso hay una cuestión de justicia material que debe ser valorada por el Tribunal y no puede ser que por disquisiciones de carácter dialéctico-jurídico que sea su defendido el que termine pagando el precio de las diferencias que las teorías jurídicas tienen, a propósito de cómo se valora o como se resuelve una legítima defensa de carácter putativo y en ese sentido cree en consecuencia, que debe valorarse desde la perspectiva de entender que si bien, los resultados típicos no son dolosos, sí son culpables y en consecuencia es procedente su reproche a título de cuasidelito de homicidio en el caso del señor G.H. y cuasidelito de lesiones graves, respecto de don E.G.V.

En subsidio, si el tribunal no estimare concurrente la legítima defensa putativa, sí concurriría a su entender una legítima defensa incompleta y procedería la atenuante del artículo. 11 N°1 del Código Penal, al estimar que concurre la mayoría de los requisitos de la justificante, exceptuado la proporcionalidad en el medio empleado para defenderse.

En subsidio, si toda esta valoración jurídica de los hechos no fueran compartidas por el Tribunal, de todas maneras debiera concurrir alguna de las atenuantes de carácter pasional que provocan arrebató u obcecación y que también deben ser analizadas y miradas desde la capacidad de valoración que tiene el sujeto pasivo en este caso su defendido.

Por último, en cuanto al informe presentencial, la ltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt ha señalado que éste no es vinculante. De la lectura que ha hecho la señora Fiscal, se evidencia que no puede ser considerado este informe presentencial, que efectúe un análisis –esto ha sido ampliamente criticado en la formación de las duplas sicosociales que tienen los Centros de Reinserción Social- por cuanto, tienen una tendencia positivista que no ha podido ser desterrada de nuestro sistema y tienden a efectuar valoraciones, respecto de la posibilidad o de la procedencia de medidas alternativas a la privación de libertad, con criterios que atienden a la biografía del sujeto, a su historia y que deben ser proscritas y que no pueden ser aceptados en un derecho penal de carácter liberal y democrático. Lo que se debe tener presente y lo que debe de primar, es que se trata de una persona menor de edad que está siendo juzgada que lleva 6 meses privada de libertad y se sabe de los nocivos efectos que la privación de libertad produce en personas menores de edad desde el punto de vista de la estructuración y conformación de su personalidad y en consecuencia, señalando la propia Convención de los Derechos del Niño -a la cual Chile ha suscrito y a la que está obligado- que esa medida debe ser un último recurso y que cuando sea posible aplicar medidas alternativas, deberán preferirse a la internación forzosa. En este caso, si el Tribunal no acogiera las alegaciones que ha efectuado desde el punto de vista sustantivo, sí a lo menos debiera desecharse el cumplimiento efectivo por la vía de la privación de libertad y en cambio imponer una medida de control bajo la autoridad administrativa, en este caso, una libertad vigilada.

DECIMOSEXTO: Que en cuanto a la alegación principal de la Defensa del acusado menor M.D.F., de concurrir en la especie la legítima defensa putativa de terceros, ello será desatendido por el tribunal por cuanto se ha logrado acreditar con los antecedentes reunidos durante la investigación, por lo que se deben tener como hechos de la causa y normativamente concurrentes en la especie, la

agresión ilegítima y la falta de provocación por parte del que se defiende, mas no el segundo de los requisitos de la institución en comento.

Que, siendo la agresión ilegítima el elemento esencial de toda legítima defensa (completa, incompleta o putativa), ya que si no existe dicho factor, la acción que despliega un autor se transforma en agresión y no en defensa, resulta capital lo que se ha determinado, mas aún si los demás requisitos se encuentran a éste subordinado.

Del mismo modo se pueden anotar respecto de este primer requisito, la circunstancia de encontrarse complementado por las exigencias de actualidad e inminencia, por lo demás, así lo recoge la doctrina, en cuanto se afirma que se repele la agresión actual y se impide la que es inminente. La coincidencia cronológica entre la acción del defensor y la reacción del ofendido es indispensable para la existencia de la justificante, pero no es necesario esperar la efectividad del ataque sino que basta la certeza del riesgo". (Labatut Gustavo, op. Cit pag. 92); en el mismo sentido Etcheverry Alfredo Derecho Penal Parte Especial Tomo III, Editorial Jurídica de Chile 3ª edición 1998, pag. 115).

Que tal como afirma el profesor Politoff, la agresión actual es aquella que se está ejecutando y mientras la lesión al bien jurídico no se haya agotado totalmente e inminente es la lógicamente previsible, pues puede ejercerse la defensa sin esperar el daño previsible, pues si hay indicios evidentes de su proximidad, una mayor espera podría frustrar la defensa y no resulta razonable, exigir al agredido que pruebe la fuerza de su agresor ("Lecciones de Derecho Penal Chileno", Parte general, pag. 218 y ss, Politoff, Matus y Ramírez. Editorial Jurídica de Chile, 1º edición – 2004).

En el mismo sentido parece pronunciarse el profesor Garrido Montt, en cuanto sostiene que mientras subsista la agresión es posible rechazarla.

En la especie tal como se ha producido la dinámica de los hechos y conforme la apreciación, que a la luz de los antecedentes de incriminación, se ha formado en esta sentenciadora se puede válidamente colegir que el acusado D.F. ha sido receptor, de un acometimiento ilegítimo entendiéndose por tal “antijurídico”, pues fue objeto de agresiones en su contra, o de sus amigos que implican un atentado contra la integridad corporal, cumpliéndose igualmente el requisito de ser actual e inminente, conforme la dinámica de los hechos racionalmente reproducidos en los motivos que preceden.

En cuanto a la concurrencia del tercero de sus requisitos, esto es, la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende o según los dichos de Carrera “de Legitimidad en la causa”, (citado por Polittof, op. cit. Pág. 131). Igualmente conforme el mismo autor hay que renunciar a cualquier esfuerzo de definir cualitativamente o cuantitativamente lo que debe entenderse por suficiente, asunto que quedará entregado al criterio del Juez en cada caso y en el que nos ocupa debemos traer a colación la forma en que se suscitaron los hechos: una discusión a altas horas de la mañana entre personas con sus estados de ánimos alterados producto de la ingesta alcohólica, por lo que se cumple igualmente con esta exigencia.

Finalmente y en lo tocante a la inconcurrencia del segundo requisitos de esta causal de justificación, se considera esencial de toda legítima defensa, la necesidad racional del medio empleado para defenderse, lo que resulta absolutamente mayoritaria en doctrina como en jurisprudencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el criterio para determinar la racionalidad del medio, debe ser objetivo, en el sentido de apreciar la realidad de las circunstancias concurrentes, pero poniéndose en el lugar del sujeto que se defendió y en el momento de la agresión.

No cabe duda que la reacción del acusado (y aún teniendo presente las particulares características de éste invocadas por su defensa y que esta Magistratura comparte) ha sobrepasado el requisito de necesidad racional que la justificante de legítima defensa precisa, toda vez, que éste utilizó un medio que no es racionalmente necesario para repeler la agresión que a la sazón se verificaba en contra de sus amigos, pues a todas luces intervenir en defensa de otros en una pelea que se venía desarrollando a manos limpias entre grupos equiparables numéricamente, con un arma blanca de grandes dimensiones, desbordando toda proporcionalidad en la conducta desplegada.

Finalmente podemos afirmar que el acusado ha entendido en todo momento haber obrado en defensa de terceros -sus amigos- tal como fluye de los antecedentes de la investigación y en especial de las declaraciones de Z.A. y G.F., compartiéndose en este punto la tesis sostenida por la Defensa, en orden a estar en presencia de una legítima defensa putativa de terceros, es decir aquél caso en que el agente se representa la presencia de una agresión inexistente. Actuó siempre en la creencia que un grupo de sujetos agredía al hermano de su amigo Z.A.

Sin embargo y tal como se ha elucubrado con precedencia a tal causal de justificación faltó la concurrencia del requisito de racionalidad en el medio empleado para obrar en defensa de este tercero, por lo que resulta inoficioso pronunciarse sobre la forma como la doctrina ha solucionado el tratamiento de la institución.

DECIMOSEPTIMO: Que acordado el procedimiento abreviado, el tribunal no puede imponer una pena más desfavorable a la requerida por el Ministerio Público, conservando únicamente discrecionalidad para recorrer la pena hacia una menor entidad, para cuya cuantificación definitiva es previo determinar la concurrencia de modificatorias de responsabilidad penal.

Que en cuanto a la pretensión subsidiaria de la defensa del acusado D.F. de concurrir en la especie la circunstancia atenuante de legítima defensa putativa de terceros incompleta, se la acoge, pues faltando uno de los requisitos necesarios para conformar la eximente reglada en el artículo 10 N° 4 del Código Penal, procede dar aplicación en lo pertinente a lo que previenen los artículos 11 N° 1 y 73 del mismo cuerpo legal, estimando este sentenciador que la rebaja de penalidad, de esta atenuante calificada, que se adecua a la justicia del caso concreto, es la que se indicará en el acápite referido a la determinación de la pena...

DECIMOCTAVO: Que en orden a determinar la pena a imponer a M.D.F. como autor de los delitos de homicidio simple y lesiones graves, ambos en grado de consumado debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal cuya aplicación es imperativa para el Tribunal y en base a ello determinar que la pena asignada en abstracto los delitos deberá ser rebajada en un grado.

En segundo término resulta más beneficiosa la aplicación del sistema sancionatorio previsto en el artículo 74 del Código Penal por sobre el contemplado en el artículo 351 del Código Procesal Penal, por lo que es igualmente forzoso optar por esta alternativa.

En tercer término y ante la concurrencia de una atenuante privilegiada, la prevista en los artículos 73 y 11 N° 1 del estatuto sancionatorio en conjugación

con la causal de justificación reglada en el artículo 10 N° 4 del citado cuerpo legal y mérito de concurrir en mayor número requisitos de procedencia en relación a aquél que esté ausente, y teniendo presente la concurrencia de otros dos minorantes de responsabilidad penal conforme el análisis efectuado en los motivos que preceden, estimando esta sentenciadora que la rebaja de penalidad, en este estado de cosas, que mejor se adecua a la justicia del caso concreto, es de un grado, se situará la pena en presidio menor en su grado medio tratándose del delito de homicidio y de prisión en su grado máximo tratándose del delito de lesiones graves.

Esta sentencia realiza un análisis completo de cada uno de los requisitos necesarios para encontrarnos ante la legítima defensa incompleta. El Tribunal se refiere a cada uno de los requisitos, poniendo especial énfasis en la idoneidad del medio empleado, aporta un elemento importante al señalar que la idoneidad debe ser determinada en atención a la realidad de las circunstancias concurrentes, pero poniéndose en el lugar del sujeto que se defendió y en el momento de la agresión, tal concepción, si bien se deduce de las apreciaciones doctrinales, no ha sido tratada de manera acabada por los autores, de suerte que resulta un elemento nuevo o al menos aclarador respecto del tratamiento y delimitación de lo que debe entenderse por medio racional o idóneo. Otro aspecto que resulta relevante destacar en esta sentencia, es que el Tribunal plantea, al igual que lo hace Sergio Politoff, que la delimitación de si hubo o no provocación suficiente queda entregada al juez, el cual –en el caso en comento- tiene en consideración para su determinación la dinámica de los hechos. Finalmente, es significativo en este fallo el pronunciamiento del magistrado respecto de la aplicación de la eximente incompleta, quien establece que nos encontramos ante una atenuante privilegiada, toda vez que concurre una mayor cantidad de requisitos de la eximente.

- Juzgado de Garantía de Talagante. 4 de Agosto del 2006, RIT: 1.692-2006.

OCTAVO.- Que, en subsidio de todo lo anterior, la defensa solicita que se considere que su representada actuó impelida por un miedo insuperable y que, en consecuencia, le ampara la eximente del número 9 del artículo 10 del Código Penal, toda vez que el perro que agredía a su faldero sería un animal de mucho mayor tamaño, que ya había matado a otro perro de la vecindad con anterioridad y que continuamente atacaba a los niños del vecindario o a extraños como proveedores, carteros, etc. Ahora bien, las imágenes que exhibió la Fiscalía del difunto “Moreno” muestran a un animal de mediana alzada a lo más, muy delgado y que no impresiona como el depredador que se pretendió. La eximente que la defensa alega no parece justificada, aunque el Tribunal admite que la sentenciada pudo haber actuado por temor a que su mascota sufriera daño, puesto que el otro perro sí era de mayor envergadura, aunque no mucho más. De todas formas, se admitirá que concurre en su favor la atenuante incompleta del artículo 11 No. 1 del Código ya citado y en relación con la disposición antes dicha, haciéndose lugar a lo que la Defensa solicitó al respecto. Igualmente, se declara que beneficia a la sentenciada la atenuante de su irreprochable conducta anterior, lo cual ya había sido destacado por ambas intervinientes. No perjudicándole agravante alegada alguna, no se le aplicará pena corporal y solamente se impondrá una de multa.

La citada sentencia se pronuncia de manera escueta respecto del miedo insuperable. Sin perjuicio de ello, resulta relevante la mención que hace el tribunal en torno a lo que pudo impulsar a la imputada a reaccionar de la forma en que lo hizo -a juicio de la magistratura- fue el miedo que le causó el mayor tamaño del perro que atacaba a su mascota. Sin embargo, no se hace cargo si dicho miedo fue realmente insuperable.

5.2. Tribunales Orales.

- Tribunal Oral en lo Penal de Talagante. 16 de Junio del 2009, RIT: 42-2009.

Considerando:

DÉCIMO CUARTO: *AUDIENCIA DEL ARTICULO 343 DEL C. P. P.*- Que, en el estadio procesal contemplado en la norma señalada en el epígrafe, el Ministerio Público, manifestó que tal como se esbozó en la acusación fiscal, no se reconocen al acusado circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. A dicho efecto, incorpora legalmente, extracto de filiación y antecedentes del acusado J.C.. Documento que da cuenta que éste registra antecedentes pretéritos en Causa Rol N°16.384/2004, del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, Declarado reo el 15 de septiembre del año 2004, como autor del delito de Lesiones Graves, (2); causa en la que el día 22 de enero de 2008, resultó condenado a dos penas de 541 días de presidio menor en su grado medio. Pena Remitida. Aparece además, una anotación en la que se comunica que mediante el Oficio N° 398 de 24 de septiembre de 2004, del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, se dicta un nuevo auto de procesamiento con fecha 15 de septiembre de 2004, en Causa Rol N° 19.495, la que se acumuló a la cusa Rol N° 6.384, que es la causa que dice relación con la condena antes referida.

Añade que en el mismo extracto de filiación y antecedentes, aparece un antecedente pendiente del Segundo Juzgado de Letras de Talagante, en Causa RIT 16384-2000.

La defensa, a su vez, señala que atendido lo resuelto por el tribunal, solicita se considere la concurrencia de la circunstancia atenuante del artículo 11 N°1, en

relación con la circunstancia del 10 N° 1, ambas del Código Penal, porque a su juicio, se configurarían la “incompletitud de todas las circunstancias que eximen de responsabilidad penal” establecidas en ese articulado y así según lo que establece el artículo 73 del mismo código, se rebaje la pena en dos grados al mínimo establecido por la ley, solicitando en definitiva la imposición de la pena de presidio menor en su grado medio.

En subsidio, y ante la falta de agravantes, requiere se imponga la pena en el mínimo, estableciéndose la de presidio mayor en su grado mínimo.

Por otro lado, solicita se exima a su representado del pago de las costas de la causa, atendido lo dispuesto en el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales. Y se le conceda alguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216, en relación a su petición principal.

En la réplica, el Ministerio Público, sostiene que entiende que en virtud a lo resuelto por el tribunal, al dar a conocer el Acta de Deliberación, ya resolvió no acoger la atenuante descrita en el artículo 11 N° 1 del Código Penal, invocada por la defensa. Así las cosas, entiende, que con la misma prueba incorporada por la defensa, no se configura la atenuante de imputabilidad disminuida esgrimida y teniendo en consideración además, que todos somos imputables, le corresponde a la defensa justificar la imputabilidad disminuida que alega, cosa que no se acreditó, lo que además quedó así resuelto por el tribunal al haber desechado el peritaje, razón por lo que se opone a la minorante alegada por la defensa y solicita se imponga la pena en el rango solicitada.

Finalmente la defensa, sostiene que el fallo dado a conocer por el tribunal, mediante el Acta de Deliberación, está referido a la absolución alegada, considerada como circunstancia eximente de responsabilidad penal, y en ese

sentido, entiende que como el tribunal establece que respecto de su representado no concurre la circunstancia eximente, a su juicio, sí se dan los requisitos para configurar la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 1, del Código Penal, dado que la pericia, si bien el tribunal la desechó, teniéndola en cuenta para la teoría eximente, a su entender, concurre más de alguno de los elementos para poder configurarla, por eso que la vuelve alegar en este estadio procesal.

DÉCIMO QUINTO: ACOGE EXIMIENTE INCOMPLETA DEL ARTÍCULO 11 N° 1 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 10 N° 1 DEL CÓDIGO PENAL. Que, se impone en la decisión de mayoría la conclusión de considerar concurrente esta atenuante de responsabilidad penal en el accionar del acusado conforme a los argumentos que a continuación se indican. Los hechos por los que acusó el Ministerio Público han sido debidamente acreditados con la prueba de cargo, se acreditó la sustracción de una prenda de vestir mediante el uso de intimidación, en donde las víctimas, una madre y su joven hijo de 15 años, se sintieron totalmente atemorizadas. Sin embargo, resulta imposible dejar de advertir y considerar las especiales características que presenta el hecho, el robar la polera que lleva puesta un joven que va con su madre, amenazándolos con una piedra y luego haciendo creer que lleva un arma cortante, con un diálogo que dura unos diez minutos, según señalan ambas víctimas, en pleno centro de la ciudad de Talagante, siendo las 11 de la mañana, en que la gente seguía caminando por el lado, donde la madre incluso le sujeta el brazo al imputado durante este diálogo y tras cumplido su objetivo éste entrega su camisa a cambio; resalta como un hecho perfectamente atribuible a alguien que ha perdido la razón, a alguien que no está en su sano juicio, que no tiene conciencia de que está actuando a vista y paciencia del público a su alrededor, que no está midiendo las consecuencias de su actuar, tratando de conseguirse

una prenda de vestir y cambiándola por la que lleva puesta, manchada con sangre, pudiendo resultar también cuestionable el ánimo de lucro.

A esto se suma la experticia del médico psiquiatra don Rafael Fernando quien afirma que tras la entrevista clínica con el acusado puede concluir que éste se encontraba bajo una intoxicación por alcohol, con una amnesia temporal, una pérdida de la voluntad y de la percepción, y una alteración cognitiva; que no se trata de una persona inimputable pero que en el momento de cometer el ilícito si se habría encontrado en una situación de inimputabilidad, lo que fundamenta en varios antecedentes tales como: que no se trata de un delincuente común, pues sólo cuenta con una causa anterior por un delito de lesiones, ilícito que al parecer también estuvo ligado al alcohol, que lo cataloga como una persona educada, que advierte que no se trata de una persona acostumbrada a mentir, que aprecia un relato espontáneo, no armado, que no ve elementos gananciales como en el delincuente común, ni que finja un personaje, que el acusado sabe que tiene que pagar por lo que hizo, y que es muy diferente a otros delincuentes, apreciación que es dable valorar en atención a los cuatro años que dice llevar trabajando en la Penitenciaría.

Se ha cuestionado el que efectivamente haya estado bajo los efectos del alcohol por el hecho de que las víctimas no notaron hálito alcohólico, pero ambos funcionarios policiales dan cuenta que el médico en la constatación de lesiones si lo habría advertido.

De esta forma, teniendo en consideración el relato del acusado en cuanto refiere haber estado ingiriendo alcohol por bastante tiempo, los dichos de los funcionarios, la apreciación profesional del médico psiquiatra no contrastada por ninguna otra pericia y, en especial, las especiales características del hecho, es dable concluir para estos jueces de mayoría que el sentenciado actuó en un

momento de privación de la razón por causa que no era totalmente independiente a su voluntad ya que al menos incurrió en culpa en su consumo de alcohol, lo que justifica una atenuación de la pena, entendiéndose que el mayor número de requisitos a que hacen alusión los artículos 11 N°1 y 73 del Código Penal, en aquellos casos en que no existe numeración de los mismos, dice relación con la gradualidad o divisibilidad moral, cuya apreciación naturalmente debe quedar entregada a la prudencia del Tribunal.

Se comparte así el criterio de don Mario Garrido Montt, don Sergio Politoff, don Jean Pierre Mattus y doña María Cecilia Ramírez, en cuanto a que si bien como “*actio liberae in causa*”, esto es, acción libre en su causa, el autor es responsable de su autointoxicación trasladándose el reproche penal a un momento anterior, no existe, sin embargo, una verdad ontológica en la afirmación de que siempre va a estar enterado de lo que es capaz de hacer cuando ha desaparecido su libertad moral; y por otro lado, no se puede afirmar que perdió la razón voluntariamente en conocimiento de que lo podía llegar a hacer, pues es una circunstancia que no es posible presumir de los antecedentes aportados, y que de ser así si permitiría establecer un consumo doloso, dolo que se trasladaría necesariamente a la acción ilícita. “Así el que bebe o se droga voluntariamente, pero sin tener conciencia de que perdería totalmente sus facultades intelectuales y la aptitud de adecuar su conducta es inimputable, a menos que medie culpa de su parte, situación en que su imputabilidad estaría atenuada”.

Tal como ocurre en el presente caso, puede atribuirse el consumo de alcohol a una acción culpable y que dicho consumo lo llevó a una intoxicación en la que perdió su capacidad de autodeterminarse, con pérdida de la voluntad, de la percepción y una alteración cognitiva, lo que por el principio de culpabilidad

imperante en el derecho penal debe ser necesariamente considerado para establecer la justa medida de la pena.

Establecido lo anterior corresponde hacer aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal y bajar la pena en uno, dos o tres grados, atendiendo a la entidad de los requisitos que falten para eximir totalmente de responsabilidad, y se ha estimado por decisión de mayoría la rebaja en un solo grado al considerar que no existen razones que justifiquen una atenuación mayor, graduando de esta forma el grado de responsabilidad en el referido consumo, pues a la edad de 44 años del acusado es posible reprochar un mayor conocimiento de sus actos y capacidades.

DÉCIMO SEXTO: DETERMINACIÓN DE PENA.- Que la pena asignada al delito de *Robo con Intimidación*, es la de *Presidio Mayor en sus grados Mínimo a Máximo*, cualquiera sea el valor de las especies sustraídas.

Que, atendida la decisión de mayoría, razonada en la motivación que antecede, en la que se establece que beneficia al enjuiciado la atenuante descrita en el artículo 11N°1 en relación con el 10 N°1, ambos del Código Penal, sin que le perjudiquen agravantes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 73 del mismo cuerpo legal, se rebajará la pena establecida por la ley para este ilícito, en un grado, y dentro de éste se le impondrá la sanción en el mínimo.

En la presente sentencia, el Tribunal para fundamentar su decisión de dar lugar a la locura o demencia incompleta, recurre a los testimonios de los funcionarios policiales y por sobre todo a los informes médicos que dan cuenta que el sujeto actuó habiéndose encontrado privado de razón, debido a que había ingerido alcohol de un manera excesiva, al punto que

alcanzó un nivel de intoxicación y una amnesia temporal, etc. Así las cosas, el Tribunal resolvió sostener claramente que concurren los elementos que hacen procedente -en principio- la eximente, toda vez que la privación de razón se produjo impidiendo que el sujeto se autodeterminara durante un tiempo considerable.

Por otra parte, el sentenciador señala que no cabe en este caso eximir de responsabilidad al imputado, ya que éste fue quien dio lugar a la privación de razón, en otras palabras, fue el mismo sujeto quien al beber excesivamente alcohol anuló su capacidad de control. Ello si bien contradice uno de los requisitos de la privación temporal de razón, a saber; que ésta sea por causas no imputables al autor, no excluye la falta de autodeterminación y por ello es posible aplicar el artículo 11 N° 1 del Código Penal en relación al artículo 10 N° 1 del mismo cuerpo legal.

Por último, el Tribunal al referirse a los elementos que fundan la aplicación de la eximente incompleta, hace mención a ciertas circunstancias que, si bien no constituyen parte integrante de los requisitos, pueden explicar o al menos dar lugar a la duda razonable en esta materia, tal es el caso de los acontecimientos que rodearon al hecho, la coherencia y normalidad de las acciones, las características mas o menos comunes del delincuente, etc.

- Tribunal Oral en lo Penal de Villarica. 24 de Noviembre del 2006, RIT: 37-2006.

Considerando:

TERCERO: Que en sus alegatos de apertura y clausura, el Ministerio Público, luego de analizar la prueba rendida en el juicio, reiteró su solicitud de condena, manifestando encontrarse suficientemente demostrada la ocurrencia del delito y la participación del imputado.

Por su parte, la Defensa reconoció que su representado propinó una estocada a la víctima, la que resultó ser mortal. Sin embargo, solicitó su absolución, atendido que el imputado habría actuado temporalmente privado de razón, por lo que correspondería declararlo inimputable, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 N° 1 del Código Penal.

En la audiencia de determinación de la pena, la Defensa solicitó la concurrencia de la minorante contemplada en el artículo 11 N° 6, acompañando en ese acto copia del extracto de filiación del acusado. Esta atenuante fue controvertida por la Fiscalía, en atención a los antecedentes documentales que también acompañó.

OCTAVO: Que los hechos descritos en el considerando anterior configuran el delito de homicidio simple en la persona de J. C.T.M., previsto en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, siendo ejecutado en grado de consumado; y correspondiéndole al imputado P.F. una participación en calidad de autor, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su ejecución.

No se accederá a la solicitud de absolución planteada por la Defensa fundada en que su representado se encontraría exento de responsabilidad penal, por encontrarse en la hipótesis prevista por el artículo 10 N° 1 del Código Penal. Dicha disposición establece que están exentos de responsabilidad criminal “el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que por cualquier causa independiente de su voluntad, se haya privado de razón”.

Actualmente, mas allá de un término siquiátrico, el concepto “loco o demente” se entiende como una amplia alteración de las facultades intelectivas y volitivas de una persona, de cierta intensidad y de carácter más o menos permanente, que pueden darse tanto en el enfermo mental patológico propiamente tal, como en el que sufre cualquier afección que le provoque los efectos síquicos antes indicados. Sin embargo, la afirmación de la Defensa no encuentra asidero en la prueba rendida por su parte. Es así que de la pericia emitida por el siquiatra Sergio Durán, se desprende que el acusado presentaría un retardo mental moderado, y un daño orgánico que ocasiona bajo control de impulsos y poca capacidad de prever las consecuencias de sus actos, señalando que obró al menos con imputabilidad disminuida en estos hechos e, incluso, podría ser considerado inimputable si hubiese sido provocado, atendida la impulsividad derivada de su daño orgánico. El problema es que tales conclusiones no se condicen con la exposición del perito y tampoco con los procedimientos científicos utilizados por él a fin de arribar a las mismas. Es así que el perito siquiatra asume como un hecho la existencia de un daño orgánico en el imputado, daño que, precisamente, ocasiona una deficiente capacidad de controlar impulsos, lo que –en el evento de haber sido provocado- podría determinar la ausencia de imputabilidad. No obstante, tal daño orgánico no fue constatado de ninguna forma por el perito, quien sólo tuvo a la vista la ficha clínica del imputado en el hospital de Loncoche, la que sólo refiere la existencia de un retardo mental leve y no señala existencia de daño orgánico alguno. El perito tampoco efectuó exámenes destinados a establecer la presencia y magnitud de dicho daño orgánico, limitándose a considerarlo como un hecho, circunstancia que no satisface a este Tribunal. En consecuencia, no se ha probado por la Defensa la existencia de este supuesto daño orgánico cerebral, presupuesto necesario para gatillar el bajo control de impulsos que lo tornaría, eventualmente, inimputable. En todo caso, y aun cuando la Defensa hubiese acreditado la existencia de este daño cerebral, no se demostró el segundo

presupuesto fáctico necesario para concluir que el acusado obró privado temporalmente de razón, cual es que éste hubiese sido provocado abiertamente por el occiso, lo que habría ocasionado una reacción impulsiva, inmediata y descontrolada por parte del primero. De hecho, sólo se acreditó que la víctima lo insultó en el local de expendio y, posteriormente, lo siguió durante una cuadra, gritándole improperios; sin embargo, durante el juicio no se aportó ningún antecedente probatorio que permitiera dar sustento a la teoría de la Defensa, en el sentido de que la víctima agredió al acusado, inmediatamente antes de que éste le asestara una puñalada en el abdomen, puesto que ni uno ni otro presentan lesiones atribuibles a una pelea previa entre ambos y la sola versión del acusado en tal sentido resulta del todo insuficiente para dicho cometido.

En consecuencia, el imputado realizó una serie de acciones en orden teleológico, que revelan suficiente capacidad de discernir entre lo correcto y lo incorrecto, de controlar impulsos y de prever las consecuencias de su obrar.

En cuanto a la deficiencia mental o retardo mental moderado, éste sí ha sido clínicamente acreditado, mediante la exposición del perito siquiátra, quien señaló haber efectuado test de inteligencia a P.F., lo que se corresponde con la reseña hecha por el informe pericial acerca de su ficha clínica, antecedente que también da cuenta de la existencia de tal deficiencia mental. Si bien, dicho retardo no lo ha privado totalmente de razón, éste sí constituye una aproximación en términos cualitativos y cuantitativos al estado de enajenación mental, por lo que el juicio de reproche –en este caso- no puede ser igual que respecto de una persona mentalmente sana, motivo por el que se considerará que concurre la eximente incompleta del artículo 11 N° 1, en relación al artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal, atenuando de tal manera su responsabilidad, de acuerdo al artículo 73 del código precitado.

La sentencia en comento nos plantea dos temas relevantes, a saber; la prueba de los requisitos que dan lugar a la eximente y la importancia de los actos del imputado en esta materia. Respecto del primer punto podemos decir que la presente resolución es enfática en desechar las meras apreciaciones sobre el estado mental del actor, ya que el sentenciador requiere de manera muy clara y vehemente que, para acreditar la enajenación mental, se de cuenta médicamente de tal realidad, cuestión que en esta causa no fue posible acreditar por la defensa. Ahora, en cuanto al segundo punto, es decir, la importancia de los actos del imputado, éstos resultan relevantes para el juzgador porque dan luces de cual es su estado mental, toda vez que una persona que no se encuentra en su sano juicio difícilmente puede realizar acciones coherentes y continuas. El Tribunal da lugar a la eximente incompleta de locura o demencia en base a un informe médico que da cuenta de su menor entidad mental, el cual expresa que la enajenación que padece el imputado es cualitativa y cuantitativamente menor a la que exige la ley para considerar exento a un individuo de la responsabilidad penal.

- Tribunal Oral en lo Penal de Angol. 13 de Marzo de 2008, RIT: 06-2008.

Visto, oído y considerando:

DÉCIMO TERCERO: Que, es menester manifestar que no logró incubar la duda razonable en la mente de estos jueces, las alegaciones efectuadas por la defensa, por las que señaló estar en presencia de una legítima defensa, toda vez que para estimar concurrente la atenuante del N°1 del artículo 11 en relación a la eximente del artículo 10 N°4, ambos del Código Penal, deben concurrir las siguientes circunstancias: “primera. Agresión ilegítima, segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y, tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”; ninguna de las

cuales, a la luz de la prueba rendida en el presente juicio oral, convergieron en la especie, considerando que no se acreditó que los dos enjuiciados fueran objeto de un ataque por parte de la víctima tendiente a lesionar o poner en peligro su integridad física, considerando que J. C. no tenía lesión alguna al ser llevado a constatar lesiones después de su detención y que la lesión leve que presentaba J.E.C., -una erosión ocular-, de acuerdo a las máximas de la experiencia y los principios de la lógica, se aviene más con la ejecución de un acto de defensa del acometido para repeler el ataque, que con una agresión de su parte, dada las numerosas heridas que padecía J.A.C., a lo que se une la no concurrencia del requisito del numeral tres invocado, pues lo que quedó claramente justificado es que, en atención al lugar en que se produjo el ilícito, los dos acusados concurren a las afueras del domicilio del afectado, para lo cual debieron traspasar un cerco divisorio, que separaba las dos propiedades en que originalmente se encontraban situados los involucrados, lo que habla más de una acción que de una reacción por parte de éstos, todo lo que lleva a descartar la concurrencia de esta circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

Asimismo, a los jueces les quedó claro, que el momento en que se originaron la totalidad de las lesiones que presentaba el ofendido, ocurrió en la mañana del día 18 de marzo de 2007, atendida la forma en que fue agredido, según relató el mismo, con golpes de puños y pies en el cuerpo y de palo en las piernas, lo que fue corroborado en la atención de urgencia que le efectuaron inicialmente a las 12:00 horas de tal día en el hospital de Purén, en particular que presentaba contusiones en el tercio inferior de sus piernas, lesiones que el perito Cabrera fue preciso en especificar que eran difíciles de distinguir de una fractura, lo que explica que inicialmente se haya diagnosticado al afectado que tenía sólo contusiones en el hospital de la localidad de Purén, máxime si se constató que en el registro de atención de urgencia del citado establecimiento de salud de

fecha 29 de marzo de 2007, se consignó que J.A.C.C. tenía instalado una bota de yeso larga desde hacía una semana en su tobillo izquierdo, lo que despeja toda duda, en relación al momento en que se produjo la fractura en cuestión.

Por último, las argumentaciones referidas a que el acusado J.G.C.C. no intervino en los hechos por los que fue condenado, no prosperaron en razón de la coherencia y contundencia del testimonio prestado por la víctima, quien desde el mismo momento de acaecimiento de éstos, como se expuso en el motivo décimo, sindicó como los autores de la agresión a los dos acusados, los que inicialmente reconocieron su participación en el hecho al carabinero que los detuvo – Leonardo Díaz Norambuena-, a lo que se adiciona el atestado de F. T., vertido a través de la deposición del funcionario policial Osvaldo Lara González, quien presenció la declaración que prestó en la etapa de investigación, la que si bien no observó la agresión, situó inequívocamente en las afueras del inmueble que compartía junto al ofendido, a J. y J.E.C.C., a quienes vio retirarse de su domicilio, inmediatamente después de haber atacado a éste, quien estaba botado en el suelo sangrando y con rastros de haber sido golpeado.

La sentencia en cuestión, enfatiza la probanza de los elementos fácticos que dan lugar a una u otra eximente, en el caso particular, no se logra dar por acreditado los tres requisitos necesarios para que proceda la legítima defensa y menos aún una eximente incompleta.

- Tribunal Oral en lo Penal de Talca. 17 de Julio de 2007, RIT: 37-2007.

Considerando:

NOVENO: Que luego de conocido el veredicto, en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público incorporó los extractos de filiación y antecedentes de los acusados, reconociendo a O.A. su irreprochable conducta anterior. No ocurre lo mismo respecto de M.G. en virtud de las múltiples anotaciones penales con condena por delitos como hurto, robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, maltrato de Carabineros y tenencia ilegal de armas que constan en tal documento. En su opinión, no les favorece la atenuante de colaboración substancial en el esclarecimiento de los hechos, puesto que sus declaraciones en juicio no aportaron datos relevantes con que no se contara desde el 12 de septiembre de 2006. De otro lado, también se demostró que no reconocieron su autoría ante la policía, según los mismos acusados lo refirieron. De otro lado, desestimó que los depósitos judiciales realizados por M.G. puedan configurar la atenuante de reparación celosa del mal causado consagrada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal, toda vez que fueron realizados para configurar tal minorante, en fecha cercana a una audiencia de revisión de medida cautelar que se celebró el 17 de noviembre de 2006. En consecuencia, solicitó que se aplique la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo más el pago de una multa de 8 unidades tributarias mensuales a O.A. e incorporó el informe presentencial favorable que se evacuó a su respecto para los efectos de la concesión de algún beneficio de la Ley 18.216, lo que deja a criterio del tribunal y, por las características del trabajo que normalmente desempeña, admitió que se le concedan cuotas para el pago de la multa. En relación al acusado M.G., solicitó que se le condene a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, que no se le conceda ningún beneficio alternativo para el cumplimiento de la pena en razón de sus condenas anteriores. Para fundamentar tales penas tuvo en cuenta la naturaleza del hecho y lo sensible que es la comisión de estos delitos para la comunidad rural donde se perpetró. Al dársele la oportunidad para replicar, la Fiscal sostuvo que la pretensión de la defensa en cuanto a que se considere el

estado de necesidad como una eximente incompleta se contradice con la exhibición de los depósitos judiciales para reparar el daño causado que M.G. realizó.

La defensa pidió que se reconozca a favor de ambos acusados la atenuante de colaboración substancial en el esclarecimiento de los hechos en virtud de la declaración que prestaron en juicio y ante el Ministerio Público y Carabineros, pues en ella dieron cuenta del modo en que cometieron el delito. Igualmente, alegó a su favor la eximente incompleta del artículo 10 N° 7 del Código Penal, consistente en el estado de necesidad justificante y para ello solicitó considerar el informe social que se incorporó a juicio, asegurando que tanto O.A. como M.G. se encontraban en una situación extrema pues estaban sin trabajo y tenían dos hijos menores; sólo buscaban conseguir ingresos para satisfacer sus necesidades, por lo que vulneraron el derecho de propiedad para proteger la salud e integridad física propia y de su grupo familiar. Además, incorporó cuatro comprobantes de depósito judicial efectuados por M.G. el 23 de octubre de 2006 y los días 18, 20 y 29 de junio del año en curso, por \$2.000, \$3.000, \$2.000 y \$ 2.000, respectivamente, los que deben considerarse, junto a los que incorporó en la etapa probatoria como fundante de la atenuante de reparación celosa del mal causado, lo que ha hecho con gran esfuerzo debido a su precaria situación económica. De otro lado, coincidió con la Fiscal en cuanto a que debe acogerse la atenuante de irreprochable conducta anterior a favor de O.A.. Concluyó señalando que, favoreciendo a los acusados tres atenuantes y, en ausencia de agravantes, el tribunal se encuentra facultado para rebajar la pena en uno, dos o tres grados y solicitó derechamente que sea en dos y que, para su cumplimiento, se conceda la remisión condicional de la pena a O.A. y, en subsidio, el de libertad vigilada. Respecto de M.G. solicitó al tribunal prestar atención a la época de las condenas que aparecen en su extracto de filiación y antecedentes, pues su mayoría estarían prescritas, por tratarse de hechos

ocurridos entre 1990 y 1998. En relación a la pena de multa pidió considerar la situación económica de O.A., pues se encuentra cesante y ni siquiera tuvo dinero para reparar el daño causado y aplicar el artículo 70 del Código Penal para rebajar la multa, otorgándole el máximo de plazo para pagarla. Al finalizar hizo referencia a la escasa extensión del daño causado en este caso, puesto que se recuperó la carne y la recibió su dueño a satisfacción.

DECIMOTERCERO: Que, siendo de cargo del que la alega, acreditar los elementos en los que funda una causal de exculpación o de atenuación de su responsabilidad penal, no se reconoce a favor de los acusados la eximente incompleta alegada por la defensa fundada en el artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 7 del Código Penal, consistente en haber ejecutado un hecho que produce daño en la propiedad ajena para evitar un mal, pues no se probó el elemento básico que la hace procedente como es la realidad del peligro inminente del mal que se pretende evitar, ya que no es posible considerar los informes sociales incorporados como prueba documental, por no haber comparecido a juicio el perito que los suscribió, exigencia que impone el inciso 1° del artículo 329 del Código Procesal Penal y que permite a los intervinientes testear la calidad de sus conclusiones a través del interrogatorio directo. De otro lado, a juicio de estos sentenciadores, no es suficiente para acreditar tal estado de necesidad con el certificado de nacimiento de un hijo de O.M., ni con el recibo de 28 de julio de 2006, a nombre de A.E.G.S. madre de dos hijos del acusado M.G., de dos años y cinco meses de edad a la época de ocurrencia de los hechos, respectivamente, según consta en los certificados de nacimiento respectivos, en el que se señala que la Gobernadora de Talca le entregó una ayuda de \$39.400 para que cancelara la luz y en el que aparece como ingreso per cápita la suma de \$47.292, puesto que esto se contradice con lo aseverado por este acusado, quien señaló que el día de los hechos adquirió varios de los elementos que se incorporaron como evidencia y que llamaron un vehículo de

alquiler para que los trasladara a Talca con la carne faenada, habiéndose probado que el chofer había sido contactado el día anterior y que le ofrecieron pagarle \$10.000, según éste le manifestó a la policía. De otro lado, la aseveración de que pensaban ir a pescar y a cazar ranas como una forma de superar su difícil situación económica, no resulta creíble pues no portaban ningún elemento utilizado para pescar y los objetos que fueron encontrados en su poder y en el vehículo que abordaron en el sitio del suceso, no parecen apropiados para esa actividad y tampoco para atrapar ranas, pues un combo generaría daños que impediría aprovecharlas para su consumo y las dimensiones de los cuchillos no parecen aptas para pelarlas. De otro lado, llama la atención en el mismo sentido, la cantidad y dimensiones de los sacos y bolsas que llevaron hasta ese lugar y que, sólo porque “vieron el tranque lleno” hayan desistido de su primera intención, según lo señalara M.G. Lo anterior, unido a la forma en que faenaron el animal, permite concluir que sólo pretendían obtener lucro de su actividad delictiva, aprovechando que se avecinaban las fiestas patrias, época en la que aumenta la comercialización de la carne de vacuno. En consecuencia, faltando el requisito esencial, no se hace necesario efectuar el análisis de los otros requisitos que se establecen en esta causal eximente y sólo resta señalar que, en ausencia de aquel, no puede tenerse por concurrente la eximente incompleta fundada en tal supuesto.

La presente sentencia afirma que para que procedan tales circunstancias atenuantes es necesario que concurra, al menos, el requisito básico que le da existencia, en este caso el Tribunal desestima la aplicación del estado de necesidad justificante incompleto dado que no se logra acreditar en el juicio la existencia del mal inminente que se busca evitar, toda vez que dicho mal no puede ser probado solo con meras aseveraciones referentes a la carencia de recursos, sino que debe darse cuenta de la inminencia y el peligro real que ello significa. El informe social no fue considerado

como prueba para acreditar la “carencia de recursos económicos de los imputados y de sus familias” porque el perito no declaró en juicio sobre su pericia (informe social).

- Tribunal Oral en lo Penal de Talagante. Diez de noviembre de dos mil nueve. RIT: 109-2009.

VISTOS, OIDOS Y CONSIDERANDO:

SEPTIMO: Que conforme lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, y valorando la prueba con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, el tribunal ha adquirido la convicción, más allá de toda duda razonable, del siguiente hecho:

“El día 20 de septiembre de 2008, pasado el medio día, en circunstancias que Verónica Issa Adasme, Carlos Schulz Adasme, Guillermo Seves Gallardo, y Soraya Castillo Issa se encontraban en el domicilio ubicado en Avenida Circunvalación N° 3.098, Block 1-A, departamento 33, comuna de Talagante, llegó a dicho lugar Mario Ortiz Torres, quien fue golpeado al interior del inmueble en innumerables ocasiones por los imputados Schulz y Seves. Con la víctima ya en el suelo, Verónica Issa le introduce un paño en la boca y le coloca un palo en el cuello, para asegurar su muerte.

A consecuencia de lo anterior, la víctima resulto con diversas lesiones, vitales y mortales, falleciendo a causa de un traumatismo craneo encefálico.

Ocurrido lo anterior, los acusados Issa, Schulz y Seves envolvieron en una frazada a la víctima, manteniéndola en el domicilio hasta horas de la

madrugada del día 21 de septiembre del misma año, la introdujeron en el automóvil placa patente única BCPH-61, junto con los elementos utilizados, para trasladarse a la comuna de San Pedro, sector de Quincanque, para arrojarlos en un sitio eriazo, rociándoles bencina, prendiéndoles fuego, con la finalidad de deshacerse de éstos”.

DECIMO CUARTO: Que a juicio de estas sentenciadoras concurre respecto de todos los acusados la eximente incompleta concomitante al hecho punible, establecida en el artículo 10 N° 9 del Código Penal, como circunstancia atenuante, en atención a lo dispuesto en el artículo 11 N° 1 del código citado, esto es, haber obrado violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

Según el profesor Politoff, obra impulsado por un miedo insuperable quien, sobre la base de un temor humanamente comprensible, realiza una conducta típica y antijurídica para evitar la concreción de un peligro o mal grave que amenaza a él o a un tercero de forma inminente, lo cual jurídico-penalmente no está obligado a resistir. Para que concorra esta eximente se requiere la existencia de un miedo o temor - entendiendo que entre miedo insuperable y fuerza irresistible existe una relación de género a especie, toda vez que el miedo es un concepto más amplio- que se traduce en el temor a la concreción de un peligro o mal grave, que amenaza en forma inminente al actor o a un tercero y que lo determina a actuar contra derecho, lo importante es la percepción subjetiva que tenga el sujeto respecto de la amenaza, además se requiere que este miedo sea insuperable, esto es, el temor que la persona está viviendo tiene que ser tal, en que la sociedad no puede exigirle que soporte el sufrimiento que padece o la amenaza que teme; y que el autor del hecho delictivo, no este jurídico-penalmente obligado a resistir y afrontar la amenaza que teme.

Por su parte, el artículo 11 N° 1 del Código Penal establece que son circunstancias atenuantes las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. La eximente incompleta se basa en la idea de gradualidad del daño causado. La eximente establecida en el artículo 10 N° 9 del código citado es una eximente divisible por la intensidad de la fuerza o la intensidad del temor, que tiene como requisito básico el miedo o la fuerza física o moral. Sin embargo, a juicio de este tribunal si bien se logró acreditar la existencia de un miedo por parte de los cuatro acusados, este miedo no es del todo insuperable, motivo por el cual se concederá como atenuante y no como eximente...

Es así como se logró establecer que don Mario Ortiz Torres era una persona violenta y agresiva no solo con su pareja y familia, sino que también con terceros, acreditándose que se siguieron en su contra diversas causas, respecto de distintas víctimas, por los delitos de lesiones leves, lesiones menos graves, y porte de arma cortante. Si bien no en todos los casos se dictó sentencia condenatoria, consta que en todos estos se le formalizó o requirió por los delitos señalados, estableciéndose en por lo menos dos ocasiones además de las penas correspondientes al delito, las accesorias establecidas en la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar.

Lo anterior necesariamente otorga seriedad y veracidad a las agresiones ejercidas por don Mario Ortiz el día de ocurrencia de los hechos, sin embargo, estas no presentan una gravedad tal que las torne insuperables, toda vez que los acusados podrían haber obviado dar muerte al sujeto, repeliendo las amenazas de éste de una forma proporcionada a las expresiones vertidas, por lo que no se les eximirá de la responsabilidad que les cupo en el delito, pero les será atenuada.

VIGESIMO TERCERO: Que a fin de determinar la pena a imponer a los acusados Issa, Seves y Schulz, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, pero no por las razones alegadas por el Ministerio Público.

Este tribunal considera que para aplicar esta norma no hay que distinguir entre causales eximentes con o sin requisitos, ya que la expresión “requisitos” incluye no sólo los casos de divisibilidad material, con señalamiento de numerales, sino también comprende las eximentes graduables, como es el caso del artículo 10 N° 9 del código citado, en que puede graduarse la fuerza irresistible o miedo insuperable por su intensidad.

Sin perjuicio de lo anterior, este tribunal considera que concurriendo dos circunstancias atenuantes respecto de la acusada Issa, y tres respecto de los acusados Seves y Schulz, sin que procedan agravantes a su respecto, corresponde necesariamente hacer la rebaja en un grado en los términos establecidos en el artículo 68 del código del ramo, situándonos en la de presidio mayor en su grado mínimo, y siendo facultativo para el tribunal rebajar en más grados, se aplicará en este grado por considerar que se trata de una pena proporcional al delito por el cual se les condena, esto es, homicidio calificado.

El fallo en comento, rechaza la eximente dispuesta en el artículo 10 n° 9 del Código Penal “el que obra impulsado por un miedo insuperable”, luego de realizar un estudio detallado de toda la prueba rendida en juicio. Pero acoge dicha eximente como incompleta, argumentando para ello que el miedo invocado era “superable”, toda vez que los acusados podrían haber obviado dar muerte al sujeto, repeliendo las amenazas de éste de una forma proporcionada a las expresiones vertidas.

- Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 23 de Junio del 2008, RIT: 169-2008.

Visto y considerando:

DECIMO: Que la defensa indicó que favorecían a su representado las circunstancias atenuantes de responsabilidad previstas en el artículo 11 N° 1° en relación con el artículo 10 N° 9 del Código Penal y la del N° 7 del artículo 11 del citado cuerpo legal.

Fundó esta última eximente incompleta de la fuerza irresistible, estimando que cuando el artículo 11 N° 1 menciona la palabra “requisitos” no se refiere a numéricos sino a la gradualidad y en el ámbito de la culpa; si no concurren todos los elementos basta con la presencia del fundamental y en la especie esta referida a la intensidad dada por la compulsividad que tuvo esta fuerza. Hay una actividad ilícita de parte del acusado al disparar a la víctima, pero no obstante la forma como se van desarrollando los hechos, en que van apareciendo otras personas, obligó a su representado a tomar una actitud defensiva. Así recordó como varios testigos aseguraron durante el juicio que los disparos iban dirigidos a “quien le tocara”, “a todos lados”, “a lo que se moviera”. La secuencia de los hechos ocurre en una distancia aproximada de 143 metros, en los cuales su representado para salir del lugar va huyendo de varias personas que iban arrojándole cosas, se da entonces la coacción necesaria para que el acto se vea revestido y su representado se sienta compulsivamente compelido a no asimilar o razonar correctamente para deponer su acción en ese momento, pues después no puede hacerlo pues tiene una turba que lo sigue todo el tiempo y cuyo desenlace final ocurre cuando la víctima se sacó la camisa y le lanzó un palo al acusado. Los elementos que se presentaron copulativamente, lo obligaron a actuar como lo hizo, por la fuerza y la violencia de los acontecimientos. La acción y la vis

compulsiva ocurrió en el mismo instante, el mismo hijo de la víctima reconoció que había golpeado al acusado y que solo una zancadilla evitó que le diera otro golpe. La coacción era intensa, era una turba que lo perseguía en un acto seguido continuo durante 153 metros, por lo que estima que se dan los requisitos para considerar la presencia de esta minorante de responsabilidad. La víctima propició el desenlace, pero lo normal es que cuando hay disparos la gente se retire, pero aquí reaccionaron.

El Ministerio Público al replicar refirió que hay dos aspectos importantes y tomando la declaración del acusado, recordó que bajó porque tenía la voluntad de bajar, pudo haber evitado estos hechos y por otra parte fue él quien provocó esta fuerza irresistible y la víctima siempre se defendió; lo mismo sus familiares y vecinos, pues esa es la actitud en ese entorno; la cultura de M.A.N.E. hizo que lo sintiera como una ofensa a la cual estaba obligado a responder. Añadió que se debe tomar en consideración que la víctima era una persona sin antecedentes penales, no tenía alcohol en la sangre ni tampoco cocaína y tuvo una reacción cultural ante una agresión, pero solo se defendió.

A su vez el defensor contra argumentó que es cierto que pudo evitarse pero es el comportamiento habitual de personas que están acostumbradas a escuchar balazos. Todo ocurrió muy rápido, se sintió asustado y acorralado cuando estaba arriba, hubo violencia no obstante la víctima no estaba drogada y sin antecedentes; reconoce que disparó al grupo, por la propia naturaleza de los hechos y el entorno en que ocurrieron y la violencia se ejerció en ambos grupos, se trataba de una turba de personas que armados con palos y piedras también pudieron provocarle la muerte. Reconoce que el acusado inició los hechos, pero en ese momento en esa situación se sintió amenazado, esta atenuante no la invoca para eximirlo, sino para aminorar la culpa.

Para el Tribunal, en efecto concurre la eximente incompleta de la fuerza irresistible, en razón que de acuerdo al mérito de los antecedentes acreditados, no fue el acusado M.A.M.M. el que buscó a M.A.N.E. en el momento en que se produjeron los disparos que dieron en su persona, sino que era la víctima la que lo perseguía junto a numerosas personas con piedras y palos, lo que trasuntó en que el acusado se vio racionalmente impedido de actuar de modo diferente ante aquella situación. Es dable precisar que sólo porque al comienzo dependió de él evitar aproximarse al ofendido que no se le considera como una eximente.

En la sentencia se hace mención a cada uno de los elementos de la fuerza irresistible, a saber: la existencia de fuerza, la actualidad y la intensidad. Respecto de la fuerza, el Tribunal resolvió que ésta existió y fue inminente, cuestión que queda de manifiesto en la coacción que la turba le hizo sentir al imputado la cual se presentaba como un peligro cierto para su vida. Sin embargo, el tribunal desestimó la eximente y configuró sólo una eximente incompleta, por la posibilidad que tuvo el autor de actuar de una forma distinta, en concreto, no haberse acercado al ofendido y de esa forma evitar la coacción de aquel.

- Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 30 de abril de 2002, RIT: 11-2002.

VISTO; OÍDO Y CONSIDERANDO:

TERCERO: Que, la Defensa del acusado alegó, fundamentalmente, luego de asumir como probados el delito y su responsabilidad de autor por parte del único encartado por el Ministerio Público, esto es, J.P.Q.M., la no existencia de agravante alguna en orden a modificar, perjudicándolo, las consecuencias del delito cuya comisión se le imputa. En efecto, sostiene, a su defendido no le afecta tampoco la agravante del N° 16 del art. 12 del Código Penal, pues no se

está en su caso propiamente ante un reincidente en la comisión de un delito de la misma especie, según lo sostiene aquél. El delito de hurto del N° 3 del art. 446 por el que fue antes condenado R.M., y que perpetrara el 21 de mayo de 1997, se diferencia claramente tanto en su forma de comisión como por el bien jurídico tutelado, con respecto al que tipifica el art. 436, ambos del mismo cuerpo legal. Este último tipo, o figura jurídico-penal, establece un delito pluriofensivo que tiene por fin lógicamente proteger de manera primordial la integridad física y síquica de las personas, fin bastante más próximo incluso al bien jurídico vida de las mismas. Aquel otro, el delito de hurto del N° 3 de la disposición ya señalada, en ningún caso ajeno a alguno de carácter bagatelario, consagratorio de la protección del bien jurídico propiedad, constituye una forma de ataque del mismo que no resulta comparable ni de lejos al primero. En consecuencia, con la actual redacción del art. 351 del Código Procesal Penal, derogatorio en materia sustantiva de la disposición del 509 del antiguo Código de Procedimiento Penal, son delitos de la misma especie únicamente aquéllos que tienen por finalidad la protección de un mismo, igual o idéntico bien jurídico.

A manera de corolario de las reflexiones precedentemente expuestas, la Defensa señala que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 450 bis del Código Penal, mediante la reforma de 1996, en el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad criminal contenida en el art. 11, N° 7. Ello, es una indicación categórica de que lo que quiso proteger el legislador en esta clase de delitos, sancionados drásticamente, es el bien jurídico referido a la vida o integridad de todo orden de las personas, no de su propiedad.

Asimismo, el art. 241 del Código Procesal Penal, como lógica consecuencia de idéntico planteamiento, prohíbe la celebración de los acuerdos reparatorios tratándose de los delitos de robo con violencia o intimidación. Huelga puntualizar que aquí la jerarquía y especificidad propia del bien jurídico protegido obstan a cualquier acuerdo que tenga por finalidad enervar la pena

estatal. No ocurre lo mismo tratándose del cuidado exclusivo del bien jurídico propiedad de las personas.

Finalmente, la Defensoría Penal Pública impetró en beneficio del acusado la minorante de responsabilidad criminal del art. 11 N° 1, en relación con la eximente del N° 1 del art. 10, ambos del Código del ramo. Señaló que la sanción solicitada por el Ministerio Público resulta exagerada tratándose de una persona enferma, deficitaria psicológicamente, según estima haber acreditado suficientemente en la Audiencia. Incluso, expresó, la misma prueba que la fiscalía adujera en carácter de informe presentencial así lo corrobora.

QUINTO: Que, en cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad invocadas por la defensa del acusado; efectivamente, siguiendo sus razonamientos expuestos de manera clara en la Audiencia y que el Tribunal hace suyos, reproducidos en el motivo tercero de esta sentencia, no le alcanza a aquél, agravante alguna. Es más, la nueva normativa procesal penal despejó recientemente con mayor precisión el distanciamiento de nuestro ordenamiento jurídico de la noción de derecho penal de autor, acentuando su proximidad al derecho penal por el hecho según las orientaciones más modernas, no criminógenas, de la dogmática jurídica correspondiente; subrayando, en definitiva, el principio de la proporcionalidad en la aplicación de las penas con el consiguiente proceso de legitimación de dicho orden que ello trae inevitablemente consigo. En consecuencia, se rechazará la agravante del art. 12 N° 16 alegada por la Fiscalía en perjuicio del acusado.

Por otra parte, el Tribunal acogerá por mayoría la atenuante tan solo del art. 11 N° 1 en relación con la del N° 1 del art. 10, ambos del Código Penal. En efecto, de acuerdo incluso a la prueba aducida por el Ministerio Público, mediante informe presentencial suscrito por el profesional Ariel Couchot Castillo, Presidente del Consejo Técnico de Gendarmería de Chile, el imputado R.M. acusa un probable deterioro orgánico de sus funciones psicológicas, producto de

la exposición continua a la inhalación de neoprén, por un período de tres años durante su niñez. También, a consecuencias de lo anterior, su personalidad resulta deficitaria, gravemente inmadura. Desde un punto de vista afectivo, socialmente dependiente desde niveles considerados peligrosos ante circunstancias criminógenas. Lábil y vulnerable de manera infantil ante sus pares delincuentes cronológicamente menores que él. Lo propio ratificó en la audiencia de manera amplia y fundamentada la perito psicóloga Alejandra Castro Méndez, quien expuso que el acusado evidencia un daño psicológico severo no elaborado, originado en experiencia traumática temprana, deficiente y escasa en recursos psicológicos. Personalidad impulsiva, de conducta no premeditada, carente de cálculo. Presenta dificultades en su capacidad de discernimiento.

De acuerdo a lo precedentemente reflexionado, se acogerá la atenuante del art. 11 N° 1, en relación con la del art. 10 N° 1, ambos del Código Penal, estimándose que no se dará curso a la eximente incompleta del art. 73 del mismo cuerpo normativo, como quiera que la incapacidad mental del acusado no alcanza la entidad o magnitud que esta última requiere.

SEXTO: Que, favoreciendo al encartado una atenuante y no afectándole ninguna agravante, se le impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo de las alternativas que señala el art. 436 inc primero del Código Punitivo, toda vez que atendidas las circunstancias del hecho, las consecuencias del delito y la personalidad de aquél, ella resulta más condigna y proporcionada a juicio del Tribunal; habida consideración que no podrá imponérsele al sentenciado beneficio sustitutivo alguno de los establecidos en la ley 18.216 por ser jurídicamente improcedente.

Se previene que el Juez Leopoldo Vera Muñoz no concurre con su voto a la aceptación de la atenuante admitida a favor del acusado, por estimar que los antecedentes aportados por la defensa para su comprobación son insuficientes

para este efecto, ya que sólo demuestran que aquél presenta un cierto grado de inmadurez en su personalidad, y no permiten colegir siquiera un atisbo de enfermedad mental que pueda alterar su imputabilidad.

En el fallo anteriormente expuesto, el Tribunal condena por el delito de robo con intimidación, rechaza la agravante del art. 12 N° 16 y acoge por mayoría la atenuante del art. 11 N° 1 en relación con la del N° 1 del art. 10, ambos del Código Penal. Decide acoger la atenuante del artículo 11 N°1 en relación con el N° 1 del Artículo 10 del Código Penal, fundado principalmente en la prueba presentada por el Ministerio Público, mediante informe presentencial, por el cual se informa que el imputado R.M. acusa un probable deterioro orgánico de sus funciones psicológicas, producto de la exposición continua a la inhalación de neoprán, por un período de tres años durante su niñez, además, señala -a consecuencia de lo anterior- que su personalidad resulta deficitaria, gravemente inmadura”.

- Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, 5 de septiembre del año 2009, RIT: 78-2009

SEGUNDO: Hechos y circunstancias objeto de la acusación y defensa.

I.- Acusación.

Hechos; referidos en el auto de apertura: “El día 12 de agosto de 2008, alrededor de las 16:00 horas , en circunstancias que el adolescente D.A.O.M., de 15 años de edad, se encontraba en calle Julio Vrancken, a la altura de la calle Juan de Dios López, en la comuna de Talagante, fue interceptado por el acusado F. A. M. C. quién, provisto de una arma blanca, tipo cuchillo, procedió a apuñalarlo, ocasionándolo diversas lesiones, entre otras, dos heridas lineales en la mano derecha, una herida cortante en el antebrazo derecho, una herida cortante en el dedo anular de 4a mano derecha y dos heridas torácicas,

una de ellas punzantes y otra penetrante, de carácter vital y de tipo homicida, a consecuencia de las cuales D.A.O.M. falleció”.

A juicio de la Fiscalía estos hechos se califican jurídicamente como delito consumado de Homicidio Simple, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, correspondiéndole al acusado participación en calidad de autor conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal...

En los alegatos de juicio, expresa el fiscal que se trata de un hecho cuya investigación ha sido larga y lamentable, debido a la existencia de una víctima de violencia escolar adolescente. Joven de 15 años, único hijo, cuyo fallecimiento destrozó la familia. Murió apuñalado por el acusado; otro joven; fuerte, frío y calculador; que lo mata a metros de su colegio y en presencia de sus compañeros de curso luego de haberlo invitado a pelear, arreglando de ese modo rencillas anteriores. Reflejando su conducta el deseo y disposición de matar a su víctima. Manifiesta que la prueba rendida ha sido suficiente para acreditar la acusación, principalmente a través de las declaraciones de peritos que dan cuenta de las lesiones defensivas encontradas en la víctima y aquellas que causaron su muerte. Lesiones homicidas ocasionadas por el acusado con el cuchillo que portaba y con una pletina conseguida por la víctima para defenderse en la pelea. Cooperó a su parecer en tal sentido, los dichos de los testigos presenciales que ven al acusado acercarse a la víctima e incitarlo a pelear, observando también que éste sale en búsqueda de un elemento adecuado para defenderse (la pletina). Dinámica de los hechos que confirma el actuar doloso en el tipo del homicidio.

Refiriéndose a las alegaciones de los abogados defensoras, en cuanto estiman que concurre en beneficio de su representado, legítima defensa propia como eximente de responsabilidad penal; expresa que es improcedente la alegación por carecer la conducta del acusado de los requisitos que la componen. Así, *la*

agresión ilegítima no existe, ya que fue el acusado quien agredió a la víctima que se defendió. La *necesidad racional del medio empleado* para impedir o repeler el ataque; tampoco, por cuanto el acusado tuvo alternativas de conducta frente a la acción de la víctima, que habrían evitado el enfrentamiento, como por ejemplo haberse ido del lugar antes que ésta volviera a agredirlo, y no preferir quedarse y pelear como lo hizo. Tampoco se cumple el requisito de *falta de provocación suficiente por parte del que se defiende*. Citando a Carrara, señala que falta legitimidad en la causa, puesto que el acusado era quien portaba un cuchillo con el que fue a buscar a la víctima provocándola. A propósito de esta provocación es que el ofendido va en busca de un elemento para defenderse. De manera que si bien es cierto existió pelea, no existió legítima defensa por parte del acusado que estaba dispuesto a ella y la provocó, de otro modo no se justifica el porte del arma blanca.

La querellante particular, en su oportunidad, adhiriéndose a lo manifestado por el fiscal, advierte en todo caso, la conducta del acusado y el contexto del hecho. Manifiesta que se trata de un sujeto tendencioso, drogadicto, conflictivo. Que incita a la pelea a su víctima y lo espera con mortales propósitos. Siendo su actuar amenazante y premeditado. El ofendido, por el contrario, era un sujeto inexperto, dos años menos que el acusado, no acostumbrado a pelear, y sin portar armas, que viéndose amenazado y provocado por el acusado, fue en busca de un elemento acorde con el cuchillo y a los 10 minutos volvió, esperándolo el acusado para dar comienzo a la pelea fatal.

II.- Defensa.

No contraviene los hechos, la calificación jurídica, ni la participación del acusado, sino que alega Legítima Defensa Propia como eximente de responsabilidad penal. Argumenta, advirtiendo el contexto situacional de los

hechos, reflejado de la prueba rendida que da cuenta de una pelea entre dos adolescentes con rencillas anteriores, compuesta de dos fases; la primera una invitación a pelear efectuada por su defendido, aceptada por el ofendido y materializada por ambos a través de insultos y amenazas, terminando con la retirada de cada uno de ellos en distintas direcciones. La segunda, consistente en una actitud reflexiva de la víctima, que consiente en su propósito va en busca de un arma y vuelve tras su objetivo agrediendo al acusado quien debió defenderse; produciéndose una pelea de mortales consecuencias imposible de detener. Al menos no intentándolo siquiera los espectadores, compañeros de colegio de la víctima que azuzaban a los jóvenes a agredirse. Lo que demuestra el contexto situacional del hecho, en que la conducta violenta de las partes, es una circunstancia común, propia de las costumbres y forma de relacionarse entre estos jóvenes. Estima que de la prueba rendida, no hay duda de la agresión del ofendido, quien usando una pletina, conseguida luego de terminar la primera pelea, volvió tras el acusado para agredirlo con ella; lo que provocó la defensa del acusado, resultando muerto el agresor. Siendo un hecho, que pudo fallecer cualquiera de los dos.

Así las cosas, a su entender, la acción ejecutada por su representado; aún en defensa propia; consistente en usar el cuchillo contra la víctima, provocándole heridas mortales, es un homicidio; pero tal conducta en razón de las circunstancias que la motivaron, está justificada por el derecho, faltando entonces el requisito esencial para penar al responsable referido a la antijuridicidad. Requisito que carece el actuar del acusado, al responder en legítima defensa propia a la agresión actual e inminente de parte del ofendido, cumpliéndose las exigencias contempladas en la norma, que hace posible se le exima de penalidad por esta circunstancia. En concordancia con doctrina que cita, expresa que existe agresión ilegítima, pues el ofendido, luego de hacerse de un arma idónea para agredir, sale en búsqueda de su objetivo, siguiendo al

acusado y lo ataca inesperadamente. De manera que éste con el afán de defenderse emplea un medio necesario, racional y proporcional al ataque. De lo que no hay duda debido a que ambos estaban con armas; en todo caso no se trata de evitar la agresión sino de repelerla. Y por lo demás quien realmente no quiso evitar el hecho fue la víctima; a pesar de ser advertido en 3 oportunidades de las fatales consecuencias.

Por último, el requisito de falta de provocación del que se defiende, se cumple a cabalidad ya que no fue el acusado quien inició la pelea mortal que motivó la acción de matar, sino la víctima. En todo caso asume que es discutible, pudiendo pensarse que existió alguna motivación, por lo que en subsidio solicita se acoja la circunstancia alegada, como eximente incompleta.

TERCERO. Hechos y circunstancias que se dan por probados.

IV.- Hechos y circunstancias que se tienen por probados.

A.- No controvertidos. Hacemos presente que los hechos y circunstancias de la acusación, y la calificación jurídica atribuida por el MP, no fueron debatidos por la defensa, admitiéndolos expresamente en juicio. En todo caso tampoco fueron objeto de convenciones probatorias oportunas por lo que igualmente debemos referirnos a la forma en que se han dado por probado.

1º.- Fallecimiento de la víctima, causa, fecha, hora y lugar de ocurrencia. Esto es; el día 12 de Agosto del año 2008, aproximadamente a las 15.30 horas, Daniel Alejandro Olivares María, adolescente de 15 años de edad, murió a consecuencia de heridas cortantes penetrantes profundas, toraco cardiacas, provocadas con arma blanca. Ocasionadas cuando se encontraba en la vía pública en las inmediaciones de la comuna de Talagante. Heridas que le

provocaron lesiones mortales, a causa de las que falleció aproximadamente una hora después. Lo que se ha establecido principalmente de los documentos aportados a juicio, consistentes en el certificado de defunción, datos de atención de urgencia e informe pericial rendido en juicio. Como también de los dichos inequívocos de los testigos; cuyos testimonios ilustran a través de las fotografías exhibidas, identificando el sitio del suceso, las evidencias incautadas y el cadáver del menor con las heridas referidas. Imágenes fijadas por los funcionarios policiales encargados del procedimiento. Expresando en sus dichos, que vieron al menor junto a otro joven peleando con armas blancas. Distinguiendo claramente algunos el cuchillo que portaba uno y otros además una pletina que portaba el menor, también referida por otros como un fierro. Asimismo presenciaron el momento en que ambos caen al suelo, el menor sobre el otro sujeto que se vuelve hacia un costado de su cuerpo y toma algo clavándoselo en el pecho. A consecuencia de ello ven al menor pararse y desvanecerse. Siendo auxiliado por uno de los testigos que lo lleva al hospital donde fallece. Indicando los peritos que lo atienden y examinan, que tenía diversas lesiones cortantes y penetrantes dos de las cuales le provocaron la muerte. Deceso inevitable aunque se actuare en su auxilio más rápidamente ya que la profundidad de una de las heridas lo desangró. Cooperó también al establecimiento de este hecho el hallazgo de las armas blancas en el sitio del suceso, las que incautadas y analizadas respecto de las manchas rojizas que tenían, dieron cuenta de la presencia de sangre humana correspondiente al perfil de la víctima y otro. Armas que observadas por los peritos forenses, estimaron compatibles con las heridas encontradas en el cuerpo del menor fallecido. Hecho admitido y no desvirtuado por la defensa.

2º.- Participación. El joven que ocasionó las diversas lesiones al menor y provocó su muerte, es el acusado. Lo que se ha establecido del reconocimiento practicado en audiencia por los testigos que presenciaron la pelea antes

mencionada, identificándolo claramente como el que se transó en ella con la víctima. Refrendada por los funcionarios policiales que efectuaron diligencias en el procedimiento; señalando aquellos que participaron en la detención, que tan pronto ingresó a la comisaría respectiva donde se encontraban unas testigos presenciales, fue reconocido por éstas. Asimismo otro funcionario expresa que lo vio cuando caminaba hacia la comisaría y al verlo cojear se acercó, manifestándole que él había sido. También el carabinero Escobar indica que al entrevistarlo el mismo día de los hechos, confesó su participación. Lo que a mayor abundamiento concuerda plenamente con lo declarado por el acusado. En consecuencia, a juzgar de las alegaciones y pretensiones de las partes, no está en discusión la existencia del delito de homicidio ni la participación del acusado; para lo cual lógicamente se tiene en cuenta el dolo del autor que obviamente existió en este caso y que destaca particularmente el MP en su alegato. Es obvio que lo que el acusado quería, era matar a la víctima y actuó en consecuencia a sabiendas de lo que hacía.

B.- Hechos controvertidos. El debate de las partes consistió en dilucidar si la conducta típica y dolosa del acusado; consistente en su acción de matar al ofendido; es también antijurídica; o si bien carece de este elemento en términos de eximir de responsabilidad penal al autor por haber obrado en defensa propia según lo postuló inicialmente la defensa, o bien si no contando con todas las exigencias necesarias para constituir una eximente solo configura una atenuante como lo requiere en subsidio, o ninguna de las anteriores según lo sostiene el Ministerio Público. Considerando, naturalmente, como tema aparte, otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que se invocan, cuyo análisis realizaremos oportunamente en un considerando distinto.

1º.- Existencia de una agresión ilegítima.

Al parecer del MP no puede establecerse esta circunstancia ya que fue el acusado quien agredió a la víctima, provocándole incluso la muerte. La acción del ofendido fue solo una reacción defensiva, luego de ser incitado a pelear por el acusado, debiendo salir en búsqueda de un objeto adecuado para defenderse debido a que éste último portaba cuchillo. La defensa sostiene todo lo contrario. A su entender quien se defendió es el acusado; puesto que la invitación a pelear aludida, en todo caso discutible aun reconociendo el porte del cuchillo por su representado, produjo una riña distinta en tiempo y forma, a la pelea homicida; pendencia previa en que ambos se insultaron y amenazaron, retirándose finalmente del lugar, suponiendo, el acusado al menos, que había terminado. Solo minutos después, al ver que lo seguía el ofendido con un arma, reaccionó defendiéndose y sacó la suya para repeler el ataque. Lo cierto para el tribunal es que los hechos sucedieron como lo manifiesta la defensa. Claramente diferenciándose dos peleas separadas en el tiempo y circunstancias. Al menos así puede desprenderse de la prueba rendida. Especialmente la producida por el MP. Están contestes los testigos presenciales que declaran, que vieron a ambos sujetos pelear, primero de palabra, y pasados unos minutos, después que ambos se retiraron del lugar, vieron volver a la víctima con un arma en sus manos, dirigiéndose hacia el camino tomado por el acusado, enfrentándose ambos. No hay duda de la intención manifiesta del ofendido, puesto que debió salir en búsqueda de un objeto que usó para pelear con el acusado, para lo cual se distanció del lugar en el tiempo y espacio. Distancia que lógicamente permitió pensar al acusado que la pelea había terminado. Y no solo al acusado sino a otros testigos que le expresaron al carabinero que los entrevistó que no sospechaban siquiera que el ofendido volvería detrás del acusado. Asimismo refiere otro testigo que cuando el ofendido volvió les preguntó al grupo que ahí estaba hacia donde se había ido el acusado, y al señalarle el camino se fue en dicha dirección. Contribuye también en tal sentido lo referido por los testigos de cuya casa sacó la pletina

con que peleó con el acusado. Manifestando que les pidió un arma o lo que sea para pelear. Así las cosas, es obvio que hay dos peleas. Existiendo claramente agresión ilegítima en la segunda que es la que motiva la acusación. Principalmente por estimar que ha precedido a la acción homicida, una agresión de parte de la víctima, no permitida, inesperada y no obligada a soportar el acusado. Fue la víctima quien lo buscó con un fierro o “pletina”, en sus manos, con objetivo preciso y declarado. Actitud que no puede ser justificada en razón de una pelea previa entre las partes, ni siquiera distanciada en apenas unos minutos. Lo que naturalmente tampoco puede justificarse por rencillas anteriores entre los sujetos, venidas desde niños. Tales antecedentes no hacen legítima la agresión como tampoco defensiva. No puede establecerse una especie de continuidad en el hecho, aunque puedan vincularse. La primera pelea provocada por la invitación a pelear del acusado, hizo que el ofendido decidiera más tarde, buscar un arma, para salir en búsqueda de su agresor anterior. De manera que la razón, de hacerse de un elemento como el conseguido, no era para defenderse en estricto rigor sino para pelear, lógicamente a consecuencia de la pelea tendría que defenderse como también atacar.

2º.- Falta de racionalidad necesaria en el medio empleado para impedir o repeler el ataque.

Según el MP, esta circunstancia no se da en razón de haber existido alternativas de conductas por parte del acusado, distintas a repeler el ataque. Como por ejemplo huir de su agresor. Sin embargo no lo hizo prefiriendo quedarse y pelear provocando consecuencias fatales. La defensa controvierte indicando que el medio empleado era racional no solo en cuanto al objeto usado sino además porque el actuar de su defendido consistió en repeler y no en impedir el ataque. Para el tribunal; sin intentar dilucidar realmente la

preferencia del acusado, puesto que efectivamente, según se desprende de la prueba, no se fue al ver que el ofendido volvía tras él; no estimamos que se trate de una cuestión de preferencias, el planteamiento que se hace un sujeto al momento de defender su vida. Particularmente en este caso, en que el acusado fue sorprendido por el ofendido con un arma en sus manos. De modo que el decidir enfrentarlo y no huir; a nuestro juicio; corresponde lógicamente al comportamiento de aquel que se defiende. Particularmente en este caso, de la acción inesperada del que lo busca para agredirlo portando en sus manos una pletina -que de acuerdo a lo mencionado por peritos era compatible e idónea para causar lesiones mortales-. Cobrando sentido en este análisis, la particular forma de relacionarse de estos sujetos, como costumbre de vida para solucionar sus conflictos, accediendo a agredirse violentamente desde pequeños. Conforme a lo sucedido y el contexto situacional de los hechos, creemos que no estaba obligado el acusado a estudiar alternativas de conducta en ese momento, siendo racionalmente lógico su actuar, a pesar que delirare con el afán del vencedor en una lucha entre matones. Situación que a nuestro parecer, apoyado por lo expresado por la defensa, corresponde a una actitud moderna entre la juventud popular para demostrar alguna superioridad entre sus pares inferiores.

Al sujeto afectado ilegítimamente en sus derechos, no se le obliga legal, moral ni socialmente a decidir renunciar a defenderse y huir. Sino más bien se justifica su reacción en cuanto lo pretendido es defender sus derechos. La ley precisamente se pone en el caso de que una persona agredida ilegítimamente pueda defenderse frente a una agresión, actual e inminente, que impide al estado actuar oportunamente. A nadie, potencialmente víctima de una agresión ilegítima, se le puede exigir heroísmo. La sociedad a través de su ordenamiento jurídico no lo hace. Indicando la lógica, que la reacción del sujeto en esas circunstancias responde a un impulso de sobre vivencia. Por ello permite el

legislador, la realización de una acción típica, que atendida las circunstancias no sancionará penalmente o atenuará su penalidad. Circunstancias que consisten en la necesidad racional del medio empleado para repeler el ataque. Racionalidad contemplada por el acusado que primero peleó, luego una vez en el suelo y con el otro sujeto sobre él, usó su cuchillo, y ante el fragor de la riña tomó incluso el objeto que poseía el ofendido (la pletina) y se lo enterró. De manera que en todo caso el acusado hizo uso de alternativas racionales, necesarias para repeler el ataque, debiendo usar finalmente el objeto que portaba la propia víctima; no olvidemos que las heridas mortales son compatibles con dicho elemento y no con el cuchillo, como lo manifiestan los peritos. Obviamente en esta lucha por seguir viviendo, se produjo una interacción nefasta de armas y conductas, en que lo que estaba en juego era la vida de uno de ellos. Utilizando en esas condiciones el acusado la pletina que portaba la víctima, lo que implica la multiplicidad de alternativas ocurridas sin que ninguna evitara el desenlace sino por el contrario lo sucedido era el objetivo. Mismo objetivo que puede suponerse de la víctima, que con independencia del nombre y antecedentes personales, era una persona igual que lo es el acusado.

Por lo demás, de la prueba rendida, especialmente la del MP, resulta que la víctima sí que tuvo alternativas de conductas y realmente efectivas. Perfectamente pudo quedarse en la casa donde fue a buscar el arma, irse a otro lado y no volver tras el acusado; como también llamar a la policía. Tuvo momento para reflexionar y oír el buen consejo del testigo (a quien le pidió el objeto) quien le dijo que no hiciera lo que pretendía. Sin embargo optó por volver en persecución del acusado y agredirlo. Hecho que además dista bastante de ser una defensa como lo pretende pintar el MP y la querellante particular. En este caso, como expuso la defensa, no se trataba de impedir la agresión sino de repelerla.

3º.-Falta de provocación suficiente. Por parte del que se defiende.

Compartimos con el Ministerio Público que no se cumple este requisito ya que efectivamente existió una provocación por parte del acusado, suficiente para motivar la agresión del ofendido. Pero no por eso tal provocación se transforma en agresión ilegítima; como tampoco torna legítima la agresión del ofendido y mucho menos puede imputársele el carácter de defensa. La acción del acusado, consistente en la invitación a pelear que ocasionó la pendencia previa, sigue siendo una provocación. No hay agresión en la invitación a efectuar una conducta impropia, es solo una propuesta indecente, de manera que no hay algo de que defenderse. La razón del porte del cuchillo no contribuye tampoco a atribuir el carácter de agresión a la provocación; solo la hace suficiente. La actitud del provocado que va en busca de un objeto para compartir la indecencia, y sin que el provocador se entere, lo sorprende por la espalda, es una agresión ilegítima, por mucho que haya sido impulsada por la acción provocadora el agredido.

La alegación de la defensa respecto a la falta de provocación de su defendido, fundada en que fue la víctima quien inició la pelea mortal al buscarlo para agredirlo con el arma que consiguió. Si bien es cierto es efectivo. No es menos cierto que existió una invitación previa efectuada por el acusado, cargada de violencia y amenazas, que incluso terminó en una pendencia previa, la que del contexto general en que ocurrió, naturalmente provocó al ofendido. En todo caso tal provocación no hace desaparecer la agresión de que finalmente fue víctima, ni tampoco legitima el actuar del acusado de la forma que la norma lo contempla para eximirlo de responsabilidad penal.

Así las cosas, de la prueba rendida, analizada y valorada de la forma expuesta precedentemente, se ha podido establecer que el día 12 de agosto del año 2008 en horas de la tarde, falleció la víctima a causa de lesiones provocadas por el acusado con arma blanca ocasionándole heridas cortantes y penetrantes profundas tóraco cardiacas. Acción homicida resultado de la conducta defensiva adoptada, luego que la víctima lo siguiera con un arma para agredirlo. Circunstancia que si bien no legitima su acción, atenúa su responsabilidad penal.

CUARTO. Calificación Jurídica.

Los hechos establecidos conforme lo expuesto en el considerando anterior; a juicio del tribunal; son constitutivos del delito consumado de homicidio simple, correspondiendo al acusado participación en calidad de autor.

Tal como lo expresa el artículo 391 inciso 2º del Código Penal en concordancia con el 390 y 391 inciso 1º del mismo texto, comete este delito el que mate a otro que no sea pariente en los términos indicados en la ley ni lo ejecute en alguna de las circunstancias descritas en el inciso 1º del artículo 391 del Código Penal. Situación que conforme los antecedentes vertidos en juicio, se pudo establecer irrefutablemente en este caso, descartándose completamente la existencia de una calificante y del parentesco.

Las razones que nos motivan a calificar jurídicamente los hechos de este modo, no son otras que estrictamente legales, no existiendo duda de lo pretendido por el legislador al contemplar la existencia de este ilícito, bastando como se desprende del tenor literal de la norma, con matar a otro. Lo que se ha establecido sin duda de la prueba rendida. Siendo un hecho de la causa que el acusado mató al ofendido, queriendo y sabiendo lo que hacía, sin que su conducta estuviere justificada por el derecho, ya que a pesar de estar motivada

por una reacción defensiva, no se configuran los elementos exigidos en la ley para constituir una eximente en su beneficio. Sin embargo, faltando solo uno de ellos y no el esencial para su establecimiento se configura una eximente incompleta, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 11 n° 1 del Código Penal.

Respecto a la responsabilidad penal del acusado, no hay duda de su participación en calidad de autor, pues la misma norma lo contempla, al indicar “el que....”, siendo suficiente por tanto establecer quien ejecutó la conducta matadora. El que a todas luces de la prueba rendida fue el acusado.

QUINTO. Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Cabe señalar que solo se invocan atenuantes en su beneficio sin que se alegue agravante alguna en su perjuicio. Por otro lado, la defensa que había requerido una eximente, en beneficio de su parte, solo persiste en que se acoja como atenuante.

- 11 n° 6. El Ministerio Público reconoce en beneficio del acusado esta circunstancia, acompañando el documento que la justifica, esto es el extracto de filiación y antecedentes del acusado exento de anotaciones penales pretéritas. La defensa obviamente lo comparte y el tribunal la acoge en su favor.

- 11 n° 1, con relación al 10 n° 4. Alega la defensa que se acoja en beneficio de su parte esta circunstancia, puesto que ha existido en el acusado un actuar defensivo, propio de la legítima defensa, que al carecer de uno de los elementos exigidos para constituir la como eximente, la transforma en incompleta constituyendo la atenuante alegada. Además requiere se considere privilegiada, por faltar solo uno de los elementos necesarios para configurarla como eximente. Teniendo presente los demás antecedentes y circunstancias

que lo benefician. El Ministerio Público nada dice, y el tribunal, en consonancia con lo resuelto en el veredicto la acoge y privilegia de acuerdo a lo señalado en el artículo 73 por faltar solo un elemento que la constituya en eximente de legítima defensa, no siendo el esencial referido a la agresión ilegítima...

Así las cosas, en definitiva, se acoge en su beneficio las circunstancias minorantes contempladas en el artículo 11 n° 1, la que se tiene como privilegiada, la del n° 6 y n° 9 del Código Penal.

La sentencia en comento, estudia de forma pormenorizada cada uno de los requisitos que debe concurrir para acreditar la eximente de legítima de defensa y concluye que ésta no puede configurarse en el caso en concreto, porque –analizado los medios de prueba esgrimidos en juicio– faltaría el requisito de “falta de provocación suficiente, por parte del que se defiende”, dando lugar a la eximente incompleta, estimándola como privilegiada, aplicando en consecuencia lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal.

5.3. Tribunales Superiores de Justicia.

a) Corte de Apelaciones.

- Corte de Apelaciones de Valparaíso. 16 de Abril de 1997, ROL: 19555-1996.

Y teniendo presente:

3º) Que la personalidad anormal del tipo de trastorno antisocial, limítrofe con la alteración siquiátrica, de base intrasocializada no agresiva de que dan cuenta los informes médicos de fojas 124, 125 y 129, a la cual el segundo agrega un

abuso de cocaína, que corroboran los informes de fojas 55, 92, 109, 110 y 122, si bien no refleja una enajenación mental absoluta, como tampoco una carencia de fenómenos síquicos o deficiencia intelectual capaces de incluirse dentro de nuestra legislación positiva como causales de inimputabilidad, conforma en cambio una constitución morbosa adquirida por el abuso de cocaína y marihuana que produce un estado permanente de trastorno mental que no puede atribuirse en una forma completa a su voluntad y que reduce considerablemente el libre discernimiento y la reflexión consciente, de modo que torna admisible la mitigante de la imputabilidad disminuida que se le reconoce en primera instancia.

4º).- Que tales patologías sirven también de base a la minorante del artículo 11, Nº 5º, del Estatuto punitivo esgrimida por la defensa del hechor, por lo que además de no haberse demostrado fehacientemente, como lo indica el juez a quo, tampoco es posible valorarlas nuevamente para atenuar por este otro capítulo la responsabilidad de aquél.

5º).- Que como concurren en favor del encausado dos atenuantes, las de su imputabilidad disminuida y su irreprochable conducta pretérita y no lo perjudica ninguna agravante, la pena corporal compuesta establecida por la ley se le rebaja en un tramo y entonces se obtiene el castigo regulado por la sentenciadora.

Por estas consideraciones, lo dictaminado por el representante del Ministerio Público a fojas 140 y lo dispuesto en los artículos 24, 26, 47 y 76 del Código sancionatorio, 457, 485, 514, 527 y 529 del de Enjuiciamiento del ramo y 27, inciso 1º, y 40 de la ley Nº 19.366, de treinta de enero de mil novecientos noventa y cinco, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se confirma con las costas del recurso, la sentencia apelada de quince de octubre último, escrita de fojas 131 a 134 vuelta, con declaración que

caen en comiso la sustancias y sulfa, como asimismo los envases y la balanza digital incautados.

En el presente fallo, queda de manifiesto que la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconoce el consumo de marihuana y cocaína como expresiones de un trastorno mental, que si bien no logra privar de razón al sujeto, aminora su responsabilidad, dado el menor control que tiene éste sobre su voluntad. Así las cosas, la Corte de Apelaciones da lugar a la eximente incompleta atendida la menor entidad del problema mental que aqueja al imputado.

- Corte de Apelaciones de San Miguel. 18 de Diciembre del 2009, ROL: 1520-2009.

Con lo oído y considerando:

PRIMERO: Que como se ha indicado en lo que antecede, el recurrente sustenta su pretensión de nulidad de la sentencia, en la causal de invalidación de ella contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es cuando en el pronunciamiento del fallo se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, específicamente, de los artículos 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 1 y 73, todos del Código Penal.

Expone al efecto, en síntesis, que el error en la aplicación de las normas precitadas se produjo al rechazar los sentenciadores la concurrencia en favor de su defendido de la minorante de responsabilidad criminal que dichas normas establecen, por las razones vertidas en el fundamento trigésimo del fallo atacado.

Afirma que tales argumentaciones no se condicen con lo aseverado y concluido por el perito psicólogo presentado por su parte, respecto a la disminuida capacidad de su representado para autodeterminarse, ser influenciado por terceros o darse cuenta de las consecuencias de su actuar. Resultando en concepto del recurrente, insuficiente para desestimar la configuración de dicha atenuante, la prueba rendida en la audiencia, dada la claridad de la exposición del experto en cuanto a que las personas con el diagnóstico del enjuiciado, tienen un actuar sugestionado por terceros que los hace maleables a sus dictámenes. Adiciona que la conducta atribuida por los testigos al inculcado no desvanece la referida atenuante, puesto que es coincidente con la patología diagnosticada por los motivos que explica.

Por último sostiene que de acuerdo a los hechos acreditados, y habiéndose probado, según su parecer, la aludida minorante, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, el Tribunal se encontraba facultado para rebajar la pena en uno, dos o tres grados, por lo que no existiendo otras modificatorias de responsabilidad penal, “se puede aplicar la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.”

Atendido lo anterior, solicita a esta Corte invalide la sentencia que ha impuesto a su defendido una pena superior a la que legalmente correspondía, y de inmediato dicte en su reemplazo un fallo que conforme a la ley, aplique a M.F.B.F., la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor de dos delitos de robo con intimidación.

TERCERO: Que del examen de la sentencia se advierte, que en el párrafo tercero de su considerando trigésimo, latamente se pormenorizan los dichos del perito psicólogo aludido por el recurrente, e indican de manera clara y debidamente fundamentadas, las razones por las que el solo diagnóstico de

retardo mental leve del enjuiciado, en los términos referidos por dicho experto, contrastado con la prueba rendida en la audiencia que se indica, no logran configurar la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 1 del Código Penal, alegada por la defensa.

CUARTO: Que de lo anterior queda de manifiesto, que los sentenciadores desestimaron la concurrencia a favor del encausado de la aludida minorante, tras el análisis, ponderación y valoración de la prueba aportada por los intervinientes en el juicio, ejerciendo para ello las facultades que les son propias y que de manera exclusiva les entrega el legislador al efecto.

QUINTO: Que además, es indiscutible que se encuentra entregado de modo privativo y soberano a los jueces, discernir si conforme a las probanzas rendidas, concurren los elementos fácticos para la aceptación de la atenuante invocada, situación que por lo más arriba expresado, no ocurre en la especie. De modo que apareciendo nítidamente de los dichos de los intervinientes y especialmente de los argumentos que sirven de fundamento al recurso, que mediante éste se cuestiona, precisamente, la apreciación por los juzgadores de la prueba aportada y conforme a la cual arribaron a la convicción antes señalada, es evidente que ello escapa al control por esta Corte, a través del recurso entablado, por la causal en que se ha fundado, el que en consecuencia deberá ser desestimado.

La Corte de Apelaciones de San Miguel en el presente fallo, rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa, pues argumenta que lo cuestionado por ella es el análisis, ponderación y valoración de la prueba que realiza el Tribunal Oral en el caso en concreto, facultad que -en concepto de la Corte de Apelaciones de San Miguel- el legislador le ha

otorgado exclusivamente al Tribunal recurrido, escapando aquello de su control.

- Corte de Apelaciones de Coyhaique. 24 de Agosto de 2005, ROL: 48-2005.

Considerando:

PRIMERO: Que en el recurso de nulidad entablado por la querellante en su escrito de fojas 16 y en su alegato ante estrados, se invoca la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, porque en el fundamento de la sentencia se realizó una errada aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Denuncia como infringido el artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 5 del Código Penal en cuanto ha acogido como eximente incompleta la legítima defensa de parientes, no existiendo en los hechos que se han dado por acreditados los requisitos legales para acoger aquella, específicamente la actualidad e inminencia de la agresión de la víctima sobre los acometidos.

Dice que la sentencia, al establecer los hechos acreditados, en el considerando Noveno, pone en evidencia que la agresión, que se afirma había ejercido la víctima sobre los hijos del acusado, había cesado al retirarse ambos antes que se produjera el primer disparo por parte de éste; en razón de ello, la agresión de la víctima que se da por probada, no puede considerarse actual y la posibilidad de una inminente sobre los hijos tampoco se da, porque ya se habían retirado del lugar donde estaba la víctima agresora. Además el razonamiento de la sentencia en cuanto que la presencia del acompañante de la víctima constituiría por sí sola una agresión o una inminente, también debe ser desechada por la misma situación.

Concluye su recurso señalando que discrepa con el fallo respecto de la calificación de la circunstancia atenuante de la legítima defensa como eximente incompleta, lo que a su juicio, es una cuestión de derecho y como esta determinación ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicita se anule el juicio y la sentencia y se ordene la realización de uno nuevo por el Tribunal no inhabilitado que corresponda.

TERCERO: Que incidiendo el vicio alegado por la querellante en el tema de la circunstancia atenuante de la legítima defensa de parientes hecha valer por el fallo a favor del imputado, en carácter de eximente incompleta al tenor de lo dispuesto en el artículo 11 n° 1 en relación con el artículo 10 n° 5, ambos del Código Penal, se tiene que los requisitos de la legítima defensa están señalados en el artículo 10 n° 4 del Código citado, que para su existencia contempla tres aspectos copulativos: a) una agresión ilegítima; b) la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y c) la falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

CUARTO: Que del examen del considerando Décimo tercero que se refiere a las atenuantes solicitadas por la defensa del imputado, específicamente a la de legítima defensa de parientes como eximente incompleta, el tribunal da por existente la agresión ilegítima de la víctima sobre los hijos del imputado; establece también que no hubo provocación suficiente por parte de ellos ni del encartado, acogéndola en definitiva como tal atenuante, porque a su juicio, no se da uno de los requisitos que debe existir copulativamente con los anteriores, esto es, la racionalidad del medio empleado para repelerla.

QUINTO: Que así, en consecuencia se tiene, que el Tribunal Oral hizo el análisis y ha dado su fundamentación sobre los tres requisitos legales arriba citados, para dar por configurada la circunstancia atenuante de cuya existencia

difiere el querellante, por lo que, en relación al aspecto específico esgrimido por ésta como fundamento de su recurso, no se ha cometido el vicio alegado por su parte, de modo que su recurso habrá de ser rechazado. Teniendo presente para ello además, que según aparece del fallo adjunto a la carpeta judicial y del audio sobre el desarrollo del juicio, el querellante no originó debate sobre la cuestión de la no actualidad ni inminencia de la agresión de la víctima, en ese estadio.

DECIMO: Que respecto del Segundo capítulo de este recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública, que se refiere a la falta de fundamentación en el fallo para concluir que el medio empleado por el imputado para defender a sus hijos, no fue racional, en relación a la naturaleza y circunstancias de la agresión ilegítima de la víctima; efectivamente en el considerando décimo tercero no aparece la razón de por qué se desecha este requisito legal y por el cual se rechaza la causal de exculpación de la legítima defensa; como tampoco se indica de qué otras alternativas más proporcionales a la agresión establecida, a juicio del tribunal, disponía el imputado para materializar su conducta defensiva, la que se ha dado por establecida en el fallo. Más aún, ni del fallo adjunto a la carpeta judicial ni del audio correspondiente al desarrollo del juicio, aparece que haya habido debate en torno a esta cuestión, de donde resulta imprescindible contar con los argumentos, por los cuales se justifica el rechazo de la existencia de este requisito legal de la legítima defensa, cual es la necesidad racional del medio empleado, para hacer comprensivas las razones por las cuales no se acogió la causal de exculpación de la legítima defensa de parientes, por la cual la defensa del imputado, perseguía su absolución.

DECIMO PRIMERO: Que conforme se ha razonado precedentemente se concluye, que el Tribunal Oral en lo Penal en la dictación del fallo de este juicio,

ha incurrido en los vicios de nulidad invocados por la Defensoría Penal Pública, el del artículo 342 letra c) en cuanto ha habido fundamentaciones contradictorias en el establecimiento de los hechos y sus circunstancias y en relación a la letra d) del mismo artículo, por falta de fundamentación legal o doctrinal en la calificación de los hechos y sus circunstancias; los cuales han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y en consecuencia por tratarse de vicios de nulidad absoluta al tenor de lo dispuesto en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, se dispondrá la nulidad del juicio y consecuentemente del fallo en examen.

En la presente sentencia la Corte de Apelaciones de Coyhaique da cuenta claramente de los requisitos que hacen procedente la legítima defensa, es mas, alude a cada uno de ellos y establece si concurrieron o no en el caso en comento. Señala que el Tribunal Oral descartó la racionalidad del medio empleado, toda vez que a su juicio, el medio usado para repeler la agresión no fue el apropiado; dando lugar sólo a la eximente incompleta. Así entonces, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de nulidad interpuesto por la DPP por configurarse la causal de nulidad del artículo 374 letra e) en relación con las letras c) y d) del Art. 342, ambos del CPP, por cuanto en la sentencia existen fundamentaciones contradictorias en cuanto al dolo con que habría actuado el imputado; y porque no existe soporte legal o doctrinario que recoja el rechazo de la causal de exculpación del N° 5 del Art. 10 CP por supuesta falta de racionalidad del medio empleado.

- Corte de Apelaciones de Copiapó. 27 de Julio del 2000, 73.139-2000.

Vistos:

SEGUNDO: Que en autos existe un informe social practicado a R.E.V.O., a fs. 76, en el que se expresa que éste no cuenta con trabajo estable, se desempeña como jornalero, temporero o recolector de algas, con un ingreso aproximado y eventual de \$ 50.000 al mes, careciendo de imposiciones y no tiene previsión en salud. En los antecedentes familiares se informa que M.C.R.R. es su conviviente, D.J.R.R., hija natural no reconocida; M.M.R.S., madre de la conviviente; L.A.R.A., padre de la conviviente e I.E.R.R., hermana de la conviviente. La asistente social doña Laura Cáceres Brendel concluye que se trata de familiares de muy escasos recursos y más aún la familia de doña M. R. Conviviente del encausado.

Que encontrándose a la fecha de los hechos el procesado Villarroel en un estado de miseria y no concurriendo copulativamente los tres elementos exigidos para la eximente del artículo 10 N° 7 del Código Penal, a excepción de los que dan vida a la eximente y que nunca pueden faltar, la realidad o inminencia del mal y la necesidad del que se causa para evitarlo, surge la figura del exceso que obra como atenuante de la responsabilidad criminal.

Atendido lo expresado anteriormente y dada la naturaleza de los bienes en conflicto, procede acoger la atenuante establecida en el artículo 11 N° 1 del Código Penal, en el carácter de muy calificada, lo que permite rebajar la sanción en un grado conforme a lo establecido en el artículo 68 bis del Código Penal.

La presente sentencia se refiere a la aplicación del artículo 10 N° 7 en relación al 11 N° 1 del Código Penal. La Corte de Apelaciones de Copiapó da lugar a la eximente incompleta, en el entendido que se manifiesta el requisito esencial de ésta, a saber: la realidad o inminencia del mal, que está representada –en este caso- por la situación de carencia constante en

la cual se encuentra el actor. Además, queda de manifiesto que, pese a que no concurren todos los requisitos que permiten aplicar esta causal como eximente, es posible, siempre que esté el requisito básico, dar lugar a su aplicación como atenuante.

CONCLUSIONES.

Las eximentes incompletas es una materia que la Doctrina ha abordado, tal como consta en el primer capítulo de este trabajo. En su estudio, ha planteado cuáles son las circunstancias que pueden considerarse como eximentes incompletas, indicando los requisitos que deben concurrir para configurar cada una de ellas.

Por su parte, la jurisprudencia, ha recogido la doctrina esbozada al momento de fundar sus fallos, ya sea rechazando o acogiendo una eximente incompleta.

Entre estas dos fuentes, existe una brecha notoria, toda vez que, la jurisprudencia –en general- sólo reitera lo ya expuesto por la doctrina sobre esta materia, con mayor o menor prolijidad según sea el caso, remitiéndose a ejecutar lo mandado por la ley y los autores, recurriendo constantemente a estos últimos para fundamentar sus decisiones y en la mayoría de los casos sólo menciona las categorías propuestas por éstos, omitiendo realizar un estudio más profundo del asunto.

Respecto a lo cualitativo del actuar de los Tribunales, haciendo una comparación entre los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal, podemos señalar que generalmente los primeros -cuando abordan el tema de las eximentes incompletas- no fundamentan suficientemente sus fallos, resolviendo –más bien- fácticamente si la eximente en discusión concurre o no. En cambio, los Tribunales Orales en lo Penal, desarrollan en forma más acabada el análisis sobre el asunto, esgrimiendo constantemente para fundar sus fallos, la doctrina que existe al respecto.

Los fallos analizados, se pronuncian sobre la concurrencia o no de las eximentes incompletas relacionadas con el artículo 10 Números: 1, 4, 5, 6, 7 y 9 del Código Penal.

En cuanto a la enajenación mental, ésta se presenta principalmente por trastornos de menor entidad o el consumo de sustancias como el alcohol o la droga. La legítima defensa incompleta en tanto, se presenta como consecuencia de un exceso en la defensa, es decir, cuando se emplea un medio que no resulta ser idóneo o racional y por concurrir provocación suficiente por parte del que se defiende.

Finalmente, cabe señalar en relación a los requisitos de las eximentes incompletas, la jurisprudencia es concordante con la doctrina, esto es, al afirmar que requiere para configurar una eximente incompleta, la concurrencia del requisito básico; de suerte que si no concurre imposibilita toda aplicación de estas eximentes.

BIBLIOGRAFÍA.

I. Bibliografía.

1. BACIGALUPO Z. Enrique, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996.
2. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *“Obras Completas, Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, ARA Editores, Lima, Perú, 2004.
3. CREUS, Carlos, *“Derecho Penal, Parte General”*, Editorial ASTREA, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1992.
4. CURY URZÚA, Enrique, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 1988-92.
5. CURY URZÚA, Enrique, *“Derecho Penal, Parte General”*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición ampliada, Santiago, Chile, 2005.
6. ETCHEBERRY, Alfredo, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997.
7. GARRIDO MONTT, Mario, *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, 2001.

8. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *“Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”*, Editorial Sudamericana S.A, Abeledo-perrot S.A.E.e.I., Buenos Aires, Argentina, 1997.
9. LABATUT GLENA, Gustavo, *“Derecho Penal”*, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición, Santiago, Chile, 1990.
10. MONTI MEDINA, Carlos Vicente, *“La Circunstancia Atenuante de Responsabilidad del Nº 1º del Artículo 11 del Código Penal, Eximentes Incompletas”*, Editorial Universitaria S.A. Universidad de Chile, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 1956.
11. NÚÑEZ, Ricardo, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*, Editora Córdoba, Marcos Lerner, Cuarta Edición Actualizada, Córdoba, Argentina, 1999.
12. POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, *“Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile.
13. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTÍZ QUIROGA, Luís, *“Texto y comentario del Código Penal Chileno”*, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002.
14. ROXIN, Claus, *“Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría de Delito”*, Tomo I, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, España, 1997, Traducción de LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL y REMESAL, JAVIER DE VICENTE.

15. RUDNICK VIZCARRA, Carolina Soledad, *“La compensación Racional de Circunstancias Modificadorias de Responsabilidad Penal en la Determinación Judicial de la Pena”*, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Lexis Nexis, Segunda Edición, Santiago, Chile, 2007.

16. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Escuela de Derecho, *“Cuadernos de Análisis Jurídico, Estudios de Derecho Penal”*, GARRIDO MONTT, Mario.

17. VILLAMÁN RODRÍGUEZ, María Francisca, *“Análisis Jurisprudencial de las eximentes incompletas de la Responsabilidad Penal”*, Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Valparaíso, Chile, 1999.

18. WELZEL, HANS, *“Derecho Penal, Parte General”*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956. Traducción de FONTÁN BALESTRA, CARLOS.

19. ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *“Derecho Penal, Parte General”*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

II. Consultas en línea.

1. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *“Diccionario de la Lengua Española”*, Vigésima Segunda Edición, Consulta en línea: <http://www.rae.es/rae.html> (28.04.2011).

III. Textos Legales.

1. REPÚBLICA DE CHILE, “*Código Penal*”, Editorial Jurídica de Chile, Edición actualizada al 2010, Santiago, Chile.