



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL:

ATENUANTES Y EXIMENTES.

Comentarios de análisis comparativos: el derecho continental y el derecho anglosajón.

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

AUTORES

Joan Victoria Jaña Ortiz

Jorge Ignacio Soto Vera

PROFESOR GUÍA

Vivian Robert Bullemore Gallardo

Santiago, Chile

2015

INDICE

INDICE	ii
RESUMEN.....	x
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO 1: CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN GENERAL Y ATENUANTES EN ESPECÍFICO	1
1.1 Definición	2
1.2 Clasificación general	6
1.3. Justificación de las atenuantes.....	7
1.4. Clasificación de las atenuantes.....	9
1.4.1. Las eximentes incompletas.....	10
1.4.2. Atenuantes fundadas en los móviles del agente.....	14
1.4.2.1. Las atenuantes emocionales	14
1.4.2.1.1. Provocación o amenaza proporcionada al delito.....	15
1.4.2.1.2. Vindicación próxima de ofensa grave.....	16
1.4.2.1.3. El arrebató u obcecación.....	16
1.4.2.1.4. El obrar por celo de la justicia.....	17
1.4.3. Las atenuantes relativas a la persona del sujeto	18
1.4.4. Atenuantes fundadas en la conducta del autor con posterioridad al delito..	
.....	19
1.4.4.1. La reparación con celo del mal causado, o evitación de sus ulteriores perniciosas consecuencias.....	19
1.4.4.2. Entrega voluntaria a la justicia.....	20

1.4.4.3. Colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos	21
1.5. Regulación en Chile y modificación en la clasificación de las atenuantes	21
1.5.1. Circunstancias que reducen la reprochabilidad por el hecho.....	22
1.5.1.1 Las eximentes incompletas	22
1.5.1.2. El arrebató, obcecación u otro estado pasional	23
1.5.1.3 Irreprochable conducta anterior.....	24
1.5.1.4 Obrar por celo de la justicia.....	25
1.5.1.5 La minoría de edad.....	25
1.5.2 Circunstancias que compensan la reprochabilidad por el hecho	26
1.5.2.1. La entrega y confesión.....	27
1.5.2.2. El tratar celosamente de reparar el daño causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias.....	28
1.5.3. Circunstancias que obedecen a razones de política criminal	28
1.5.3.1. La colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos.....	28
1.6. Consideraciones sobre la responsabilidad criminal	29
CAPÍTULO 2: <i>COMMON LAW</i>	32
2.1 <i>Common Law</i> , concepto y expansión.....	32
2.2. Principios generales del Derecho Común	34
2.3. El <i>Common Law</i> en Estados Unidos de Norteamérica	38
2.3.1. La formación de una nación, el problema de las 13 colonias y el surgimiento de un nuevo sistema jurídico.....	38
2.3.2. Fuentes Formales	42
2.3.2.1 La jurisprudencia.....	42
2.3.2.2 <i>Statutory Law</i> o Derecho Legislado	43

2.3.3 Fuentes en materia penal.....	46
2.3.4 Otras fuentes.....	47
2.3.4.1 <i>Model Penal Code</i>	47
2.4. Defensas en materia penal: Defensas afirmativas, excusas, justificaciones y problemas en la carga de la prueba.....	50
2.4.1 <i>Failure of proof defenses</i> , o defensas por falla de prueba.....	51
2.4.2 <i>Offense modification defenses</i> o defensas que modifican la ofensa	52
2.4.3. <i>Justifications</i> o justificaciones	53
2.4.4 <i>Excuses</i> o excusas.....	53
2.4.5 <i>Nonexculpatory public policy defenses</i> o defensas de política pública no exculpatorias.....	54
 CAPÍTULO 3: LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. DERECHO CONTINENTAL Y DERECHO ANGLOSAJÓN.....	 59
3.1. Concepto y desarrollo de la antijuridicidad en el derecho continental	59
3.2. Concepto y desarrollo de la culpabilidad en el derecho continental.....	65
3.2.1. Teorías de la culpabilidad en el derecho continental.....	70
3.2.1.1 Teoría psicológica de la culpabilidad.....	70
3.2.1.2. Teoría normativa de la culpabilidad. Desde la teoría clásica a la teoría pura.	73
3.2.1.2.1 Criticas a este concepto de culpabilidad.....	75
3.2.1.3. Teoría del sujeto responsable:	79
3.3. Culpabilidad en el sistema estadounidense	82
3.3.1. Tipos de <i>mens rea</i>	87
3.3.1.1. Intencionalmente o <i>Purposely</i>	88

3.3.1.2. <i>Knowingly</i> o con conocimiento	90
3.3.1.3. <i>Recklessness</i> o Desconsideración	92
CAPÍTULO 4: EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CHILE Y EN ESTADOS UNIDOS.....	98
4.1. Eximentes que eliminan la antijuridicidad del hecho.....	100
4.1.1. Legítima defensa	100
4.1.1.1. Legítima defensa en Estados Unidos.....	101
4.1.1.1.1. Uso de fuerza en defensa propia.....	102
4.1.1.1.2. Uso de fuerza en defensa de terceros	103
4.1.1.1.3. Uso de fuerza en defensa de la propiedad.....	104
4.1.1.1.4. Uso de la fuerza en la aplicación de la ley	106
4.1.1.1.2.1. Inminencia:	108
4.1.1.1.2.2. Necesidad de la defensa:	109
4.1.1.1.2.3. Proporcionalidad:	112
4.1.1.1.2.4. Actuar con intención de repeler el ataque:.....	113
4.1.1.2. Legítima defensa en Chile.....	113
4.1.1.2.1. Concepto en Chile	114
4.1.1.2.2. Regulación en Chile	116
4.1.1.2.3. Requisitos de la legítima defensa en Chile	117
4.1.1.2.4. Casos de legítima defensa en Chile.....	124
4.1.2. Estado de necesidad	128
4.1.2.1 Estado de necesidad en el <i>Common Law</i> o <i>Choice of evils</i>	129
4.1.2.2. El Estado de necesidad en Chile	133
4.1.2.2.1. Concepto.....	133

4.1.2.2.2. Tipos de estado de necesidad regulados en Chile	135
4.1.2.2.2.1. Estado de necesidad justificante	139
4.1.2.2.2.1.1. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar	140
4.1.2.2.2.1.2. El mal que amenaza sea mayor al daño causado para evitarlo	142
4.1.2.2.2.1.3. Subsidiaridad	143
4.1.2.2.2.2. Estado de necesidad exculpante	144
4.1.2.2.2.2.1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.....	146
4.1.2.2.2.2.2. Subsidiaridad	146
4.1.2.2.2.2.3 El mal causado no debe ser sustancialmente superior al que se evita.....	147
4.1.2.2.2.2.4. El sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido, siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.....	147
4.1.3. Causales basadas en el ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber:	148
4.1.3.1. Ejercicio legítimo de una autoridad o cargo en Estados Unidos	150
4.1.3.1.1. Regulación en Estados Unidos	151
4.1.3.1.2. Cumplimiento de una orden militar en Estados Unidos	154
4.1.3.2. Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber en Chile	155
4.1.3.2.1. Obrar en cumplimiento de un deber en Chile	156
4.1.3.2.2. Obrar en ejercicio legítimo de un Derecho en Chile	157
4.1.3.2.3. Obrar en el ejercicio legítimo de una autoridad oficio o cargo en Chile	158

4.1.3.2.4. Omisión por causa legítima en Chile.....	159
4.2. Eximentes que eliminan la culpabilidad por el hecho	160
4.2.1 Enfermedad Mental.....	160
4.2.1.1. Inimputabilidad por enfermedad mental o insanity defense en Estados Unidos	161
4.2.1.1.1. La regla M'Naghten	162
4.2.1.1.2. El caso Durham	164
4.2.1.1.3. Regulación en el <i>Model Penal Code</i>	164
4.2.1.2. El tratamiento de la ebriedad	166
4.2.1.3. La Enfermedad Mental en Chile	169
4.2.1.3.1. Concepto.....	169
4.2.1.3.2. Clasificación	170
4.2.1.3.2.1. Las enfermedades mentales o psicosis.....	170
4.2.1.3.2.2. Las oligofrenias o deficiencias mentales	171
4.2.1.3.2.3. Trastornos psicósomáticos o neurosis.....	172
4.2.1.3.3. Requisitos de la enfermedad mental como eximente en Chile	173
4.2.1.3.3.1. Profundidad o gravedad del trastorno.....	174
4.2.1.3.3.2. Carencia de consciencia del sujeto acerca de la patología que lo afecta.....	174
4.2.1.3.3.3. No debe realizarse en un intervalo lúcido	174
4.2.1.4. Privación temporal de la razón	176
4.2.1.4.1. Requisitos para que procesa como eximente	177
4.2.1.4.1.1. La privación total de la razón.....	177
4.2.1.4.1.2. Involuntariedad del sujeto	178

4.2.1.4.1.3. La pérdida de la razón debe ser temporal.....	179
4.2.2. Minoría de edad.....	179
4.2.2.1 Minoría de edad en Estados Unidos.....	180
4.2.2.2. Minoría de edad en Chile.....	182
4.2.2.2.1 Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente.....	184
4.2.3. El miedo insuperable y la fuerza irresistible.....	187
4.2.3.1. Concepto.....	188
4.2.3.2. Regulación en el sistema norteamericano: La coacción o <i>duress</i>	190
4.2.3.3. Inexigibilidad de la conducta en Chile.	193
4.2.3.3.1. La fuerza irresistible	194
4.2.3.3.1.1. Requisitos para su procedencia como eximente.....	196
4.2.3.3.1.1.1. La fuerza puede provenir de cualquier fuente.....	196
4.2.3.3.1.1.2. La fuerza debe ser irresistible	196
4.2.3.3.1.1.3. La fuerza debe ser actual	197
4.2.3.3.1.1.4. Concepto de hombre medio como parámetro de exigibilidad de una conducta conforme a derecho	198
4.2.3.3.2. El miedo insuperable.....	198
4.2.3.3.2.1. Requisitos para que proceda como eximente	200
4.2.3.3.2.1.1. El miedo debe ser insuperable	200
4.2.3.3.2.1.2. El miedo debe ser actual	201
4.2.3.3.2.1.3. El sujeto no debe estar obligado a soportar el miedo.....	201
4.2.3.3.3. La obediencia debida.....	201
CONCLUSIONES.....	206
BIBLIOGRAFÍA.....	211

Libros y material impreso	211
Artículos en línea, legislación y jurisprudencia	214

RESUMEN

Las eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal están reguladas por nuestro ordenamiento jurídico, en los artículos 10 y 11 del Código Penal y han sido tratadas ampliamente, en su mayoría, por la doctrina y la tradición del Derecho continental, en general.

El presente trabajo muestra una clasificación y descripción de cada una de ellas, centrándose, en específico en el desarrollo de las eximentes de la responsabilidad criminal, comparándolas, a su vez, con la reglamentación que reciben en el derecho norteamericano, con el objetivo de demostrar que a pesar de estar reguladas por dos tradiciones jurídicas distintas, el *common law*, y el derecho continental, existe una gran similitud en su tratamiento. Examinaremos el derecho vigente en Chile, basándonos principalmente en nuestro Código Penal; y en Estados Unidos, utilizando, fundamentalmente el *Model Penal Code*, en el cual se constituye la base que rige la legislación penal del país del norte, además del Código Federal del mismo.

Sumado a lo anterior, y para una mayor comprensión, haremos un análisis del sistema sustantivo y procesal norteamericano en materia penal, pasando por sus orígenes e historia y sus fuentes. También estudiaremos los elementos del delito en ambas tradiciones jurídicas, con el fin de entender cómo

funciona la atribución de responsabilidad penal. Nos referiremos en especial a la antijuridicidad y culpabilidad. En cuanto a esta última veremos sus diferentes concepciones en el desarrollo que la doctrina -y jurisprudencia en el sistema anglosajón-, han considerado.

Revisaremos la legislación de ambos países en lo referente a las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, para así obtener una visión general de su tratamiento en ambas tradiciones.

Finalmente, llegaremos a la conclusión de que, a pesar de las diferencias del Derecho Continental y la tradición del *Common Law*, se encuentran numerosos caminos afines entre ambos sistemas, en cuanto a la regulación de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal, a pesar de que, en algunos casos, sus orígenes y desarrollo provengan de procesos completamente distintos

INTRODUCCIÓN

El delito es, sin duda, un fenómeno complejo y, como tal, puede ser estudiado de distintas formas, abarcando desde el análisis de sus elementos, por ejemplo, hasta los fines y fundamentos de la pena. Este trabajo analizará un pequeño espectro de éste, poniendo la mirada sobre las circunstancias que atenúan o eliminan la pena asignada a la comisión de un delito, por incidir sobre el nacimiento y entidad de la responsabilidad criminal. Así, trataremos de comprender bajo qué circunstancias específicas, un sujeto responde en menor grado por la comisión de un ilícito. Es decir, bajo qué eventos y por medio de qué argumentos jurídicos y doctrinales, dos individuos que han cometido el mismo injusto, responden finalmente de manera diferente, pudiendo uno de ellos, incluso, no recibir pena alguna, a pesar de que, en algunos casos, todos los elementos del tipo penal hayan concurrido.

Sin embargo, la presente Memoria de Licenciatura, no se limitará solo al análisis de estas cuestiones, sino que pretende ir más lejos. En el mundo globalizado en que vivimos, analizar estas materias sólo desde el derecho local, nos parece restringido, es por esta razón, y debido al interés que nos suscita entender la forma en que en las distintas tradiciones jurídicas se han desarrollado diversas instituciones, específicamente en el derecho penal, es que también estudiaremos la legislación norteamericana, cuyo origen se encuentra en la

tradición del Derecho Común o *Common Law*. Sabemos que desde hace algunos años existe un acuerdo entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Universidad de Nueva York (NYU), razón por la cual resulta adecuado analizar las posibles similitudes, así como también, las diferencias que hay en cuanto a las circunstancias que eliminan o reducen la sanción penal, en este caso, en ambas tradiciones jurídicas. Por ello, es que también centraremos nuestra atención en la percepción y análisis de este fenómeno en los Estados Unidos, cuál ha sido la regulación que se le ha dado y si, en definitiva, las diferencias entre el *common law* y el derecho continental son tan abismantes, como para hacer del ejercicio comparativo, algo simplemente baladí.

En definitiva, la presente tesis busca responder a varias preguntas, entre ellas, ¿Existen circunstancias que permiten a un sujeto responder en menor medida, o incluso quedar absuelto de responsabilidad por la comisión de un ilícito? ¿Cuáles son estas circunstancias? ¿Cómo y por qué es esto posible? ¿Están definidas legalmente, o ha sido un trabajo de la doctrina hacerlo? ¿La existencia y desarrollo de estas instituciones ha sido similar en la tradición del derecho común y el derecho continental? ¿Existe similitud en el tratamiento de estas circunstancias entre el derecho chileno y el norteamericano? Éstas y otras preguntas serán resueltas y desarrolladas en lo sustantivo de este trabajo, con el objetivo de demostrar que el Derecho es una ciencia basada en la lógica humana, sustentando en principios y criterios de justicia, sin que su origen, por muy diverso

que sea, pueda conducir a resultados asimismo diversos, puesto que, independiente del desarrollo iusfilosófico, el Derecho ha sido creado por los hombres para que en sus relaciones exista justicia y paz.

A priori, sabemos que las mayores diferencias de las dos tradiciones jurídicas que estudiaremos, se encuentran en sus fuentes, siendo fundamental en el derecho del *common law*, el desarrollo jurisprudencial, al contrario de nuestro derecho, que encuentra sus bases en el derecho escrito, es decir, en la ley, siendo ésta la reina en la tradición continental, dando paso a una variada y robusta discusión doctrinaria, en torno a cada uno de los conceptos utilizados por las leyes. Sin embargo, nos asombraría saber que, pese a tal diferencia, en el sistema del derecho común también se da paso a un interesante desarrollo doctrinario, incluso mayor al nuestro en algunas instituciones. Parte de las diferencias, han ido también desapareciendo con la evolución histórica, así como antes, en nuestro país, casi no existía la oralidad, como un principio, en el sistema penal, hoy, tras la Reforma Procesal Penal, los procedimientos son mayormente orales y los principios en que está basado, apuntan a los mismos que hoy rigen en la mayor parte del mundo, los cuales son la presunción de inocencia, las reglas probatorias de carga de la prueba, el debido proceso, la irretroactividad de la ley penal, además de otros que protegen y garantizan los derechos de todos los intervinientes en los procesos penales. En este sentido, ambas tradiciones se han acercado.

Así las cosas, ocurre lo mismo en el país del Norte, en cuanto al avance y desarrollo del derecho escrito o *statutory law* -derecho legislado-, llegando incluso hoy al punto, como señala Edmundo Hendler, en que “resulta perfectamente válido entender que las reglas del *common law* se encuentran reducidas a un conjunto remanente, de aplicación limitada a aquellas materias aún no legisladas, las que cada vez son menos”¹. Como vemos, se ha dado valor en el derecho anglosajón, actualmente, a la importancia de contar con una legislación escrita que dé más certeza y garantías a los sujetos de derecho, asemejándose en este ámbito a nuestra larga tradición jurídica continental.

Entonces, por medio del análisis comparativo de ambos sistemas, en especial respecto de sus criterios de atribución, analizando los elementos del delito en cada una de las tradiciones, estudiaremos cómo nace la responsabilidad criminal y qué factores inciden en que ésta pueda ser atenuada o, definitivamente, eliminada. En este camino encontramos, incluso, que nuestros ordenamientos han llegado a soluciones similares para problemas jurídicos semejantes, a pesar de las diferencias iusfilosóficas que los separan.

Son estas similitudes las que nos dan razones para considerar un análisis comparativo, para encontrarnos al final con la recompensa de no haber

¹ HENDLER, Edmundo. Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU. Buenos Aires, AD-HOC, 1996, p. 19

realizado una tarea en vano, la proximidad entre ambos sistemas al prisma de la presente investigación arroja resultados que deben ser considerados.

Para empezar, vamos a centrar nuestra atención en lo que entendemos por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y, en específico, a las atenuantes, eximentes y eximentes incompletas; cómo se regulan éstas en nuestra legislación y el tratamiento que les han dado los juristas, estudiando el desarrollo doctrinal y legislativo, someramente, en otros países del derecho continental. También haremos una mención especial al criterio clasificatorio que presenta el profesor Enrique Bacigalupo para las atenuantes en el derecho español, adaptándolo a nuestra realidad nacional.

Una vez hecho lo anterior, debemos brindar información básica acerca de la evolución histórica del Derecho Común, su nacimiento y expansión en el mundo anglo parlante, su llegada e influencia en los Estados Unidos y el sistema penal que, en consecuencia, se forma, cuáles son sus principios y, en definitiva, cómo se desarrolla en sus diferentes etapas, para profundizar en el conocimiento de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, atenuándola o eliminándola; el sistema de defensas y excusas, su concepto y elementos, así como el desarrollo que se dio para su establecimiento y actual regulación. Todo ello, pasando por la interesante historia de los casos que originaron tales instituciones.

En otras palabras, analizaremos el tratamiento que da el derecho estadounidense a esta categoría, respondiendo al tema de si ellas reciben una especial regulación o si, por el contrario, nos encontramos ante una clasificación que no se encuentra legislada específicamente. Para este fin, examinaremos las disposiciones del *Model Penal Code*, texto que se ha convertido en un referente en la legislación de ese país, sirviendo de base para muchos de los códigos penales en los distintos Estados, con las salvedades y particularidades propias del sistema federal. También revisaremos las disposiciones del Código Penal de Nueva York y el Código Federal de Estados Unidos para dar una visión globalizadora sobre este punto.

Por otra parte, y de acuerdo a lo planteado por Bacigalupo² y gran parte de la doctrina continental, entendemos que las atenuantes operan en relación a la antijuridicidad y culpabilidad, como elementos del delito, por cuanto, es necesario un análisis de dichos elementos a la luz de ambos sistemas. Veremos que las llamadas justificaciones tienen directa concordancia con lo que se entiende por antijuridicidad, y que, existen criterios que llevan a que una conducta típicamente antijurídica esté justificada por el derecho. Entenderemos cómo funciona el ejercicio de la atribución de responsabilidad criminal, pasando por un juicio de antijuridicidad, para terminar con uno de culpabilidad. Por ende, analizaremos también la evolución de la culpabilidad, cómo se ha entendido en

² BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal Parte General. Buenos Aires, Hammurabi, 1999

un análisis filosófico a lo largo del desarrollo doctrinario continental y sus distintas teorías. Asimismo, veremos su evolución conceptual y sus distintas acepciones en el derecho anglosajón.

Buscaremos, en consecuencia, dar una visión globalizadora y muy comprensiva del tema, esperando desarrollar un compendio útil y pedagógico que favorezca el entendimiento de las circunstancias que modifican la pena, por incidir sobre el nacimiento y entidad de la responsabilidad penal del sujeto. Y nos ha interesado hacerlo a la luz de dos sistemas jurídico penales distintos, pues entendemos el Derecho como un todo, fruto de la necesidad de regular y valorar justamente conductas entre diversas personas de una misma sociedad. Y en el mundo de hoy, con unas fronteras cada vez más difuminadas, la sociedad a la que adscribimos es muchísimo más grande y amplia que hace unos años, existiendo una coherencia ya no sólo ceñida al territorio, sino que extendida en todo el globo. Creemos en la idea que considera al sistema penal como un constructo social y al individuo como un actor dentro de una sociedad compleja, de un Estado que, por medio de sus normas ha de insertar en la psique de las personas determinados valores, y que éstas como receptoras de ellas, deben responder de sus actuaciones por la conciencia de su propio rol en la interacción con el entorno y los otros.

Si bien a lo largo de la historia las diferencias entre nuestros sistemas han sido manifiestas, en particular las bases filosóficas que fundan a ambos y las

razones históricas que han influido específicamente en la tradición estadounidense y en la chilena, para dar forma a su pensamiento, también hay grandes similitudes que han ido apareciendo en las últimas décadas, ya sea a nivel procesal como sustantivo, lo que ha incidido en la posibilidad de unificar criterios y modos de entender la justicia penal, lo que no deja de ser interesante para el ejercicio de la profesión del abogado que, en principio, podría parecer tan circunscrita a un territorio y a una tradición, pero que, sin embargo, se sustenta en uno de los grandes valores que ha querido proteger la Humanidad, el cual es el valor de lo justo, lo cual va más allá de las fronteras y, aunque tenga arraigo en lo tradicional y en lo histórico, conserva un significado que, en un mundo globalizado y cada vez más interconectado, puede ser entendido por todos sus habitantes.

CAPÍTULO 1: CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN GENERAL Y ATENUANTES EN ESPECÍFICO

Podemos señalar, en un principio, que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal son situaciones específicas, las cuales influyen en la magnitud con que una pena es aplicada, ya que por éstas, la conducta puede ser considerada más o menos culpable o injusta.

Es decir, son eventos accidentales en un hecho, los cuales deben ser considerados de manera especial por los jueces a la hora de determinar la medida de una pena aplicable a un sujeto.

Como señalábamos en la parte introductoria de este trabajo, estas circunstancias son las que determinan por qué dos sujetos, aparentemente en la misma situación, responden en grados distintos ante un injusto idéntico. Por ejemplo, en el caso de dos autores del delito de homicidio, X e Y; al autor X, de conducta anterior irreprochable, le corresponderá una pena inferior que al autor Y, quien posee antecedentes criminales previos. En este caso, lo que sucede es que se aplica la atenuante establecida en el artículo 11 N°6 de nuestro Código Penal –la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable-, la cual beneficia al autor X.

1.1 Definición

Siguiendo a los profesores Vivian Bullemore y John Mackinnon, podemos definir las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal como “un conjunto de situaciones concretas, descritas por el legislador y que, al concurrir, producen el efecto de influir en la magnitud de la pena aplicable, sea porque la conducta es considerada más o menos injusta, o más o menos culpable”³.

De la anterior definición hay que destacar, en primer lugar, que, en cuanto al derecho chileno, no toda conducta influirá sobre la medida de la pena sino, por el contrario, sólo aquellas que expresamente hayan sido trazadas por el legislador. Esto no es menor, ya que, en consecuencia del principio de legalidad, el juez no podrá considerar cualquier circunstancia que concurra para modificar la pena de un delincuente si ésta no está previamente regulada.

Es importante señalar la referencia a la culpabilidad de la conducta del autor, que indica la definición, así como también la juridicidad –o antijuridicidad– de la misma, problemática que será atendida en un capítulo posterior, pero que de momento, nos hace ver que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad tienen directa relación con los elementos de la culpabilidad y la

³ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Tomo II. Santiago, LexisNexis, 2007 p. 215

antijuridicidad, pues, su concurrencia incide en la valoración de dichos conceptos, a la hora de analizar el fenómeno delictivo.

Siguiendo a Bacigalupo, al considerar que “el delito es una entidad jurídica cuantificable”⁴, podemos concluir que, no todos los delitos tendrán la misma gravedad, la cual dependerá, finalmente, de las circunstancias específicas de cada hecho y de cada autor. A priori, y tan sólo aplicando el sentido común, podemos ser capaces de entender que una persona que cometió un delito de homicidio y se puso a disposición de la policía de inmediato, aportando todos los antecedentes conducentes al esclarecimiento de los hechos, tendrá beneficios por sobre la persona que cometiendo idéntico delito, huye y hace todo lo posible para ocultar las evidencias de su crimen; dicho beneficio se aprecia en la pena, pues, a quien colaboró se le rebajará ésta, en la forma y medida que dispone la ley. Así también, aplicando un criterio similar, entendemos que una persona que mató a otra para defenderse de una potencial agresión mortal en su contra, tendrá una pena distinta e inferior, e incluso podría llegar a eximirse por completo de una sanción penal, respecto de quien mató a otro sólo por envidia, pues a este último sujeto, autor del delito, deberá aplicársele la ley, sin ningún beneficio.

Ciertamente, con los casos anteriormente expuestos, hemos querido hacerlo parecer simple, puesto que es de toda lógica que existan criterios que

⁴ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal Parte General. Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 595.

regulen los distintos tipos de escenarios en materia penal, pero el desarrollo de dichos criterios requerirá un estudio acabado que intentaremos realizar en el trabajo presente.

Consideramos entonces, que las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, como veremos más adelante, requieren, por regla general, de la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, que al estar especificados en la ley “complementan, cuando es el caso, la descripción típica del hecho, sea incorporándose al tipo objetivo, sea describiendo una particularidad subjetiva”⁵. Por ello, lo complejo del fenómeno delictivo. Cuando analizamos la concurrencia de un delito, son varios los elementos a considerar, partiendo por el análisis de la acción –u omisión- y su voluntariedad, continuando por la subsunción de esta conducta a la norma, es decir, la adecuación de la conducta a la descripción del tipo penal, para seguir con el juicio de reproche al autor, al considerar el grado de conocimiento y la intención que tenía con su conducta, entre otros factores, pasando por la existencia o no de causas de justificación de esa conducta, su verificación y posterior valoración en la determinación de la pena. En este sentido, se analizan aspectos objetivos y subjetivos que interactúan entre sí.

⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., p. 596

“Las circunstancias agravantes y atenuantes completan accidentalmente la descripción típica y, consecuentemente, se rigen por las reglas de la tipicidad en lo referente a la subsunción y a la conexión que debe existir entre el tipo objetivo y el subjetivo”⁶, señala Bacigalupo. Es decir, están específicamente establecidas en relación al tipo delictual, su concurrencia debe verificarse estableciendo la adecuación de la circunstancia a los hechos acaecidos o a la condición existente, sea cual fuere el caso. Asimismo ocurre con la acción típica. Este es un trabajo complementario, puesto que, las circunstancias de comisión del ilícito y las circunstancias modificatorias, van íntimamente relacionadas.

En definitiva, entendemos que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal son situaciones que recoge la ley y que, por ende, responden estrictamente al principio de legalidad –sin embargo, esto ocurre en nuestra legislación nacional, hay casos en el derecho continental en donde este principio no es del todo estricto- las cuales influyen al momento de determinar la magnitud de la pena a la que se verá sujeto un individuo que ha desatendido una norma penal, y que éstas requieren de la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, establecidos detalladamente en la ley, lo que implica que en la práctica deban cumplirse cabalmente todos los requisitos estipulados en ella, respondiendo así a las reglas de tipicidad.

⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Ibidem*.

1.2 Clasificación general

La primera y más importante clasificación que consideraremos es la que nuestro Código Penal recoge en sus artículos 11 y 12. Nos referimos a la distinción entre circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal y circunstancias agravantes de la misma. Así, nuestro Código Penal chileno se limita solamente a señalar, enumerando taxativamente en ambos casos, cuáles circunstancias son las que atenúan la responsabilidad criminal y cuáles la agravan, respectivamente, sin especificar criterios ni fundamentos e interpretándose en el sentido común de las palabras atenuar y agravar, puesto que el Código no lo define.

En particular, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal son aquellas, que tienen la característica de “determinar la imposición de una pena más benigna”⁷. Por otro lado, las circunstancias agravantes, determinarán la imposición de una pena más estricta.

Cabe señalar que también nos podemos encontrar ante circunstancias que bien pueden, agravar o atenuar la pena, estas son las llamadas circunstancias mixtas, recogidas en el artículo 13 de nuestro Código Penal y que dicen referencia a la naturaleza y accidentes del delito, tal y como lo indica el

⁷ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit., p. 215.

título que las precede, en relación con el parentesco que exista entre los participantes del hecho delictual.

Las circunstancias modificatorias pueden clasificarse también de acuerdo a si operan para todos los delitos o sólo para algunos. Así, por un lado, tenemos las genéricas, que serán aquellas que se aplican para todo el catálogo de delitos, o la mayoría de ellos, y que corresponden a las ya señaladas atenuantes y agravantes de los artículos 11 y 12, respectivamente. Por otro lado, tenemos a las circunstancias específicas, aquellas que operarán solo respecto de determinados delitos expresamente previstos por la ley. Es el caso de las enumeradas en el artículo 456 bis de nuestro Código Penal, por ejemplo, que establece circunstancias agravantes en los delitos de robo y hurto.

1.3. Justificación de las atenuantes

Como mencionábamos en un principio, considerando al delito como una entidad jurídica cuantificable, podemos señalar que al concurrir una circunstancia atenuante habrá una menor reprochabilidad hacia el autor y su injusto, recibiendo, dentro de esta lógica, una menor pena.

Por esto, “el fundamento común de las circunstancias atenuantes (---) es la menor culpabilidad del autor”⁸. El autor, al concurrir en alguna de estas

⁸ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit.,p.598.

situaciones, merece un menor reproche por su culpabilidad, por lo que podemos concluir que las atenuantes operan “como una consecuencia del principio de culpabilidad”⁹. Por ahora, no nos referiremos más que someramente a este punto, pues será objeto de análisis en un capítulo posterior.

Entendiendo también a la culpabilidad como una entidad cuantificable, concepción acunada por Kant, el cual la definió como un *demeritum*, señalando que éste podría tener diversos grados, así “subjektivamente el grado de la capacidad de imputación (*imputabilitas*) de las acciones es de apreciar según la magnitud de los obstáculos que hubieron de ser superados en su realización (---) cuanto menor es el obstáculo natural, cuanto mayor es el obstáculo fundado en el deber, mayor será la imputación de la infracción (como culpabilidad)”¹⁰, es decir, desde un punto de vista subjetivo se aprecian los obstáculos que debían ser superados para la realización de la acción, por lo que habrá mayor reprochabilidad cuando el deber imponga una obligación mayor a la cual atender y aún así se realice la acción contraria a dicha imposición.

Cobra, posteriormente, relevancia, dentro del marco de la doctrina de la individualización de la pena, el que la culpabilidad sea compensada, al menos en parte, basada en aspectos de la conducta del autor, posteriores al hecho, para determinar la pena que le será impuesta. En este sentido, la doctrina ha señalado

⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Ibidem*.

¹⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Op.Cit.* p.598. .

que “también la conducta posterior del autor puede permitir sacar consecuencias respecto de su culpabilidad, y que la reparación del daño y los esfuerzos de un acuerdo con el lesionado pueden operar como atenuantes”¹¹. Situaciones como esas, están recogidas en la ley, cuando vemos que una conducta que atenuará la pena es colaborar con el esclarecimiento de los hechos, por ejemplo, o también apreciamos las instituciones como el acuerdo reparatorio, recogida en nuestro actual sistema Procesal Penal, como una salida alternativa a un juicio, en la cual, tanto el acusado como la víctima llegan a un acuerdo satisfactorio que pone fin al conflicto, cumpliéndose los demás requisitos legales.

1.4. Clasificación de las atenuantes

Tradicionalmente, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal se han clasificado desde el punto de vista del autor, y será esta clasificación la que seguiremos, inicialmente, en este capítulo, para aproximarnos a su conocimiento.

Fuera de las eximentes incompletas, -las cuales analizaremos más adelante, así como también haremos con las eximentes propiamente tales-, que bien podemos considerar como situaciones de exigibilidad disminuida –concepto

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 599.

al que nos referiremos largamente-, el resto, como hemos mencionado, se concentran en el agente para encasillarlas en una u otra categoría.

Para esto, utilizaremos la clasificación que han dado los profesores Bullemore y Mackinnon¹², de las atenuantes de la responsabilidad penal, así tenemos que éstas pueden clasificarse en:

1.4.1. Eximentes incompletas.

1.4.2. Atenuantes fundadas en los móviles del agente.

1.4.3 Atenuantes relativas a la personalidad del sujeto.

1.4.4 Atenuantes que se fundan en la conducta del autor con posterioridad a la comisión del delito.

1.4.1. Las eximentes incompletas

Antes de todo, debemos precisar el concepto de eximente de la responsabilidad penal, entendiendo por éstas a aquellas causales, cuya materialización implica que la conducta de un sujeto, que, por regla general sería ilícita, no lo sea. Es decir, que por la concurrencia de la eximente, el hecho es lícito y por tanto, no punible. Pueden ser éstas, causales de justificación, de inimputabilidad o de inexigibilidad de la conducta conforme a derecho. Lo anterior

¹² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op.Cit.

es tan sólo una aproximación a la temática de las eximentes, tema fundamental en el presente trabajo.

Utilizar el término eximentes de responsabilidad no nos parece acertado ya que, como mencionamos, si concurre una causal de justificación “no es que se exima de responsabilidad al sujeto, sino que el hecho es lícito y, por lo mismo, nunca ha nacido tal responsabilidad”¹³. La responsabilidad criminal no llega a nacer, porque en el análisis previo que se realiza aplicando criterios y juicios de reproche, existe la justificación idónea para que la conducta no sea antijurídica o bien, el sujeto no sea culpable de ella.

Dicho lo anterior, es preciso establecer que las eximentes incompletas son aquellas que no cumplen con todos los requisitos de las anteriores –por ende, no eximen por completo de responsabilidad penal al autor, por considerarse que sí ha cometido un ilícito, dando nacimiento a su responsabilidad-, éstas son “situaciones de exigibilidad disminuida -a causa de la anormalidad de las circunstancias concomitantes- o de falta de conciencia de la ilicitud -vencible-, y algunos casos de menor ilicitud, por falta de algún requisito para su eliminación”¹⁴, así lo expresan los profesores Bullemore y Mackinnon, refiriéndose a conceptos que ya trataremos, como la anormalidad de las circunstancias y las situaciones de inexigibilidad reducida, entre otros. Por el

¹³ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 217

¹⁴ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Ibidem*.

momento es pertinente reforzar el punto de que, en estos casos, sí ha nacido la responsabilidad penal, puesto que sí se considera que el autor ha actuado de manera ilícita, por ende, se le aplicará la pena establecida para el delito cometido, atenuándola en la forma indicada por la ley y recogida por el juez.

Para ilustrar lo anterior, daremos el siguiente ejemplo: “A” lesiona gravemente a “B”, puesto que “C” ha amenazado a “A”, diciéndole que si no daña a “B”, el hijo de “A” será lesionado. La amenaza de “C” no es seria, sólo ha querido jugarle una broma a “A”, como es habitual, incluso “C” vive en otra ciudad y ni siquiera está en situación de poder ocasionarle un daño al hijo de “A”. La amenaza de “C” no ha revestido el carácter que requiere para ocasionarle a “A” un efectivo y determinante miedo insuperable, en atención a las circunstancias, aunque “A” la haya creído real y haya actuado conforme a ella. En este caso, el ilícito existe, lesiones graves provocadas por “A” a “B”. “A” tendrá que responder, es decir, recibirá una sanción penal, pero dicha pena se verá atenuada, puesto que “A” actuó movido por un miedo insuperable. Si se hubiesen cumplido todos los requisitos para que este miedo de “A” lo eximiera de responsabilidad penal, por supuesto, no habría ilícito ni pena para “A”. Pero como la amenaza no cumple con las características objetivas para poder eximir de responsabilidad a “A”, éste deberá recibir sanción por la ilicitud de su actuar.

Haciendo una comparación con la jurisprudencia extranjera en el derecho continental, que ha inspirado nuestra legislación, podemos observar la

evolución del entendimiento de estas figuras. En el derecho español, se consideró, en un principio, que la disposición referida a las eximentes incompletas, no tendría aplicación en el caso de aquellas que no tienen varios requisitos, sin embargo la jurisprudencia actual “no excluye ninguno de los casos expresamente tipificados en el catálogo del art. 20 del Código Penal”¹⁵, (el cual tipifica a las eximentes).

Pero no podemos entender que esto sea aplicable a cualquier requisito, y así ha sido analizado por la doctrina española, entre ellos Ferreiro Cándido en su comentario al Código Penal español, en el cual señala que “la apreciación de una eximente incompleta, requiere, en cualquier caso, que concurren los requisitos fundamentales o esenciales de la eximente correspondiente (la agresión ilegítima en la legítima defensa, por ejemplo)”¹⁶. La doctrina nacional no ha quedado ajena a esta discusión y establece, en la misma línea, que para que se esté en presencia de este tipo de eximente, “es indispensable la concurrencia, por lo menos, del requisito básico o esencial de ella”¹⁷ y yendo más lejos apunta a que no es necesario que se presente objetivamente este requisito, sino que basta con que exista de forma putativa. Así, en el ejemplo que dimos recientemente, el requisito fundamental es el miedo que motiva a “A” a cometer una conducta típica y antijurídica, quien actúa compelido por una amenaza, que

¹⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit.p.611.

¹⁶ CONDE-PUMPIDO, Ferreiro Cándido. Código Penal comentado; con concordancias y jurisprudencia. Barcelona, Bosch, 2004, p.109.

¹⁷ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit.p.217.

efectivamente existe, pero que sus características hacían presumir que no era de la entidad necesaria para ocasionar ese temor a “A”, es decir, dicha amenaza no habría provocado esa reacción en cualquier otra persona con las mismas características de “A”. Por tanto, el requisito no se cumple, el miedo es infundado y no exime a “A”, quien sólo podría ver atenuada la pena que se le impondrá, porque el elemento fundamental, que es motivarse por el temor, concurrió, pero no de la forma que la eximente lo exige.

En el capítulo quinto nos referiremos largamente a las eximentes en específico, tanto en nuestro sistema, como en el derecho estadounidense, sus requisitos y cómo proceden en las diferentes tradiciones jurídicas.

1.4.2. Atenuantes fundadas en los móviles del agente

Este tipo de atenuantes, las podemos subdividir, a su vez, en emocionales o pasionales, y aquellas de quién obra por celo de la justicia.

1.4.2.1. Las atenuantes emocionales

Están basadas en el criterio del hombre medio –lo cual, en simples palabras consiste en utilizar un parámetro como modelo de conducta, que sea el esperado de acuerdo a las circunstancias específicas del sujeto, como sexo, edad, condición, etc., y compararlo con la conducta que el sujeto en concreto

cometió- y son aquellas que provocan, en este modelo de sujeto, un estado de perturbación anímica que lo lleva a la comisión de un delito. Este “hombre medio” corresponde a la actuación esperable por una persona de las mismas características, en idénticas circunstancias. Entre éstas podemos distinguir:

1.4.2.1.1. Provocación o amenaza proporcionada al delito

Para que proceda deben concurrir copulativamente, los siguientes cuatro requisitos:

- a) Que exista provocación o amenaza.
- b) Que ella provengan del ofendido.
- c) Que sea proporcionada al delito que comete el sujeto activo.
- d) Que hayan precedido inmediatamente a ese delito.

No se exige un estado de ánimo en particular, en teoría el sujeto activo ha debido actuar en un estado de indignación o ira, no siendo, en consecuencia, necesario demostrar que la amenaza o provocación han generado un real estado de perturbación, ya que, como dijimos anteriormente, se obedece al criterio del hombre medio. En la misma línea, se ha señalado que no es necesario que la

amenaza que perturba al sujeto, sea real, “que la amenaza o la provocación sean reales: basta con que el sujeto las crea reales o con que se sienta amenazado”¹⁸.

1.4.2.1.2. Vindicación próxima de ofensa grave

Supone una ofensa anterior dirigida al sujeto quien, por dicha provocación, incurre en la comisión de un delito, entendiendo por ésta a “cualquier daño o agravio que se infiera a otro”¹⁹, además de esto, debe ser grave, requisito que será determinado por el juez.

Será vindicación, entonces, la respuesta a esta ofensa, configurando un elemento subjetivo de la atenuante, asimilando este concepto al de la venganza. Esta ofensa, al igual que en la amenaza en el caso anterior, no requiere ser real, ni que exista objetivamente, basta que el sujeto así lo crea. También se utiliza el parámetro del hombre medio en relación con las circunstancias específicas del sujeto, para establecer si una persona en las mismas circunstancias se habría sentido ofendido.

1.4.2.1.3. El arrebató u obcecación

Se ha entendido por la doctrina nacional, que ésta es la única de las atenuantes en que se requiere la comprobación objetiva de una perturbación en

¹⁸ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit., p. 219.

¹⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Ibídem.

el ánimo del sujeto. Contrarios a esta opinión, Bullemore y Mackinnon entienden el concepto de arrebató como, “una perturbación intensa en la capacidad de autocontrol de la persona. La obcecación, en cambio, supone una alteración de las facultades intelectuales (razonadoras), que impiden una adecuada dirección de la conducta”²⁰. Igualmente, debe emplearse el criterio del hombre medio, por lo que, no sería necesario acreditar una auténtica alteración mental del sujeto activo, sino más bien acreditar que en una persona con las mismas características, se hubiese perturbado ante el mismo hecho.

En este sentido, creemos que, al tratarse de una atenuante emocional, como todas las anteriormente descritas en este número, no existe razón que atienda al por qué debe aplicarse un criterio diferente a las anteriores, por tanto, debería bastar con que el sujeto se sienta perturbado en su fuero interno.

1.4.2.1.4. El obrar por celo de la justicia

Se entiende que en esta atenuante prima un concepto normativo por sobre uno psicológico, es decir, el fundamento de ésta no tiene nada que ver con la emoción o el ánimo del autor, sino más bien, con sus motivaciones socialmente positivas.

²⁰ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 220

Etcheberry²¹ considera que ésta solo será aplicable si la conducta del sujeto activo se debe exclusivamente al actuar por celo a la justicia y ningún otro móvil adicional.

Por ejemplo, si un sujeto observa que acaban de robarle a una persona de edad avanzada, en la vía pública, y al dar alcance al autor del robo, le ocasiona diferentes tipos de lesiones, nos encontraríamos ante una responsabilidad atenuada de quien cometió el delito de lesiones, puesto que obró por celo de la justicia.

1.4.3. Las atenuantes relativas a la persona del sujeto

Aquí nos encontramos frente a la atenuante basada en la irreprochable conducta anterior del sujeto, fundando esta menor reprochabilidad en el supuesto de que una persona que se ha mantenido fiel a las disposiciones del Derecho, ha actuado en forma incorrecta, desde un punto de vista jurídico-penal, solo debido a que una situación anómala le ha perturbado.

La jurisprudencia nacional, en este sentido, ha sostenido que se verificará la concurrencia de esta atenuante, si el autor no ha sido condenado antes por cualquier delito.

En este punto, consideramos que, debe restringirse el análisis de la irreprochable conducta anterior, sólo a aquellos injustos regulados por el derecho

²¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, 3ª edición. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

penal. Como bien han sostenido los profesores Bullemore y Mackinnon²², ampliar el marco de estudio en esta atenuante significaría, en primer lugar violentar el principio de mínima intervención, ya que, en caso contrario, sería admitir la intervención del Derecho Penal en la protección de bienes jurídicos que han sido encomendadas a otras ramas del Derecho.

En definitiva “esta atenuante procederá siempre que al momento de dictarse condena el sujeto no haya sido condenado con anterioridad por un crimen, simple delito o falta”.²³

1.4.4. Atenuantes fundadas en la conducta del autor con posterioridad al delito

1.4.4.1. La reparación con celo del mal causado, o evitación de sus posteriores perniciosas consecuencias

El principal requisito de esta atenuante, a nuestro parecer, es el actuar celoso que debe procurar el sujeto activo, entendiendo por celo una actuación que resulte de un esfuerzo considerable, ya sea, para la reparación del mal causado o para impedir que las consecuencias negativas que hubiere provocado el hecho punible, se generen.

²² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit.

²³ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 224.

No se requiere para invocar esta atenuante una motivación especial por parte del agente, ni espontaneidad de la misma, incluso como señala la doctrina, para que la reparación sea completa o que consiga evitar las consecuencias perniciosas, basta simplemente con “la exteriorización efectiva de un propósito serio y un esfuerzo celoso”²⁴. Un ejemplo de ello sería el caso de alguien que ha cometido un robo, que decide entregar los documentos robados para evitar mayor perjuicio a la víctima.

1.4.4.2. Entrega voluntaria a la justicia

Para que esta atenuante proceda, es requisito que la entrega voluntaria se deba hacer cuando, existiendo posibilidades reales de escapar de la persecución de las policías, el sujeto activo opta por ponerse en manos de las autoridades. En nuestra opinión, de nada sirve que el sujeto se entregue cuando la captura es completamente inevitable. Así lo ha entendido de manera uniforme nuestra doctrina y asimismo lo ha recogido nuestra jurisprudencia.

²⁴ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 224.

1.4.4.3. Colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos

Como se observa, requiere para poder aplicarse que la colaboración sea sustancial, esto quiere decir, que ella sea un verdadero aporte a la investigación, que “su colaboración sea el fundamento del esclarecimiento.”²⁵

En el sistema norteamericano encontramos un precedente similar al de la colaboración sustancial, en la institución del *plea bargaining*, la cual, en concreto, es la aplicación de un castigo más benévolo al que ha cooperado de alguna manera. En dicho sistema, esta cooperación, por regla general, debe configurarse con anterioridad a la formalización de los cargos, por parte de la Fiscalía, puesto que al considerar el beneficio de la aplicación de la atenuante, respecto del acusado, se pueden obtener ventajas procesales.

1.5. Regulación en Chile y modificación en la clasificación de las atenuantes

Como habíamos anticipado en la parte introductoria, seguiremos en este punto al profesor Enrique Bacigalupo²⁶, así podemos clasificar a las atenuantes de acuerdo a la reprochabilidad del injusto que se ha cometido y cómo estas situaciones ajenas modifican el criterio inicial. En consideración a ello, las

²⁵ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 225.

²⁶ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit.

ordenaremos en circunstancias que reducen la reprochabilidad por el hecho y circunstancias que lo compensan. En el ítem anterior a éste, nos hemos referido detenidamente a cada uno de los tipos de atenuantes y sus fundamentos, por lo que, en este punto vale simplemente señalarlas e indicar su regulación específica en nuestro ordenamiento.

1.5.1. Circunstancias que reducen la reprochabilidad por el hecho

En esta categoría agrupamos a:

1.5.1.1 Las eximentes incompletas

Ya hemos hecho mención de ellas, por tanto, tan sólo diremos que están reguladas en el artículo 11 n° 1 de nuestro Código Penal y podemos decir que producen una “atenuación de la culpabilidad”²⁷. Nuestro Código las regula como primer numeral en cuanto a circunstancias que atenúan la responsabilidad, señalando expresamente “Art. 11. 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”. Al hacer referencia al artículo anterior –artículo 10- se remite al que regula las eximentes. Por cuanto, cuando una eximente no cumple todos los requisitos, es una

²⁷ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 600.

eximente incompleta y, por ende, no elimina la responsabilidad criminal, aunque la atenúa.

Como ejemplo, refiriéndonos en específico a la eximente que considera a la enfermedad mental, en este caso, se requiere una seria disminución de la capacidad mental y no una ausencia total de entendimiento, ni tampoco demencia, a diferencia de la eximente establecida en el artículo 10° del Código Penal chileno, en la cual se exige para que proceda, la desaparición total de la capacidad mental. Las eximentes las estudiaremos en profundidad más adelante.

1.5.1.2. El arrebató, obcecación u otro estado pasional

Aquí se incluyen la provocación o amenaza, contemplada en el artículo 11 n°3; la vindicación de una ofensa grave, que encontramos en el artículo 11 n°4; y el arrebató u obcecación del 11 n°5, todas normas de nuestro Código Penal.

En nuestro Código Penal se establecen así:

“Art. 11. Son circunstancias atenuantes:

3a. La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.

4a. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.

5a. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación”

Son las reacciones emocionales que por su carácter reducen la imputabilidad. Circunstancias que ya hemos explicado y desarrollado.

1.5.1.3 Irreprochable conducta anterior

Regulada en el artículo 11 n°6 del Código Penal chileno, “Art. 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 6a. Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.”, así, compensa la reprochabilidad por el injusto, ya que, se infiere que una persona con antecedentes penales intachables, ha demostrado una vida de apego y respeto a las normas jurídicas y al orden social, por lo que, se presume que para haber obrado de una manera contraria, quebrantando la norma penal, debe haber estado sometido a circunstancias excepcionales.

1.5.1.4 Obrar por celo de la justicia

De forma similar a la anterior, el criterio aquí utilizado, recoge el sentimiento de respeto por el ordenamiento jurídico y el reconocimiento de la validez de sus normas. Está regulada en el artículo 11 nº10 de nuestro Código Penal, de la siguiente manera: “Art. 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 10a. El haber obrado por celo de la justicia.” Nos remitimos sólo a señalarla, pues ya han sido desarrolladas todas las circunstancias, en este apartado, hacemos referencia a un distinto criterio de clasificación solamente.

1.5.1.5 La minoría de edad

El profesor Bacigalupo considera que debe incluirse en esta categorización y, aunque no se encuentre expresamente en el catálogo de las atenuantes de nuestro Código, sin duda, adherimos a su posición, debido a que, si bien está regulada como una eximente de la responsabilidad penal, en el artículo 10 N° 2, señalando que los menores de dieciocho años y mayores de catorce, se regirán por las disposiciones de la ley de responsabilidad penal adolescente –siendo absolutamente incapaces, es decir, inimputables, los menores de catorce años- esta ley especial, que atenúa las penas de los jóvenes delincuentes, se establece debido a un criterio que refiere a la inmadurez de

éstos. En este caso, debido a la edad, “su madurez no es total y que, consecuentemente, se debe considerar como un factor de atenuación del reproche en el que se basa la culpabilidad.”²⁸

Sobre la minoría de edad nos referiremos mucho más extenso, cuando tratemos y desarrollemos las eximentes propiamente tales.

1.5.2 Circunstancias que compensan la reprochabilidad por el hecho

Se trata de actos que demuestran, luego de cometido el ilícito, que el autor reconoce la vigencia de la norma infringida, los cuales constituirán un *actus contrarius* al delito. Estos compensan, en alguna medida, la culpabilidad por el hecho, razón por la cual, el legislador otorga un tratamiento más benigno en aquellos casos en que concurran.

Esta compensación de la culpabilidad puede manifestarse de dos maneras: como una “compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor del delito, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada”²⁹; o como una compensación destructiva, cuyo ejemplo más claro es la imposición de la pena, es la consecuencia que el autor recibe por la comisión de un delito.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 601.

²⁹ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 602.

En esta categoría incluiremos:

1.5.2.1. La entrega y confesión

Pudiendo haber eludido la acción de la justicia, por la fuga. Como ya habíamos señalado, es necesario que el delincuente pudiendo haberse dado a la fuga, se haya entregado en pos del cumplimiento de la justicia. Regulada en nuestro Código Penal en el artículo 11 nº8, de la siguiente manera: “Art. 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 8a. Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.”. Se obedece al criterio de reconocimiento de la validez de la norma, que ya hemos mencionado. Bien sabemos que la sola confesión no constituye en nuestro país, prueba suficiente para que un sujeto sea declarado culpable de la comisión de un delito, pues el estándar de “más allá de toda duda razonable” implica que no sea coherente la sola confesión como prueba. Aunque, sin duda, sea útil en el esclarecimiento de los hechos y una razón poderosa para atenuar la pena del sujeto activo.

1.5.2.2. El tratar celosamente de reparar el daño causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias

Regulada en el artículo 11 nº7 de nuestro Código Penal, se la siguiente forma: “Art. 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 7a. Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus posteriores perniciosas consecuencias.”. En este caso, el autor del injusto considera la situación de la víctima, ejecutando, lo que hemos denominado, un *actus contrarius*.

1.5.3. Circunstancias que obedecen a razones de política criminal

En esta categoría tan sólo incluiremos a:

1.5.3.1. La colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos.

Regulada así en el artículo 11 nº9: “Art. 11. Son circunstancias atenuantes: (...) 9a. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.” Si bien, inicialmente, se puede pensar que la colaboración se debe a un reconocimiento de la validez de la norma jurídica, como hemos observado en la práctica, obedece más a razones de política criminal, para facilitar el esclarecimiento de hechos delictivos, los cuales, sin esta motivación, hubiese sido mucho más difícil o, incluso imposible, perseguir.

1.6. Consideraciones sobre la responsabilidad criminal

La manera en que cada persona debe enfrentar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado se relaciona con el proceso de graduación de la responsabilidad penal, esto por cuanto, las circunstancias que rodean la comisión de un delito inciden grandemente en la medida de la pena. Esa relación entre delito, pena y responsabilidad penal es intrínseca. Nadie puede ser responsable criminalmente si no ha cometido un delito y, asimismo, la pena asignada a éste debe aplicarse siguiendo criterios de justicia y equidad y tomando en consideración los hechos anteriores, coetáneos y posteriores a la comisión del ilícito que puedan y deban de dar cuenta de la situación del sujeto activo en cuanto a elementos objetivos y subjetivos.

En este contexto encontramos a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal las cuales son tremendamente relevantes y por ello tienen una regulación tan clara y específica. Como señala Luis Rodríguez Collao, “Entre los diversos instrumentos de graduación de la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias, sin lugar a duda, ocupan un lugar preponderante. Pese a ello, y pese también a la extraordinaria frecuencia con que la praxis judicial hace uso de este instrumento, el tema plantea numerosos problemas, no sólo en lo que respecta a cada una de las circunstancias en particular, sino también en lo concerniente a su teoría general; y, dentro de ella, el punto relativo

a la naturaleza y a los fundamentos de las circunstancias es ciertamente el que suscita la mayor parte de las dificultades”³⁰. Por ello, es importante el estudio de las circunstancias que regulan la medida de la pena y ayudan a medir la responsabilidad criminal.

En un primer momento la responsabilidad criminal se utilizó como sinónimo de imputabilidad, aunque actualmente excede con creces ello. Asimismo fue identificada con la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho, para posteriormente ser intrínsecamente enlazada con el concepto de culpabilidad. Se ha entendido también a la responsabilidad penal como la consecuencia del actuar delictivo del sujeto. Sin embargo, adherimos a lo que concluye Rodríguez Collao en cuanto a la desvinculación del concepto de responsabilidad criminal de algún elemento del delito en particular, pues, según se deduce del tratamiento que el Código Penal nuestro hace del concepto, “pone de manifiesto que la expresión responsabilidad penal no está referida a ninguno de los elementos del delito en particular, ni a todos ellos, sino a las consecuencias jurídicas que se derivan de la previa configuración del hecho delictivo”³¹.

En definitiva diremos que la responsabilidad criminal es “la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, que se traduce en el estado de

³⁰ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. [en línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Agosto 2011. Número 36. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/771> [Consulta: 04 de octubre de 2015]

³¹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. *Ibidem*.

sometimiento a que queda sujeto un individuo frente a la potestad sancionatoria estatal y que se materializa en la imposición de una pena”³². El sujeto se ve obligado a soportar la pena que en su potestad le imponga el Estado, en atención a diversos criterios y circunstancias que rodearon al hecho típico cometido.

³² RODRIGUEZ COLLAO, Luis. *Ibíd.*

CAPÍTULO 2: COMMON LAW

Abarcar todo el contenido jurisprudencial y doctrinario que considera el *Common Law* sería una tarea titánica y que excedería con creces el objetivo de esta presentación, pero a pesar de ello se hace necesario hacer una pequeña recopilación con algunos de los aspectos que consideramos fundamentales de éste, enfocados en el sistema estadounidense, los cuales nos permitirán apreciar de mejor manera los matices y distinciones entre nuestras tradiciones jurídicas y, principalmente, comprender de mejor manera los contenidos de esta exposición.

Es por dicha razón que nos referiremos al *Common Law* en general, sus fuentes y la forma en que los asuntos contenciosos criminales son conocidos en este sistema, centrándonos, con preferencia, en Estados Unidos.

2.1 Common Law, concepto y expansión.

Al utilizar el término *Common Law* o Derecho Común, estamos hablando en general de una de las dos grandes familias jurídicas del derecho occidental, dentro de éstas a las derivadas de los sistemas jurídicos angloamericanos, en oposición a aquellos que derivan del derecho Romano. Es decir, el término será utilizado en su acepción de “referencia a que los sistemas jurídicos angloamericanos son de *Common Law*, para contrastar con otros sistemas que derivan del Derecho Romano a los que se denomina de Derecho Civil (*Civil*

Law)”³³.

En definitiva, el término Derecho Común se puede conceptualizar como “el sistema jurídico derivado del que se aplicó en la Inglaterra medieval y que hoy día es utilizado en gran parte de los territorios que tienen o tuvieron influencia británica”³⁴, es decir, será la tradición jurídica proveniente del derecho medieval inglés, la cual ha influenciado gran parte del mundo occidental, debido a la expansión colonial de Gran Bretaña.

Derivan de éste “los sistemas jurídicos basados en el Derecho anglosajón o provenientes de la corriente de éste y son utilizados en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Australia, Nueva Zelanda, Canadá (con la excepción de Québec, provincia en la cual se utiliza el sistema de derecho continental en el derecho civil y el derecho anglosajón en el derecho penal) y también Estados Unidos”³⁵, cuya importancia ha ido aumentando desde su formación. Esto debido a la influencia que ha tenido el derecho estadounidense luego de la expansión colonial inglesa, “Si bien en el Derecho inglés están los orígenes del *Common Law*, y que históricamente en la exportación de instituciones de esta familia, estimamos que actualmente es el Derecho estadounidense quien más influencia tiene en la expansión del *Common*

³³ TINOCO, Ángel. Fundamentos en el sistema judicial penal del *Common Law*. Sevilla. Universidad de Sevilla, 2001. p.20.

³⁴TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. 2008. *Common law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y sistema estadounidense*, Alegatos: 71-100 p.73

³⁵ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. *Ibidem*.

Law a otros ordenamientos".³⁶

Teniendo claro, entonces, el término y el origen de esta tradición jurídica, es hora de abocarnos al análisis del sistema propiamente tal, para esto nos referiremos a la forma en que éste es aplicado en Estados Unidos, debido a la importancia que tiene este país en la "exportación" de la tradición jurídica a otros países.

2.2. Principios generales del Derecho Común

Como señalábamos en la introducción, hemos aprendido a lo largo de nuestra educación jurídica que ambos sistemas difieren en muchos aspectos, algunos ya mencionados, especialmente en sus fuentes y, asimismo, en la fuerza de los precedentes judiciales, que originalmente eran la principal fuente del Derecho. Cabe señalar, en este punto, que a pesar de las diferencias en el origen de las normas jurídicas en ambas tradiciones, las soluciones propuestas para las exigencias de responsabilidad penal, son semejantes, aspecto al cual nos referiremos en esta presentación.

En un principio, es necesario señalar que "el *Common Law* se caracteriza por estar fundado en reglas elaboradas jurisprudencialmente, por las Cortes de Justicia inglesas a lo largo de la historia, por la escasa influencia del derecho romano, el Derecho natural y la codificación, por la poca utilización de

³⁶ TINOCO, Ángel. Op. Cit. p. 22

conceptos abstractos, el predominio de las normas casuísticas y la unión de las reglas de fondo y de procedimiento”³⁷. Las decisiones de las Cortes de Justicia, como podemos observar, son creadoras de reglas de Derecho en el *Common Law*, esto unido a la poca influencia del Derecho Romano y de la codificación en el origen de este sistema jurídico lleva a formar lo que se conoce como *case law*, que es el derecho formado por los precedentes judiciales. “Si hay una institución que ha marcado la creación y desarrollo del Derecho inglés (y en consecuencia de los Derechos que de él derivan) es el del procedimiento ante las Cortes de Justicia. De él dependen la que históricamente constituye la principal fuente jurídica (el precedente, *case law*), las pautas de su evolución histórica, y en definitiva la caracterización del Derecho inglés, y en consecuencia del *Common Law*”³⁸.

Por tanto el *Case Law* o Derecho de los precedentes, se caracteriza, en primer lugar, por crear normas jurídicas a partir de las decisiones de los tribunales y de sus superiores jerárquicos, interpretando las normas que, en un principio, han sido creadas por estos mismos tribunales. Es decir, la fuerza de los precedentes judiciales se basa, en que en un principio, fueron estas decisiones las que crearon el Derecho y por tanto son las Cortes de Justicia las que velaran por su contenido.

³⁷ TINOCO, Ángel. Op. Cit. p. 21

³⁸ TINOCO, Ángel. Op. Cit. p. 21

En segundo lugar, debemos hablar del *Statutory Law* o Derecho Estatutario, el cual comprende a las normas jurídicas creadas por el legislador, las cuales son interpretadas por las Cortes de Justicia, al momento de enfrentarse a un caso en particular, así “existen interpretaciones judiciales que crean figuras jurídicas nuevas, lo que en un principio era la norma, pero hoy es la excepción, sin embargo se mantiene la nomenclatura y se conoce como *delito estatutario*, por ejemplo, al delito creado por la ley. En la actualidad, es mucho más común que las leyes creen figuras completamente nuevas o que estandaricen y fijen las reglas anteriormente establecidas por las sentencias judiciales.”³⁹

Como observamos, en el *Common Law*, los precedentes judiciales han marcado la evolución del sistema, a pesar de lo cual, no ha quedado ajeno al proceso de codificación impulsado a nivel global, lo cual se ve reflejado en la mayor presencia de regulación estatutaria, como se ha mencionado. Ella basada, de igual forma, en lo que los precedentes judiciales han ido señalando.

La escasa influencia histórica de la codificación se ve reflejada en el Derecho del Reino Unido incluso en lo que se conoce como su Constitución, esto debido al hecho de “que nunca se haya redactado una constitución de Inglaterra; lo que suele considerarse como tal es una serie de leyes, que arrancan de la Carta Magna y que en el transcurso del tiempo se han ido reformando y complementando no sólo con otras leyes sino con tradiciones y costumbres que

³⁹ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit p.74

tienen la fuerza de leyes no escritas.”⁴⁰ Es decir, el de Inglaterra es un sistema que desde su norma más importante en una escala jerárquica, no está regulada expresamente, siendo un compendio de preceptos que evolucionan en ocasión de los cambios sociales y culturales.

Finalmente, la importancia que hemos venido destacando de las decisiones de las Cortes de Justicia, se ve reforzada por la fuerza obligatoria de las resoluciones de los tribunales, “un detalle muy importante es que, en casos posteriores, la *ratio decidendi* de las sentencias previamente dictadas obligan a un tribunal (y todos los tribunales inferiores a éste) a fallar de la misma manera o de forma similar”⁴¹. Es decir, no debe existir un fallo que contravenga en lo sustancial a uno anterior en donde se haya resuelto una situación similar, a menos que en sus fundamentos existan criterios que, acorde al avance de los tiempos, modifiquen los anteriores, justificadamente.

En resumen, nos encontramos, en un principio, con un Derecho que se funda en las decisiones de sus tribunales, esto debido a su evolución histórica, el cual con el paso del tiempo se ha visto abierto a ideas codificadoras, propias de los sistemas con influencia del Derecho Romano, como el nuestro.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ, Antonio. 2006. Historia Universal Edad moderna Volumen III, , 2da ed. Ediciones Vincent Vives, SA, p.427

⁴¹ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit. p.74

2.3. El Common Law en Estados Unidos de Norteamérica

Hemos mencionado, anteriormente, que nos abocaremos al estudio del *Common Law*, especialmente en Estados Unidos, debido a la influencia de este sistema, en particular, en el resto del mundo. Para ello, se hace necesario, aunque sea someramente, hacer mención a la formación del país del norte, así como también de sus fuentes jurídicas para centrarnos, finalmente, en el aspecto penal del sistema estadounidense.

La formación del sistema jurídico norteamericano obedece a varios factores únicos que lo alejan de su fuente original, el *Common Law* de Inglaterra, entre los que podemos destacar la formación de Estados Unidos como nación y la influencia de la codificación propia de los procesos independentistas decimonónicos, con principal atención a la necesidad de una Constitución para el país que se formaría luego del éxito de la rebelión de las potencias coloniales.

2.3.1. La formación de una nación, el problema de las 13 colonias y el surgimiento de un nuevo sistema jurídico.

Desde el primer asentamiento colonial hasta la incorporación de “Georgia, fundada mediante carta real de Jorge II en 1732”⁴², 13 colonias

⁴² FERNÁNDEZ, Antonio. 2006. Historia Universal: Edad contemporánea volumen IV, 2da ed. Ediciones Vives Vives, SA. p.47

surgieron en el territorio que luego pasaría a ser conocido como Estados Unidos. Desde temprana época, en específico en 1608 la actividad jurisdiccional no se detuvo en aquel territorio. Este precedente conocido como el caso Calvino estableció que “el *common law* de Inglaterra, en principio, es aplicable; los súbditos de la Corona británica lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas”⁴³. Esta resolución establece por un lado la vigencia del Derecho inglés en los territorios coloniales, así como la dependencia de los colonos como súbditos de la Corona inglesa.

“En el siglo XVIII las normas del *Common Law* se adaptaron poco a las condiciones de vida de los colonos. Las normas existentes eran nombradas en el seno de una sociedad feudal, mientras los problemas de los colonos eran problemas nuevos, que no necesariamente tenían solución en el *Common Law* y por lo demás éstos no consideraban que éste les ofrecía una protección importante en materia de libertades individuales. En 1700, cada colonia norteamericana ya tenía una asamblea elegida y su propio gobierno, excepto Carolina del Sur”⁴⁴. Además de esto “la organización política experimentó pocos cambios; las colonias mantenían su personalidad distinta. El gobierno inglés había tratado de reforzar su autoridad por medio del envío de gobernadores con poderes de veto de las asambleas provinciales; el primero fue enviado en 1656 y en vísperas de la revolución ya eran ocho, pero en la práctica todas las colonias

⁴³ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit. p.87

⁴⁴ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Ibidem.

mantenían un elevado grado de autogobierno y sus habitantes tenían la convicción de no ser inferiores en derechos a los británicos”⁴⁵. Podemos observar una serie de eventos que potencian una marcada diferenciación entre las distintas colonias, las cuales ya contaban a principios del siglo XVIII con personalidades que permitían distinguirlas unas de las otras, siendo éste, en nuestra opinión, el principal factor para que luego el Estado adoptase una organización Federal en oposición a un gobierno centralizado.

Los eventos históricos, así como la influencia de los filósofos ilustrados dan forma al proceso de independencia norteamericana la cual hay que “definirla como el proceso lógico de una creciente autonomía económica y política”⁴⁶. Históricamente “el triunfo en la guerra de los Siete Años y la anexión de Canadá debilitaron, en vez de fortalecerlos, los vínculos con la metrópoli, pues el gobierno de Londres, en vez de premiar la ayuda que recibió de los colonos, se dispuso a pasarles la factura de los gastos; a la tasa del azúcar siguió el impuesto del timbre y otros varios que fueron acumulando el malestar hasta desencadenar la guerra de independencia”⁴⁷.

Las trece colonias poseían características muy distintas unas de otras, así como una fuerte identidad individual, lo cual terminará desencadenando uno de los principales problemas de las colonias, luego de obtener su independencia.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ, Antonio. Op. Cit. p.478

⁴⁶ FERNÁNDEZ, Antonio. Op. Cit. p.44

⁴⁷ DOMÍNGUEZ, Antonio. Op. Cit. p.478

“La primera preocupación de los dirigentes de la transformación en hechos de las ideas de los filósofos, Locke, Montesquieu, y Rousseau, según las cuales la sociedad política debía montarse sobre un pacto. Todos los Estados se otorgaron Constituciones, a veces precedidas por una declaración de derechos”⁴⁸ Como es lógico, esta variedad de regulaciones fundamentales era una situación insostenible para la estabilidad del naciente país por lo que una Convención de representantes de los Estados “bajo la dirección de Washington elaboraron una Constitución que privaba en gran parte a los Estados de su independencia y por extensión reducía la prepotencia de Asambleas en las que prevalecían las élites locales”⁴⁹.

“Esta Carta de 1787 establece la soberanía popular, el equilibrio de los derechos de los Estados y la autoridad federal y la separación entre los tres poderes (Presidente, Congreso, Tribunal Supremo). Con la división del Congreso en dos Cámaras se podía reservar una de ellas para la representación territorial, ya que mientras en la Cámara de Representantes el número de escaños sería proporcional a los habitantes, al Senado enviaba cada Estado dos representantes”⁵⁰

En resumen, debido a las diferencias entre las distintas colonias, así como también su marcado sentido de independencia, llevaron a que el país se

⁴⁸ FERNÁNDEZ, Antonio. Op. Cit. p.48

⁴⁹ FERNÁNDEZ, Antonio. Op. Cit. p.48

⁵⁰ FERNÁNDEZ, Antonio. Op. Cit. p.48

organizara finalmente como un Estado Federal, razón por la cual en la actualidad encontramos una gran variedad de regulaciones en todas las áreas del Derecho.

2.3.2. Fuentes Formales

En este apartado nos referiremos a las fuentes que forman el Derecho de Estados Unidos, en forma general, para terminar refiriéndonos a las fuentes en materia Penal, en forma específica, destacando las regulaciones federales y especialmente el *Model Penal Code*, o Código Penal Modelo, el cual ha recibido gran acogida en el país del norte.

Tenemos que tener especial consideración con el sistema político vigente en Estados Unidos desde su Independencia, es decir el sistema Federal, razón por la cual podemos distinguir entre un aspecto Federal y otro Estatal, especialmente en materia de legislación y jurisprudencia.

2.3.2.1 La jurisprudencia

Hemos señalado con anterioridad que los precedentes judiciales son la fuente formal del Derecho Común, más importante, al menos la más influyente en la evolución histórica del *Common Law*. Esto es lo que se ha denominado Derecho de los precedentes (*case law*) acompañado de la *Ratio Dicendi* o *Stare Decidís*, que podemos traducir, haciendo un símil con nuestras instituciones, como la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales. En Estados Unidos

existen tribunales locales y federales, debido a esto “en este orden jurídico no tiene el rigor de aplicación que en Inglaterra, por ello, los tribunales norteamericanos en ocasiones desconocen sus propios precedentes, esto en consecuencia del sistema establecido por los EUA, es decir el sistema federal, donde los estados de la Unión son soberanos con relación a su régimen interno, lo que los dota de su propia organización judicial”⁵¹.

A pesar de esto, la influencia de la jurisprudencia no deja de ser apreciable en este sistema, aunque ésta se ha visto disminuida considerablemente debido al avance del derecho legislado, como veremos en el punto siguiente.

2.3.2.2 Statutory Law o Derecho Legislado

Dentro del derecho legislado, la principal y primera fuente es la Constitución de Estados Unidos, la cual no solamente es su “carta política, sino su acto fundacional.”⁵² Como hemos mencionado, en el Derecho estadounidense habrá que distinguir entre el aspecto federal y el estatal, debido al sistema político del país del norte, es por esta razón que, “en el ámbito federal la Constitución de Estados Unidos ocupa el lugar más alto en la jerarquía, después las leyes federales, emanadas del Congreso y al lado de ellas los tratados internacionales, a continuación, y en el mismo escalafón las reglas de los diferentes

⁵¹ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit. p.89

⁵² TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit. p.96

procedimientos establecidas por la Corte y dotadas de fuerza legal por el Congreso, además, las leyes expedidas por los departamentos administrativos”.⁵³ Eso, en cuanto a la jerarquía de las leyes en la esfera federal.

Es también importante señalar la capacidad de los Tribunales superiores de justicia para ejercer un control de las normas sancionadas por el Congreso, precedente establecido en 1803 por el caso *Marbury contra Madison*, uno de los antecedentes judiciales más famosos de Estados Unidos, el cual “fue el primer caso en que la Corte Suprema aplica el principio de revisión judicial—el poder de las cortes federales para vetar actos del Congreso en conflicto con la Constitución”⁵⁴.

Además, nos encontramos con que “las leyes que aprueba el Congreso se publican en forma oficial primero como *Slips laws*, que son folletos sin encuadernar que aparecen casi de inmediato cuando la ley es promulgada por el Presidente. Al final de cada período de sesiones se publican todas las leyes aprobadas, recopiladas en orden cronológico en el *United States Statutes at large*. En el caso de los estados todas las leyes aprobadas en el período de sesiones se publican con el nombre de *Session laws*⁵⁵”. Es decir, las leyes que son aprobadas por el Congreso y promulgadas por su Presidente son publicadas por medio de los *slips laws*, inmediatamente después de ser promulgadas, las

⁵³ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit. p.97

⁵⁴ MCBRIDE, Alex. 2006. Landmark cases [en línea] PBS. diciembre, 2006.

http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/landmark_marbury.html [consulta: 05 octubre 2015]

⁵⁵ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. Op.cit. p.97

cuales al final del período de sesiones son compiladas en los estatutos generales de Estados Unidos, catalogadas y ordenadas como *sesión laws*.

También, encontramos el Código de Estados Unidos el cual “es una consolidación y codificación por materias de las leyes generales y permanentes de los Estados Unidos. Es preparado por la Oficina de Revisión de leyes de la cámara de representantes de Estados Unidos”⁵⁶. En este sentido, podemos ver cómo la codificación se ha consolidado, asimilando el derecho anglosajón al continental. El proceso de codificación ha sido una evolución y cambio importante en el país americano, con el objetivo de ordenar y sistematizar el trabajo jurisprudencial y sus resultados, y que así exista una mayor certeza jurídica.

“El Código contiene las leyes generales y permanentes de los Estados Unidos, organizados en títulos basados en la materia. El Código actualmente consta de 54 títulos y cinco apéndices”⁵⁷. Regula distintas materias, ya que como hemos mencionado recoge las leyes generales y permanentes aprobadas por el Congreso de este país, las cuales son incorporadas al Código por resolución del Congreso, siendo las que se incorporan, sólo las permanentes, no las temporales.

En materia penal, el Código incluye las normas sancionadas en el orden

⁵⁶ OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL, UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES, United States Code. 1994. [en línea]. <http://uscode.house.gov/faq.xhtml> [consulta: 03 octubre 2015]

⁵⁷ OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL, UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES, United States Code. 1994. [en línea]. http://uscode.house.gov/about_code.xhtml [consulta: 04 octubre 2015]

federal en su título 18 acerca de crímenes y procedimientos criminales. Está dividido en 5 partes, que comprenden tópicos distintos dentro de la legislación penal, estos son: crímenes, procedimiento criminal, prisiones y prisioneros, corrección de delincuentes juveniles; e inmunidad de testigos.

En la parte primera consta de 125 capítulos, el primero de ellos dividido en 18 secciones que abordan la parte general del derecho penal.

2.3.3 Fuentes en materia penal

El Derecho legislado ha recibido una amplia recepción en materia penal sobre todo en Estados Unidos, dejando en un segundo plano la influencia de los delitos provenientes del Derecho Común, o derecho de los precedentes jurisprudenciales, reglas que “se encuentran reducidas a un conjunto remanente, de aplicación limitada a aquellas materias aún no legisladas, las que cada vez son menos”⁵⁸.

Ya hemos señalado a este respecto, la acuciosa regulación que se ha hecho en esta materia, principalmente en el Código de Estados Unidos, que en su título 18 regula no solo las normas sustantivas del Derecho Penal, sino también las procedimentales. La codificación en materia penal demuestra su alcance en esta materia ya que “en cada uno de los Estados y lo mismo en el

⁵⁸ HENDLER, Edmundo. Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU. Buenos Aires, AD-HOC, 1996, p.19

orden federal, existen leyes que definen los distintos delitos, las que se encuentran perfectamente sistematizadas y distinguidas de otras clases de leyes, así como organizadas en forma de Códigos completos de la materia.⁵⁹”

Esta tendencia codificadora, comenzó en el siglo XIX con los trabajos de David Dudley Field, en Nueva York cuya influencia llegó a tal punto, que “la legislatura del Estado formó una comisión que elaboró un proyecto de Código Penal presentado en 1865. Aunque este proyecto no llegó a ser sancionado en Nueva York si fue adoptado por otros dieciséis Estados.⁶⁰”

2.3.4 Otras fuentes

2.3.4.1 Model Penal Code

Fruto de la labor del Instituto Americano del Derecho (American Law Institute), institución creada en 1923, el cual presenta en 1962 el Código Penal Modelo, proyecto que ha unificado los criterios acerca de la regulación penal y que “ha jugado un papel importante en la revisión generalizada y codificación del derecho penal sustantivo de los Estados Unidos”⁶¹.

Organizado en cuatro partes, cada una de ellas dividida en artículos, los

⁵⁹ HENDLER, Edmundo. Op cit, p.20

⁶⁰ HENDLER, Edmundo. Ibídem.

⁶¹ THE AMERICAN LAW INSTITUTE. 1962. Model Penal Code. [en línea] Washington, DC. p. xi.<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe_others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf> [consulta: 20 octubre 2015]

cuales, a su vez, se componen de distintas secciones. El Código Penal recoge, en primer lugar, la regulación que considerará como las disposiciones generales del catálogo incluyendo principios acerca de la culpabilidad, las excusas y defensas que pueden ser aplicadas; en segundo lugar, una definición específica de los delitos; para seguir con el tratamiento y corrección de los delincuentes y; finalmente, una parte dedicada a la organización de dicha corrección.

También hay que señalar “el estilo prolijo y minucioso de redacción, la inclusión frecuente de normas aclaratorias y definiciones de la terminología empleada, así como el tratamiento bastante exhaustivo de algunos aspectos que brindan una normativa mucho más detallada de la que suele figurar en otras codificaciones más conocidas entre nosotros”⁶². En este sentido, nuestra legislación chilena, arraigada en la tradición continental, dista bastante, aunque el tipo penal tiende a ser preciso y su interpretación, bajo el principio de legalidad, restrictiva, lo concreto es que al necesitar abarcar las distintas hipótesis delictuales que puedan darse en la realidad, se utilizan términos amplios, que dan paso a una abultada doctrina interpretativa, ello se ve aumentado incluso, por la dificultad de modificar o detallar la legislación.

Esto es típico del estilo legal de los textos estadounidenses, enunciando múltiples variantes de una determinada situación, para abarcar cualquier hipótesis que llegase a ocurrir. En contraste, como dijimos, nuestro derecho

⁶²HENDLER, Edmundo. Op. Cit. p. 22.

regula una situación en que se puedan subsumir variados hechos.

El Código Penal Modelo es uno de los esfuerzos más grandes en el Derecho norteamericano a la hora de unificar criterios en materia penal, el cual ha sido recogido en mayor o menor parte por gran parte de los Estados del país del norte, esta influencia se debe en parte “ por la consagración de un modelo legal de atribución de responsabilidad penal que, en el plano subjetivo, se basa en la necesaria acreditación en el proceso de alguno de los cuatro niveles de *mens rea* que, al mismo tiempo, permiten graduar la intensidad de la pena en orden decreciente.”⁶³ A este punto, nos referiremos en otro capítulo, en donde analizaremos los distintos criterios de atribución en ambos sistemas.

Además de lo anterior, el Código “indica los criterios de análisis jurídico-normativo que posibilitan dilucidar, en un plano interpretativo, qué palabras contempladas en la norma penal pueden ser entendidas como *elementos simples o genéricos de la descripción* y cuál o cuáles de ellas *constituyen elementos materiales del delito* “⁶⁴. Bien sabemos que en nuestro Código Penal chileno no existen leyes interpretativas y que esta tarea es realizada fundamentalmente por la doctrina y ratificadas por los fallos de nuestros tribunales, que aunque formalmente no son fuente de nuestro Derecho, sí son una guía de criterios a considerar a la hora de enfrentar un conflicto penal.

⁶³ OXMAN, Nicolás. Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón [en línea] Revista Ius et Praxis. 2013. Año 19, nº1. p.148. www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n1/art05.pdf [consulta 21 octubre 2015]

⁶⁴ OXMAN, Nicolás Op. Cit, p 148.

La importancia del Código Penal Modelo radica, en consecuencia, en su carácter unificador de las distintas normas y criterios presentes en el Derecho norteamericano, así como el entregar un modelo de atribución de responsabilidad penal que se base en la acreditación de alguno de los estados del *mens rea* dentro del proceso mismo, así como de criterios que permitan distinguir entre elementos generales del tipo y entre aquellos que son específicos para cada uno de los ilícitos.

2.4. Defensas en materia penal: Defensas afirmativas, excusas, justificaciones y problemas en la carga de la prueba.

Continuando con nuestra exposición, debemos referirnos a una voz anglosajona que, si bien, tiene símiles en nuestro lenguaje jurídico, posee un contenido más amplio que el que podría reflejar una traducción literal, nos referimos a las *defenses* o exenciones.

Entenderemos a éstas, en un sentido lato, como “cualquier causa que obste a una condena criminal, sea por razones procesales o de fondo”⁶⁵. Una de las primeras características a destacar, es que el término no solo evoca normas que se dirijan específicamente al tipo cometido, como podría ser la legítima defensa, el estado de necesidad, o la ebriedad o *intoxication*, sino que, también,

⁶⁵ HENDLER, Edmundo. Op. Cit. p. 38.

se suman a éstas, razones procesales como las pruebas obtenidas de forma ilegítima vulnerando el debido proceso y todas las evidencias probatorias que se reciban a consecuencia de ésta, también conocida como la doctrina del fruto del árbol envenenado o *fruit of the poisonous tree*. Es decir, tiene contenido sustancial y procesal, por lo que el término debe interpretarse de una forma general y comprensiva de todas las variantes antes señaladas. En cuanto a lo sustantivo y a la definición en sí del concepto, entendemos que éstas son un símil de lo que entendemos por eximentes de la responsabilidad criminal.

Paul H. Robinson⁶⁶ ha entregado una sistematización y clasificación de las defensas en las distintas regulaciones Estatales, diferenciando cinco tipos de defensas. *Failure of proof defenses*, o defensas por falla de prueba; *offense modification defenses* o defensas que modifican la ofensa; *justificatios* o justificaciones; *excuses* o excusas y; *nonexculpatory public policy defenses* o defensas de política pública no exculpatorias.

2.4.1 Failure of proof defenses, o defensas por falla de prueba

Consisten esencialmente en la falla de la prueba, por parte de la acusación de alguno de los elementos del delito más allá de toda duda razonable. “Son en esencia nada más que la negación de un elemento requerido por la

⁶⁶ ROBINSSON, PAUL. 1982. Criminal Law defenses. A systematic analysis. [en línea] Columbia Law Review. March 1982. Vol 82 No.2 http://www.jstor.org/stable/1122275?seq=1#page_scan_tab_contents [consulta: 24 septiembre 2015]

definición de la ofensa”⁶⁷.

2.4.2 Offense modification defenses o defensas que modifican la ofensa

Estas pueden ser consideradas defensas propiamente tales, ya que hacen más que negar un elemento de la ofensa, como en el caso de la defensa por fallo de la prueba, incluso estando todos los elementos del tipo pueden ser considerados plenas defensas, ya que introducen un elemento que modifica la descripción típica. Por ejemplo, el caso de un sacerdote, Pedro, que se encuentra con su sacristán Juan, y éste palmotea amigablemente su espalda, provocando que se atore con el agua que bebía momentáneamente, en este caso, en el Derecho estadounidense podrían considerarse que se cumple con todos los elementos para el tipo lesión, pero esto no se dará en este caso, esto debido a que “a pesar de que aparezca que el actor ha cumplido con todos los requisitos de la ofensa que se le imputa, el de hecho no ha causado el daño o mal que busca ser prevenido por la definición del estatuto”⁶⁸, cambiará, en definitiva, la razón de criminalización detrás de la descripción típica eliminando, por tanto, la antijuridicidad de la acción.

⁶⁷ ROBINSON, Paul. Op Cit. p 204

⁶⁸ ROBINSON, Paul. Op. Cit. p. 209

2.4.3. .Justifications o justificaciones

Esta defensa dice relación con el bien jurídico protegido y el contrapeso entre dos bienes que se preponderan uno con el otro. “El daño causado por conducta justificada, permanece siendo un daño legalmente reconocido, el cual debe ser evitado siempre que sea posible. Bajo las especiales circunstancias justificadoras, sin embargo, ese daño es sobre todo por la necesidad de evitar un mayor daño o para un mayor interés social”⁶⁹ Es decir, el daño que se ocasiona, será desde luego uno de aquellos que la sociedad busca controlar o eliminar, es decir, la validez de la norma se mantiene, así como la descripción típica, a diferencia de la modificación en la ofensa que hemos mencionado en el punto anterior. La diferencia está, en que el daño que se realiza, busca evitar un daño mucho mayor, o satisfacer una necesidad social aún más grande que la que la norma vulnerada defiende.

2.4.4 Excuses o excusas

Estas defensas sirven para exculpar al actor, quien a pesar de haber cometido un hecho que es injusto, las circunstancias hacen suponer que el actor no es responsable por sus hechos. “las excusas, como las justificaciones, son usualmente defensas generales aplicables a todas las ofensas incluso cuando

⁶⁹ ROBINSON, Paul. Op. Cit. p. 213

los elementos de la ofensa se han cumplido”⁷⁰. Se asocian con éstas, la minoría de edad, la intoxicación, la coacción y la demencia, y en general aquellas que presenten una discapacidad en la persona del autor, que excuse su comportamiento.

En otras palabras, diremos que en esta definición se enmarcan las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal.

2.4.5 Nonexculpatory public policy defenses o defensas de política pública no exculpatorias

Finalmente las defensas de política pública, dicen relación con los intereses de la sociedad, como un todo, a la hora de continuar la persecución penal. En este sentido, el tiempo de prescripción de la acción penal como la conocemos en nuestra legislación o el *statute of limitations* en el derecho anglosajón, se refieren precisamente a la valoración de los intereses públicos a la hora de continuar la persecución penal.

Será deber de la acusación probar que se ha incurrido en un delito y esta prueba, debe cumplir con el criterio de encontrarse más allá de toda duda razonable. Pero esta obligación, ¿Incluye todos los elementos de la responsabilidad, o por el contrario sólo los elementos del delito? Consecuencia de lo anterior, derivará un problema acerca de la carga de la prueba, ya que si la

⁷⁰ ROBINSON, Paul. Op. Cit. p 221

acusación debe probar, siguiendo el criterio antes señalado, ¿será esta una prueba acerca de los elementos del delito únicamente, o incluirá los elementos de las defensas que se alegan por parte del imputado?

Tendremos, entonces, un problema acerca de la carga de la prueba y cuál de las partes del proceso será responsable de aportar estos elementos al juicio. Ha sido una de las cuestiones más debatidas, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia norteamericana y, dejando de lado algunas diferencias conceptuales, de nuestras tradiciones jurídicas.

Junto al concepto de defensas que hemos señalado anteriormente, también tenemos que tomar en consideración el concepto de *affirmative defense* o defensa afirmativa que, podemos definirla, de forma general, como aquellas que “suponen contradecir una inicial verificación de responsabilidad”⁷¹. En otras palabras, se busca negar la afirmación de responsabilidad que ha realizado la acusación. Esta es una regla procesal de derecho privado en el sistema norteamericano, que se puede resumir de la siguiente forma: “le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega, de donde se sigue que la invocación de una *affirmative defense*, frente a un *prima facie case*, pone a cargo del acusado la prueba de ella”⁷². Por tanto, se entiende que quien afirme deberá hacerse cargo de la acreditación y no el que niega dicha declaración, por lo que se entiende que será deber del acusado probar, en el caso de invocar la concurrencia de una

⁷¹ HENDLER, Edmundo, Op. Cit. p.38

⁷² HENDLER, Edmundo. *Ibidem*.

affirmative defense, en contra de la verificación inicial de responsabilidad o *prima facie case*.

Este principio que hemos señalado, de aplicación en el Derecho Civil, también tuvo su aplicación en Derecho Penal hasta finales del siglo XIX, específicamente en 1895, año en el cual, debido a la resolución del caso Davis v. United States, la Corte Suprema del país del Norte descartó que la carga de la prueba estaba a cargo de la acusación, basado en el principio de presunción de inocencia.

Así el tribunal inferior instruyó al jurado acerca de las normas aplicables en el juicio, basado en la creencia de que existe una presunción de cordura en el actuar de todas las personas, sumado con el principio de las defensas afirmativas, que hemos señalado con anterioridad, por lo anterior el tribunal señaló a los miembros del jurado que “es una presunción de derecho que todos los hombres son cuerdos, y que esa presunción de derecho sostiene la carga de la prueba, a menos, que sea rebatida y superada por medio de evidencia de la parte contraria. En orden de superar la presunción de derecho y escudar al defendido de responsabilidad legal, está en él la carga de probar, a la satisfacción del jurado, por la preponderancia del conjunto total de evidencias del caso, que al tiempo de cometer el homicidio, no estaba en su sano juicio”⁷³. Puesto que no es dable probar un hecho negativo, como lo sería si la acusación tuviera que

⁷³ U.S. Supreme Court. 1895. Davis v. United States. [en línea] <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/160/469/case.html>. [consulta: 09 diciembre 2015]

probar que no hubo causal de justificación; por el contrario, será deber del acusador probar una justificación o defensa, y verificar sus elementos.

Así entonces, a pesar del jurado, haber llegado a una duda razonable sobre el estado mental del señor Davis, fue encontrado igualmente culpable, debido a las instrucciones del tribunal inferior, situación que rectificaría con posterioridad la Corte Suprema, señalando en resumidas cuentas que “estrictamente hablando, la carga de la prueba, como esas palabras son entendidas en el Derecho Penal, nunca está sobre el acusado el establecer su inocencia, o refutar los hechos necesarios para establecer el crimen que se le está imputando. Es de la acusación, desde el principio al fin del juicio, y aplica a cada elemento necesario para constituir el crimen”⁷⁴.

Así, en las defensas afirmativas, y como señala el Código Penal Modelo en la sección 1.12:

“Sección 1.12

(1) Nadie puede ser declarado culpable de un delito a menos que cada elemento de dicho delito esté probado más allá de toda duda razonable. En la ausencia de tal prueba, se asume la inocencia del acusado.

(2) La subsección (1) de este Artículo no:

(a) exige la refutación de una defensa afirmativa a menos que y hasta que no haya evidencia de tal defensa”⁷⁵.

⁷⁴ U.S. SUPREME COURT, op.cit.

⁷⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE, op. cit. p. 16.

La carga de la prueba corresponderá a la persecución, en relación a todos los elementos del tipo, incluyendo aquello que dicen relación con la capacidad de las personas para que un hecho delictivo les pueda ser atribuido. En relación a las defensas específicas, no se deberá refutar éstas, a menos que exista evidencia de su concurrencia.

CAPÍTULO 3: LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. DERECHO CONTINENTAL Y DERECHO ANGLOSAJÓN.

Inicialmente, podemos señalar que, la simple adecuación externa de un hecho a una norma jurídica es insuficiente para plantear una reprochabilidad criminal, postura que es compartida por todas las visiones doctrinarias, incluso aquellas que, a pesar de buscar sustituir el criterio de culpabilidad, aceptan la premisa planteada, es decir, que la simple adecuación típica es insuficiente para desencadenar la responsabilidad penal y con ella la reacción punitiva del Estado.

Cuando hablamos de delito, debemos hacer referencia a sus elementos, los cuales son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En la materia que estamos analizando es esencial referirnos a estos dos últimos elementos, pues, como ya mencionamos en los capítulos que anteceden, ellos tienen directa relación con la concurrencia de circunstancias modificatorias y causales de justificación, y el nacimiento, o no, de la responsabilidad penal.

3.1. Concepto y desarrollo de la antijuridicidad en el derecho continental

En palabras de los profesores Bullemore y Mackinnon, “La antijuridicidad puede ser definida como la realización del tipo que no se encuentra

especialmente autorizada”⁷⁶. Esto quiere decir que, en principio, tenemos la posibilidad de realizar una acción que esté tipificada como delito, pero que el derecho autorice a realizarla; a contrario sensu, cuando una conducta tipificada como delito, no esté autorizada por el ordenamiento jurídico, será antijurídica. Una acción típica implica un indicio de comportamiento antijurídico, “la tipicidad de una acción origina una presunción de antijuricidad”⁷⁷, pero existen casos en que esto no es necesariamente así, ya que, la ley autoriza a las personas, en ciertas situaciones especiales, para que la conducta contraria a la norma esté justificada y, por esto, no sea ilícita.

Por ello, los autores recién citados afirman “la antijuridicidad implica la presencia de una conducta típica y la simultánea ausencia de causales de justificación que autoricen la realización de esa conducta típica”⁷⁸, lo cual implica que cuando no concurre causal alguna de justificación y la conducta se ha ajustado al tipo penal, entonces hay antijuridicidad. Como bien sabemos, las situaciones de justificación son excepciones, la regla general consiste en que existiendo una conducta típica, se generará un ilícito que será sancionado por el derecho a través de una pena.

⁷⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit., p.81.

⁷⁷ MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol.1. trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962. p.360.

⁷⁸ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit., p.82.

Teniendo en cuenta lo anterior, estudiamos la antijuridicidad a propósito de las causales de justificación, así Maurach ha dicho: “La teoría de la antijuridicidad es, en la práctica, una teoría de lo conforme a derecho, a saber, la presentación de aquellas conductas que, a pesar del cumplimiento del tipo, son, en el caso particular, no antijurídicas, y por lo tanto irrelevantes para el derecho penal”⁷⁹. En el mismo sentido, Welzel, en su obra “El Derecho Penal Alemán” (Das deutsche Strafrecht, Berlin, 1957, página 72) señala que “la realización del tipo implica la antijuridicidad en tanto no concurra una causa de justificación (efecto indiciario del tipo); tras la observación de que se ha realizado el tipo, la antijuridicidad será afirmada en virtud de un proceso puramente negativo, a saber, por la averiguación de que no concurre causa de justificación alguna”⁸⁰, por ende, como hemos dicho, ante una conducta típica, lo normal es que haya antijuridicidad.

Volviendo a las tan precisas palabras de Maurach: “De este modo, la teoría de la antijuridicidad se convertirá prácticamente en una teoría de los hechos que permiten que la acción se transforme, a pesar de su tipicidad, en una acción adecuada a derecho. Se designan estos hechos como *causas de exclusión del injusto* o como *causas de justificación*. Si el autor puede invocar una tal causa, resultará anulado el indicio y deberá ser absuelto por falta de injusto. Si falla esa

⁷⁹ MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p.347.

⁸⁰ MAURACH, Reinhart. Op. Cit., p.352.

alegación, recaerá el definitivo juicio de desvalor sobre el acto”⁸¹. Como lo que debe verificarse es la ausencia de una causal de justificación, es decir, un hecho de carácter negativo, quien debe probar la concurrencia de una de estas causales es quien la alega, “en especial por el hecho de ser la tipicidad indiciaria de la antijuridicidad y por constituir dichas causales, situaciones excepcionales”⁸², y por regla general, quien alegará la causal de justificación que invoca es el autor de la acción típica. En este punto, en el derecho de Estados Unidos, como ya vimos, ocurre de la misma manera. La carga de la prueba la tiene el individuo que alega una causal de justificación.

Tanto la antijuridicidad como la culpabilidad son juicios de valor. Lo que se hace, en primer lugar, es analizar la conducta del sujeto, es decir, la acción u omisión realizada y verificar si ésta se ajusta o no a la norma penal, la cual puede ser de carácter imperativa o prohibitiva, en relación a si se trata de delitos omisivos o de comisión, respectivamente. Entonces, al subsumir la conducta a la norma, establecemos si ella ha atentado contra el ordenamiento jurídico penal, haciendo así un juicio de valor enfocado en el elemento de la antijuridicidad. En segundo lugar, valoramos al sujeto activo, es decir, una valoración personal de éste, para determinar si ha actuado culpablemente. Sólo habiendo realizado

⁸¹ MAURACH, Reinhart. Op. Cit., p.354 y 355.

⁸² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit., p82.

estas valoraciones previas, se puede establecer, o no, la responsabilidad penal del sujeto activo.

Lo anterior, queda muy bien graficado en la siguientes palabras, “Tan sólo cuando tenga lugar el ulterior examen, esto es, solamente cuando deba ser *atribuido* libremente el acto a su autor, se formará a base del juicio de desvalor sobre el acto y del juicio de desvalor sobre el autor, la total figura del *delito*. Con esta aguda separación entre valoración del acto (injusto típico) y valor del autor (atribuibilidad), se hace patente una conquista, característica de la moderna ciencia jurídicopenal, que injustamente se ha puesto de nuevo en tela de juicio: la teoría de la antijuricidad se limita a la caracterización negativa del acto: es juicio del suceso, no de la personalidad”⁸³, pues, como ya dijimos, el juicio sobre el sujeto se da valorando el elemento de la culpabilidad.

Sobre la antijuricidad, podemos agregar que presenta dos aristas, una formal (Escuela Clásica) y otra material (Escuela Neoclásica). Cuando hablamos de antijuricidad formal, sólo hacemos referencia a la mera infracción a la norma penal, es decir, existiendo una conducta que se subsuma en el tipo penal, hay antijuricidad, en términos formales. Aquella es una visión obsoleta y poco inclusiva de los factores que inciden en que un comportamiento sea sancionado, los cuales van mucho más allá de contrariar la norma. La antijuricidad material

⁸³ MAURACH, Reinhart. Op. Cit., p356 y 357.

mira un poco más allá que la mera infracción, pues se requiere que la conducta genere consecuencias más relevantes, que comprenden toda la lógica del ordenamiento jurídico, es decir, en este caso importa que el bien jurídicamente protegido sea puesto en peligro.

La norma no prohíbe o manda porque sí; ella existe por razones de política criminal, persigue un fin de orden, seguridad y confianza social. Existen casos en que una acción que viola el precepto penal, no lesiona al bien jurídicamente protegido. Es necesario el daño –principio de lesividad- para que el hecho lesivo se torne antijurídico.

Así las cosas, “no toda lesión de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción). No toda acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción) es antijurídica, sino sólo aquella que lesiona o pone en peligro un bien jurídico penalmente protegido (desvalor de resultado)”. Esto quiere decir que no toda lesión a bienes jurídicos deviene en una sanción penal, el ordenamiento jurídico no protege todos los bienes, sino sólo los que considera relevantes para mantener la paz y seguridad social, por lo que, sólo cuando un bien considerado relevante por el ordenamiento jurídico, es puesto en peligro o lesionado, el derecho actuará mediante su potestad punitiva.

En esto último, apreciamos los postulados de la Escuela Finalista, “en donde se enfatiza el hecho de que no sólo es importante el desvalor de resultado (lesión), sino también el desvalor de acción. Además se reconoce categóricamente la existencia de elementos subjetivos de la justificación y el hecho de que la presencia de una causal de justificación no es un asunto únicamente objetivo”⁸⁴, por cuanto, es necesaria la concurrencia de elementos subjetivos en las causales de justificación, para evitar una utilización antojadiza o conveniente de ellas. A este punto, nos referiremos más adelante.

En conclusión, “el acto será aprobado (justificado), o reprobado (calificado como contrario a derecho), por el derecho mismo. Toda causa de justificación, en un principio, confiere pues al autor un *derecho* a un actuar típico”⁸⁵. Es el mismo derecho el que establece, en nuestro ordenamiento nacional, las causales de justificación que autorizan un actuar típicamente antijurídico, de forma precisa y concreta, siguiendo el principio de legalidad. No puede justificarse una conducta típica si ella no está positivamente autorizada en la ley.

3.2. Concepto y desarrollo de la culpabilidad en el derecho continental

Es, sin duda, un concepto mucho más controvertido y desarrollado que el que acabamos de analizar, por ello, su estudio requiere un análisis más

⁸⁴ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit., p 84.

⁸⁵ MAURACH, Reinhart. Op. Cit., p 356 y 358.

profundo y pormenorizado. En ambas tradiciones jurídicas, continental y anglosajona, ha sido tema de debate. En su desarrollo doctrinal, existen una serie de teorías que la analizan desde un perfil psicológico, hasta aquellas que simplemente la niegan buscando alternativas para ésta.

El concepto de culpabilidad es complejo y acepta diversas interpretaciones, dependiendo de los postulados seguidos por diversos autores. Los profesores Bullemore y Mackinnon, consideran que culpabilidad es “la capacidad y posibilidad de motivarse por el Derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de sanción”⁸⁶. Esto quiere decir que las normas están dirigidas a quienes pueden obedecer sus mandatos, imperativos y prohibiciones, pues, no cualquier individuo puede ser destinatario de ella; el sujeto debe tener la capacidad de comprender el contenido del derecho y motivarse a actuar dentro de la esfera de lo lícito o, por el contrario, desobedecer aceptando la potencial sanción que recaerá sobre su persona.

Es menester señalar que, en consideración a lo que hemos expuesto, la imputabilidad, en cualquiera de las teorías que analizaremos, es siempre presupuesto de la culpabilidad.

Juan Bustos Ramírez señala, al respecto, “el principio de culpabilidad abarca más que antaño, pues viene a señalar en forma general que el hecho ha

⁸⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 110.

de estar en relación con el sujeto en sus diferentes dimensiones: en cuanto es expresión de su hacer personal y porque sólo se puede hacer responsable al sujeto por él, si conforme a las capacidades del sujeto, es posible exigirle otra conducta"⁸⁷. Se reafirma la idea de que la culpabilidad se basa en el análisis del sujeto y su capacidad de comprensión y adecuación a la norma.

Las siguientes palabras de Maurach, dicen relación con ello: "El derecho, se afirma, está constituido de modo primario, cuando no exclusivo, por un sistema de mandatos y prohibiciones ("teoría del imperativo"). Únicamente puede, pues, dirigirse a sujetos sensibles al mandato, esto es, a sujetos imputables como idóneos destinatarios de la norma: tan sólo estos últimos pueden, por desprecio al mandato normativo, actuar de modo antijurídico; el inimputable, como inidóneo destinatario de la norma, no puede contrariar el mandato, no puede pues tampoco actuar antijurídicamente."⁸⁸ Con lo anterior, podemos entender que no cualquier persona puede actuar culpablemente, hay quienes simplemente no pueden motivarse con el Derecho, porque por distintas razones –edad, madurez, entendimiento, circunstancias normales o anormales, etc.- no puede exigírseles una actuación conforme a él. He aquí la importancia del juicio de culpabilidad, para entender las exenciones y justificaciones en sus distintos grados.

⁸⁷ BUSTOS Ramírez, Juan. Control Social y Sistema Penal. PPU.S.A. Barcelona, 1987. p.261.

⁸⁸ MAURACH, Reinhart. Op. Cit., p 357.

Tomando en cuenta lo anterior, amplios sectores de la doctrina española han definido el concepto de culpabilidad “como el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por la razón de que, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de un tipo penal”⁸⁹. Nos parece apropiada esta definición de tipo normativa, por cuanto, en breves palabras se refiere a los elementos del reproche personal al sujeto, quien actuó cometiendo un delito, pudiendo no hacerlo –es decir, estando en capacidad de decidir libremente no hacerlo-. Quien, comprendiendo la norma, siendo un idóneo destinatario de ella, y estando en libertad de cumplir su mandato, actúa contra ella, -sin causa de justificación alguna-, es culpable de su acto y debe ser sancionado en la forma que la norma establece. Claro que, siguiendo los postulados finalistas, estamos de acuerdo en que en la anterior definición debe entenderse que el poder cumplir las normas jurídicas, implica una situación de normalidad de las circunstancias que rodean al autor y su hecho.

Sin embargo, es importante establecer que la culpabilidad es diferente a la imputabilidad y a la responsabilidad. Pues, se relaciona con la imputabilidad, en cuanto existen personas inimputables –por ciertas causas específicas que ya estudiaremos-, sobre las cuales no se puede generar un reproche de culpabilidad; y se relaciona con la responsabilidad, por cuanto, para que nazca responsabilidad penal es necesario, como hemos dicho, realizar un apropiado

⁸⁹ CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Barcelona. Editorial Bosch, 1977. p. 16.

juicio sobre cada uno de los elementos del delito, siendo uno de ellos, la culpabilidad.

Asimismo, la culpabilidad tiene diversas funciones, como señalan los profesores Bullemore y Mackinnon, entre éstas podemos mencionar su doble aspecto de garantía constitucional y límite al *ius puniendi*, lo que implica que no puede ser castigado quien no sea susceptible de un juicio de reproche que tenga como resultado la culpabilidad establecida. También cumple el rol de ser fundamento y medida de la pena; como fundamento, pues, siendo un elemento a analizar dentro de la teoría del delito, si no existe culpabilidad atribuida, no habrá pena; como medida, en cuanto la pena será más o menos severa tomando en consideración el grado o intensidad del reproche jurídico penal efectuado sobre la conducta del sujeto activo.

En el título anterior, comprendimos que la antijuricidad se determina con el juicio sobre el hecho, sobre la conducta del sujeto; a diferencia de esto, “el juicio de culpabilidad aparece, en cambio, como un juicio concerniente a la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico a su autor, como un juicio personalizado de reproche, o según algunos autores contemporáneos, de imputación subjetiva”⁹⁰. En las próximas líneas veremos cómo se realiza este

⁹⁰ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, Jhon. Op. Cit. p. 109.

juicio, cuáles son los criterios a considerar, dependiendo de las diversas concepciones que se tienen de la culpabilidad.

3.2.1. Teorías de la culpabilidad en el derecho continental

3.2.1.1 Teoría psicológica de la culpabilidad

Siguiendo a la corriente penal causalista - naturalista, la teoría psicológica de la culpabilidad, tiene su origen en el positivismo decimonónico. Fon Liszt da nacimiento a esta teoría dejando “reducida la acción a un proceso causal originado en un impulso voluntario, pero la representación de su contenido no es un problema de la acción, sino de la culpabilidad. Esta relación subjetiva con la acción se agota en el dolo”⁹¹. Debe existir, por tanto, un nexo subjetivo entre el resultado, como manifestación de voluntad, y la culpabilidad del autor; habrá imputación entonces, cuando exista un vínculo psicológico entre el autor y su hecho.

En otras palabras “existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico lo realizó con dolo (dolosamente) o con culpa (culposamente).”⁹²No por esto se puede entender que el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad, ya que éstos no pueden concurrir simultáneamente en un mismo

⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. p. 1101.

⁹² ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit. p. 271.

hecho, son simplemente, dos formas psicológicas diferentes. Lo que sí quiere decir lo anterior, es la importancia del conocimiento. Este punto es fundamental en la teoría psicológica. Por ello se hace referencia al dolo y la culpa, porque ambos, tienen su origen en el conocimiento que el autor tiene acerca de su propio actuar y las consecuencias derivadas de éste. Recordemos que una conducta dolosa es aquella que se comete con la intención de causar daño, habiéndolo previsto y ejecutando el acto típico en pleno conocimiento de sus perniciosas consecuencias y deseando que éstas se produzcan; y una conducta culposa es aquella que se comete negligentemente, sin la intención dañosa, pero habiendo podido el sujeto prever las consecuencias de sus actos y manifestárselas como probables, por ende, se cometen con una imprudencia que pudo ser evitable. También existe el dolo eventual, que ocurre cuando el sujeto, conociendo el daño que puede realizar con su conducta, lo acepta con indiferencia.

En palabras de Edmundo Mezger, “La culpabilidad se agota, según esta concepción, en una relación ‘psicológica’ exactamente determinable, entre el autor y su acción. Ante todo, esta relación aparece como una determinada relación de conocimiento, de forma que consecuentemente no podrá hablarse de la existencia de culpabilidad en el caso en que exista error sobre este conocimiento”⁹³. Lo que implica necesariamente que si un autor no tuvo

⁹³ MEZGER, Edmundo. La culpabilidad en el Derecho Penal Moderno. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Vol.14. España, 1956. p. 12, 13.

conocimiento, en su fuero interno, de las consecuencias de su actuación voluntaria, no procedería respecto de él, pese a haber cometido una conducta antijurídica, un juicio de reproche que lo declarase culpable. Por ende, no podría aplicársele la pena establecida para la acción típica cometida. Ésta es, sin duda, una razón de la futilidad de esta teoría, ya sea por la dificultad de conocer el aspecto psicológico del sujeto, así como también, la incongruencia de no responsabilizar a quien comete un ilícito, salvado por un desconocimiento negligente.

Además, en esta teoría se aprecian otros dos problemas, que se reflejan en las principales críticas hechas a ésta. En primer lugar, la dificultad de plantear un concepto de culpabilidad que englobase al dolo y a la culpa, en especial la inconsciente, llegando incluso a señalar que ésta no acarrea culpabilidad alguna. Puesto que, el conocimiento no permite graduaciones.

En segundo lugar, no podía explicar la concurrencia de determinadas situaciones que excluían la responsabilidad, como el estado de necesidad; o atenuaciones, como en el caso de la actuación por arrebató u obcecación, en otras palabras, no podía establecer una graduación de la culpabilidad. Se dijo finalmente, que la culpabilidad no se podía basar simplemente en aquel vínculo psicológico, ya que existen otros factores que sí permiten establecer el grado de conocimiento, así como el grado de culpabilidad.

3.2.1.2. Teoría normativa de la culpabilidad. Desde la teoría clásica a la teoría pura.

A partir de fines del tercer decenio del siglo XX, se asienta en la doctrina española la concepción normativa de la culpabilidad, autores como Rodríguez Muñoz, Quintano Repollés, Jiménez de Asúa, entre otros, manifiestan en sus obras los postulados de esta teoría. Como una respuesta a las concepciones anteriores y sus críticas, surge la teoría normativa compleja de la culpabilidad, la cual señala que “la culpabilidad ya no es un puro fenómeno natural, de carácter psicológico. Solo es tal en parte, porque además ha de agregarse un nuevo elemento de carácter exclusivamente normativo, que se denominará normalidad de las circunstancias concomitantes o, en una posterior evolución, motivación normal”⁹⁴. Esto se relaciona directamente con el criterio de la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, por cuanto, no siempre es posible exigirle al sujeto una conducta acorde con el ordenamiento jurídico, bien sabemos que existen circunstancias anormales que provocan que un sujeto pueda cometer un acto imprudente o ilícito, sin poder abstenerse de realizarlo, como sería por ejemplo el caso de quien bota la pared de su vecino, para salvar de un incendio. Entonces, se produce una relación inversamente proporcional entre la normalidad de las

⁹⁴ BULLEMOR E, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p 115.

circunstancias y el juicio de reproche; mientras más anormales sean las circunstancias, existirá un menor reproche de culpabilidad.

Para esta teoría, no basta con la vinculación psicológica ente el sujeto y su hecho, sino que, hay que indagar más allá, llegando a los motivos que llevaron al sujeto a realizarlo, es la búsqueda de por qué el individuo ha realizado determinado acto. Se sostiene que, “el derecho no puede desconocer que hay ciertas circunstancias anormales, extraordinarias, en las cuales no se puede razonablemente exigir el acatamiento de sus normas, porque ello equivaldría a hacer del heroísmo una obligación”⁹⁵. En otras palabras, la situación particular del sujeto al cometer el injusto, determina que su conducta antijurídica no sea reprochable, en relación a estas circunstancias específicas.

Continuando con lo anterior, la culpabilidad sería un concepto complejo, el cual estaría formado por un elemento naturalístico -el vínculo psicológico-, y uno normativo, -el que sería la motivación normal-; ambos elementos permiten regular el grado de reprochabilidad legal.

Según señala Juan Córdoba Roda, el juicio de reproche que determina si existe o no culpabilidad en el sujeto, según esta teoría, implicaría analizar la concurrencia de ciertos requisitos, los cuales son “la imputabilidad del agente entendida como la capacidad del sujeto de conocer la antijuricidad de su hacer y

⁹⁵ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 272.

de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que resulta excluida por causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria y de sordomudez; la presencia alternativa de dolo o de culpa –entendida ésta como imprudencia-; la ausencia de causas de no exigibilidad de una acción adecuada a Derecho, entre las que se incluyen, por lo regular, el llamado estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la obediencia debida⁹⁶, por ello, analizar la concurrencia de estos requisitos es fundamental para determinar con un criterio amplio y objetivo la culpabilidad del sujeto activo.

En conclusión, la culpabilidad estaría compuesta por la imputabilidad, la conciencia del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a Derecho, esta última “no aparece como elemento positivo, sino como causa de exclusión”⁹⁷.

3.2.1.2.1 Críticas a este concepto de culpabilidad

Como ya hemos mencionado, la determinación del concepto de culpabilidad no es pacífica, y si bien se ha buscado adecuarlo de alguna manera, estas discusiones siguen persistiendo.

Las críticas clásicas al concepto de culpabilidad, parten de la relación de ésta con la voluntad, una de actuar antijurídicamente, o una que no se motiva por

⁹⁶ CÓRDOBA RODA, Juan. Op.Cit. p. 16 y 17.

⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. p. 1105.

la norma, colocando como fundamento de ésta al libre albedrío, entendiendo que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, sin poder existir la una sin la otra.

Entendemos el libre albedrío como la capacidad que permite determinarse conforme a determinado sentido, en tanto que, si no se actúa en libertad por la coacción causal, existiría una voluntad no libre. “La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido”.⁹⁸

La crítica clásica proviene de la escuela Positivista, la cual niega el libre albedrío estimando que es un criterio que no puede ser demostrado empíricamente, y por esto el constructo criticado asumiría como base una normalidad de conciencia e inteligencia para la imputabilidad. Este concepto al no poder ser demostrado, sin duda, no puede condicionar al derecho Penal, reduciendo esta distinción a la voluntariedad del hecho.

El positivismo afirmó, en definitiva, que el delincuente estaba determinado por el delito, lo cual, viéndolo, desde un punto de vista social, lleva a la conclusión de que solo los anormales pueden ser delincuentes. El Estado, entonces, actúa en defensa de la sociedad reprimiendo estas conductas, en pos de una readaptación social, fundado únicamente en que “el hombre es

⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. p. 1106.

responsable siempre de todo acto que realice, sólo porque y en tanto vive en sociedad”⁹⁹. Esto se recoge entendiendo que, el hombre recibe la protección social y la ayuda para su desarrollo psíquico y físico, por lo que, debe sufrir las restricciones y sanciones que el sistema impone para el mantenimiento del orden social.

Es por esto que la justicia penal no se basa en el libre albedrío, sino que, en la defensa social.

Actualmente, las críticas a la culpabilidad asumen que, ésta sólo es posible en libertad, pero esta no es posible de determinar, ni en sentido abstracto, ni en un caso determinado por el juez de la causa, debido a la infinidad de factores y cadenas causales que influyen en determinado individuo. Si bien, se asumiese la existencia del libre albedrío este sería imposible de demostrar en un caso particular, es decir, si el sujeto ha cometido libremente un acto o no, por las razones señaladas anteriormente.

Extremando la posición anterior, desde la doctrina asoma una pregunta “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? No lo tiene si se argumenta así: la dogmática penal presupone el Derecho Penal, el Derecho Penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad, y esta no existe.”¹⁰⁰

⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Ibidem*.

¹⁰⁰ GIMBERNAT O, Enrique. “¿Tiene un futuro la dogmática penal?” en *Estudios de derecho Penal*, Madrid, 1990, 1971, p 78

En síntesis y siguiendo las palabras de Córdoba Roda “La concepción normativa de la culpabilidad conforme a la cual ésta es entendida como el reproche que se dirige al sujeto porque, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de delito, ha sido objeto en las páginas anteriores de una consideración crítica que hemos centrado en dos aspectos distintos: a) en la práctica imposibilidad de que los tribunales den efectiva constancia de la libertad de actuación del condenado en la situación concreta en la que cometió el delito sometido a juicio; b) en las dificultades de concebir la culpabilidad como un reproche, cuando lo cierto es que la formulación de éste no presupone la existencia de autorreproche alguno en el agente. El caracterizar a la culpabilidad como un juicio que no aparece condicionado ni a la positiva constatación de una libertad de actuar de modo distinto en el sujeto, ni a la de un sentimiento de reproche en éste, constituye un serio obstáculo para concebir la esencia de la pena como un castigo de una determinada conducta”¹⁰¹. En otras palabras, en la concepción de algunos autores, la culpabilidad sería un elemento difícil de analizar y, por ello, inútil.

Sin embargo, y pese a las críticas expuestas, nosotros adscribimos al concepto de culpabilidad como es entendido hoy a la luz de la teoría normativa pura, concepto que ya analizamos y sólo nos remitimos a lo ya mencionado. Creemos en el juicio de reproche que se hace en base a los elementos

¹⁰¹ CORDOBA Roda, Juan. Culpabilidad y pena. Barcelona, 1977, p 53

estudiados, con el fin de establecer la responsabilidad criminal del sujeto y servir de fundamento y medida de la pena aplicada al mismo.

Algunos autores han buscado justificar y medir la pena, sin recurrir al concepto de culpabilidad, fundamentándolo, principalmente, en la necesidad de la pena. Este constructo parece insuficiente, en la búsqueda de un reemplazo al concepto de culpabilidad, que nos lleva a preguntarnos por el sentido de la pena, se busca la solución en los bienes jurídicos protegidos, o llegando a la prevención general o la especial. Este criterio no sirve para explicar fenómenos específicos, como el estado de necesidad o el error de prohibición, además de no suplir el carácter garantista de la culpabilidad frente al poder punitivo del Estado.

Analizaremos, por último, una teoría moderna que viene a complementar las anteriores.

3.2.1.3. Teoría del sujeto responsable:

Ha surgido una posición en la doctrina penal, que considera que el Derecho, en general, no puede basarse solamente en premisas y constructos netamente jurídicos, entendidos estos como creaciones desde un área específica del conocimiento, el propio Derecho, sino que debe abarcar un mayor conocimiento integrando otras ciencias del conocimiento a sus construcciones.

Es con esta tendencia en mente que, en nuestra opinión, surge la teoría del sujeto responsable, la cual cambia el foco para determinar el contenido de la culpabilidad, centrando la atención, ya no en lo injusto o en la acción, sino en el individuo en sociedad, el cual solo puede ser comprendido como un ser que vive en ésta.

Es necesario, hacer mención a la teoría de la conducta desviada en este punto, la cual señala que este comportamiento es aquel que se separa en este contexto de las normas jurídico-penales, de las expectativas sociales. Lo desviado es entonces, una mera descripción, una repetición del positivismo determinista del siglo XIX, abrazando la idea del “eso es así”.

“Es falso que la norma describa algo, lo que hace es imputar o asignar. La norma surge de una determinada estructura de poder, que no describe, sino que tiene por función imputar: designa el delito y también al delincuente”¹⁰². En otras palabras, el comportamiento desviado es aquel que ha sido definido como tal, porque el individuo no responde de acuerdo a lo que la sociedad espera de él.

Entonces el hombre en sociedad, no se entiende en forma vaga, sino como un hombre concreto. En la culpabilidad, se considerará a éste, vinculado dentro de una relación social concreta, será pues, la consideración de él, no como

¹⁰²BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. p.1120.

un simple sujeto, sino como un actor dentro de ella, desarrollando un determinado papel asignado, pero interpretado por él. El ser humano, como actor toma conciencia de su papel; es el acto consciente lo que le permite desempeñar su rol. Como intérprete dentro del proceso social, el hombre puede responder por su actuación, por lo realizado.

Culpabilidad será entonces, responsabilidad, pero entendida mucho más profundamente, una que involucra a la carga de la sociedad por el papel que le ha asignado y a los controles que le ha impuesto. La conciencia de este surgirá del proceso social. “La conciencia no es primeramente una cuestión síquica sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo, su conciencia”¹⁰³.

En definitiva, volvemos a la idea que quedó plasmada al término del Capítulo 1 de la presente Memoria, señalando que el individuo se debe hacer responsable de sus actos, por cuanto, cuando ha contravenido a la ley, en circunstancias en que pudo ser obediente a sus designios, y asimismo ha conocido las consecuencias de dicha contravención, en una situación del todo normal, nace en él la responsabilidad criminal que lo hace acreedor de una pena, en la medida justa.

¹⁰³BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. Cit. p. 1122.

3.3. Culpabilidad en el sistema estadounidense

Hemos observado en la descripción anterior, que el concepto de culpabilidad no es uno fácil y que ha sido objeto de discusión en la doctrina continental por largos años. Lo mismo puede decirse del Derecho anglosajón en cierta medida, ya que, en el “*common law* no se alude expresamente a éste, porque se entiende que es una noción incorporada al sistema procesal de alegaciones y veredictos, la doctrina lo menciona, en el plano sustantivo, con términos que podrían ser calificados como neutros, prefiriendo utilizar la expresión reprochabilidad”¹⁰⁴. Es por esto que la culpabilidad puede entenderse de mejor manera como un principio de imputación en el *Common Law*.

La necesidad de acreditar el estado mental de un sujeto al momento de cometer un ilícito, es una cuestión que se remonta a varios siglos atrás, originaria del Derecho inglés del siglo XII, período durante el cual se acuña una locución latina y que “resume todo el sistema penal del *common law*, en la máxima: “*actus non facit reum, nisi mens sit rea*” (esto es, la realización de un hecho no hace a una persona culpable a menos que la mente también lo sea)”¹⁰⁵. En otras palabras, la comisión de un hecho que puede ser considerado ilícito será

¹⁰⁴ OXMAN, Nicolás, Op. Cit. p.140

¹⁰⁵ OXMAN, Nicolás, Op. cit. p. 142

atribuible a una persona sólo en el caso de que su mente también lo sea, es decir, que tenga una mentalidad culpable.

Podemos distinguir, por tanto, que originariamente se forma un sistema de atribución que consta de dos partes: por un lado un acto externo considerado ilícito, denominado *actus reus*: y por el otro una mentalidad culpable, es decir un vínculo entre esta acción y la mente del sujeto que, por tanto, permitirá reprocharle la conducta cometida, concepto denominado *mens rea*, por tanto el término "*mens rea* se interpretan de tal modo que si el autor tiene el estado mental apropiado se le puede considerar responsable del *actus reus*"¹⁰⁶.

Esta estructura bipartita del delito, entonces, comprenderá una parte objetiva, correspondiente al injusto y a la relación causal entre la acción y el delito; y una parte subjetiva o psicológica que en el Derecho anglosajón se denomina *mens rea*. Puede observarse como, claramente, esta concepción se asemeja a la descrita por la teoría psicológica de la culpabilidad que hemos mencionado con anterioridad en este capítulo, estando por un lado la acción como impulso voluntario y por otro la representación de su contenido que será parte de la culpabilidad. Esta noción del *mens rea*, es considerada como la visión histórica o tradicional de la misma.

¹⁰⁶FLETCHER, George. Conceptos Básicos de Derecho Penal. Valencia, Tirant Lo Blanch 1997 p. 132.

Consecuencia necesaria de esta división será, por tanto, un sistema retributivo de la pena, basado en el reproche, no sólo en un hecho determinado, sino de la conducta del sujeto que ha cometido éste, es decir “la persona es “moralmente culpable” y, por tanto, susceptible de ser penada, sólo si tenía la “real opción” de realizar el hecho y ejercitar con conocimiento la libertad de ejecutar una u otra alternativa”¹⁰⁷, esta noción es conocida en el ámbito anglosajón como *blameworthiness*, el cual puede ser traducido como culpabilidad, entendida, en este caso, en relación al perjuicio social causado.

Siendo este el escenario que predominaba hasta mediados del siglo pasado, en el cual el Derecho basado en los precedentes judiciales, también contaba con amplia recepción en el país del norte, situación que cambiaría debido al proceso de codificación sufrido por Estados Unidos, o más bien, el aumento de la regulación, tanto estatal como federal, de las normas penales. Así, en relación al *mens rea*, se busca darle términos concretos para conceptualizarlo, con fin de evitar la arbitrariedad de los jueces.

Se establece, en consecuencia, una visión normativa o estatutaria, en relación al *mens rea*, con el fin de otorgar un enfoque más racional y objetivo a la imputación, en el cual “la atribución de culpabilidad conlleva la valoración de la conducta injusta en la situación concreta desvinculada de toda cuestión relativa

¹⁰⁷ OXMAN, Nicolás, Op. Cit.p.143

a la presencia o no de un reproche moral; lo trascendente pasó a ser si conforme a la forma en que ha tenido lugar el hecho en relación con la norma era o no posible imputarle al sujeto, en la situación concreta”¹⁰⁸. Además de lo anterior, se buscará un tipo específico de *mens rea*, el cual, por regla general, será establecido previamente en la descripción legal. La teoría normativa pondrá su acento, no en la representación psicológica que hace el autor sobre su hecho, sino de que, a pesar de estas imágenes, el sujeto puede ser declarado culpable de la comisión del injusto. “La atribución de la antijuridicidad no encuentra su fundamento en hechos particulares, sino sobre la base de una valoración social y jurídica de un conjunto de hechos relacionados con la capacidad del sujeto para poder ser declarado, de modo convincente, responsable por el delito”¹⁰⁹.

Se produce una valoración distinta del delito, siguiendo las ideas de la teoría finalista, por la cual, el hecho injusto revela una visión hacia el futuro, un fin determinado y no una mera acción sin pensamiento, así “los elementos legales del delito englobados en el tipo no pueden ser plenamente entendidos sin tomar en cuenta la parte subjetiva, interna, de la conducta”¹¹⁰, eliminándose, en consecuencia, la apreciación subjetiva contenida en la teoría psicológica de la culpabilidad pasando a una visión, más bien finalista, en la cual el *mens rea*,

¹⁰⁸ OXMAN, Nicolás, Op. Cit. p.145

¹⁰⁹ FLETCHER, George. Ibídem.

¹¹⁰ AMBOS, Kai. 2008. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. [en línea] Política criminal, Nº5, 2008, A6-5. P. 06. http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [consulta: 10 noviembre 2015]

llamado también *mens rea* descriptivo, se eleva como un elemento subjetivo dentro del tipo penal. Los delitos establecidos de esta forma, es decir, conteniendo un determinado estado mental, son conocidos en el *Common law*, como delitos de intención específica.

En consecuencia, entenderemos la culpabilidad en el sistema anglosajón tanto como un elemento de atribución de la pena; así como parte del tipo subjetivo, recogido en los delitos de intención específica, aquellos que, como hemos señalado, mencionan en la descripción típica un tipo concreto de estado mental. Derivará también de lo anterior la distinción entre el concepto de delito, como injusto, *wrongdoing* y la imputación subjetiva de ese hecho, a una persona en particular.

Resumiendo lo anterior, podemos señalar que, para que exista sanción penal, deberá existir, por una parte, la comisión de un delito, entendido como hecho injusto, así como, la atribución de éste a una persona determinada que ha cometido este hecho con una mentalidad criminal determinada previamente, por regla general, en el tipo.

3.3.1. Tipos de mens rea

Hemos señalado, en el capítulo 2, la importancia del Código Penal Modelo de Estados Unidos de 1962, la cual radica en el trabajo compilador y conciliador de las visiones de los distintos Estados, en una teoría sistematizada y única, que ha sido recogida ampliamente a lo largo del país del Norte, razón por la cual nos acogeremos a su descripción acerca de los distintos tipos de *mens rea*.

El Código señala en la sección 2.02 del artículo primero, que podremos distinguir cuatro estados mentales, designando al primero “como *Purposely*, y corresponde al dolo directo o dolo cierto de primer grado; la segunda es *Knowingly*, y expresa la idea del dolo indirecto, o dolo cierto del segundo grado, también llamado por algunos dolo de consecuencias necesarias; la tercera es *Recklessly*, y tiene correspondencia con la culpa consciente o culpa con representación; la cuarta y última es *Negligently*, y equivale a simple culpa”¹¹¹.

¹¹¹HENDLER, Edmundo. Op. Cit. p. 64.

3.3.1.1. Intencionalmente o Purposely

El Código Penal Modelo define en la sección 2.02 en su punto segundo, referido a las clases de culpabilidad en el punto a. intencionalmente, de la siguiente manera:

“(a) Intencionalmente.

Una persona actúa intencionalmente con respecto a un elemento material de un delito si:

- (i) El elemento involucra la naturaleza de su conducta o resultado de la misma, su objeto consciente de participar en una conducta de esa naturaleza o para causar tal resultado; y
- (ii) si el elemento involucra las circunstancias del caso, es consciente de la existencia de tales circunstancias o que cree o espera de que existan”¹¹²

Para establecer, entonces, que un delito ha sido cometido intencionalmente, será necesario establecer, desde los elementos materiales presentes en el tipo, hasta la conducta y el resultado generado, “teniendo en cuenta la naturaleza del objeto empleado en la acción y, en especial, si puede afirmarse que, al momento de llevar a cabo la conducta, su autor tuvo en cuenta,

¹¹² AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p. 21[consulta:15 octubre 2015]

esperaba o creía que los hechos concomitantes eran ciertos y constituían la forma precisa de realización del resultado”¹¹³. En otras palabras, se establece la vinculación entre la acción y la conducta y, en consecuencia, se puede hacer efectivo el reproche penal, cuando el sujeto al momento de llevar a cabo la acción, sabía que ésta, o los medios empleados para cometerla, provocarían el resultado que buscaba alcanzar con su actuar. Un resultado antijurídico e ilícito.

Por ejemplo en el caso del homicidio, este será clasificado como asesinato, homicidio involuntario u homicidio negligente dependiendo del tipo de conducta desplegada por el autor.

“Sección 210.1. Homicidios Penal.

(1) Una persona es culpable de homicidio criminal si intencionalmente, a sabiendas, imprudente o negligentemente causa la muerte de otro ser humano.

(2) El homicidio penal es un asesinato, homicidio involuntario o homicidio negligente.

Sección 210.2. Asesinato.

(1) Salvo lo dispuesto en la Sección 210.3 (1)(b), el homicidio criminal constituye asesinato cuando :

(a) se comete intencionalmente o con conocimiento”¹¹⁴

¹¹³ OXMAN, Nicolás, Op. Cit. p. 151

¹¹⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p. 120 [consulta:15 octubre 2015]

Aquí podemos observar, claramente, lo que hemos comentado a lo largo de este capítulo; en primer lugar, el tipo denominado homicidio penal, realiza una descripción objetiva de la acción, en este caso causar la muerte de otro ser humano, y junto a esta señala cuáles serán los estados mentales (*mens rea*), que al realizar la acción generarán el nexo causal entre la conducta y la acción; en segundo lugar señala una clasificación del tipo, al ser realizado éste, entre otras, intencionalmente, clasificándolo como asesinato, lo que, en definitiva, influirá en la pena que recaerá sobre el ilícito.

3.3.1.2. Knowingly o con conocimiento

En relación con el actuar con conocimiento o a sabiendas, como una especie determinada de *mens rea*, es definido de la siguiente forma por el Código Penal Modelo:

“(b) Con conocimiento (a sabiendas).

Una persona actúa a sabiendas con respecto a un elemento material de un delito cuando:

(i) Si el elemento involucra la naturaleza de su conducta o las circunstancias del caso y es consciente de que su conducta es de esa naturaleza o que existen esas circunstancias; y

(ii) Si el elemento involucra la naturaleza de su conducta, y está consciente de que es prácticamente seguro que su conducta causará aquel resultado.”¹¹⁵

En relación al elemento del conocimiento que se destaca en este punto, la diferencia con el actuar intencionalmente, radica en la seguridad de la ocurrencia del resultado producto de su acción. Así, en la primera actitud, se tiene una plena certeza de la ocurrencia del resultado, un ejemplo burdo sería el siguiente: Pedro dispara un arma de fuego a la cabeza de Juan, con la intención de ocasionar su muerte, resultado que es una certeza para el actor. En cambio en el segundo caso, un ejemplo adecuado se vería de la siguiente forma: Pedro, dispara su arma en contra de Juan, con la intención de herirlo pero resultando en su muerte. Podemos observar en este ejemplo que la intención del actor es la de simplemente herir a Juan, pero también está dentro de las posibilidades, que se pueda causar la muerte de la víctima por culpa del traumatismo producido por la bala. En este caso Pedro, aun teniendo este conocimiento, de que la muerte es una consecuencia casi segura de su curso de acción, decide actuar.

En resumen, se puede decir que se actuará con conocimiento o a sabiendas si el sujeto “sabe que el resultado, aunque no haya buscado conscientemente sus causas, ocurrirá como una consecuencia *prácticamente*

¹¹⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p. 21 [consulta:15 octubre 2015]

segura de continuar en el mismo curso de acción”¹¹⁶. La diferencia radicar , en consecuencia, en que en el actuar intencionalmente, el actor desea la ocurrencia del resultado, en este caso la muerte de Juan, por el contrario, en el caso de determinarse que actuó con conocimiento, la voluntad de Pedro no será producir la muerte de Juan, sino solo herirlo, pero sabiendo que su línea de actuación tiene una alta probabilidad de producir otro resultado, en este caso, la muerte de su víctima.

A pesar de lo anterior, como hemos señalado, el Código Penal Modelo, sanciona tanto al homicidio cometido con intención o conocimiento, de la misma forma, es decir, como asesinato. La explicación a esto, es el valor del bien jurídico protegido por la norma, la vida.

3.3.1.3. Recklessness o Desconsideración

Siguiendo con nuestra descripción, el Código Penal Modelo, define el actuar con imprudencia de la siguiente forma:

“(c) Desconsideración (Imprudencia temeraria)

Una persona actúa imprudentemente con respecto a un elemento material de un delito cuando hace caso omiso, conscientemente, a un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o será el resultado de su

¹¹⁶ OXMAN, Nicolás, Op. Cit. p.162

conducta. El riesgo siendo de tal naturaleza y grado que, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de la conducta del actor y las circunstancias conocidas por él, su desprecio implica una desviación grave del estándar de conducta que una persona respetuosa de la ley observaría en la situación del actor.”¹¹⁷

Si bien la disposición puede traducirse como imprudencia, o imprudencia temeraria, consideramos que el término puesto en nuestra traducción puede ayudar a un mejor entendimiento ya que este estado mental, en líneas generales, significa una desconsideración de tal magnitud, hacia el bien jurídico protegido por la norma, debido al riesgo que genera su acción. Como señala la norma del Código Penal Modelo, esta indiferencia, implica una desviación del estándar establecido por la ley, en este caso una persona respetuosa de la ley. En resumen podemos definir esta actitud mental como una “decisión consciente de ignorar los riesgos inherentes a la realización del hecho, los cuales eran conocidos por el autor”¹¹⁸.

En otras palabras podemos decir que una persona actuará desconsideradamente, cuando ejecuta una acción, no considerando el riesgo sustancial, que ese actuar importa, hecho que un hombre respetuoso de la ley, tendría en consideración a la hora de realizar el hecho, sea por el riesgo de la misma o las posibles consecuencias dañosas que podría reportar.

¹¹⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p.21[consulta:15 octubre 2015]

¹¹⁸ SINGER, Richard; LA FOND, John, Criminal Law, 4ª edición, Wolter Kluwer, Austin-Boston, 2007, p.60

Un ejemplo de esto sería el caso en que el doctor, Pedro, inyecta a su paciente, Juan, para calmar el dolor que experimentaba producto de un disparo, el cual sufre un ataque anafiláctico, que termina en su muerte, debido a que Juan era alérgico a dicho medicamento. El doctor, además, no se cercioró previamente de estos antecedentes, por lo que debe responder a título de desconsideración, ya que atendida su profesión, no es esperable que no se cerciorase de las alergias de su paciente, sobre todo aquellas que podrían tener consecuencias mortales como en este caso.

Por tanto se hará un examen ex ante, acerca de la posibilidad de prever dicho riesgo o daño, siguiendo el modelo de hombre respetuoso de la ley, el cual puede adaptarse de mejor manera a las características particulares de los sujetos, a diferencia del arquetipo de hombre medio, usado por nuestra legislación. En definitiva, la evaluación judicial, y del jurado, de este estado mental, se hará “despojada de todo elemento volitivo y pone el acento en la atribución de responsabilidad derivada de la realización consciente de una acción riesgosa, que implica un riesgo o peligro de causación de lesión a intereses protegidos por el derecho”¹¹⁹

El Código Penal Modelo “incluye a la negligencia como el nivel de imputación subjetiva menos grave en el que puede obrar una persona en relación

¹¹⁹ OXMAN, Nicolás, Op.Cit. p.171

con la acción, las circunstancias que rodean al hecho y el resultado”¹²⁰, describiéndola de la siguiente forma:

“d) Negligentemente.

Una persona actúa con negligencia con respecto a un elemento material de un delito cuando debería estar al tanto de un riesgo sustancial e injustificable que un elemento material existe o será el resultado de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que el hecho de que el actor falle en percibirlo, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de su conducta y las circunstancias que él conoce, implica una desviación grave de la norma de cuidado que una persona razonable podría observar en la situación del actor.”¹²¹

Se establece por tanto un criterio doble para el establecimiento del actuar negligente, por un lado uno objetivo, que corresponde a la probabilidad estadística de la ocurrencia del daño a consecuencia del riesgo realizado por el actor, es decir que el hecho involucre un riesgo verdaderamente serio de provocar el resultado; y que se pruebe que la acción estadísticamente conlleve el riesgo de producir dicho resultado. En el plano subjetivo, un reconocimiento, por parte del sujeto al momento de realizar la acción, de que ésta podría producir dichos resultados lesivos.

¹²⁰ OXMAN, Nicolás, op. Cit. p. 178

¹²¹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p. 21 [consulta:15 octubre 2015]

En suma, el riesgo de la acción, tiene probabilidad de ocurrencia, el sujeto falla en percibirlo, y en este fallo implica una desviación grave de la norma de cuidado que una persona razonable podría observar en la situación del actor.

Es importante destacar el carácter de subsidiario de este tipo de *mens rea*, en relación al Derecho de daños en Estados Unidos, el cual busca la responsabilidad civil de las personas por los daños que hayan provocado sobre un tercero, similar a lo que conocemos como responsabilidad extracontractual. Se sostiene que “únicamente en los casos en que el sujeto fracasa en el reconocimiento de un riesgo que era realmente exorbitante puede ser criminalizado por el Derecho Penal, cuestión que se reduce a la aplicación de un baremo objetivo conocido como el test de riesgos que evitaría una persona razonablemente prudente (*reasonably prudent person*)”¹²². Es decir, solo al momento de determinar que el riesgo era de tal magnitud que cualquier persona razonablemente prudente podría haberlo reconocido, y por tanto evitado, el sujeto puede ser sometido a una responsabilidad penal por el daño que ha cometido. La posibilidad de prever el daño, se suma al conocimiento que tenía el autor sobre la posibilidad de ocurrencia de éste, así como de los demás elementos que podrían ayudarlo a discernir este peligro, por tanto la “negligencia no es previsión, sino precisamente la falta de ella; y si se presume la previsión,

¹²² OXMAN, Nicolás, Op.Cit, p 176

la base de la presunción, y por tanto el elemento esencial, sería el conocimiento de los hechos que hicieron posible la previsión”¹²³.

¹²³ WENDELL HOLMES, Oliver, The Comonn Law, Litle, Brown and Company, 1963, p117.

CAPÍTULO 4: EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CHILE Y EN ESTADOS UNIDOS

Si bien, existen grandes diferencias entre el derecho anglosajón, *common law*, y nuestro derecho continental, a lo largo del desarrollo de esta exposición, hemos señalado que, a pesar de esto, encontramos algunas similitudes importantes entre ambos sistemas. Es en relación a las eximentes de la responsabilidad penal, en donde encontramos las mayores semejanzas.

En un comienzo hemos hablado de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal y hemos estudiado dentro de éstas a las eximentes incompletas, aquellas que, como dijimos, si bien no eximen al autor de responsabilidad penal, por no cumplirse todos los requisitos de una eximente propiamente tal, aunque sí el requisito esencial, sí atenúan la pena aplicada al autor por el ilícito cometido, respaldadas en los mismos criterios y fundamentos de una eximente completa.

Hemos dejado para este capítulo la descripción de las eximentes, las cuales inciden en la valoración del acto y del sujeto, dependiendo del caso, provocando que el autor de un hecho típico quede completamente libre de responsabilidad penal y, por ende, no reciba la sanción establecida, por no haber

respetado la norma. Cuando concurre una eximente, como su nombre lo dice, el autor se exime del cumplimiento de una pena, pues, su conducta está autorizada por el ordenamiento jurídico, por tanto, no se considera que ha actuado ilícitamente.

Podemos distinguir por un lado, a aquellas eximentes que eliminan la antijuridicidad de un hecho, siendo autorizada una actuación que, por regla general, es penada por la ley, éstas son las que el sistema norteamericano conoce como *justifications*, en las que se agrupan a la legítima defensa, el estado de necesidad y el actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho. Por otro lado, tenemos a aquellas circunstancias, que si bien no autorizan la actuación, hacen que la responsabilidad de estos hechos no pueda ser atribuida a su autor, como lo son las enfermedades mentales, la minoría de edad y las causales de inexigibilidad de la conducta, como la coacción. Es decir, habiendo ya analizado los elementos de antijuridicidad y culpabilidad, podemos ver que a través de la valoración que se hace de ellos, en la situación concreta, se exime al sujeto de responsabilidad penal, por cuanto, o su conducta no es antijurídica, o en su persona no es posible configurar y atribuir un reproche de culpabilidad.

4.1. Eximentes que eliminan la antijuridicidad del hecho

4.1.1. Legítima defensa

En el sistema anglosajón, la legítima defensa puede remontarse a la institución del *se defendo*, la cual fue la única forma de defensa recogida por el *common law*, desde el siglo XII hasta el XIV. Esta consistía, esencialmente, en que aquel sujeto que se veía envuelto en una pelea y, como consecuencia de esta, mataba a su agresor, solo podía excusarse de su acción si se retiraba de la gresca y hacía todo lo posible para evitarla, antes de recurrir a la fuerza. El que se viera meramente excusado, significaba que el hecho continuaba siendo antijurídico, pero se salvaba de la ejecución como castigo por el homicidio, nada restaba sin embargo, a que el asesino viera confiscado todos sus bienes y el arma homicida, como expiación por haber matado a otra persona. Si bien, a mediados del siglo XIV, el parlamento inglés reconoció que la defensa propia podía ser una causa de justificación, no sufriendo entonces el acusado pena ni confiscación de sus bienes, la institución del *se defendo* siguió existiendo hasta el siglo XIX cayendo paulatinamente en desuso.

La defensa propia aparece en el pensamiento occidental tomando dos rumbos separados, por un lado, se acentuó la importancia de la vida, como valor supremo, siendo entonces la defensa únicamente para repeler un ataque con el fin de salvarla. A partir de este punto, la legítima defensa se fue expandiendo,

comprendiendo bienes jurídicos distintos, como son la integridad sexual o incluso la propiedad, y abarcando, no solo la propia protección, sino también la de terceros, inicialmente solo la de aquellos que estaban íntimamente ligados o bajo la protección del autor, hoy, la de cualquier tercero, aunque sea un extraño.

Por otro lado, la defensa propia “se extendió a todos los derechos que podían ser objeto de una agresión”¹²⁴. El término empleado para ésta es defensa necesaria. El eje se centró entonces no en la vida, sino en la esfera legal del individuo, los derechos personales. “A la defensa se le da además un fundamento libertario. La libertad y la autonomía individual son valores que requieren ser defendidos usando la fuerza para repeler cualquier incursión o ataque a los mismos”¹²⁵. Razón por la cual, la dificultad no fue expandir el ámbito de protección que una persona podía ejercer amparado por el argumento de la legítima defensa, sino por el contrario, restringir estos.⁵

4.1.1.1. Legítima defensa en Estados Unidos

Podemos reconocer cuatro requisitos para que la legítima defensa pueda ser alegada en juicio, según el Código Penal Modelo, los cuales se encuentran a lo largo de toda la regulación que el mismo realiza sobre esta materia, regulación

¹²⁴ FLETCHER, George. Op. Cit. p. 199.

¹²⁵ FLETCHER, George. Op. Cit. p. 200.

extensa y que desarrolla en profundidad dicha institución. Es por esto que preferimos agrupar los requisitos comunes dentro de este amplio catálogo.

El Código regula la legítima defensa, denominándola uso de la fuerza, distinguiendo distintas causales y requisitos específicos para cada uno de los casos que contempla. En este trabajo expondremos aquellos más relevantes para la comparación de ambos sistemas, con el objetivo de cumplir la tarea de determinar características comunes y analizar comparativamente.

4.1.1.1.1. Uso de fuerza en defensa propia

El Código Penal Modelo recoge en la sección 3.04 esta causal entregando sus requisitos y definiéndola de la siguiente forma:

“Sección 3.04. Uso de fuerza para protegerse a sí mismo

(1)Uso de fuerza justificable para la protección de la persona. Sujeto a las previsiones de esta sección y la sección 3.09, el uso de fuerza sobre o hacia otra persona es justificable cuando el **actor cree** que dicha fuerza es **inmediatamente** necesaria para el propósito de protegerse contra el uso de **fuerza ilegítima** por la otra persona en la ocasión presente”¹²⁶(lo destacado es nuestro)

¹²⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op Cit. p 44

Junto a lo anterior, el Código entrega un completo catálogo de las situaciones en la que la fuerza puede aplicarse y a la vez ser reconocida como una justificante, así como una serie de limitaciones al uso de ella y contra excepciones a estas limitaciones, entre las que destacamos el uso de fuerza mortal, denominada *use of deadly force*. Estas limitaciones dicen relación, con la proporcionalidad entre el bien jurídico protegido y aquel que es sacrificado, en el caso del uso de la fuerza mortal, este examen de equidad, podrá ser eliminado en el caso que se busque evitar la comisión de ciertos delitos, entre ellos, la violación, el secuestro o un robo.

4.1.1.1.2. Uso de fuerza en defensa de terceros

Continuando con la enumeración del Código Penal Modelo, éste regula la legítima defensa de terceros, o uso de la fuerza en defensa de terceros de la siguiente forma:

“Sección 3.05 Uso de la fuerza en defensa de terceros:

(1) Sin perjuicio de lo dispuesto en esta Sección y en la Sección 3.09, el uso de la fuerza sobre o hacia otra persona es justificable para proteger a una tercera persona cuando:

(a) El actor estaría justificado en virtud de la Sección 3.04 en el uso de tal fuerza para protegerse contra el daño que él **crea** está siendo amenazada la persona a quien busca proteger; y

(b) En las circunstancias como el actor cree que sean, la persona a quien busca proteger estaría justificada en el uso de tal fuerza; y

(c) El actor **crea** que su intervención es necesaria para la protección de dicha otra persona.”¹²⁷ (lo destacado es nuestro)

Observamos, en este caso, que las limitaciones del uso de la fuerza para la defensa propia, se aplican también para la defensa de terceros, lo cual naturalmente incluirá la reserva del uso de la fuerza mortal que a propósito de la defensa propia, recientemente analizamos.

4.1.1.1.3. Uso de fuerza en defensa de la propiedad

Este tipo de uso de la fuerza está regulado en la sección 3.06 del Código Penal Modelo de la siguiente forma:

“(1) El uso de la fuerza es justificable para la protección de la Propiedad. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta Sección y en la Sección 3.09, el uso de la fuerza

¹²⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Ibidem*.

sobre o hacia otra persona es justificable cuando el actor cree que tal fuerza es **inmediatamente necesaria**:

(a) Para evitar o poner fin a una entrada ilegal u otra transgresión a la tierra o prevaricación en contra o la sustracción ilegal de bienes muebles tangibles y portables, siempre que dichas tierras o bienes muebles estén, o se **crea** por el actor que están , en su posesión o en posesión de otra persona para cuya protección se actúa; o

(b) para efectuar una entrada o reingreso a la tierra o para volver a tomar bienes muebles corporales, con la condición de que el actor **crea** que él o la persona por cuya autoridad actúa o una persona de la que él o cualquier otra persona se deriva del título de desposeídos ilegalmente de esas tierras o bienes muebles y tiene derecho a la posesión, y disponiéndose, además, que:

(i) La fuerza se **utiliza inmediatamente** o en la búsqueda reciente después de tal despojo; o

(ii) El actor **crea** que la persona contra la que se utiliza la fuerza no tiene ninguna pretensión de derecho a la posesión de la propiedad y, en el caso de la tierra, de las circunstancias, como el actor **crea** que son, de tal urgencia que sería una carga excepcional posponer la entrada o reingreso hasta que se obtenga una orden judicial¹²⁸. (lo destacado es nuestro)

¹²⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p 47

La regulación, en este punto, no se aleja de las demás referentes a la legítima defensa, señalando una serie de circunstancias y limitaciones al uso de la fuerza. Ya podemos observar, en este caso, que se forma un patrón en relación a la legítima defensa en general, esto se resume en la creencia de aquel que la emplea, de estar actuando en respuesta a una de las situaciones que regula el Código que, como veremos más adelante, plantea la pregunta acerca de la veracidad de esta creencia, cuestión que ha sido regulada por cada uno de los Estados del país del norte. Están los que siguen al Código Penal Modelo completamente en esta materia, y aquellos, como el Estado de Nueva York, que se alejan de esta regulación, configurando una propia.

4.1.1.1.4. Uso de la fuerza en la aplicación de la ley

Finalmente, destacamos la regulación específica que hace el Código Penal Modelo al uso de la fuerza a la hora de efectuar arrestos por parte de las fuerzas de orden público, así como de aquellas personas que ayudan a éstas en el cumplimiento de su deber. Esta causal está regulada en la sección 3.07 del Código de la siguiente manera:

“Sección 3.07. Uso de la fuerza en la aplicación de la ley.

(1) El uso de la fuerza justificable para efectuar un arresto. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta Sección y en la Sección 3.09, el uso de la fuerza sobre o hacia

otra persona es justificable cuando el actor está haciendo o ayudando en un arresto y el actor **cre**e que tal fuerza es **inmediatamente necesaria** para efectuar una legítima detención.”¹²⁹(lo destacado es nuestro)

En general, podemos observar que la legislación norteamericana regula esta institución a partir del término “uso de la fuerza”, con el objetivo de repeler un ataque ilegítimo, sea hacia las personas o la propiedad. En la legislación chilena la regulación se hace a partir del término “legítima defensa”, con el mismo objetivo de repeler una agresión injusta. Aunque la diferencia no es sustancial en lo conceptual, es una distinción que incluso puede parecer superficial, puesto que la situación regulada abarca hipótesis similares; la protección se da sobre las mismas personas y también incluye a la propiedad, la salvedad es el hincapié que se hace del medio empleado para repeler la agresión, en el derecho americano, en específico la fuerza, en cambio, nuestra legislación se enfoca en la amenaza que constituye esa agresión en los bienes jurídicos propios y señala como requisito que el medio empleado para repelerla, debe ser racional, punto que desarrollaremos en su oportunidad, a propósito de la regulación chilena.

El uso de la fuerza, bajo ciertas circunstancias, estará justificado. Estas limitaciones legales sirven para controlar la arbitrariedad de los jueces, así como el mal uso que las personas puedan hacer de esta causal.

¹²⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p 49

El sistema estadounidense cataloga, como hemos mencionado, las causales que permiten justificar el uso de la fuerza, en una extensa lista, de la cual solo hemos señalado las que hemos considerado más importantes y similares a nuestra legislación. En Estados Unidos existe una tendencia a regular más exhaustivamente las distintas hipótesis, debido a la facilidad de crear las leyes –cuestión ya desarrollada en un capítulo anterior- pues, anualmente se publica un compendio de ellas. Fundado en la tradición del *case law*, el derecho del país anglosajón tiene por objeto regular todas las hipótesis posibles para una situación. Esta abundancia en la catalogación de las conductas, no es azarosa y nos permite observar ciertos elementos comunes que cohesionan dichas disposiciones, los cuales hemos destacado en negrita, a propósito, en la exposición que hicimos del Código Penal Modelo, lo cual nos permiten extraer ciertos elementos generales a la hora de hablar de esta causal de justificación. Estos elementos se pueden resumir de la siguiente manera:

4.1.1.1.2.1. Inminencia:

Esto significa que la respuesta ante una agresión, no puede diferirse en el tiempo. Es decir, un atacante no puede decir que actuó en legítima defensa, como reacción a una antigua agresión, ya que esto se considera simplemente como venganza, las personas no pueden ser jueces y verdugos, tomándose en propia mano la ejecución de justicia por un mal perpetrado con anterioridad.

También se considera que, no se puede adelantar la reacción a una agresión, esto es que se esgrima la legítima defensa aduciendo que se está planeando un ataque en su contra o que es probable que se le ataque en el futuro. Este requisito lo podemos ver a lo largo de todas las disposiciones transcritas, las cuales señalan expresamente, que será necesario que la fuerza se utilice para repeler, un daño inmediato hacia una persona o la propiedad.

Lo anterior puede levantar suspicacias, sobre todo, por lo que hemos visto en relación al caso Goetz y cómo, la teoría subjetiva seguida por el *Model Penal Code*, permite esta respuesta ante la creencia de una agresión, pero este criterio ha sido sustituido en el mencionado texto legal por el de necesidad inminente, según el cual “lo importante es que el defensor crea que la fuerza es inmediatamente necesaria para protegerse a sí mismo”¹³⁰. Este caso lo analizaremos más detenidamente en el siguiente punto.

4.1.1.1.2.2. Necesidad de la defensa:

Quiere decir que el uso de la fuerza, como respuesta a una agresión, debe ser la única salida racional para evitar el daño que ésta generaría en el sujeto. Este se relaciona con el elemento subjetivo de la causal, que mencionábamos anteriormente, se refiere a la veracidad o creencia por parte de

¹³⁰FLETCHER, George. Op. Cit. p. 202.

aquel que usa la fuerza, como único medio para poner a salvo sus bienes jurídicos amenazados de peligro.

Mencionamos en el punto anterior la importancia del caso *Goetz v.s United States*¹³¹, en el cual se procesó a Bernhard Goetz, quien en el año 1982, disparó en contra de cuatro hombres afroamericanos en el metro de Nueva York, debido a que creyó que lo iban a asaltar. Durante el transcurso del caso fueron acumulándose varios antecedentes, entre ellos, que el señor Goetz había sido asaltado un par de ocasiones previas y que había adquirido de forma ilegal un arma de fuego. Sumado a lo anterior se sumaron testimonios de las víctimas de los disparos y del oficial de policía que acudió a la escena en primer lugar, los cuales señalaron que los jóvenes tenían la intención de asaltar a Goetz.

En la discusión ante la Corte se debatió acerca del elemento subjetivo de la causal de justificación para el uso de la fuerza, en especial el uso de fuerza mortal. La creencia del individuo de sentir una amenaza sobre sus bienes. A diferencia de lo que sucede con el Código Penal Modelo, el cual sigue esta teoría completamente subjetiva, en el Código Penal de Nueva York se ha desarrollado un criterio que ha venido a sustituir el subjetivo, está regulado en la sección 35.15, el cual señala:

¹³¹ NEW YORK COURT OF APPEALS, *Goetz v. United States* [en línea] http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/p_goetz.htm [consulta: 10 octubre 2015]

“S 35,15 Justificación; uso de la fuerza física en defensa de una persona.

1. Una persona podrá, con sujeción a las disposiciones de la subdivisión dos, usar fuerza física en otra persona, cuando y en la medida que él o ella crea razonablemente que es necesaria para defenderse a sí misma”¹³².

Podemos observar que se incorpora el criterio de una creencia “racional”, es decir, se abre el criterio subjetivo para dar paso a un estándar más general de comportamiento. Para que el jurado pueda determinar la concurrencia de esta causal, es necesario verificar un elemento objetivo, el cual es la comparación de la creencia de Bernhard Goetz, con un modelo de hombre en su misma situación, criterio que fue finalmente reconocido por la Corte y que terminó en la condena de Goetz, por los cargos de posesión ilegal de un arma de fuego, con la exoneración de los cargos criminales por los daños causados al repeler el ataque. Observamos que el criterio del Código Penal Modelo, el cual solo exige la creencia, es reemplazado por un criterio objetivo de creer razonablemente, para el cual se usa el modelo de hombre razonable siendo, por tanto, lo importante “que el defensor crea que la fuerza es inmediatamente necesaria para protegerse a sí mismo”¹³³.

¹³² NEW YORK STATE LAW. Penal Law [en línea]

http://ypdcrime.com/penal.law/article35.htm?zoom_highlight=use+of+force#p35.10 [consulta: 10 diciembre 2015]

¹³³FLETCHER, George. Op. Cit. p. 202.

4.1.1.1.2.3. Proporcionalidad:

El daño producido al atacante no debe ser excesivo o desproporcionado, en relación con el que posiblemente pueda infligir. Requiere, el análisis de la proporcionalidad, una ponderación de los intereses en juego, de los bienes jurídicos afectados por una y otra acción, por regla general. En ciertas legislaciones este examen de proporcionalidad es obviado, entregado a un criterio objetivo previamente establecido por el legislador, es decir, el examen de proporcionalidad desaparecerá en el caso de estar evitando ciertos delitos o daños que el legislador establece con anterioridad. Esto se manifiesta en la Ley Penal de Nueva York en la sección 35.15, subsección 2.1 (ii) (b) de la siguiente forma:

“(b) Él o ella razonablemente cree que dicha persona está cometiendo o intentará cometer un secuestro, violación, abuso sexual o robo”¹³⁴

Los delitos en los cuales el examen de proporcionalidad es dejado de lado por un criterio objetivo, dependerán de cada Estado y sus regulaciones, así, por ejemplo, el Código Penal Modelo no exige este criterio de proporcionalidad

¹³⁴NEW YORK STATE LAW. Penal Law [en línea]
http://ypdcrime.com/penal.law/article35.htm?zoom_highlight=use+of+force#p35.10 [consulta: 10 diciembre 2015]

en los casos en que la amenaza sea hacia la vida, la integridad corporal de forma grave, el secuestro o la violación.¹³⁵

4.1.1.1.2.4. Actuar con intención de repeler el ataque:

Es un elemento subjetivo de esta excusa, y como es claro, requiere una animosidad específica, esto es, que se ejecute como una defensa ante una agresión, de nada sirve entonces, a pesar de los hechos, que el autor ejecute la defensa buscando perpetrar un mal, amparándose en esta excusa. Esto se demuestra en la necesidad de la legítima defensa de que no medie por parte de la víctima de la fuerza ilegítima provocación, en contra del autor. Además de esto será necesario que la agresión, cualquiera sea, proceda de una fuente ilegítima, es decir, por ejemplo, que no se utilice la fuerza para resistir un arresto, en el cual, la fuerza utilizada, está legitimada por el actuar de las policías o las personas que estén ayudándole.

4.1.1.2. Legítima defensa en Chile

En la tradición jurídica continental, la legítima defensa, junto con el estado de necesidad, son las causales de justificación que más se han estudiado, debatido y reglamentado en nuestros estatutos. El ordenamiento jurídico chileno,

¹³⁵THE AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit.

así como la mayoría del derecho continental, reconoce a la legítima defensa como justificación de una conducta antijurídica, que tiene como fin proteger los bienes jurídicos amenazados por un tercero y que gozan de protección legal. En nuestro Código Penal se encuentra regulada en el artículo 10, en sus numerales 4 (legítima defensa propia); 5 (legítima defensa de parientes; y 6 (legítima defensa de extraños).

4.1.1.2.1. Concepto en Chile

La ley no ha definido lo que se entiende por legítima defensa, tan sólo establece los requisitos que deben cumplirse para que ésta proceda. La doctrina nacional concuerda en que, el fundamento de la legítima defensa se puede dividir en dos; primero, para salvar el interés del agredido y segundo, a consecuencia de lo anterior, para el amparo del ordenamiento jurídico. Refiriéndose a esta causal de justificación, Luis Jiménez de Asúa nos dice que ella consiste en “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”¹³⁶, por otro lado, el profesor Cury, se refiere a quienes actúan en legítima defensa, de la siguiente manera: “quien ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler

¹³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Buenos Aires, 1962-1971, Tomo IV, p.26, EN: POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 2003, p. 215.

o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de un tercero”¹³⁷. Es decir, podríamos definirla como la acción típica, racional y necesaria que se ejecuta para repeler una agresión ilegítima que no ha sido provocada por quien actúa en defensa de sus derechos o los derechos de terceras personas.

Sebastián Soler señala que “la naturaleza de la legítima defensa se identifica con el fin mismo del derecho, que es la tutela de los intereses y por eso pueden defenderse no solo los intereses propios, sino también los ajenos. El que practica la legítima defensa no hace sino velar por el imperio del orden jurídico en todas las circunstancias”¹³⁸. Por su parte, el profesor Sergio Politoff Lipschitz, ha señalado que “no se discute ya que la legítima defensa es una causa de justificación, que se funda en el criterio de la necesidad racional, en cuanto la reacción-autorizada por el ordenamiento jurídico- es indispensable, en primer término, para salvar el interés del agredido. Como este interés tiene, para la comunidad, un valor superior al del agresor, falta en el hecho aquel daño social que se justifica, la intervención del Estado con la sanción punitiva. En el concepto de necesidad racional está ínsito, en segundo término, también al amparo del orden jurídico o si se prefiere la afirmación del Derecho: al defender sus derechos o los de un tercero se defiende también el ordenamiento jurídico que reconoce

¹³⁷ CURY URZÚA, Enrique, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 1988-92. p.323.

¹³⁸ SOLER, Sebastián. “Esquema de Derecho Penal”. Editorial Depalman, Buenos Aires, 1944. En: ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997. p.250.

tales derechos a la persona”¹³⁹. Por eso es que concluimos que los fines de esta institución van más allá de defenderse a sí mismo o a un tercero, extendiéndose a la defensa del ordenamiento jurídico en su plenitud. Don Alfredo Etcheberry define en breves palabras a la legítima defensa como “la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada”¹⁴⁰.

4.1.1.2.2. Regulación en Chile

La regulación que se da en nuestra legislación genera un glosario de eximentes basadas en la legítima defensa, entre las que encontramos, como ya dijimos, la personal y la de terceros (parientes, consanguíneos y extraños), todas ellas encuentran un símil en la legislación norteamericana.

En similitud con la regulación del *common law*, el sistema continental y en particular el derecho chileno, ha dado una serie de requisitos que deben cumplirse para estar en presencia de esta eximente, condiciones que pasamos a analizar.

¹³⁹ POLITOFF, Sergio. Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 161.

¹⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p.249.

4.1.1.2.3. Requisitos de la legítima defensa en Chile

En primer lugar, señalar lo que la doctrina considera el requisito esencial de la legítima defensa, esto es, la existencia de una agresión ilegítima. Etcheberry ha señalado que la agresión se puede definir como la “acción humana que lesiona o pone en peligro un bien jurídico”¹⁴¹ incluyendo así a la acción en sentido amplio, como la comisión por omisión, siendo un clásico ejemplo, el del hombre que alimenta a un infante, cuya madre decidida a matarlo no le alimenta, donde está claro que el dejar de alimentar es una conducta omisiva que atenta contra la vida del menor. Con lo anterior, también entendemos que la agresión debe afectar a un bien jurídicamente protegido, si no es así, será irrelevante y no procederá una defensa a ésta. Porque lo que se defiende, finalmente, es el bien jurídico puesto en peligro.

En sentido similar se ha pronunciado Politoff, al señalar que se entiende por agresión “una conducta humana objetivamente idónea para lesionar o poner en peligro un interés ajeno jurídicamente protegido”¹⁴². En la misma línea se han manifestado los profesores Bullemore y Mackinnon, al establecer que la agresión debe provenir de un ser humano, pues, en caso contrario, se configuraría otra eximente, “la agresión proveniente de un animal debe analizarse dentro del

¹⁴¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p.253.

¹⁴² POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia, p. Op. Cit. p.215.

ámbito del estado de necesidad”¹⁴³, sin embargo, puede existir el caso de que un animal sea instrumentalizado, es decir, actúe en obediencia a la orden de un sujeto, en dicha situación, al animal se le considera como un medio para ocasionar el daño y, por lo tanto, sigue siendo el atacante quien tiene el dominio del hecho y la intención dolosa, por tanto, el animal se asimilaría al “arma” utilizada para agredir.

Que la agresión sea ilegítima quiere decir simplemente que, “el agredido no se encuentre jurídicamente obligado a soportarla”¹⁴⁴, no es necesario por tanto que la agresión sea dolosa, o incluso culposa, simplemente basta con que el bien jurídico se vea amenazado y que el ofendido no tenga obligación de soportar dicho ataque. Esta aseveración se relaciona con la discusión doctrinal y jurisprudencial que se ha dado en los Estados Unidos, con respecto a si el ataque del inimputable debe ser soportado o no por parte del ofendido. Si bien, al inimputable no puede atribuírsele culpabilidad, el ataque que éste realice, no tiene por qué ser soportado por un tercero, que estará en todo su derecho y autorizado a defenderse.

En segundo lugar, la agresión debe ser real, es decir, que para que concurra esta eximente no basta una mera apariencia, si eso no es así, la legítima defensa como causal de justificación, no es aceptable, estaríamos, en cambio,

¹⁴³ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso Op. Cit. p.93.

¹⁴⁴ETCHEBERRY, Alfredo. *Ibidem*.

frente a un caso de error, el cual debe ser analizado en sede de culpabilidad –si ha sido evitable o inevitable- y, ésta es la llamada defensa putativa. La que se produce en la creencia de estar repeliendo una agresión ilegítima. En cada caso concreto, habrá que analizar si en el sujeto que ha creído actuar en legítima defensa, nace la responsabilidad penal, y de ser así, si ésta podría ser atenuada.

Finalmente, y en tercer lugar, la agresión debe ser inminente, como indicábamos con respecto al ordenamiento de Estados Unidos, en nuestro derecho, también se exige este requisito, que la acción defensiva se produzca ante un ataque inmediato. Como ha señalado Etcheberry a este respecto “no puede haber legítima defensa contra las acciones previsibles para un futuro más lejano, pues respecto de ellas puede caber razonablemente el recurso del poder preventivo del Estado. Tampoco hay legítima defensa contra las agresiones ya terminadas: habría venganza”¹⁴⁵. Por ello, debe ser una situación de agresión actual, no es necesario que sea grave, ni tampoco que sea inevitable. La entidad de la agresión puede ser de cualquier envergadura.

Como segundo requisito, nuestra legislación requiere que exista una necesidad razonable del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Así lo establece nuestro Código Penal en el artículo 10 N°4, circunstancia *segunda*. Para determinar esta racionalidad de la defensa, tradicionalmente, se han

¹⁴⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 254.

distinguido tres criterios. Primeramente, se considerará la naturaleza del ataque –agresión ilegítima-, estimada como la principal pauta para determinarla; no será lo mismo el ataque de un hombre desarmado, y la reacción ante ésta, al ataque de un hombre portando un arma de fuego, es decir, la reacción debe guardar una proporción con el tipo de ataque de que se es víctima. A continuación, se debe observar la naturaleza del bien jurídico que está siendo afectado. Éste, no ha sido un punto pacífico en la doctrina, así el pensamiento alemán, representado por la opinión de Von Litz, señala que el agredido puede recurrir a cualquier medio para defender el bien jurídico puesto en peligro, aunque éste sea considerado insignificante, un bien jurídico de menor entidad, en relación al bien que se afecta, puesto que, no se debe ceder ante el injusto (“*das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*”¹⁴⁶), es decir, sería más reprochable, según esta doctrina, dejar que el bien jurídico se vea vulnerado, a reaccionar de una manera desmedida. En contrapartida, el derecho holandés, por ejemplo, tiene una visión diametralmente distinta al considerar que “a veces estamos obligados a tolerar el acto injusto de otros, sin que sea admisible hacernos justicia por nuestra propia mano”¹⁴⁷.

Nuestra legislación ha optado por un camino intermedio, como se deduce de las conversaciones de la Comisión Redactora, al proponer Gandarillas

¹⁴⁶ POLITOFF, Sergio. Ob. Cit. p. 161.

¹⁴⁷ POLITOFF, Sergio. Ibidem.

que la legítima defensa operase solo en los ataques contra las personas y no sobre las cosas, moción rechazada, aduciendo que todos los bienes jurídicos son defendibles y, además, que la legítima defensa “exigía también que no hubiera otro medio racional de impedir o repeler la agresión, lo que solo en casos raros y extremos podría darse tratándose de defender cosas”¹⁴⁸. En definitiva, este requisito consiste en que exista cierta proporcionalidad en los bienes jurídicos que se ponen en peligro, puesto que en el acto de defenderse, se afectará también un bien jurídico del agresor. Así, Politoff se refiere a la racionalidad del medio empleado, estableciendo un límite “(...) 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”¹⁴⁹.

Entonces, debemos precisar qué se entiende por necesidad y racionalidad del medio empleado. El profesor Mario Garrido Montt, se refiere a ambos elementos, en cuanto a la necesidad, “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”¹⁵⁰, es decir, el objetivo único debe ser la defensa, si se extiende

¹⁴⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Ob. Cit. p. 255.

¹⁴⁹ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia. Ob. Cit. p.219.

¹⁵⁰ GARRIDO MONTT, Mario, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, 2001.p.133.

más allá, se superan los márgenes de la institución y se corre el riesgo de cometer una conducta antijurídica e ilícita, no justificada; y en cuanto a la racionalidad, “(...) 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”¹⁵¹, así, quien se defiende, debe intentar provocar el menor daño posible en los bienes jurídicos del agresor, por cuanto, lo que busca no es perjudicar al otro, sino, protegerse a sí mismo. Ese es el espíritu de esta eximente de responsabilidad penal. No se pretende el amparo de una conducta dañosa, se busca la salvaguardia de bienes jurídicos tutelados.

Sin embargo, hay que considerar lo que sucede si el medio empleado no es el único posible para evitar el daño. Analizando la naturaleza de la institución, los profesores Bullemore y Mackinnon señalan que al ser ésta principal, y no subsidiaria, no cabe aplicar este criterio al medio empleado, “la naturaleza principal de esta institución permite considerar racional un medio empleado aunque no haya sido el menos perjudicial de los disponibles”¹⁵², ya que, ante la inminencia de una agresión, no es dable exigir al agredido que elija el medio de defensa menos perjudicial.

¹⁵¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Ibidem*.

¹⁵² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Op. Cit.* p. 94.

Politoff¹⁵³ considera este requisito, es decir, el de la proporcionalidad y subsidiariedad del medio empleado, como restricciones ético sociales. Como ya hemos observado la diferencia entre legislaciones de la propia tradición continental, refiriéndonos a los ejemplos contrapuestos del derecho alemán y el holandés, antes citados, son una clara muestra de que la misma institución, puede ser entendida con diferente extensión y perspectiva. Politoff agrega además, que este proceso obedece a una tendencia internacional, que siguiendo el principio de solidaridad mínima, sentencia que la aplicación de cualquier medio para la defensa de bienes, incluso ínfimos, en relación al que se sacrifica, debe dejar de lado esta interpretación –la de la racionalidad-, para reconocer un deber de elusión, en obediencia al principio antes puntualizado.

Como tercer requisito expreso, para la procedencia de la legítima defensa, nuestro legislador menciona, en la circunstancia *tercera* del artículo 10 N°4 del Código Penal, la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se ha dicho que este requisito se fundamenta, principalmente, en el afán de no convertir esta excusa, en un medio para agredir bajo el alero de la ley a quién se desee, es decir, para evitar la instrumentalización de la causal transformando un ataque ilegítimo, en uno amparado por la ley, valiéndose de la provocación. Por ésta entenderemos cualquier acción, que al ser realizada, incite en otro el ánimo de agredir a quién lo realiza. Enrique Cury se ha referido al acto

¹⁵³ POLITOFF, Sergio. Op. Cit.

de provocar, como “estimular a otro de palabra o de obra, al extremo que lo incline a adoptar una posición agresiva”¹⁵⁴. Finalmente, será suficiente provocación aquella que “sea bastante para explicar, dentro del modo habitual de reaccionar de los seres humanos (y también del modo particular de hacerlo que el provocado tenga, si el provocador lo sabe), la agresión que el provocado desarrolló”¹⁵⁵.

Se ha reconocido un cuarto requisito por parte de nuestra doctrina, que coincide con el recogido por la legislación norteamericana, aunque hay autores en nuestro medio que se niegan a aceptarlo, éste es el elemento subjetivo de la causal de justificación, que analizaremos a la luz de los distintos casos de legítima defensa que reconoce nuestro legislador.

4.1.1.2.4. Casos de legítima defensa en Chile

Así las cosas, podemos decir que en la legítima defensa de la propia persona y sus derechos, regulada, como ya mencionamos, en el artículo 10 n°4 del Código Penal, se consideran indispensables para que concurra la eximente completa, los tres primeros que acabamos de desarrollar.

En la legítima defensa de parientes, la cual ampara la protección del “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

¹⁵⁴ CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit. p.324.

¹⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 257.

recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos”¹⁵⁶, -la distinción entre parientes legítimos e ilegítimos y la mención a los hijos naturales o ilegítimos ha sido superada, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585- regulada en el número 5º del artículo 10 de nuestro Código Penal, se reconocen como requisitos a los dos primeros mencionados –circunstancia primera y segunda-, y se agrega que “en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor”, quedando expresamente permitida la posibilidad de que el agredido haya provocado la agresión. En este sentido, Mario Garrido Montt señala ““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”¹⁵⁷, pues, respecto del conocimiento de la provocación por parte del defensor, la ley no se pronuncia.

En el caso regulado en el numeral 6º del artículo 10 de nuestro Código Penal, legítima defensa de terceros extraños, se exige nuevamente que se dé cumplimiento a los requisitos contemplados en el numeral anterior, y se agrega,

¹⁵⁶ Código Penal, Chile, 12 de noviembre 1874 [en línea]
http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/leyes/pdf/actualizado/1984.pdf, [consulta: 10 marzo, 2015]

¹⁵⁷GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p.135.

que esta defensa no debe ser impulsada por motivos ilegítimos, resentimiento u ánimo de venganza, en el defensor.

En este punto la uniformidad en nuestra doctrina se quiebra, para algunos, como es el caso de Etcheberry, este elemento subjetivo de animosidad legítima, por denominarlo de alguna forma, solo está presente en este tipo de defensa –la de terceros extraños-, pero no debe ser aplicado a los otros tipos de legítima defensa.

A favor de la inclusión del elemento subjetivo en todas las excusas relativas a la defensa ante una agresión, se pueden señalar principalmente dos argumentos. En primer lugar, basándonos en la redacción de las eximentes es común a ellas lo siguiente: “el que obra **en** defensa de...”¹⁵⁸ incorporando el vocablo ‘en’, el elemento subjetivo. No bastara defender, sino que “se debe actuar en defensa de las personas o sus Derechos, de parientes o terceros. En definitiva, este elemento consiste en la voluntad de obrar conforme a Derecho”¹⁵⁹. En segundo lugar, este elemento esta implícitamente referido, al requerir para la concurrencia de la legítima defensa la falta de provocación suficiente, como hemos mencionado, requisito que se basa en evitar la instrumentalización de la causal de justificación para dañar a un agresor que ha sido incitado a atacar, es decir, que lo que está “detrás de la causal de justificación es la exigencia de que

¹⁵⁸ Código Penal, Chile, 12 de noviembre 1874[en línea]

http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/leyes/pdf/actualizado/1984.pdf, [consulta :10 marzo, 2012]

¹⁵⁹ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p 91.

quien incurre en ella lo haga apremiado por las circunstancias, como forma obligada y excepcional”¹⁶⁰. En otras palabras que tenga un ánimo de defensa y no que obre movido por razones ocultas.

Como último punto, haremos mención a lo que se conoce como legítima defensa privilegiada. Regulada en el inciso segundo del artículo 10 N°6 de nuestro Código Penal, el cual establece, “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”. Esta variante de la legítima defensa, fue agregada a nuestra legislación en el año 1992. Lo primero que es importante señalar, es que al constituir una presunción simplemente legal, admite prueba en contrario. A contrario sensu, quien se defiende no tiene que probar ninguna de las circunstancias que desarrollamos en los párrafos anteriores y, además, la racionalidad y proporcionalidad en el acto de defensa, no son requisitos en este caso, pues la ley expresamente sostiene que el daño producido al agresor, puede ser cualquiera. Los delitos en que se

¹⁶⁰BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 92.

contempla esta forma de legítima defensa son: la privación de libertad ilegítima, la sustracción de menores, la violación propia, la violación impropia, los abusos sexuales agravados, el parricidio y femicidio, el homicidio simple y calificado, los robos con violencia o intimidación en las personas, de carácter agravado, el robo simple con violencia con intimidación y el robo por sorpresa. Además, se deja claramente establecido que cuando el escalamiento ocurre en los lugares enunciados, sin estar ellos habitados, no procede esta forma de legítima defensa, a menos que sea un local comercial o industrial, los cuales pueden estar deshabitados.

4.1.2. Estado de necesidad

Hemos mencionado con anterioridad que, junto con la legítima defensa, el estado de necesidad es una de las instituciones más discutidas y reguladas dentro de nuestra tradición jurídica continental. Como en el punto anterior, analizaremos tanto la discusión doctrinaria que se da en el *Common Law*, como en el derecho continental, siguiendo al profesor George Fletcher, con su obra “Conceptos básicos del Derecho Penal”, analizaremos la visión del estado de necesidad en la tradición norteamericana comparándola con la reglamentación que tiene en nuestro sistema.

4.1.2.1 Estado de necesidad en el Common Law o Choice of evils

Consideraremos, como punto inicial, al estado de necesidad como, aquella situación en que se encuentra un sujeto frente a la amenaza de un bien jurídico, el cual, en orden de salvarlo, debe sacrificar otro. En esencia, podemos decir, que la idea tras esta eximente es que “es lícito y correcto violar una prohibición criminal para salvar un interés superior en peligro”¹⁶¹.

Sin duda, se pueden observar similitudes con la legítima defensa, ya que en una como en otra, se causa un daño que inicialmente es antijurídico pero, por la existencia de la causal, este es, no solo tolerado, sino que, legitimado. Aunque, como veremos a continuación, la diferencia radica en que el estado de necesidad legitima una invasión a los intereses de un tercero totalmente inocente, en cambio, la eximente de la legítima defensa se aplica siempre en contra de un agresor.

Podemos señalar, además, que la legítima defensa se basa en la preponderancia de los derechos individuales invadidos por el agresor, lo cual legitima su defensa, en cambio, el estado de necesidad descansa su justificación en un punto de vista colectivo en el cual “los actores individuales que actúan en

¹⁶¹ FLETCHER, George. Op. Cit. p. 206.

estado de necesidad se supone que piensan en los costes y en los beneficios de su conducta para la sociedad como un todo”¹⁶².

El desarrollo de la doctrina en torno al estado de necesidad, como en la legítima defensa, obedece a dos puntos distintos en las tradiciones jurídicas occidentales. Así, para el *Common Law*, la evolución parte en base de teorías jurídicas positivistas y utilitaristas, en cambio, para la tradición continental, observada desde la evolución del derecho alemán, se recoge esta eximente a partir de “la cláusula del mal menor introduciendo criterios jurisprudenciales en su sistema jurídico”¹⁶³. Aunque, como observaremos, a pesar de su distinto origen iusfilosófico, en ambas tradiciones se encuentran soluciones muy parecidas.

La evolución, en el derecho alemán, parte con el desarrollo de esta doctrina por parte del derecho civil en el Código Civil alemán de 1900, el BGB, reconociendo dos razones para justificar la invasión a una propiedad privada, ambas con aplicación en casos penales; uno como justificación para la destrucción o daño de una cosa ajena, o la intrusión en propiedad ajena, siempre para evitar un daño inminente sobre sí mismo u otro.

¹⁶² FLETCHER, George. Op. Cit. p. 208.

¹⁶³ FLETCHER, George. Ibidem.

En el sistema norteamericano, podemos observar con relativa similitud, el criterio jurisprudencial adoptado en un caso civil *Ploof v. Putman*¹⁶⁴, del año 1908, el cual consiste, en resumidas líneas, en que el propietario de un muelle se negó, durante una tormenta, a que un barco que no era de su propiedad, se amarrara en éste en busca de refugio, luego el barco fue destruido durante la tormenta. El Tribunal consideró que “el propietario del muelle estaba obligado en esas circunstancias a admitir que el barco de otra persona fuera amarrado a su muelle y, en consecuencia, lo consideró responsable de la destrucción del barco”¹⁶⁵. En dicho caso se sientan las bases del estado de necesidad en el derecho anglosajón.

Actualmente, en el sistema norteamericano, el *Model Penal Code*, al regular el estado de necesidad o “*choice of evils*” le da el carácter de justificación general.

“Sección 3,02. Justificación general. Elección de males

La conducta que el actor crea que es necesaria para evitar un daño o mal propio o ajeno quedará justificada, siempre que:

(a) El daño o mal que se pretenda evitar con esa conducta sea mayor que el que suponga la realización del hecho definido legalmente como delito; y

¹⁶⁴ SUPRE COURT OF VERMONT. 1908, *Ploof v. Putman* [en línea] <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2462>. [consulta 04 octubre 2015]

¹⁶⁵ FLETCHER, George. Op. Cit. p. 209.

(b) Ni el Código ni ninguna otra disposición legal que defina el delito prevea alguna excepción o eximente relativa a dicha específica situación; y

(c) No exista alguna disposición legal que claramente excluya la justificación”¹⁶⁶

En primer lugar, si bien ambos países tienen regulaciones similares, también tienen sus diferencias, entre ellas, la falta del requisito de inmediatez del daño en el precepto norteamericano. A pesar de esto, Fletcher sostiene que el criterio de la inmediatez ha sido asumido y está firmemente establecido en la jurisprudencia de su país. Para esto cita el caso de Kronche contra Estados Unidos¹⁶⁷, el cual justifica el robo de unos mapas, aduciendo que esto hubiese acortado la guerra y salvado cientos de vidas. El Tribunal rechaza este argumento, señalando que el estado de necesidad solo es aplicable para “evitar un peligro directo e inmediato. Una interpretación de esta eximente que fuera más tolerante, sería incompatible con la obligación básica en una democracia de recurrir a medios políticos legales para buscar el bien común”¹⁶⁸, criterio similar al que hemos señalado con relación a la legítima defensa y como ésta podría transformarse en una herramienta para la venganza. Es decir, en la regulación de dichas instituciones se evita la posibilidad de que ellas sean utilizadas de manera dolosa.

¹⁶⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE, Op. Cit. p 42.

¹⁶⁷ SUPERIOR COURT OF MARIN COUNTY, 1999 [en línea] <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/70/1535.html> [consulta: 10 diciembre 2015]

¹⁶⁸ FLETCHER, George. Ob. Cit. p 212.

En resumen, a pesar de no encontrarse expresamente recogida por el *Model Penal Code*, la jurisprudencia ha hecho suyo el criterio de la inmediatez, por las razones que hemos señalado.

En segundo lugar, se describe en el sistema norteamericano al estado de necesidad como una justificación general, como una causal única que recoge dentro de su hipótesis a otras eximentes, incluso, tales como la legítima defensa, es decir, el criterio general para todas éstas, será la ponderación de intereses, de bienes jurídicos protegidos que resulten amenazados y aquellos que serían sacrificables, con el ánimo de salvar a los primeros, dependiendo de la estimación y entidad de ambos.

Finalmente, la regulación estadounidense deja al legislador la posibilidad de moderar zonas específicas donde prevalezca la eximente. Es decir, como ha señalado Fletcher, el criterio legislativo sobresale, “el estado de necesidad no se basa en altos principios jurídicos, sino en la propia regulación legal”¹⁶⁹.

4.1.2.2. El Estado de necesidad en Chile

4.1.2.2.1. Concepto

Al igual que en la institución de la legítima defensa, en Chile la ley no define qué se entiende por estado de necesidad, tan sólo se limita a establecer

¹⁶⁹ FLETCHER, George. Op. Cit. p 212.

las situaciones en las cuales procede y los requisitos que han de cumplirse. Considerado desde un punto de vista general, podemos decir que el estado de necesidad es una situación de peligro inminente, sobre intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otra alternativa que infringir los intereses jurídicamente protegidos de otro. La doctrina nacional lo ha definido de las siguientes maneras: “un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos”¹⁷⁰; “situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”¹⁷¹.

Observamos que el argumento principal de esta causal de justificación, es el peligro inminente sobre un bien jurídicamente protegido, riesgo que solo puede salvarse mediante el sacrificio del bien jurídicamente protegido de un tercero; pero a diferencia de la legítima defensa, el tercero que ve su bien sacrificado en pos de otro, es inocente, no como en la primera, en la cual debe existir una puesta en peligro por parte de un agresor quien, en definitiva, es el que verá mermados sus intereses jurídicos. En otras palabras, el peligro procede de circunstancias que no constituyen propiamente una agresión.

¹⁷⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 139.

¹⁷¹ SOLER, Sebastián. En: ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit. p. 261.

4.1.2.2.2. Tipos de estado de necesidad regulados en Chile

En cuanto a la magnitud de los bienes que están en conflicto, debemos distinguir entre estado de necesidad justificante, cuando el bien sacrificado es de menor valor que el que se intenta proteger y estado de necesidad exculpante, en el cual los bienes ponderados son de igual jerarquía o, incluso, el bien sacrificado es de mayor entidad, comparado con el que se ha protegido.

Politoff, refiriéndose al primero, señala “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.”¹⁷²; por su parte, Bacigalupo agrega “Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es, según este punto de vista, la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado”¹⁷³. Zaffaroni, refiriéndose al segundo, establece “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

¹⁷²POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia. Ob.Cit.p.228.

¹⁷³BACIGALUPO Z. Enrique. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996. p.128.

razonablemente otra conducta”¹⁷⁴; por otro lado, Welzel agrega “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”¹⁷⁵, es decir, en estos casos, habría además una inexigibilidad de la conducta, conforme a derecho, por las circunstancias apremiantes a las que se encuentra enfrentado el individuo. En nuestro derecho proceden ambos tipos de estado de necesidad.

En la tradición continental, el criterio alemán, sólo era aplicable en los casos en que el bien jurídico sacrificado fuese la propiedad, pero inaplicable para otro tipo de conflictos. Así fue como en los años 20’, se comienza a plantear el caso de la interrupción del embarazo, en orden de salvar la vida de la madre. Como es lógico señalar, la vida del que está por nacer no es un bien simplemente descartable y, por supuesto, no tiene relación alguna con la propiedad. Los Tribunales alemanes se vieron entonces en una encrucijada, al tener que decidir en un caso en que el médico había ordenado una interrupción del embarazo, con fin de prevenir un posible suicidio de la madre, siendo acusados ambos por el delito de aborto. Para ser absuelto, el Tribunal alemán tuvo que ampliar el ámbito

¹⁷⁴ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina, 2002. p.631.

¹⁷⁵WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General. Traducción de Carlos FONTÁN. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, Argentina. 1956. p.185 y 186.

de aplicación de la causal de justificación, con fin de poder albergar este tipo de hipótesis. Es decir, con este antecedente se comenzó a discutir sobre la calidad de los bienes jurídicos enfrentados en cada situación, para que procediera o no la justificación bajo el estado de necesidad.

Considerando la noción jurídica alemana acerca del Derecho como regla justa, el Tribunal Supremo germano consideró que el aborto estaría justificado si “tras una ponderación de los intereses en juego, el médico llegaba a la conclusión fundada de que el interés de la madre era de mayor valor que el del feto”¹⁷⁶.

Se considerará entonces, que el acto injusto legalmente sea también antijurídico, es decir, en esta concepción que trasciende lo puramente positivo, “el concepto de ofensa que requiere no sólo que la conducta en cuestión corresponda a la definición que de la misma se haga en la ley penal, sino además que sea antijurídica”¹⁷⁷. Esto es lo que permite, en conclusión, que el sistema alemán incorpore un principio de justificación general basado en la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto y del mal menor, siendo esto lo justo, aduciendo a la vez que esta actuación, de salvar un bien de mayor entidad por sobre otro, sea una conducta socialmente justificada. Aunque, por supuesto, no son menores las ocasiones en que es muy difícil ponderar bienes jurídicos, por ser ellos de similar entidad.

¹⁷⁶ FLETCHER, George. Op. Cit. p 210.

¹⁷⁷ FLETCHER, George. Ibidem.

El actual artículo 34 del Código Penal alemán señala:

“34. Estado de necesidad justificante

Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.”¹⁷⁸

Como vemos, en este precepto prevalece la noción de la ponderación de bienes jurídicos y del mal menor como criterio central en la eximente.

Hasta el año 2010 en Chile sólo se regulaba el estado de necesidad en cuanto a evitar daños sobre la propiedad y siempre el bien sacrificado debía ser de menor entidad que el defendido (estado de necesidad justificante); así, en dicho año, con la entrada en vigencia de la ley 20.480, se agregó la regulación del estado de necesidad en cuanto a la defensa de cualquier bien, independiente de su naturaleza, e incluso con la posibilidad plena de sacrificar un bien mayor que el protegido (estado de necesidad exculpante). En palabras del profesor Garrido Montt, “se distinguen dos especies de estado de necesidad: el

¹⁷⁸ Código Penal Alemán [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf [consulta: 15 de octubre 2015]

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 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.”¹⁷⁹

Nuestro Código Penal, entonces, recoge ambas hipótesis, en el artículo 10, N° 7 (justificante) y N°11 (exculpante). Pasamos a analizar ambas:

4.1.2.2.1. Estado de necesidad justificante

Nuestro Código Penal establece:

“Art. 10: Están exentos de responsabilidad criminal:

7º 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”

¹⁷⁹GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit.p.139.

En esta hipótesis, tratándose de un estado de necesidad justificante, el único bien ajeno que se puede sacrificar es la propiedad, aunque esta se “entiende en sentido amplio, como todo bien de significación patrimonial.”¹⁸⁰. Es menester que el mal evitado sea mayor que el causado en su defensa, es decir, solo podrán ser salvados aquellos bienes de mayor trascendencia que la propiedad.

Además, nuestro legislador ha señalado una serie de requisitos que deben ser cumplidos para amparar una acción, entendida en el sentido amplio, bajo el alero del estado de necesidad regulado en este numeral, así podemos distinguir:

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

A este respecto, Gustavo Labatut, manifiesta: “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.”¹⁸¹. Dicho mal podría tener un origen ilícito o no, podría provenir de un hecho fortuito o de una conducta ajena voluntaria o no, dolosa o culposa; lo cierto es que quien lo sufre no está obligado a soportarlo. Tan sólo mediante una

¹⁸⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p.264.

¹⁸¹ LABATUT GLENA, Gustavo, “Derecho Penal”, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición, Santiago, Chile, 1990. p.105.

imposición legal, una persona podría estar obligada a soportar un mal, las cargas de tipo moral no pueden ni deben ser consideradas.

Al igual que en la legítima defensa, no puede tratarse simplemente de una apariencia, el mal debe ser verdadero, en caso contrario sería un estado de necesidad putativo y, como hemos visto, será un error sobre la antijuridicidad de la conducta, es decir, un error de prohibición. El mal debe ser actual o inminente, es decir, debe estar produciéndose o producirse en un futuro próximo o inmediato.

No debe tratarse de un peligro provocado por el sujeto necesitado, por ello, quién ha provocado el mal no puede beneficiarse del estado de necesidad. La exigencia se fundamenta “en la consideración de que el que provocó a sabiendas el peligro no tiene derecho a considerarse en estado de necesidad: no se ha visto forzado a sacrificar el bien ajeno, sino que él mismo ha buscado esa situación”¹⁸². La doctrina, en general, ha aceptado esta premisa en caso de que el mal se haya generado dolosamente, más conflictiva ha sido en caso de que esta se haya producido por la culpa o negligencia del actor. Parece más acertado, considerar la representación del peligro más que la acción en sí, para comprender dentro de la causal de justificación a tal o cual hecho. En palabras de Sergio Politoff, “distinto es si el autor produjo intencionalmente el peligro contando con

¹⁸² ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p.266.

la lesión del bien jurídico para superarlo, lo que siendo un supuesto de abuso del derecho, impediría la admisión de la justificante.”¹⁸³

4.1.2.2.2.1.2. El mal que amenaza sea mayor al daño causado para evitarlo

Como hemos señalado, para estar frente a un estado de necesidad justificante se exige que los bienes sean de distinto valor y que el sacrificado sea de menor valor que el amenazado, pudiendo ser éste sólo de carácter patrimonial. También es importante señalar que, ambos bienes en juegos, deben ser bienes jurídicos, es decir, aquellos que reciben tutela por parte de nuestro derecho.

La cuestión central en este punto es cómo se determinará el valor de un determinado bien jurídico, y la ponderación que se realiza entre el que se pretende salvar y el que se sacrifica en beneficio del primero. Deberían utilizarse criterios objetivos y apreciar la situación concreta. La doctrina ha señalado que “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

¹⁸³POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia. Op.Cit.p.229.

ha de excluirse.”¹⁸⁴. La ponderación y determinación acerca del bien de mayor y menor valor, es una cuestión de hecho, que finalmente será valorada por el juez.

Se han ofrecido bastantes criterios, tanto en la doctrina comparada como en la nuestra, pasando por criterios subjetivos, que estiman que los bienes deben valorarse casuísticamente atendiendo a lo razonable dentro de las circunstancias del caso; a criterios objetivos, que señalan que lo anterior es imposible debido a que el bien siempre tendrá así valor para su dueño.

En nuestra doctrina encontramos posturas que buscan conciliar ambos criterios, es el caso de Etcheberry, quien analiza este requisito desde “el punto de vista de un necesitado razonable”¹⁸⁵, esto quiere decir, según su concepción, que existe un elemento subjetivo en el requisito, pero este no puede ser entendido desde la visión específica de la persona que invoca la causal, sino utilizando el parámetro del hombre medio, un sujeto abstracto ideal, al cual denomina el “necesitado razonable”.

4.1.2.2.1.3. Subsidiaridad

El medio escogido, dentro de aquellos que se pueden poner en práctica, debe ser el menos perjudicial para el bien jurídico sacrificado. Es decir, el sujeto

¹⁸⁴CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición ampliada. Santiago, Chile. 2005. p. 380.

¹⁸⁵ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 267.

se encontrará obligado, si quiere acogerse a la eximente, a escoger dentro de todos los medios posibles para evitar el mal, aquel que sea menos pernicioso con el bien perjudicado. En palabras de Mario Garrido Montt, “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”¹⁸⁶. En comparación con la legítima defensa, que como mencionamos, es una institución principal, y para que ella proceda no es necesario defenderse de la manera menos gravosa posible; en este caso, elegir el medio que cause menos daño, de todas las opciones disponibles, es un imperativo.

Finalmente, y en relación a si surge responsabilidad civil, para indemnizar los perjuicios causados por la defensa del bien jurídico, la mayoría de la doctrina concuerda en que esta no es procedente, ya que, el sujeto, al actuar bajo el amparo del estado de necesidad no comete ningún hecho ilícito, por lo que la fuente de la responsabilidad extracontractual, el delito, no está presente, lo que hace improcedente la responsabilidad civil en estas circunstancias.

4.1.2.2.2. Estado de necesidad exculpante

Nuestro Código Penal establece:

¹⁸⁶GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit.p.144.

“Art. 10: 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”

En esta hipótesis, se acepta, primeramente, que quien actúa ante la inminencia de un mal grave, pueda hacerlo en defensa de su persona, sus derechos, e incluso los derechos de un tercero. En dicha defensa, el sujeto sacrificará bienes jurídicos de otros, mediante una conducta típica y antijurídica que, por encontrarse justificada, será lícita, cuando concurren todos los requisitos exigidos por la ley. En este caso se permite que el mal causado sea superior al que se evita, aun cuando la ley expresamente dispone que esta diferencia no sea sustancial.

Será una cuestión de hecho determinar qué se entiende por gravedad del mal inminente, esto quiere decir que será el juez quien califique dicha

gravedad en atención a criterios objetivos y mirando la situación particular, como ya desarrollamos en el apartado anterior. Asimismo ocurrirá con la ponderación de los bienes jurídicos enfrentados.

Al igual que en el apartado anterior, a continuación analizaremos los requisitos exigidos por la ley:

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

En este sentido, no hay nada nuevo que agregar respecto de lo ya tratado en el estado de necesidad justificante. Por ello, nos remitimos a las mismas características.

4.1.2.2.2.2. Subsidiaridad

Volvemos a remitirnos a lo ya mencionado anteriormente. Es imprescindible que el mal que se va ocasionar para defender el bien jurídico propio sea la única forma que el necesitado encuentre para salvaguardarse. Si existiera otra manera en que no se ocasionare daño a un bien jurídico ajeno, debe preferirse siempre esa manera.

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

Como ya mencionamos cuando nos referimos al estado de necesidad exculpante, acá es posible que el mal causado, en ocasión de evitar un mal en un bien jurídico propio, sea de mayor entidad que el que estamos protegiendo – como también podría ser un mal de igual entidad que el que se evita-. Sin embargo, no debe ser sustancialmente mayor, es decir, no es que se permita que un bien de entidad menor, como por ejemplo lo sería la propiedad, sea salvado sacrificando uno de entidad mayor, como sería la vida. Debe, de todos modos, existir una proporcionalidad en los bienes jurídicos enfrentados. Nuevamente puntualizamos que esta ponderación es una cuestión de hecho que el juez resolverá apoyado en criterios objetivos y subjetivos, observando la situación particular.

4.1.2.2.2.4. El sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido, siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

Esto también reafirma lo que tratamos anteriormente en relación al mal al que se ve enfrentado el sujeto que busca evitarlo. Este mal no puede ser uno que el sujeto deba soportar –como por ejemplo lo sería el perder bienes

materiales por una orden de embargo-, sino que, independiente del origen del mal (provenga de la naturaleza humana involuntaria o voluntaria; de algún animal; de un desastre natural, etc.), el necesitado debe encontrarse en un pie de inexigibilidad de actuar conforme a derecho. En el caso de estar protegiendo bienes jurídicos de un tercero, y no propios, la ley exige que quien va en defensa de otro conozca o pueda conocer que este tercero no está en condición y nada lo obliga a aceptar tal daño.

Así las cosas, hemos revisado de forma completa la regulación del estado de necesidad en ambos sistemas jurídicos. Pudiendo ver que la manera de abordarlos, si bien puede tener distintos orígenes, es muy similar.

4.1.3. Causales basadas en el ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber:

Ésta es una categorización tradicional dentro de los Códigos latinoamericanos influenciados por la tradición española. Se ha criticado la inclusión de ésta por considerarse obvia dentro de la legislación. Así, Alejandro Fuensalida ha señalado que “todos los que obran en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, equivale a decir

que no hay pena cuando se obra dentro de la esfera legal.”¹⁸⁷Por ello, en opinión de dicho autor, sería anacrónico legislar que ejercer un derecho es algo permitido.

Si bien esta es una consideración válida, por la observación lógica de que el que actúa dentro de la esfera de sus atribuciones, cumpliendo un deber jurídicamente impuesto sobre sí, no actúa ilícitamente, considerarlo como una falencia de nuestra legislación o una regulación absurda, nos parece excesivo y no comprensivo de los casos excepcionales. Hay casos límites que se resuelven de una manera más acertada por medio de esta causal, como por ejemplo el policía que aprehende a un delincuente que se resiste, por medio de la fuerza. De no ser por la discusión y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, este tipo de situaciones podría generar graves problemas, no sólo en un caso concreto, sino que incluso, en un uso abusivo de éstas y otras atribuciones.

Hemos destacado este punto, en la tarea de comparar nuestro sistema con el de Estados Unidos, debido a que, a pesar del pragmatismo y utilitarismo representativos de dicha tradición jurídica, incluye dentro de las defensas, al ejercicio de la fuerza en el cumplimiento de las funciones policiales.

¹⁸⁷ FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias y comentarios al Código Penal chileno. Lima, 1883, Tomo I. p.64.

4.1.3.1. Ejercicio legítimo de una autoridad o cargo en Estados Unidos

Como mencionamos más arriba, a pesar del pragmatismo que se observa en las normas del derecho norteamericano, está presente en su legislación una causal de justificación amparada, precisamente, en el ejercicio legítimo de la autoridad, e incluso, llega más lejos autorizando el uso de fuerza mortal (*deadly force*) en las circunstancias que señala el Código Penal Modelo, las cuales ya hemos desarrollado en el punto relativo a la legítima defensa en este país.

La causal se enmarca dentro de aquellas reguladas bajo el título de *defense justifications* y son aquellas que regulan la legítima defensa. Como es de esperar, en la legislación norteamericana, la sección 3.07 desarrolla con gran detalle una serie de posibilidades en la cual el uso de la fuerza es permitida, entre ellas la causal a la que nos referimos. El Código la denomina como justificación en el uso de fuerza física al hacer un arresto o prevenir el escape.

Esta causal, es la más extensa dentro de esta sección y regula no sólo el uso de la fuerza para los agentes de la ley, es decir, los agentes de policía y los agentes de paz, sino también, el caso de personas que, por instrucción de éstos, les prestan ayuda, incluyendo también a civiles.

4.1.3.1.1. Regulación en Estados Unidos

La raíz del argumento central de ésta es, por un lado el arresto de un sujeto que se crea que razonablemente ha cometido un delito y, por otro, prevenir el escape de un prisionero. La regulación entrega cinco casos en los que la fuerza física es permitida, incluida la fuerza mortal. A continuación traduciremos estas causales, señalando las consideraciones que a nuestro juicio son las más importantes.

A: Un oficial de policía o un *law enforcement agent* (el código se refiere a estos como *peace agent* y es inclusivo de aquellos funcionarios que hacen cumplir la ley como *sheriffs* y *marshals*, entre otros) que efectuando o intentando efectuar un arresto, o previniendo o intentando prevenir la huida de una persona en custodia, que razonablemente se sospeche que ha cometido un crimen, puede usar la fuerza física si estima que es necesaria para los fines ya mencionados. También con ocasión de evitar el daño que, a sí mismo o a un tercero, vaya a producir el sujeto, fundado, nuevamente, en la creencia racional de que el sujeto hará uso de la fuerza física para producir el daño. Podrá hacer uso de fuerza física mortal cuando tenga motivos fundados para creer:

B: Que el sujeto ha cometido determinados tipos de injustos.

C: El injusto cometido o que se intentó cometer está clasificado como *felony*, las cuales están reguladas en el Código Penal Modelo en la sección 1.04, siendo aquellas por las cuales una persona puede ser condenada a muerte, dependiendo de las legislaciones de los diferentes Estados, y el sujeto que incurrió en ello se resiste al arresto o intenta escapar estando armado con un arma de fuego o un arma mortal.

D: Independiente del tipo de delito, que el sujeto que se persigue, usara este mismo tipo de fuerza contra el oficial o un tercero.

En los dos casos anteriores, la justificante no se aplicará, si el oficial actuó con claro desprecio hacia la vida (*Recklessness*) tipo de *mens rea* o actitud hacia la comisión del hecho, que hemos explicado al referirnos a la culpabilidad.

Una persona, que se encuentre cumpliendo órdenes de un oficial de policía o *peace agent*, asistiéndolo mientras éste realiza el arresto o previene el escape, podrá utilizar fuerza física y quedará excusado, cuando crea, razonablemente, que ésta es necesaria para cumplir la orden del oficial, a excepción que tenga conocimiento de que el arresto no está autorizado, es decir, el oficial no está actuando amparado por el Derecho.

Podrá, además utilizar fuerza mortal cuando:

a. Crea razonablemente que será necesaria para defenderse, a sí mismo o a tercera persona, de lo que cree es un ataque inminente del criminal utilizando este mismo tipo de fuerza.

b. Cuando el oficial lo ordene o lo autorice, siempre que no tenga conocimiento de que el arresto no está autorizado.

Un civil, por su propia cuenta, puede usar fuerza física para efectuar un arresto o impedir un escape, del que razonablemente crea que ha cometido un delito. Además la ley autoriza el uso de fuerza mortal en los casos que:

a. Deba defenderse o a un tercero ante un ataque que, razonablemente crea, es inminente y en el que se empleará fuerza mortal.

b. Efectúe el arresto de un sujeto que ha cometido determinados delitos y que esté inmediatamente huyendo del mismo. Los mismos delitos graves que ya mencionamos.

Se autoriza, también, el uso de fuerza a aquel que custodie a un recluso, para evitar que escape de un centro de detención o, entre el trayecto, desde o hacia uno de estos lugares.

Queremos destacar que esta regulación del uso de la fuerza se hace a propósito de la legítima defensa, la cual analizamos en líneas más generales,

en su oportunidad, y aquí profundizamos de acuerdo a lo especificada que se encuentra esta regulación en el derecho norteamericano.

En este punto, las semejanzas con el derecho chileno, prácticamente no existen. En nuestra legislación se regula esta justificante de manera general y en Estados Unidos se hace de manera específica hacia los oficiales que hacen cumplir la ley, aún cuando también se extiende a otras personas que participan por alguna razón en la persecución penal. Sin embargo, el criterio continúa circunscrito al ámbito de la persecución penal, el delito flagrante y la resistencia del delincuente.

4.1.3.1.2. Cumplimiento de una orden militar en Estados Unidos

Esta causal se encuentra regulada en la sección 2.10 del Código Penal Modelo, y se refiere en exclusiva al cumplimiento de órdenes dentro de la jerarquía militar, con el desconocimiento por parte del ejecutante de que éstas son ilegítimas. Dicho Código lo regula de la siguiente manera:

“Sección 2.10. Órdenes militares

Es una defensa afirmativa que el actor, ejecutando una conducta que es considerada una ofensa, no hace más que ejecutar la orden de su superior en los servicios armados, desconociendo que esta es ilegal”¹⁸⁸.

En este caso, se reglamenta el requisito de desconocimiento por parte del sujeto activo de que la orden es ilegal, aunque basado en la presunción de obediencia debida impuesta por la jerarquía militar, agregando la circunstancia de atenerse sólo a ejecutar la orden que le ha sido dada. Opera como defensa afirmativa, es decir, el sujeto que la invoca, debe probarla.

4.1.3.2. Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber en Chile

Nuestro legislador, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, recoge sistemáticamente esta causal, creando una categoría especial para ellas, que si bien, para algunos autores puede parecer obvia, como hemos visto al mencionar la regulación norteamericana, esto no es definitivo. En nuestro catálogo se presenta de forma más general, lo que no es de sorprender por la influencia de nuestra tradición jurídica que no es de regular casos tan específicos. En el artículo 10 N° 10 de nuestro Código Penal, se establece la exención de responsabilidad para quienes obren en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

¹⁸⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p.38

En razón de lo anterior, nuestro legislador ha distinguido entre:

4.1.3.2.1. Obrar en cumplimiento de un deber en Chile

Como ha señalado nuestra doctrina, entre ellos el profesor Politoff, el deber en este caso se refiere al deber jurídico y la expresión no tiene ningún significado moral. El deber jurídico puede provenir directamente de la ley, o de la orden de una persona a la cual la ley ha facultado para aquello. Analizaremos más adelante en cuanto a la causal de exculpación de obediencia debida con más detalle lo anterior, basta mencionar aquí que, esta causal se refiere únicamente a aquellas ordenes que son lícitas.

En palabras del profesor Cury, “obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica en el cumplimiento de un deber que le ha sido impuesto inmediatamente por el ordenamiento jurídico”¹⁸⁹, es decir, habiendo tipicidad en la conducta, el deber se impone sobre ésta. Sin embargo, la institución debe resguardar ciertas restricciones y límites, para que a través de ella no se manifiesten conductas abusivas sobre terceros, así, don Sergio Politoff ha dicho “El cumplimiento del deber supone criterios de adecuación y proporcionalidad, de modo que el empleo innecesario de violencia (por ejemplo frente a un delincuente

¹⁸⁹ CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit. p. 383.

que no opone resistencia) no estaría amparado por la justificante: se ampara el ejercicio del derecho, no su abuso”¹⁹⁰.

Es necesario también que el sujeto actúe entendiendo que cumple con un deber jurídicamente impuesto. Garrido Montt señala “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”¹⁹¹; así como también, es fundamental que el sujeto actúe sin extralimitarse, tan sólo cumpliendo el específico deber jurídico que se le impone. En palabras del mismo autor “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”¹⁹².

4.1.3.2.2. Obrar en ejercicio legítimo de un Derecho en Chile

Este Derecho debe haber sido reconocido jurídicamente. Los profesores Bullemore y Mackinnon, han señalado que para que esta causal tenga eficacia debe reunir dos requisitos, estas son: “Que exista el Derecho. Que ese derecho se ejercite legítimamente, esto es sin abusar del Derecho”¹⁹³. Don Gustavo

¹⁹⁰ POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G. María Cecilia. Op. Cit. p. 235.

¹⁹¹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p.150.

¹⁹²GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. Ibídem.

¹⁹³BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John Op. Cit. p. 102.

Labatut, por su parte, ha manifestado “El que ejecuta un acto haciendo uso de una facultad que ésta (la ley) le reconoce, de manera alguna habrá realizado una acción antijurídica”¹⁹⁴, es decir, siempre que no exista extralimitación y abuso y se actúe dentro de la esfera permitida y conferida por la ley, no existirá una conducta ilegítima o ilícita.

4.1.3.2.3. Obrar en el ejercicio legítimo de una autoridad oficio o cargo en Chile

“La justificante reside en el ejercicio legítimo de derechos y deberes inherentes al oficio o profesión”¹⁹⁵. Esta causal abarca, desde el ejercicio de la profesión médica, cumpliendo con la *lex artis*, pasando por la actividad deportiva, en la cual, por ejemplo, una lesión puede ser eximida de responsabilidad penal, por encontrarse dentro del marco de la actividad y regido por las reglas del deporte en particular, siempre y cuando no haya excedido lo aceptable; hasta el uso del arma de fuego por parte de Carabineros, siempre que se hayan dado los requisitos que impone el artículo 411 del Código de Justicia Militar, el que establece “Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabinero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse. Esto no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar

¹⁹⁴LABATUT GLENA, Gustavo. Op. Cit. p. 110.

¹⁹⁵ POLITOFF, Sergio. Op. Cit. p. 176.

las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grado”, lo anterior refuerza la hipótesis mantenida en cada uno de estos casos estudiados, nos referimos a que no exista aprovechamiento y abuso de las potestades conferidas por la ley.

En el punto anterior, hay una similitud con la regulación norteamericana, en cuanto se regula el uso de la fuerza cuando un policía está capturando a un delincuente.

4.1.3.2.4. Omisión por causa legítima en Chile

Regulada en el artículo 10 n° 12 de nuestro Código Penal, que establece que está exento de responsabilidad penal el que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable. Será aquella que se impone a un sujeto, como consecuencia de una prohibición legal, como es en el caso, por ejemplo, del secreto bancario, el cual es una prohibición “de informar acerca del movimiento de cuentas corrientes de un cliente”¹⁹⁶ o por un deber jurídico, como lo sería, por ejemplo, el secreto profesional.

Así, nuestra doctrina dispone “La causa legítima que impide obrar puede ser una directa prohibición legal, o la existencia de un deber jurídico

¹⁹⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso Op. Cit. p. 104.

preponderante”¹⁹⁷, es decir, generalmente en esta institución existe colisión de deberes jurídicos y debe elegirse el preponderante, lo que implica, el que cause un mayor beneficio a la función social y protectora del derecho, o bien, evite un perjuicio grave para estos mismos fines. Asimismo, cuando la causa de la omisión se considera insuperable, quiere decir que el sujeto no puede y/o no debe, por ende, no le es exigido, actuar de otro modo.

4.2. Eximentes que eliminan la culpabilidad por el hecho

4.2.1 Enfermedad Mental

En nuestra opinión este es un tema menos desarrollado en nuestro país, desde el poder legislativo, pasando por el judicial y llegando finalmente a nuestra doctrina, en comparación con la tradición jurídica anglosajona. A diferencia de otros países, la eximente por enfermedad mental está poco tratada y reviste aún caracteres discriminatorios en su redacción, además de lo contraída de su explicación. Está basada en parámetros científicos, más allá de un desarrollo histórico o filosófico

A diferencia de las causales analizadas con anterioridad, ésta no se refiere a si un hecho es antijurídico o no, como en el caso del estado de necesidad, por ejemplo, en el cual como observamos no cabía siquiera la

¹⁹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 248.

responsabilidad civil, ya que el sujeto actuaba amparado por el derecho, es decir, que su conducta no es contraria al ordenamiento al actuar bajo el alero de una exclusión de la antijuridicidad. En cambio, en este caso nos encontramos frente a un hecho cometido que se considera antijurídico, pero debido a las circunstancias personales del acusado, este hecho no le puede ser atribuido, por cuanto el sujeto es inimputable.

Nuestro Código Penal establece en su artículo 10 N° 1 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.

En contraste, en el derecho norteamericano esta eximente ha recibido un tratamiento bastante minucioso, basado en la tradición del *Common Law*, superando a muchos ordenamientos y doctrinas continentales y, claro está, al desarrollo presentado en nuestro país.

4.2.1.1. Inimputabilidad por enfermedad mental o insanity defense en Estados Unidos

La evolución de esta eximente en el *Common Law* está fuertemente vinculada a los precedentes judiciales, que han marcado su desarrollo, generando criterios para su aplicación, así como para recoger las críticas que

durante el tiempo se le ha dado a los distintos modelos de atribución, respecto de esta causal de exención de responsabilidad criminal.

Originalmente, en Inglaterra, la irresponsabilidad del acusado se basaba en si éste se encontraba, o no, en condiciones de saber lo que hacía, si podía distinguir entre el bien y el mal, o no podía.

4.2.1.1.1. La regla M’Naghten

A mediados del siglo XIX, específicamente en 1843, surge un criterio que hasta el día de hoy tiene una gran influencia en la determinación de la aplicabilidad de esta causal, es el caso M’Naghten¹⁹⁸, el cual consistió en el intento de homicidio hacia el Primer Ministro Sir Robert Peel, concluyendo con la muerte accidental de su secretario, Edward Drummond, por parte de Daniel M’Naghten, el cual creía que el Primer Ministro lideraba una confabulación en su contra. Fue juzgado y absuelto finalmente por insania.

El caso generó “revuelo público, y la Reina Victoria ordenó a la Corte a desarrollar una prueba más estricta para la insanía”¹⁹⁹ . En respuesta a ello, fueron agregadas nuevas consideraciones como anexos a la sentencia del caso, estableciendo el test del bien-mal (*Wright-wrong test*), también conocido como la

¹⁹⁸ HOUSE OF LORDS, DANIEL M’NAGHTEN’S CASE. 1843 [en línea] <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2085> [consulta: 20 de julio 2015]

¹⁹⁹ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Insanity defense [en línea] https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense [consulta 20 noviembre 2015]

regla M’Naghten. Ésta consiste, sustancialmente, en que para decretar la inimputabilidad por razón de enfermedad mental, debe quedar demostrado que "en el momento de cometer el acto, el acusado estaba actuando bajo tal defecto de razón, de una enfermedad mental, de no conocer la naturaleza y la calidad del acto que estaba cometiendo o, si lo conocía, que él no sabía que lo que estaba haciendo estaba mal".²⁰⁰ Por tanto, luego de escuchar a los expertos por parte de la defensa y la acusación, el jurado debería decidir si la presunción de sanidad, era aplicable al caso o no.

Esta regla seguía siendo a mediados de los años 70 según LaFave y Scott “la única comprobación de insania utilizada en muchos de los Estados mientras que en otros se utiliza junto con complementaciones”²⁰¹, incluso rigiendo en materia de delitos federales, a pesar de la influencia del *Model Penal Code*, que ya hemos señalado, y que regula la materia de forma diferente, como veremos.

Las principales críticas a esta doctrina apuntan a que sólo puede ser aplicada a trastornos que se centran en la esfera intelectual, omitiendo el aspecto volitivo, además de la dificultad de determinar psiquiátricamente si el sujeto distinguía, lo justo de lo injusto, al momento de cometer la acción.

²⁰⁰ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Op. Cit.

²⁰¹ HENDLER, Edmundo. Op. Cit. p.79.

4.2.1.1.2. El caso Durham

En este contexto crítico, surge el caso de Monte Durham²⁰², joven de 23 años, que es detenido y condenado por allanamiento de morada, debido a que su defensa no pudo superar el test del bien o el mal. Finalmente, luego de la apelación, la condena de Monte es dejada sin validez estableciéndose por el juez Bazelon, quien finalmente revoca la condena de Durham, una nueva regla, la cual consistía en que “el acusado no es penalmente responsable si su acto ilícito fue el producto de una enfermedad mental o defecto mental.”²⁰³ La principal crítica que recibió esta regla, es su amplitud, criterio que más tarde fue abandonado por la mayoría de los Estados, debido a que “Alcohólicos, jugadores compulsivos, y drogadictos habían utilizado con éxito la defensa para derrotar a una amplia variedad de delitos.”²⁰⁴

4.2.1.1.3. Regulación en el Model Penal Code

El *Model Penal Code* se aparta de las formulaciones del caso Durham, pero recoge parte de sus críticas, formulando una versión renovada de la doctrina M’Naghten y del criterio del impulso irresistible.

²⁰² UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 1954 [en línea] <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/214/862/314341/> [consulta: 14 octubre 2015]

²⁰³ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Op. Cit.

²⁰⁴ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Op. Cit.

La obra del *American Law Institute* regula ampliamente la falta de capacidad por enfermedad mental en su artículo cuarto. Así en la sección 4.01 se refiere a la enfermedad o defecto mental de la siguiente forma:

“Sección 4.01 Enfermedad o defecto mental que excluyen la responsabilidad”

1) Una persona no es responsable si, en el momento del hecho, como consecuencia de enfermedad o defecto mental, carecía de sustancial capacidad, ya sea para apreciar la criminalidad de su conducta o para conformar su conducta a los requerimientos de la ley.

2) Con la expresión ‘enfermedad mental’ no se incluyen anormalidades manifestadas únicamente por la repetición de comportamientos delictivos o antisociales.”²⁰⁵

La subsección 1 contiene una referencia general a la enfermedad o defecto mental, señalando que ésta consiste en una falta sustancial de capacidad, es decir, se requerirá no una falta absoluta de capacidad, sino que la capacidad del sujeto sea insustancial, bien para determinar su propia conducta, o para ser consciente de la criminalidad de sus actos. Junto con esto, el uso de capacidad sustancial permite que, para la invocación de esta causal no sea necesario un completo deterioro de la capacidad de autocontrol o cognoscitiva. En la parte explicativa de esta disposición, el Código señala que “la falla de un

²⁰⁵ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p 62.

individuo en apreciar la criminalidad de su conducta puede consistir en la falta de conciencia acerca de lo que está haciendo o una errada interpretación de las circunstancias materiales o el fallo de comprender el significado de sus acciones en un sentido más profundo”²⁰⁶. Este es un juicio que debe ser realizado en la práctica, de igual manera, por jueces y peritos.

Finalmente, hay una creciente importancia del *Model Penal Code*, “alrededor de la mitad de los Estados han adoptado la regla para la insania del Código Penal Modelo” ²⁰⁷

4.2.1.2. El tratamiento de la ebriedad

Este punto se refiere no sólo al consumo de alcohol, sino a un término más genérico utilizado por la legislación norteamericana, el de “*intoxication*”, el cual es definido por el Código Penal Modelo como una “perturbación de las capacidades físicas o mentales resultado de la introducción de sustancias en el cuerpo”²⁰⁸ Podemos observar que lo que se define es la consecuencia generada por algún tipo de sustancia, es decir, la perturbación provocada en el sujeto.

En general, podemos considerar que la intoxicación, por sí sola no excluye el castigo penal, ni equivale a la enfermedad mental. “La eficacia de la

²⁰⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Ibidem*.

²⁰⁷ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Op. Cit.*

²⁰⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Op. Cit.* p. 36

ebriedad sobre la responsabilidad penal está relacionada con la exclusión de alguno de los elementos subjetivos requeridos por el delito”²⁰⁹. Se reconocerá la ebriedad, entonces, no como motivo de exculpación, sino como atenuante, para aplicar el castigo por un delito menor. Quiere decir, según lo ha expresado la jurisprudencia norteamericana, que la ebriedad tendría la propiedad de eliminar ciertos elementos subjetivos del injusto, quedando únicamente el castigo por el hecho doloso remanente.

En todo caso, lo anterior se refiere a la ebriedad voluntaria, considerando en este punto, que la intoxicación involuntaria o la patológica, operaran como justificación en el caso que sean lo suficientemente graves y reúnan los requisitos de las enfermedades mentales que hemos señalado con anterioridad.

El Código Penal Modelo regula la intoxicación de dos formas; como una defensa en general y como una variación de la enfermedad mental, ambas situaciones normadas en la sección 2.08.

“Sección 2.08. Intoxicación.

(1) Salvo lo dispuesto en la subsección (4) de esta Sección, la intoxicación del actor no es una defensa, a menos que niegue los elementos del delito.

(2) Cuando imprudentemente se establece un elemento del delito, si el actor, debido a la intoxicación autoinducida, no tiene conocimiento de un riesgo del que

²⁰⁹ HENDLER, Edmundo. Op. Cit. p. 85.

habría sido consciente de haber estado sobrio, dicho desconocimiento es inmaterial.

(3) La intoxicación no constituye en sí misma, la enfermedad mental, dentro del significado de la Sección 4.01.

(4) La intoxicación que (a) no es autoinducida o (b) es patológica Es una defensa afirmativa, si como consecuencia de tal intoxicación el actor en el momento de su conducta carece de capacidad sustancial ya sea para apreciar su criminalidad o para conformar su conducta a los requisitos de la ley.”²¹⁰

Observamos, por tanto, que para constituir una causal de justificación a la par de la enfermedad mental, la intoxicación deberá ser involuntaria, es decir, que el actor no haya consentido en ella o que ésta se deba a una enfermedad, llegando a ser patológica, la cual dice relación con el desconocimiento del propio actor ante su capacidad para ingerir este tipo de sustancias, tal como se refiere en la sección 2.09. En consecuencia la intoxicación involuntaria o la patológica, operaran como justificación en el caso que sean lo suficientemente graves y reúnan los requisitos de las enfermedades mentales que hemos señalado con anterioridad.

²¹⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p 32

4.2.1.3. La Enfermedad Mental en Chile

Nuestra ley penal, como ya señalamos, declara exento de responsabilidad al loco o demente, a menos que haya obrado en un período de lucidez. Según la doctrina nacional, las expresiones, loco o demente, deben entenderse en un sentido amplio y no con un significado técnico preciso, además de ser términos análogos y no diferentes.

4.2.1.3.1. Concepto

Así, Etcheberry entiende por loco o demente a “la persona que presenta una alteración profunda de sus facultades psíquicas, de tal modo de no poder dirigir su conducta de acuerdo con las exigencias ordinarias del derecho”²¹¹. En el mismo sentido Bullemore y Mackinnon, han señalado que el enajenado mental es aquel que carece de razón, considerada esta última como “un conjunto de facultades intelectuales y volitivas. Es sinónimo de juicio, que incluye no solo la inteligencia, sino también la voluntad, la sensibilidad y la memoria”²¹².

Con dicha interpretación se superan las desavenencias que hemos comentado en el derecho estadounidense, al considerarse como razón, no solo el aspecto intelectual, sino también el sentimental y volitivo, en un espectro más

²¹¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 280.

²¹² BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p.127.

amplio, se llega a una solución similar a la que la doctrina norteamericana encontró a lo largo de los procesos ya detallados.

Se comprenden en el concepto anterior, no solo las enfermedades mentales, sino cualquier tipo de enajenación mental que alcance el grado de profundidad necesario para ser considerada dentro de la causal. Como dice Etcheberry “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”²¹³. Por su parte, Labatut señala “se denomina enajenado o alienando al que padece de un trastorno mental cuya gravedad acarrea la inimputabilidad”²¹⁴. Con algunas leves diferencias dentro de la categorización en nuestra doctrina, podemos señalar en términos amplios que estarán comprendidas dentro del concepto:

4.2.1.3.2. Clasificación

4.2.1.3.2.1. Las enfermedades mentales o psicosis

Se incluyen dentro de éstas a la esquizofrenia, la paranoia, demencia senil, epilepsia, psicosis maniaco-depresiva, entre otras. Cabe señalar que en este punto, las locuras tóxicas como las clasifica Etcheberry o las disfrenias

²¹³ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 280.

²¹⁴ LABATUT, Gustavo. Op. Cit. p. 135.

exógenas, según el criterio que entregan los profesores Bullemore y Mackinnon, incluyen la ebriedad o el alcoholismo, para el primero solo será inimputable aquel que por el consumo prolongado de sustancias tóxicas (incluido el alcohol y otras drogas) ha sufrido una alteración permanente en su salud mental. El profesor Cury se ha referido a ellas 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”²¹⁵. También Labatut señala que las psicosis “provocan alteraciones profundas de las funciones síquicas, y que, en cuanto a su origen, pueden ser endógenas o exógenas”²¹⁶. Así, como señalamos, estas patologías se pueden dar espontáneamente en el sujeto por su configuración interna, así como, por causas externas que han provocado su enajenación.

4.2.1.3.2.2. Las oligofrenias o deficiencias mentales

Pueden caracterizarse por la falta de madurez mental a consecuencia de una enfermedad, lo que hace que el sujeto no posea un desarrollo intelectual acorde a su edad biológica, pudiendo clasificarse en idiotas, con una edad mental que no supera los 2 años, los imbéciles, cuya edad mental no supera los 5 años y los débiles mentales, con un desarrollo mental de hasta 13 años, estos últimos

²¹⁵ CURY, Enrique. Op.Cit. p. 39.

²¹⁶ LABATUT, Gustavo. Op.Cit. p. 133.

no amparados en la demencia legal. Sergio Politoff señala al respecto de la oligofrenia, “es 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”²¹⁷, asimismo, Cury se refiere a éstas como “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”²¹⁸.

En general, en estos casos, los idiotas e imbeciles son inimputables, por lo tanto, están eximidos de responsabilidad criminal. Sin embargo, en cuanto a los débiles mentales, se podría llegar a establecer en el caso concreto, que sí comprenden su entorno y decisiones, aunque no completamente. Por lo cual, se podría tratar como una atenuante, considerándola dentro de las eximentes incompletas.

4.2.1.3.2.3. Trastornos psicossomáticos o neurosis

Los trastornos psicossomáticos son aquellos derivados de fenómenos físicos, como los tumores, lesiones cerebrales, traumatismos craneanos, siempre

²¹⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Op.Cit. p. 300.

²¹⁸ CURY, Enrique. Op. Cit. Ibídem.

y cuando sus consecuencias sean lo suficientemente profundas. Asimismo las neurosis han sido definidas como “situaciones de conflicto del sujeto consigo mismo o con el mundo circundante, que lo presionan emotivamente, provocando los estados de angustia cuyo origen no siempre se logra determinar; frecuentemente llegan a causarle efectos orgánicos, como parálisis, ahogos u otros”²¹⁹, también se han definido 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”²²⁰. En este sentido, puede en ocasiones considerarse que las neurosis no han influido profundamente en la capacidad de razonamiento del sujeto, por tanto, cuando la perturbación no sea profunda, es decir, no sea suficiente para ser tratada como eximente de la responsabilidad criminal, pueda ser tomada como atenuante de la misma, considerando el cuadro psíquico, como una eximente incompleta.

4.2.1.3.3. Requisitos de la enfermedad mental como eximente en Chile

Podemos considerar como requisitos de la enfermedad mental, para que actúe como eximente de la responsabilidad criminal, los siguientes:

²¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit. p. 218.

²²⁰ ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit. p.281.

4.2.1.3.3.1. Profundidad o gravedad del trastorno

Debe ser lo suficientemente grave para privar de razón, en los términos que hemos señalado anteriormente.

4.2.1.3.3.2. Carencia de consciencia del sujeto acerca de la patología que lo afecta

Esto es obvio, en el evento que el sujeto no posee la razón suficiente para autoreconocerse.

4.2.1.3.3.3. No debe realizarse en un intervalo lúcido

Nuestra ley penal señala, como requisito adicional para la eximente, que el enajenado mental no haya obrado dentro de un período de remisión del trastorno mental.

Podemos señalar que, en la tradición jurídica nacional se considera como intervalo lúcido, a aquellos “períodos de remisión aparente del trastorno mental, en los que externamente el sujeto no da muestras de encontrarse loco, y se comporta de modo razonable”²²¹. A esta concepción le han seguido

²²¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 282.

principalmente dos críticas; la primera de ellas obedece a que el término ya no es usado por la psiquiatría moderna, considerando que estos períodos de lucidez son simplemente aparentes, ya que la enfermedad mental es “un estado patológico continuo, aunque presente fases de aparente anormalidad”²²²; Cury también sostiene “lo que antaño se consideraba períodos de lucidez, no es más que una apariencia: aún en esos estados el trastorno permanece latente y emboscado”²²³. Por tanto, la remisión es solo aparente y la enfermedad continúa influyendo en los procesos psíquicos del sujeto.

Además, se ha señalado que, si bien, el concepto de loco o demente es adecuado, debido a la amplitud de éste, lo cual permite incluir dentro de la causal a las típicas enfermedades psicológicas, también abre el marco para incluir otro tipo de patologías no tan comunes, descubiertas por el avance del tratamiento mental. La referencia a los períodos de lucidez, es muy poco afortunada, ya que en materia civil los actos del loco o demente son nulos, aunque se hayan realizado en un intervalo lúdico.

Será en definitiva el juez de la instancia quién apoyado en el diagnóstico pericial estime si la causal de justificación es aplicable para el caso concreto o no, esto debido a que, la eximente presenta no solo ribetes psicológicos, sino que, también aspectos normativos que deben ser considerados por el

²²²BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John Op. Cit. p. 127.

²²³ CURY, Enrique. Op.Cit. p. 41.

sentenciador. Por ello, en muchas ocasiones se pueden considerar estas patologías como eximentes, eximentes incompletas –atenuando la pena-, o simplemente establecerse que el sujeto es completamente capaz de ser objeto de un juicio de reproche.

4.2.1.4. Privación temporal de la razón

Nuestro Código Penal, junto con eximir de responsabilidad criminal las acciones del loco o demente, que antes hemos señalado, hace lo mismo con aquellos que han obrado totalmente privados de razón por una causa independiente de su voluntad.

Denominamos esta como temporal, siguiendo a la doctrina nacional, ya que, si la privación de la razón fuese permanente estaríamos frente a una enfermedad mental y su tratamiento diferenciado sería inútil. La doctrina se ha referido a esta condición como la “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 inimputabilidad del sujeto, es preciso además, que su origen sea independiente de la voluntad de aquel”²²⁴. Es decir, si alguien por propia voluntad consumió, por ejemplo, algún psicotrópico que lo llevó a perder la razón y el autodeterminismo

²²⁴ CURY, Enrique. Op.Cit.p.47.

por un lapso de tiempo, y en ese estado cometió una conducta ilícita, no será eximido de responsabilidad criminal, pues eso sería un equivalente a aprovecharse del dolo propio o a encubrir y amparar conductas negligentes, fundamentos que el Derecho Penal, en su fin protector, no puede permitir.

Entre las causas que pueden contarse para que una persona se vea privada de razón, tenemos al hipnotismo, sonambulismo, ebriedad y drogadicción; estas dos últimas cuadran en el concepto de *intoxication* del derecho anglosajón.

4.2.1.4.1. Requisitos para que procesa como eximente

El legislador, en nuestro país, ha señalado 2 requisitos para la procedencia de esta eximente, los cuales son:

4.2.1.4.1.1. La privación total de la razón

Ésta debe ser entendida, con la misma profundidad con la que hemos descrito para el loco o demente. El profesor Mario Garrido Montt ha señalado al respecto “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”²²⁵. Es decir, el sujeto se encuentra impedido de razonar cuando no puede adecuar

²²⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit.p. 223.

su comportamiento a la comprensión del entorno, pues no lo comprende. Asimismo, Cury sostiene “para que se declare la 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”²²⁶. Como vemos, la privación de razón que se requiere para que el sujeto sea considerado inimputable, es la misma de un enajenado mental.

4.2.1.4.1.2. Involuntariedad del sujeto

Es decir, el que alega esta causal de justificación, no debe haberse expuesto voluntariamente a la situación. Está prevista especialmente para excluir la ebriedad voluntaria, lo cual dejaría impune los delitos cometidos bajo este estado, en el cual el sujeto, a sabiendas, se embriaga para cometer el delito y actuar irresponsablemente. Bullemore y Mackinnon²²⁷ señalan, con mayor precisión descriptiva, que la inimputabilidad por ebriedad será aplicable cuando la ingesta de alcohol sea involuntaria y de una magnitud suficiente para privar completamente de razón al imputado, haciéndola semejante a las demás enfermedades mentales, esto es que no exista una voluntariedad para ponerse

²²⁶ CURY, Enrique. Op.Cit.p. 49.

²²⁷ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit.

en la situación, como en el caso de un paranoico que no ha generado por voluntad propia la enfermedad, y de una magnitud tal que prive de juicio, como hemos descrito anteriormente.

En otras palabras, los casos de privación temporal de la razón por intoxicación etílica o por el uso de drogas, solo serán aplicables, cuando el sujeto no esté en ese estado voluntariamente y cuando la intensidad sea tal, que le prive de razón.

4.2.1.4.1.3. La pérdida de la razón debe ser temporal

Si así no lo fuere, estaríamos frente a un enajenado mental, propiamente tal. Así la doctrina ha señalado que dentro de esta hipótesis diferenciada de la privación total de la 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”²²⁸. Es decir, después del intervalo de pérdida de razonamiento, el sujeto es totalmente normal e imputable.

4.2.2. Minoría de edad

Se considera que actúa amparado por una causal de inimputabilidad, y por tanto se exime de responsabilidad penal, a todo sujeto que, debido a la poca

²²⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Op. Cit. p.307.

madurez intelectual, en razón de su corta edad, comete un hecho típico y antijurídico.

La razón principal para esto, como hemos señalado, es la poca madurez mental y por esto, la falta de capacidad para comprender en profundidad las disposiciones penales y la distinción entre lo lícito y lo ilícito.

El punto en que se alcanza un pleno conocimiento y madurez mental es, sin duda, algo difícil de determinar, por ende, controvertido, y las distintas legislaciones, muestran un gran abanico al determinar hasta qué edad se considerará inimputable a un sujeto. Puesto que, para ello, es necesario un criterio formado que lo lleve a distinguir entre el bien y el mal, lo lícito e ilícito y las consecuencias que puedan generar sus actos.

4.2.2.1 Minoría de edad en Estados Unidos

En términos generales, el tema se trata como un asunto de jurisdicciones, dependiendo de los límites impuestos por cada Estado, aunque como bien ha señalado el profesor Robinson²²⁹, en Estados Unidos, esta excusa presenta un carácter dual, como justificante propiamente tal y como transferencia de la jurisdicción, que hemos mencionado. Cuando hablamos de transferencia de la jurisdicción, nos referimos al hecho de que un menor, considerado de

²²⁹ ROBINSON, Paul. Criminal Law. New York, Aspen Law, 1997

imputabilidad disminuida, se verá sometido a un Tribunal competente para adolescentes.

Señala así, que el estándar de la defensa por inmadurez o infancia, es similar a las de las enfermedades mentales, este debe ser tal que cause una condición excusante, la diferencia principal, es que este patrón se presume legalmente, en razón de la edad, “Todos los actores por debajo de una edad de corte especificado se presumen, en consecuencia inmaduros”²³⁰.

En el *Common Law*, la regla clásica es que se considere completamente inimputables a los menores de siete años, norma que ha sido modificada en Inglaterra aumentándola hasta los diez años.

El *Model Penal Code* sostiene, en la sección 4.10²³¹ en relación a la inmadurez como excluyente de condena penal que serán inimputables los menores de dieciséis años, que hayan cometido una ofensa, los que serán sometidos a la jurisdicción de los tribunales de menores. Para los sujetos entre dieciséis y diecisiete años, el tribunal de menores puede declinar su competencia, con el fin de que sean juzgados y castigados por las reglas generales.

El Código Penal de Nueva York, establece en la sección 30. la inimputabilidad para los menores de dieciséis años de forma general, pero los mayores de trece años hasta los quince años de edad podrán ser procesados por

²³⁰ ROBINSON, Paul. Op. Cit., p. 533.

²³¹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p73 y ss.

delitos graves, como aquellos de carácter sexual y el homicidio desde el segundo grado, en adelante.

Los mayores de catorce años y menores de dieciséis además de los delitos anteriores podrán ser procesados por el delito de secuestro, incendio, entre varios más.

Lo que observamos en este Estado en particular, es el establecimiento de un límite de edad, en el cual se producirá una inimputabilidad por falta de madurez, como es conocida en el derecho anglosajón, siendo este límite el menor de trece años. Entre esta edad y los 16 años, existirá una inimputabilidad parcial, pudiendo solo ser juzgados por los tribunales de menores en los casos de cometer ciertos delitos, que están presentes en el catálogo, y éstos se hayan cometido en cierto grado; en caso contrario, los tribunales carecerán de competencia para juzgar a los menores, o más bien estos serán inimputables.

4.2.2.2. Minoría de edad en Chile

Nuestro legislador, en el art 10 n° 2 del Código Penal, establece que estarán exentos de responsabilidad criminal los menores de dieciocho años, estableciendo normas especiales, para los menores de esta edad y mayores de catorce años, señaladas en la ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, ley penal N° 20.084.

Así, nuestro sistema legal establece una edad que constituye el umbral de la responsabilidad penal. El menor de catorce años es absolutamente inimputable en razón de su edad, pues se presume de derecho que este individuo no tiene la bastante madurez y el suficiente y adecuado desarrollo mental para comprender el mundo que le rodea “de acuerdo a los criterios generalmente aceptados por la sociedad adulta sobre lo prohibido y lo permitido y para determinarse con arreglo a tal comprensión”²³².

En otras palabras, en nuestro país se ha acogido en este punto, un sistema que diferencia a los ofensores y el castigo al que pueden ser sometidos, basándose en la edad del sujeto que viola una ley penal. Así, una persona desde el día en que cumple los dieciocho años, será plenamente imputable y su edad no tendrá ninguna relevancia en la severidad de la pena que le será aplicada –a menos que presente otra causa, distinta de la edad, que lo haga inimputable-. Los mayores de catorce y menores de dieciocho años se verán sometidos a un tratamiento especial, el cual, como ya dijimos, está determinado y reglamentado por la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, la cual analizaremos brevemente.

²³² POLITOFF, Sergio. Op. Cit. p.229.

4.2.2.2.1 Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente

Como hemos mencionado, ésta se aplica a quienes, al momento en que se haya dado inicio a la ejecución de un ilícito, sean mayores de catorce y menores de dieciocho años.

La ley 20.084, regula la responsabilidad penal de los adolescentes, así como el procedimiento para determinar dicha responsabilidad, las sanciones y la forma de ejecución de éstas.

En este sentido, las principales características de dicha Ley, son²³³:

- Establece procedimientos, fiscales y defensores especializados.
- Establece programas de reinserción.
- Termina con el trámite de discernimiento.
- Establece la responsabilidad penal desde los 14 años, distinguiendo dos segmentos: 14 a 16 y de 16 a 18 años.
- Establece un amplio catálogo de sanciones.

²³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía Legal sobre Ley Penal Juvenil. [en línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil> [consulta: 15 de septiembre de 2015]

- Las penas privativas de libertad sólo se establecen para delitos más graves.

Similar a lo que ocurre con el Código Penal de Nueva York, la ley determina que, a partir de cierta edad, los sujetos serán responsables por otro tipo de delitos, que no se comprendían en el espectro de edad anterior. Así, por ejemplo, las faltas solo implicarán responsabilidad en los menores mayores de dieciséis años, pero no de todas ellas sino solo “aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, solo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495 número 21 y 496 números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley 20.000”²³⁴.

La anterior Ley que reglamentaba esta materia establecía un juicio de discernimiento para los menores entre 16 y 18 años –siendo los menores de 16 años, absolutamente inimputables-, este juicio consistía en determinar si el menor comprendía su acto y posteriores consecuencias. Si el juez establecía que eso era así, se le aplicaba la pena tal cual si fuera adulto y se recluía en los mismos recintos establecidos para éstos. En cambio, “Hoy todos los adolescentes entre 14 y 18 años son responsables ante la ley penal, tienen derecho a defensa gratuita, y de ser condenados a encierro, no son derivadas a recintos carcelarios adultos, sino a centros especiales. Además, reciben un

²³⁴ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit.p.131.

conjunto de garantías, como acceso a educación y programas de rehabilitación antidrogas y alcohol”²³⁵.

En cuanto a las penas que establece, éstas son: Sanciones privativas de libertad (para los delitos más graves), que pueden cumplirse en régimen cerrado o semicerrado; Sanciones no privativas de libertad, entre las que se incluyen la libertad asistida, libertad especial asistida, reparación del daño causado a la víctima, servicios de beneficio a la comunidad, multas y amonestaciones y sanciones accesorias. El Servicio Nacional de menores (SENAME), cumple un rol fundamental, pues es el encargado de velar por el cumplimiento de estas penas, a través de sus centros; sean éstas privativas de libertad, o no.

La ley también establece reglas especiales, en cuanto a la prescripción de la acción penal y de la duración de la condena distinguiendo, si el culpable es menor de dieciséis años, en cuyo caso, la sanción impuesta no puede superar los cinco años de duración, o los diez en caso de ser mayor.

Como vemos, el criterio en Chile y Estados Unidos es diverso. Mientras que en nuestro país la edad cumple un rol fundamental a la hora de establecer la imputabilidad de los sujetos, en el país del Norte esa línea es más difusa, puesto que hay ciertos delitos y ciertos grados de comisión de aquellos los que determinan la inimputabilidad, así como también una regulación diversa en los

²³⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía Legal sobre Ley Penal Juvenil. [en línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil> [consulta: 15 de septiembre de 2015]

distintos Estados, en que bien puede ocurrir que un sujeto sea imputable en un Estado, en razón de su edad, e inimputable en otro, por el mismo motivo.

Cierto es que establecer si un menor obra con discernimiento o no, es una cuestión del todo compleja en la práctica. Nuestra legislación ha denegado la posibilidad de realizar un juicio de esa entidad en materia penal, estableciendo un criterio absolutamente objetivo.

4.2.3. El miedo insuperable y la fuerza irresistible

Hemos visto a lo largo de este capítulo, como las distintas tradiciones jurídicas, han llegado a soluciones similares, a pesar de las diferencias que existen entre ellas. Por un lado, hemos observado como conductas que generalmente se consideran antijurídicas, no lo son basándose en una causal de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad. También como un hecho antijurídico no puede serle atribuido a su autor debido a que no cumple con el examen de la culpabilidad, es decir, a pesar de la antijuridicidad del hecho, el autor no puede ser declarado culpable de tal, por sus particulares razones, como el caso de la enfermedad mental o la minoría de edad.

Ahora analizaremos, cómo desde la perspectiva occidental, un hecho que a pesar de ser antijurídico y culpable en un principio, no hace que recaiga sobre su autor la sanción penal, debido a que no le es exigible actuar conforme

a derecho. Es lo que se nos presenta en los casos de fuerza irresistible o miedo insuperable y en el caso de la obediencia debida. En el sistema norteamericano encontramos un menor desarrollo en estas causales, las cuales no están recogidas en sus distintas legislaciones. Sin embargo, encontramos regulación en el caso la fuerza moral irresistible, bajo la forma de la coacción y está limitada a ciertos delitos.

En definitiva, podemos decir que el ordenamiento jurídico impone la obligación de acatar sus normas y adecuar el comportamiento, a la observancia de tales preceptos, para esto la ley supone la voluntad y, en definitiva, la libertad del actor, con la salvedad de que ésta no es absoluta, tiene la precaución de considerar que puede estar condicionada por factores externos e internos que la alteren, pero asume, en forma general, que “su mandato sea tomado en cuenta como factor decisivo al momento de obrar, aún a costa de esfuerzos o sacrificios”²³⁶, como en el caso del estado de necesidad, en donde un tercero ajeno a la situación ve sacrificado sus bienes jurídicos.

4.2.3.1. Concepto

Estas situaciones las podemos reducir a la violencia, la intimidación o la coacción. Entenderemos a la violencia como el uso de la fuerza física sobre una

²³⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 345.

persona, pero no para desplazarla o moverla involuntariamente, lo que eliminaría la acción y es conocida como *vis absoluta*, ya que en este caso, el sujeto sería un mero instrumento. Esta violencia se refiere a la que se ejerce sobre el individuo para provocar en su voluntad, el impulso de actuar o no actuar en determinado sentido.

La intimidación comprende, no sólo la amenaza de utilizar la fuerza de forma inminente en contra del sujeto, sino también en contra de sus cercanos. Abarca dentro de ésta a la coacción, que en términos de Etcheberry, no se reduce al simple empleo de la fuerza, sino que, “puede ser conminación de otra clase de mal, pero también este último debe aparecer como inminente: las amenazas de males (fuerza u otros) a largo plazo no producirán el efecto de privar de toda selección al amenazado”²³⁷.

En definitiva, lo que plantea el ordenamiento jurídico, es que si bien puede y debe exigir que la conducta de los sujetos sea adecuada a las normas legales que establece, esta obligación no puede superar las expectativas que se tienen hacia todos los sujetos, es decir, que bajo ciertas circunstancias, la exigibilidad de la conducta conforme a derecho simplemente no puede aplicarse, debido a que esto sería exigir un actuar heroico, o impondría una carga sobrehumana, por lo que se exime de responsabilidad a su autor.

²³⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 346.

4.2.3.2. Regulación en el sistema norteamericano: La coacción o duress

El Código Penal Modelo regula a la coacción en la Sección 2.09 como una defensa afirmativa de la siguiente forma:

“Sección 2.09 Coacción.

(1) Es una defensa afirmativa en que el actor participa en una conducta que constituye un delito porque estaba coaccionado para ello por el uso o la amenaza de usar, fuerza ilegal contra su persona o la persona de otro, que una persona de razonable firmeza en su situación habría sido incapaz de resistir”²³⁸.

Entenderemos por *duress* o coacción, aquella defensa afirmativa que concurrirá en una persona que ha cometido algún elemento material del tipo, obrando de esta manera debido a que se encontraba coaccionada, por el uso o la amenaza del uso de una fuerza ilegítima en su contra u otra persona y que un hombre medio, en su posición no habría sido capaz de resistir. Podemos observar a lo largo de todo el Código Penal Modelo, la inserción de un parámetro de atribución objetivo-subjetivo, al incorporar al sujeto de razonable firmeza, como el modelo de comparación adecuado. “El estándar es por lo tanto parcialmente objetivo; la defensa no se ha establecido simplemente por el hecho de que el acusado fue coaccionado; él debe haber sido coaccionado en circunstancias en

²³⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p.37

las que una persona de razonable firmeza, en su situación, igualmente habría sido incapaz de resistir.”²³⁹

Se considera, que esta defensa tendría una semejanza con la intoxicación, la minoría de edad y la enfermedad mental, defensas que Robinson²⁴⁰ ha denominado *disability excuses*, debido a que en ellas se produciría una especie de incapacidad del autor de obrar de forma distinta. En nuestra tradición se conoce como inexigibilidad de la conducta conforme a derecho.

La disposición del Código Penal Modelo continúa estableciendo que:

“(2) La defensa proporcionada por esta sección no está disponible si el actor imprudentemente se colocó en una situación en la que era probable que iba a ser sometido a coacción. La defensa tampoco está disponible si se ha colocado negligentemente a sí mismo en una situación así, toda vez que la negligencia es suficiente para establecer la culpabilidad por el delito imputado.”²⁴¹

Este criterio, el de no colocarse a sí mismo en una situación en que la coacción es más probable de ocurrir, va de la mano con el criterio anterior del hombre de razonable firmeza, ya que basados en estos estándares de conducta, el ponerse a sí mismo en una situación en que es posible ser coaccionado irá en

²³⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p.38

²⁴⁰ ROBINSON, Paul. Op. Cit.

²⁴¹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Op. Cit. p.37

contra de los intereses y el comportamiento esperado de un hombre medio. “En el Código Penal Modelo la formulación de la coacción permite a la Corte tomar en cuenta las circunstancias individuales y características del actor, permitiendo una individualización del estándar de persona razonable.”²⁴². Como se ve, el Código recoge el criterio del hombre razonable, adecuándolo a las circunstancias particulares del actor, además elimina el requisito de mayor gravedad del daño evitado, “la amenaza debe ser de tal naturaleza como para que una persona de firmeza razonable no hubiese podido resistirla en la situación dada”²⁴³.

Como hemos mencionado anteriormente, en el sistema legal de los Estados Unidos las causales de inexigibilidad de la conducta no tienen un mayor desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, aunque como veremos esto no es del todo cierto, la mayoría de los esfuerzos se han centrado en la coacción o *duress*, como una excusa para un actuar antijurídico.

Ha sido legislada en muchos Estados, imponiéndole bastantes restricciones, limitándola a determinados delitos o excluyendo expresamente al homicidio, además de imponerle una especie de proporcionalidad, en la cual el daño que amenaza debe ser mayor que el finalmente cometido.

Como se puede apreciar, se ha entendido que la amenaza debe ser de tal magnitud que el hombre medio, puesto en la situación particular del defendido,

²⁴² ROBINSON, Paul. Op. Cit. p. 537.

²⁴³ HENDLER, Edmundo. Op. Cit., p. 73.

no hubiese sido capaz de resistirla. Robinson, a raíz de esto, ha mencionado que si bien, el criterio de discapacidad, en este caso, la coerción, es muy difícil de probar, ya que, a diferencia de la intoxicación su efecto no deja consecuencias perdurables ni medibles en el sistema del defendido, obviando posibles daños psicológicos, su comprobación es tarea ardua, por lo que, el criterio objetivo antes mencionado, es decir, la existencia de un patrón ideal de comportamiento, permite dar sustancia a esta causal.

Como hemos mencionado el *Model Penal Code* recoge esta excusa, ampliando el criterio utilizado por los distintos Estados, no limitándolo a un grupo de delitos, ni dejando de lado al homicidio.

Finalmente, el Código Penal de Nueva York, también ha seguido este criterio, limitando eso sí el poder de la causal, considerándola como una defensa afirmativa, que como ya hemos mencionado traslada la carga de la prueba a quien la invoca como causal, debiendo probar por preponderancia de evidencias y más allá de toda duda razonable.

4.2.3.3. Inexigibilidad de la conducta en Chile.

Nuestro Código Penal recoge en su artículo 10 n° 9, como causales que eximirán de responsabilidad penal, a aquellos que hayan obrado por miedo insuperable o por fuerza irresistible. Además, en su artículo 10 n° 10 recoge la

causal adicional, en comparación con el derecho anglosajón, que se fundamenta en la obediencia debida.

4.2.3.3.1. La fuerza irresistible

Nuestro Código se refiere, en este punto, a la fuerza moral irresistible, ya que en caso contrario se estaría regulando la *vis absoluta*, la cual no cabría en esta hipótesis de exención, puesto que, el sujeto, al recibir sobre sí una fuerza de tipo física, se ha transformado en un mero instrumento y su acto no ha sido voluntario. A pesar de ello, éste criterio ha sido tradicionalmente sostenido por nuestra doctrina, mas no en nuestra jurisprudencia, la cual no ha tenido una opinión uniforme y unánime al respecto, dándole al concepto de fuerza un alcance amplio, el cual comprende tanto a la fuerza física como la moral. Como han señalado Bullemore y Mackinnon, la causal se basa en la “formación defectuosa de la voluntad y no una supresión de ella”²⁴⁴, para descartar la idea de la *vis absoluta*, señalan que la expresión “obrar” que utiliza el Código se refiere claramente al actuar y dicho tipo de fuerza elimina la acción.

Con respecto a lo anterior, Mario Garrido Montt señala “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

²⁴⁴ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 144.

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”²⁴⁵. Con estas palabras reforzamos la idea, a la cual por cierto adscribimos, que establece que la fuerza a la que hace referencia nuestra legislación, es la moral o vis compulsiva.

Con esto presente, entenderemos a la fuerza irresistible como aquella que supone que “en un sujeto medio se produzca un estado grave de conmoción psíquica, de una entidad tal que altere profundamente (sin suprimirla) su capacidad de autodeterminación”²⁴⁶. Es indispensable para situarnos dentro de esta causal de exención que no exista una supresión de la capacidad de autodeterminación, puesto que, el sujeto sigue estando en capacidad de determinar su conducta, sin embargo, se le hace inexigible adecuarla a derecho, por las adversas circunstancias en las que se encuentra, compelido a realizar una conducta típica.

Por ende, podríamos decir, en nuestras palabras, que la fuerza absoluta es aquel estímulo que actúa en la psiquis del sujeto, provocando en éste una perturbación de tal magnitud que lo impulse a actuar ilícitamente, no pudiendo exigírsele, actuar conforme a derecho.

²⁴⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit. p. 240.

²⁴⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Ibídem.

4.2.3.3.1.1. Requisitos para su procedencia como eximente

Los requisitos para que esta causal sea procedente, son los siguientes:

4.2.3.3.1.1.1. La fuerza puede provenir de cualquier fuente

No es importante el origen de la fuerza, sólo lo es que sea suficiente para causar en el sujeto una gran conmoción que lo induzca a actuar de manera que viole alguna norma penal. Mario Garrido Montt señala respecto del origen de 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”²⁴⁷. Como vemos, puede provenir de la naturaleza, de un tercero, o de cualquier circunstancia que perturbe al individuo.

4.2.3.3.1.1.2. La fuerza debe ser irresistible

Esto quiere decir que, el mal con el que se amenaza debe ser lo suficientemente grave para producir alteraciones de una intensidad tal, que el sujeto no se sienta en libertad de autodeterminarse conforme a derecho. Esto

²⁴⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op.Cit.p.242.

limita los malos usos que se puedan producir con la interpretación de la causal. En palabras de Etcheberry “la fuerza se torna irresistible cuando el sujeto, para dominarla, hubiera debido desplegar un esfuerzo heroico, sobrehumano, que la ley no le puede exigir”²⁴⁸. Por ende, la fuerza será irresistible, cuando el sujeto para dominarla hubiese tenido que desplegar un esfuerzo demasiado alto, que supera la posibilidad de acción y reacción de un hombre medio en las mismas circunstancias y con las mismas características, lo cual el derecho no puede exigir.

4.2.3.3.1.1.3. La fuerza debe ser actual

Como el individuo responde a una perturbación irresistible, es evidente y lógico que la fuerza debe estar produciéndose en el momento mismo en que el sujeto se ve compelido a reaccionar contra el ordenamiento jurídico. Por supuesto, también puede ser inminente. En palabras de Cury “para la fuerza irresistible interesan únicamente aquellos estímulos que obrando aquí y ahora sobre un hombre medio, provocarían en él un efecto perturbador irresistible”²⁴⁹

²⁴⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Op.Cit. p. 350.

²⁴⁹ CURY, Enrique. Op.Cit. p.457.

4.2.3.3.1.1.4. Concepto de hombre medio como parámetro de exigibilidad de una conducta conforme a derecho

Se deben considerar las particularidades del sujeto y la situación que rodea al hecho, no es un hombre medio en abstracto, sino en consideración de las circunstancias mencionadas, en definitiva, tiene que incluir el contexto completo de la situación en la que se encuentra y las características del individuo (edad, sexo, condición física, etc.).

4.2.3.3.2. El miedo insuperable

La RAE define al miedo como una “Perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario”²⁵⁰, en cambio, define al temor como “Recelo de un daño futuro.”²⁵¹. Como se puede observar, si bien ambos están orientados a reaccionar ante alguna especie de daño, la intensidad del miedo, supera a la del temor, el primero es una perturbación angustiosa a causa de sufrir un daño, en cambio, el otro solo produce un recelo en el sujeto.

La doctrina ha definido al miedo insuperable como “un estado de perturbación anímica más o menos profunda, provocada por la previsión de ser

²⁵⁰ RAE, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [en línea] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=miedo [consulta :30 abril 2015]

²⁵¹ RAE, Op. Cit. [en línea] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=temor [consulta: 30 abril 2015]

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”²⁵². Es preciso señalar que la perturbación causada en el individuo debe ser intolerable para él, de acuerdo a sus circunstancias personales y contexto –parámetros del hombre medio en concreto, que ya hemos señalado a lo largo de este trabajo-, sin embargo, no debe ser de tal magnitud que lo prive de razón, puesto que nos encontraríamos ante otra causal, ya analizada, la cual es la pérdida temporal de razón. En esta hipótesis, en cambio, el individuo se representa las consecuencias dañosas de su comportamiento, pero no es capaz de abstenerse de realizar un acto típico y antijurídico, puesto que, está de tal manera perturbado, que no es capaz de tomar otra decisión de conducta, que no viole la norma penal. También es necesario reforzar la idea de que el daño que el sujeto teme sufrir, puede ser a sí mismo o a un tercero.

Nuestro Código, no hace ninguna exigencia en cuanto al motivo del miedo, el cual puede ser real o imaginario, y provenir de cualquier fuente, solo debe ser lo suficientemente fuerte, de una intensidad tal, que para ser superado por el sujeto y pueda actuar de forma distinta, sin desobedecer los mandatos del ordenamiento jurídico penal, deba emplear un esfuerzo que sobrepasa el criterio del hombre medio.

²⁵² CURY, Enrique. Op.Cit.p. 458.

Esta causal queda limitada, tradicionalmente, para los sujetos que en razón de su actividad asumen riesgos de manera constante, como el caso de los bomberos o los soldados, los cuales deben encontrarse en una situación realmente extraordinaria, para poder invocarla, lo cual reafirma que el criterio del hombre medio debe ser comprensivo de las características personales del sujeto. Tampoco podrán invocar esta causal aquellos que están obligados jurídicamente a soportar el mal que temen, es decir, es importante, tanto en el caso de la fuerza irresistible como en éste, que el sujeto no esté legítimamente obligado a soportar el daño que lo amenaza.

4.2.3.3.2.1. Requisitos para que proceda como eximente

Los requisitos que debemos considerar para que esta causal sea procedente, son los siguientes:

4.2.3.3.2.1.1. El miedo debe ser insuperable

Es decir, el sujeto no debe ser capaz de sobreponerse a la perturbación que siente, por ello, no debe estar en condiciones de actuar, racionalmente, de una manera distinta a la que actúa, violando el precepto penal. La doctrina ha señalado “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”²⁵³.

4.2.3.3.2.1.2. El miedo debe ser actual

Al igual que en el caso anterior, debe estar ocurriendo la situación que el sujeto enfrenta en ese mismo momento en que reacciona. En palabras del profesor Garrido Montt “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”²⁵⁴. Esto es obvio, en cuanto el sujeto actúa en reacción inmediata al miedo que siente.

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

A este punto ya nos referimos con anterioridad, así que sólo nos remitimos a ello.

4.2.3.3.3. La obediencia debida

²⁵³ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 244.

²⁵⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Ibídem.

A diferencia de la causal de exculpación del que actúa en cumplimiento de un deber, recogida en el artículo 10 n° 10 del Código Penal, en este caso se refiere a órdenes ilícitas, que ha recibido un subordinado de su superior jerárquico. Estas son conocidas como ordenes formales, y son aquellas en que la ley ordena obedecer a otra persona.

En razón de lo anterior, debe tratarse siempre de un deber jurídico, el cual impone ciertos requisitos previos que deben cumplirse. Así Etcheberry ha distinguido:

”Debe existir una relación de subordinación jerárquica entre el que manda y el que obedece;

La orden debe referirse a las materias propias del servicio en el cual existe la relación jerárquica indicada;

El superior debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones;

La orden debe estar revestida de las formalidades legales que corresponda, si las hay”²⁵⁵.

Este tipo de obligación legal, generalmente, está presente en los órganos del Estado, así como en los órganos que administran justicia y en las fuerzas armadas.

²⁵⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. p. 351.

Hay que distinguir entre dos tipos de obediencias legales, la absoluta, en la cual el subordinado debe obedecer, en razón de sus funciones, todas las órdenes que se le den, sean estas legales o no; por otro lado la relativa, que entrega al subordinado un margen de discrecionalidad, en la cual le está permitido no obedecer las órdenes que considere ilegales.

Dentro de la obediencia absoluta, hay que subdistinguir entre obediencia ciega, en la cual, el inferior jerárquico debe obedecer las órdenes de manera inmediata, y la reflexiva en la cual “el inferior jerárquico tiene la posibilidad de representar a su superior la ilicitud de su orden y se encuentra obligado a ejecutarla si éste le insiste.”²⁵⁶. Este es el criterio que rige en nuestro país.

El artículo 252 de nuestro Código Penal sostiene que, los empleados públicos estarán facultados para suspender la ejecución de una orden de sus superiores, siendo sancionado penalmente, en caso de que el superior haya insistido, desaprobando dicha suspensión. En caso de los funcionarios de la administración de justicia, el artículo 226, señala que, podrán no cumplirse las órdenes que se les den legalmente cuando, a su criterio, considere que son evidentemente contrarias a la ley, se dude de su autenticidad o se tema que, por su ejecución se causen graves males que el superior no pudo prever, en todo

²⁵⁶ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Op. Cit. p. 147.

caso estará obligado a cumplirla y se eximirá de responsabilidad si el superior insistiere en su orden.

Por otra parte, cuando nos referimos a la obediencia debida en Chile, nos remitimos al caso de los funcionarios militares, para quienes expresamente se establece el deber de obediencia, así lo dispone el artículo 334, que se ubica dentro del título VII del Código de Justicia Militar, el cual en su numeral 1°, reglamenta la desobediencia; el artículo 334 dispone lo siguiente: “Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior. El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio”.

En relación con ello, el artículo 214 del mismo Código dispone lo siguiente: “Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados. El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito.”, a este respecto, la formalidad aludida del artículo 335, dice

relación con la representación de las consecuencias gravosas que puedan derivar del cumplimiento de la orden, dejando paso a la opción de suspender el cumplimiento de ésta y/o modificarla, dando inmediata cuenta al superior, el artículo lo dispone expresamente así: “No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior. Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.”

Así las cosas, existe la posibilidad, dentro de estrictos márgenes, de no cumplir una orden. Sin embargo, el subordinado queda resguardado en la responsabilidad de sus actos, en vista de las disposiciones citadas, puesto que la responsabilidad recaerá sobre el superior que dictó la orden, en cualquier caso que no sea la extralimitación del subordinado en la ejecución de éstas.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo, el cual constituye nuestra Memoria para optar al título de Licenciados en Ciencias Jurídicas, hemos querido desarrollar un tema interesante y que siempre es útil por su gran incidencia en la práctica. Nos hemos abocado a conocer en mayor profundidad las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, en específico, aquellas que atenúan la imposición de una pena, así como también, aquellas que eximen completamente al individuo de tener que responder por ejecutar una conducta típicamente antijurídica.

Sin embargo, hemos querido realizar este análisis a la luz de un ejercicio de descubrimiento y comparación de las dos más grandes e importantes tradiciones jurídicas del mundo. La tradición del Derecho Continental y la del Derecho Común, o *Common Law*, de origen anglosajón, circunscribiéndonos mayormente al análisis de la regulación en Chile y Estados Unidos, respectivamente. Esto, por cuanto consideramos importante el conocimiento y la comprensión del derecho desde una perspectiva amplia, en un mundo en que cada vez las fronteras son más difusas, así como la constatación de que, pese a existir grandes diferencias en los orígenes y desarrollo de estos sistemas, encontramos instituciones del todo afines, en su regulación, comprensión y desarrollo.

En general, nos hemos encontrado con esto, con más similitudes que diferencias, a pesar de que la regulación del país del Norte tiende a ser muchísimo más abundante, considerando variadas hipótesis, con el objetivo de abarcar la mayor cantidad de situaciones que se puedan dar en la realidad. Esto ocurre por el origen que el derecho anglosajón tiene en la casuística, profundamente arraigada en su historia y tradición, constituyendo su más importante fuente de derecho, la jurisprudencia. En nuestro país, en cambio, cuya fuente principal es la ley, se tiende a una regulación específica y taxativa, en un sistema de fiel arraigo al principio de legalidad. Aun así, las instituciones estudiadas, fueron mayormente similares.

A raíz de lo anterior, durante este trabajo nos encontramos con la dificultad de sistematizar una regulación en el ordenamiento jurídico norteamericano, por ello, tuvimos que restringir nuestro análisis a las normas escritas más importantes en la actualidad, como lo son el *Model Penal Code* y el Código Federal, así como también elegimos estudiar algunas disposiciones del Código Penal de Nueva York. Con todo, estudiamos el desarrollo de las más importantes eximentes, como lo son la legítima defensa o uso regulado de la fuerza, el estado de necesidad y la enfermedad mental, a la luz de los casos más importantes que han sentado criterios permanentes en el derecho de Estados Unidos.

Bien sabemos que uno de los fines del Derecho es velar por el respeto y cumplimiento de sus normas, siendo el Estado a través de su potestad punitiva, quien se encarga de llevar a cabo esta tarea. Cuando un individuo viola una norma penal, establecida con anterioridad, lo normal es que se vea expuesto a una sanción específica, establecida para la violación de dicha norma en particular, que puede consistir en una pena que implique desde un costo monetario, hasta la privación total de libertad.

Así las cosas, hemos estudiado en primer lugar las circunstancias que inciden en la graduación de la responsabilidad penal, por cuanto provocan que ésta sea de una menor entidad de la que hubiese sido, de no concurrir dichas circunstancias. Los fundamentos de cada una son diversos y están compuestas por distintos elementos, tanto objetivos como subjetivos, pero todas ellas se ajustan a parámetros de justicia y lógica. Encontramos, entre ellas, unas que se basan en las emociones propias del sujeto activo, que recogen un sentimiento subjetivo de miedo, venganza, arrebató, justicia, entre otros, emociones que justifican, cumpliéndose los demás requisitos legales y largamente desarrollados por la doctrina, un actuar contrario a derecho.

Por otro lado, vimos también la regulación de circunstancias que se basan en aspectos propios de la conducta del sujeto, como su historia penal anterior, la colaboración que el mismo pueda hacer con la investigación en el esclarecimiento de los hechos y/o entregándose a la justicia, la posterior

reparación del daño causado o las acciones destinadas a evitar las consecuencias dañosas de sus actos. Todas ellas, inciden en la graduación de la responsabilidad penal, atenuando la pena que el sujeto debe cumplir por haber dañado o puesto en peligro bienes jurídicos tutelados y ajenos.

Si bien, en ambas tradiciones jurídicas, se regulan dichas circunstancias bajo diferentes clasificaciones y nomenclaturas, la mayoría de ellas tiene su símil en la legislación comparada. En este mismo sentido, y con aún mayor cercanía en la concepción actual de ellas, estudiamos a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, esto es, aquellas que obstan al nacimiento de la responsabilidad penal en el sujeto, ya sea porque su conducta está justificada y no se considera antijurídica, o porque respecto del sujeto mismo no puede realizarse un juicio de reproche. A este respecto, estudiamos cómo se configura la responsabilidad penal en el sujeto, analizando los elementos de antijuricidad y culpabilidad, comprendiendo que la antijuricidad es un elemento íntimamente ligado a las causales de justificación, es decir, mientras la conducta de un sujeto está justificada por el ordenamiento jurídico, no se considerará contraria a él. En tanto, la culpabilidad es un concepto complejo, cuantificable y depende de distintos factores para poder graduarla, factores objetivos y subjetivos, como el conocimiento, la intención, la madurez, la comprensión de las normas, la normalidad de las circunstancias concomitantes, la libre voluntad, etc.,. Importantes han sido para ambas legislaciones la incorporación de los

parámetros de comportamiento o modelos de hombre medio, puesto que una conducta será más o menos culpable, en la medida que se adecúe a la expectativa social, al hombre justo, pero de las mismas características y en la misma situación del sujeto al cual se le realiza un juicio de reproche.

El presente trabajo también ha pretendido ser un esfuerzo por sistematizar el estudio y clasificación de las circunstancias atenuantes y eximentes en nuestro derecho, sus requisitos, fundamentos y concepción actual, agregando la dinámica de observar el desarrollo de las mismas instituciones en otro sistema. Asimismo hicimos un esfuerzo por recolectar la voz de variados estudiosos del derecho, aportando sus concepciones y análisis en cada uno de los conceptos estudiados. Esperamos haber sido un aporte en esta interesante y entretenida materia de Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y material impreso

BACIGALUPO Z. Enrique. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal Parte General. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Tomo II. Santiago, LexisNexis, 2007.

BUSTOS Ramírez, Juan. Control Social y Sistema Penal. PPU.S.A. Barcelona, 1987.

CONDE-PUMPIDO, Ferreiro Cándido. Código Penal comentado; con concordancias y jurisprudencia. Barcelona, Bosch, 2004.

CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Barcelona. Editorial Bosch, 1977.

CURY URZÚA, Enrique, "Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 1988-92.

CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Octava edición ampliada. Santiago, Chile. 2005.

DOMÍNGUEZ, Antonio. Historia Universal Edad moderna Volumen III, Segunda edición. Ediciones Vincent Vives, SA. 2006.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Tercera edición. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FERNÁNDEZ, Antonio. Historia Universal: Edad contemporánea volumen IV, Segunda edición. Ediciones Vines Vives, SA. 2006.

FLETCHER, George. Conceptos Básicos de Derecho Penal. Valencia, Tirant Lo Blanch 1997.

FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias y comentarios al Código Penal chileno. Tomo I. Lima, 1883.

GARRIDO MONTT, Mario, "*Derecho Penal, Parte General*", Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, Chile, 2001.

GIMBERNAT O, Enrique. "¿Tiene un futuro la dogmática penal?" en Estudios de derecho Penal, Madrid, 1990, 1971.

HENDLER, Edmundo. Derecho Penal y Procesal Penal de los EE.UU. Buenos Aires, AD-HOC, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Buenos Aires, 1962-1971, Tomo IV. EN: POLITOFF L. Sergio, MATUS A. Jean Pierre, RAMÍREZ G.

María, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Actualizada, Santiago, Chile, 2003.

LABATUT GLENA, Gustavo, “Derecho Penal”, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición, Santiago, Chile, 1990.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol.1. trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

MEZGER, Edmundo. La culpabilidad en el Derecho Penal Moderno. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Vol.14. España, 1956.

POLITOFF, Sergio. Derecho Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

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.

ROBINSON, Paul. Criminal Law. New York, Aspen Law, 1997.

SINGER, Richard; LA FOND, John, Criminal Law, Cuarta edición, Wolter Kluwer, Austin-Boston, 2007.

SOLER, Sebastián. “Esquema de Derecho Penal”. Editorial Depalman, Buenos Aires, 1944. En: ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, Santiago, Chile, 1997.

TINOCO, Ángel. Fundamentos en el sistema judicial penal del *Common Law*. Sevilla. Universidad de Sevilla, 2001.

TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. *Common law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y sistema estadounidense*, Alegatos: 71-100, 2008.

WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General. Traducción de Carlos FONTÁN. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, Argentina. 1956.

WENDELL HOLMES, Oliver, *The Comonn Law*, Litle, Brown and Company, 1963.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina, 2002.

Artículos en línea, legislación y jurisprudencia

AMBOS, Kai. 2008. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible. [en línea] *Política criminal*, N°5, 2008.
http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [consulta: 10 noviembre 2015]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía Legal sobre Ley Penal Juvenil. [en línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil> [consulta: 15 de septiembre de 2015]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Guía Legal sobre Ley Penal Juvenil. [en línea] <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil> [consulta: 15 de septiembre de 2015]

ALEMANIA. 1871 Código Penal Alemán [en línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf [consulta: 15 de octubre 2015]

CHILE Ministerio de Justicia 1874. Ley Código Penal, [en línea] http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/leyes/pdf/actualizado/1984.pdf, [consulta: 10 marzo, 2015]

HOUSE OF LORDS, DANIEL M'NAGHTEN'S CASE. 1843 [en línea] <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2085> [consulta: 20 de julio 2015]

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Insanity defense [en línea] https://www.law.cornell.edu/wex/insanity_defense [consulta 20 noviembre 2015]

MCBRIDE, Alex. 2006. Landmark cases [en línea] PBS. diciembre, 2006. http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/landmark_marbury.html [consulta: 05 octubre 2015]

NEW YORK COURT OF APPEALS, Goetz v. United States [en línea] http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/p_goetz.htm [consulta: 10 octubre 2015]

NEW YORK STATE LAW. Penal Law [en línea]
http://ypdcrime.com/penal.law/article35.htm?zoom_highlight=use+of+force#p35.10 [consulta: 10 diciembre 2015]

OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL, UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES, United States Code. 1994. [en línea].
<http://uscode.house.gov/faq.xhtml> [consulta: 03 octubre 2015]

OFFICE OF THE LAW REVISION COUNSEL, UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES, United States Code. 1994. [en línea].
http://uscode.house.gov/about_code.xhtml [consulta: 04 octubre 2015]

OXMAN, Nicolás. 2013. Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón [en línea] Revista Ius et Praxis. 2013. Año 19, nº1.
www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n1/art05.pdf [consulta 21 octubre 2015]

RAE, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [en línea]
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=miedo
[consulta :30 abril 2015]

ROBINSSON, PAUL. Criminal Law defenses. A systematic analysis. [en línea]
Columbia Law Review. Marzo 1982. Vol 82 No.2 1982.
http://www.jstor.org/stable/1122275?seq=1#page_scan_tab_contents [consulta: 24 septiembre 2015]

RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. [en línea] Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Agosto 2011. Número 36. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/771> [Consulta: 04 de octubre de 2015]

SUPERIOR COURT OF MARIN COUNTY, 1999 [en línea] <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/70/1535.html> [consulta: 10 diciembre 2015]

SUPREME COURT OF VERMONT. 1908, Ploof v. Plutman [en línea] <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2462>. [consulta 04 octubre 2015]

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. 1962. Model Penal Code. [en línea] Washington,DC.<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf> [consulta: 20 octubre 2015]

UNITED STATES. SUPREME COURT. 1895. Davis v. United States. [en línea] <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/160/469/case.html>, [consulta: 09 diciembre 2015]

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA,
1954 [en línea] [http://law.justia.com/cases/federal/appellate-
courts/F2/214/862/314341/](http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/214/862/314341/) [consulta: 14 octubre 2015]