Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE



REVISTA DE DERECHO

AÑO XLI — Nº 162 JULIO - DICIEMBRE DE 1974

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ
Subdirector: LUIS HERRERA REYES
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI
SERGIO GALAZ ULLOA
ARTURO PARADA KREFT
MARIO ROJAS RODRIGUEZ
BERNARDO GESCHE MULLER
HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ALGUNAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO PENAL CHILENO

ALBERTO COLVIN PAVEZ
Departamento de Derecho Penal

La promulgación de nuestro primer y único instrumento codificado, en materia punitiva, significó un gran paso de avance en el camino de la legislación. Mediante él nos independizamos de la tutela legislativa española, sin tener que continuar recurriendo a las Partidas o Novísima Recopilación. Los cien años de vigencia han demostrado que no estuvo exento de defectos y errores; pero, sobre todo, han demostrado que su contenido fue un notable acierto. De no haber sido así, no tendría explicación que hubiera regido cien años con escasas y poco trascendentes modificaciones. Pienso que nuestro Código Penal ha cumplido una larga y fecunda vida y por ello sostengo que la hora del centenario de su promulgación, también, es la hora de las alabanzas.

Resulta sencillamente sorprendente, como las ideas generales de este vetusto cuerpo de leyes se acomodan bastante bien a ideas, doctrinas y posiciones que han surgido con mucha posterioridad a su redacción. Naturalmente que es necesario modificarlo o simplemente dictar otro Código, pero tengo la certidumbre que este nuevo Código será el Código que era, siendo un nuevo Código. Si se examinan las disposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica, recomendado por los penalistas de habla castellana, se verá cuanto queda del Código nuestro.

Al recordar su promulgación, he querido hacer unas pocas consideraciones, someras y nada profundas, de algunas de las por él llamadas circunstancias eximentes de responsabilidad, con el propósito de demostrar cómo, no obstante su vejez, no están tan lejos de poderse amoldar a las modernas concepciones del Derecho.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La importancia y amplitud de la materia recogida en el art. 10 del Código Penal determina una necesaria sistematización, porque si bien es cierto todas son coincidentes en sus consecuencias, resultan muy heterogéneas en cuanto a su naturaleza. El punto de contacto entre las llamadas circunstancias eximentes se encuentra en el hecho que todas producen el efecto de impedir la aplicación de una pena. La heterogenidad estriba en que no todas eximen de responsabilidad por las mismas causas.

La Ley las titula "De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal", de lo cual parece inferirse que se trata de hechos o causales que impiden la aplicación de la pena. Es un simple parecer porque lo que pasa es que cuando una de ellas aparece; el delito, es lo que no llega a existir. La verdad es que no son circunstancias. Si por ello hay que entender lo que no forma parte del tipo, pero influye en la responsabilidad agravándola o disminuyéndola; resulta obvio que no obstante lo dicho por el legislador no se trata de circunstancias, sino de causas excluyentes o aspectos negativos de alguno de los elementos generales del delito.

Se viene hablando de los elementos del delito a partir de BELING, en 1906. Su consideración y número varía según unos u otros tratadistas.

Aceptando la posición de MEZGER, con su rectificación del año 1938, podemos decir que el delito existe cuando una acción es típicamente anti-jurídica, culpable y punible, en términos que los caracteres integrantes del delito, los elementos o momentos del delito si se prefiere, son la "acción", la "antijuricidad-tipificada", la "culpabilidad" y la "punibilidad".

Factores destructores, negativos o excluyentes de alguno de estos elementos del delito, son las llamadas por nuestro Código "circunstancias eximentes de responsabilidad". La simple lectura de ellas da la idea clara que el sujeto no ha actuado lícitamente o lo ha hecho sin dolo ni culpa. De acuerdo a lo dicho precedentemente podemos llegar a la siguiente clasificación de las impropiamente llamadas circunstancias eximentes:

1) Causas de faltas de acción;
2) Causas de justificación, y
3) Causas de exclusión de culpabilidad.

El Código en el art. 1 exige una manifestación de voluntad. Todo movimiento corporal o toda abstención que ha tenido lugar sin intervención de la voluntad no puede ser considerada acción para los efectos penales; por esta razón, la fuerza irresistible o los actos de sonambulismos espontáneo o provocado, importan falta de acción o ausencia de acto.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por causas de justificación ha de entenderse aquellas que legitiman una conducta que se encuentra descrita en la ley como delito. En otras palabras, transforman una acción ilícita en lícita. Son llamadas por la doctrina alemana "causas de exclusión de lo injusto", "excusas" por los franceses y "desacriminantes ideológicas" por los italianos.

Todo tipo penal está establecido en protección de un interés. Pero ocurre que frente a este interés surge otro tan importante o más que el objeto de la protección. El legislador ha establecido taxativamente estas causales de exclusión de antijuricidad y este carácter tienen en nuestro Código la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, en ciertos casos.

La culpabilidad es definida por MEZGER como, "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de una conducta antijurídica".

CARRARA fundamenta la responsabilidad penal en el principio de la imputabilidad moral, basada en el libre albedrio, de modo que la apreciación de esta responsabilidad no se conciba sino en base al grado de participación de la voluntad en el resultado producido.

MAGGIORE, ha expresado que la voluntad es la categoría suprema que domina todo el Derecho Penal, sólo le es ajena el caso fortuito y la responsabilidad por el resultado. La distinción se hace entre una voluntad más o menos intensa, nunca entre un querer o no querer. Agrega, si deseamos desmenusar la compañía que la acción puede tener con la voluntad podemos formular cuatro hipótesis:

1) Se ha querido y previsto tanto la acción como el resultado (delido doloso).

2) Se ha querido la acción y no el resultado en toda su integridad, sino un efecto menos grave. (Es la figura del delito preterintencional).

3) Se quiso la acción, pero no el resultado que sin embargo debía y podía preverse como posible. (Delito culposo o cuasidelito según los términos de nuestro legislador).

4) Se quería la acción y no el resultado que no fue previsto porque no podía serlo. (Es el caso fortuito).

La culpabilidad es más ni menos que la valorización sujetiva de la acción. Si se mira todo el ordenamiento penal estaremos en el campo de imputabilidad. Si nos detenemos a considerar sólo el hecho concreto entraremos a la reprochabilidad o culpabilidad propiamente dicha.

Dejando de lado doctrinas formuladas respecto del concepto de la imputabilidad y tratando sólo de dar una noción clara,

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

podemos decir con LISTZ que imputabilidad significa la facultad de determinación normal o la capacidad de obrar penalmente. De modo que es un acierto decir que la capacidad civil trasladada al campo del Derecho Penal se llama imputabilidad.

En el Derecho Penal la cuestión ha de ser objeto de un tratamiento negativo. Imputable es todo hombre mientras no se demuestre la excepción, es decir, mientras no concurran alguna de las causas de exclusión consignadas por la ley de un modo expreso.

Para nuestro Código son causales de inimputabilidad las enagenaciones mentales y la menor edad. Cuando se da alguna de estas circunstancias la culpabilidad desaparece por falta de base. Inútil sería investigar si actuó dolosa o culpablemente cuando el autor fuese un inimputable, un sujeto sin capacidad penal.

Las diversas maneras en que puede estar presente la voluntad constituyen los grados de culpabilidad y de un modo más preciso puede tratarse de una rebelión intencional y deliberada de violar la ley o puede tratarse de una conducta no intencional, pero cuyo resultado pudo evitarse empleando diligencia o cuidado.

De modo que los grados de la culpabilidad son unicamente el dolo y la culpa. La preterintención no es más que una mezcla de ambos y el caso fortuito no es sino la ausencia del dolo y de la culpa.

* * *

En el Nº 9 del artículo en estudio, se habla del que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por miedo insuperable.

El delito supone, por parte del Agente que lo ejecuta, voluntad respecto de la conducta por él mismo desarrollada; voluntad que desaparece total o parcialmente si ella es presionada. En atención a la naturaleza de tal presión o violencia se distinguen las nociones de "violencia material" y "violencia moral" a las que nuestro Código llama "fuerza irresistible" y "miedo insuperable". Una y otra eximen de responsabilidad. Pero, las razones por las cuales se establece la impunidad son diversas. Esta diversidad nace de su propia naturaleza, mientras que en la violencia física o fuerza irresistible quien la experimenta queda totalmente privado de voluntad. En la violencia moral o miedo insuperable conserva cierta voluntad electiva. En la fuerza irresistible, que es la que por el momento nos interesa, aunque el sujeto quisiera obrar de otra manera, no podría hacerlo ni aún exponiéndose a perder su propia vida.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Con mucha anterioridad a que la doctrina técnico-jurídica señalara los elementos del delito y sus caracteres negativos algunos tratadistas clásicos pusieron de manifiesto la diversa índole de estas formas de violencia. CARMIGNANI dice que en la violencia moral existe una disminución de la libertad electiva, a diferencia de la total anulación de la voluntad que se produce en el caso de la violencia física.

Pero el sagaz PACHECO, adelantándose mucho a su tiempo, expresa: La acción que se ejecuta por virtud de la violencia irresistible no es seguramente una acción, quien así obra, no es en aquel acto un hombre, es un instrumento. Es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera. El juicio de Pacheco es exactísimo. Efectivamente, la fuerza material imposibilita el nacimiento de la acción. La doctrina sostiene que el sueño, el sonambulismo, la sujestión hipnótica y la embriaguez total y fortuita son, también, excluyentes del concepto de acción, porque importan una conducta no voluntaria, en el sentido que no es espontánea ni motivada la actuación del sujeto. El Código nuestro no las contempla expresamente, pero puede afirmarse que no son extrañas a su texto. En efecto, si se tiene en consideración que en el Nº 1 del Art. 10 se habla de que está exento de responsabilidad el que por cualesquier causa independiente de su voluntad se halla privado totalmente de razón, no se vé por qué en esta genérica expresión no pueden quedar comprendidos el sueño, sonambulismo, hipnosis y la embriaguez total y fortuita. A mayor abundamiento habría que tener en consideración que el Art. 1 habla de acciones u omisiones voluntarias.

* * *

De las definiciones que conocemos de la legítima defensa elegimos la de MEZGER, que sostiene que por tal ha de entenderse "la necesaria para rechazar un ataque antijurídico y actual dirigido contra el que se defiende o un tercero". Las doctrinas que explican la naturaleza de esta institución son tantas que el exponerlas nos ocuparía todo el tiempo que disponemos para nuestra exposición. Explicamos su naturaleza diciendo que consiste en un acto verdadero y propiamente lícito, legítimo y ajustado a derecho; hablando en el lenguaje técnico, sostenemos que se trata de una verdadera y real causal de justificación.

El legislador habla "del que obra en defensa de su persona o derechos", expresión en la que es preciso detenerse para determinar su alcance. La defensa de la vida y su integridad corporal está declarada explícitamente cuando el Código habla de la persona. Entre los derechos, resultan defendibles la libertad personal, pudor, honor, derechos patrimoniales y demás. Verdad es que respecto del honor y de los derechos patrimoniales el pro-

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

blema ha sido discutido. La legítima defensa del honor podrá alegarse en contadas ocasiones, debido a que generalmente existan otros medios para defenderlo. Pero no quere decir que el honor carezca de las condiciones necesarias para ser objeto de legítima defensa. ALIMENA sostiene que si las ofensas al honor pueden ocasionar un mal irreparable, es completamente lícita la defensa proporcionada para impedir que ello ocurra.

En cuanto a la defensa de los bienes, la doctrina del tribunal Supremo de España era que podía admitirse cuando el ataque a los bienes fuese acompañado de un acometimiento personal (S.S. 13 de Marzo de 1897 y 7 de Mayo de 1913). Los Tribunales chilenos han acogido casos la legítima defensa de los bienes, sin la exigencia hecha por el Supremo Tribunal de España. Es de celebrar la amplitud con que el Código señala los derechos que pueden defenderse, dando, así, cabida a las exigencias que la doctrina con mucha posterioridad a su promulgación planteó al respecto.

El número 4 se refiere a la persona o derechos del propio individuo que se defiende. En los dos siguientes se trata de la defensa de la persona o derechos de parientes y de extraños rspectivamente. La tendencia actual es refundir en una sola disposición la defensa de los derechos propios o ajenos. El Código Penal tipo para Latinoamérica, habla simplemente de que no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos.

La primera condición exigida por el Código y que se considera el alma de la legítima defensa, está representada por la existencia de una "agresión ilegítima". El concepto de agresión supone que ésta provenga de actos humanos. Por muy grave que sea el peligro en que se encuentra una persona si proviene de fuerza natural o de un ser irracional, la reacción no puede ser calificada de legítima defensa, sino de estado de necesidad.

La exigencia de la ilegitimidad de la agresión supone la indebida ingerencia en un estado existente y que constituye un derecho propio o ajeno. O bien, como lo ha dicho el Supremo Tribunal de España, sin causa, razón o motivo que la justifique.

El segundo de los requisitos exigidos para la existencia de la legítima defensa supone la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Tal situación de necesidad no existiría sino en el caso que la agresión sea actual o inminente y al mismo tiempo, que la reacción empleada importe un medio que no exeda la medida necesaria para repelerla, dentro de los límites que pueden exigírsele a una persona.

La coincidencia cronológica entre la agresión y la defensa es indispensable para poder apreciar esta causal de justificación. En dos palabras se dice que no puede ser ni antes ni después.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si una persona ante el temor de que llegase a producir la agresión esperada; se adelantara dando muerte al futuro agresor, el caso no podría ser tratado al tenor de la legítima defensa, porque a esas alturas eixstirían otros medios de prevenir el peligro, como denuncia a la autoridad u otras precauciones de índole particular. Si, contrariamente, la reacción contra la agresión se produjera después, tampoco nos encontraríamos en un caso de defensa, sino en algo que sería venganza. No significa esto que para que tenga cabida, sea necesario que la agresión llegue a desarrollarse totalmente. El texto legal habla de impedirla y se impide lo que está por venir. Las leyes de ALFONSO EL SABIO participaron de este criterio y el Tribunal Supremo de España y La Jurisprudencia Chilena siglos después han sentado la doctrina de que la defensa se produce no sólo cuando hay necesidad de repeler un ataque sino, también, cuando es preciso prevenirlo para evitar que se consuma.

En general, la existencia de otro medio con que el sujeto agredido hubiera podido evitar la agresión excluyen la concurrencia de esta justificante. El problema de la fuga como posible medio de evitar la agresión ha sido controvertido. Pero, la mayoría de autores, como MANZINI, MEZGER, sostienen que la fuga es un acto vergonzoso, que no puede ser exigido a una persona y que por tanto, su posibilidad no excluye las exigencias legales.

Como tercer requisito el Código Penal quiere que exista proporcionalidad entre el acometimiento y la defensa. Esto es lo que la doctrina con más brevedad y precisión llama necesidad de la defensa. La institución gira a través de dos conceptos básicos: agresión ilegítima y necesidad de la defensa. La importanci aque tiene la necesidad de la defensa ha llevado a los alemanes a posiciones aberrantes.

FRANZ VON LISZT sostiene que el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor. En Alemania un hombre enfermo dio muerte a un niño para impedir que le sustrajere un objeto de valor insignificante. Ellos entienden la defensa de un modo material. La acción de la defensa no debe exceder los límites de lo preciso y esto será así, cuando haya proporción entre el acometimiento y la defensa. Cuando esto no ocurre surge la figura del exceso en la defensa, que debe ser tratada con los principios del dolo, la culpa o el miedo insuperable, según exista intención, precipitación o temor.

El legislador exige, por último, falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. La expresión suficiente es la que da el verdadero alcance de la exigencia. Puede, en absoluto, no haber provocación; puede haberla pero insuficientemente y puede haberla suficientemente.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cuando se trata de defender la persona y los derechos de un pariente, la ley exige que concurran la agresión ilegítima, la necesidad de la defensa y que no haya el defensor tenido participación en la provocación. En el fondo, las exigencias son las mismas, sólo que la falta de provocación suficiente hay que considerarla entre el tercero que interviene para defender y el agresor.

Nuestro Código contempló expresamente, también, la que al decir de ALIMENA es la más bella de todas; la legítima defensa de extraños y a las condiciones de concurrencia agregó una nueva, la de que el defensor no fuera impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Exigencia que si no se hubiera establecido, de todos modos habría que haberla entendido igual, como quiera que la legítima defensa no puede tener otro móvil que la defensa de un derecho.

* * *

Seguidamente en el Nº 7 el Código se ocupa del estado de necesidad, materia ésta en que nuestra legislación necesita de una rectificación.

En el Código Español de 1870, tal como ocurre hasta ahora entre nosotros, quedaba reducida dicha eximente al que producía un daño en la propiedad ajena. Esta estrecha disposición fue corregida y ampliada por reformas del año 1932 y 1944, que hablaron de un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno que lesionaba un bien jurídico.

Nuestra Ley expresa: "el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca un daño en la propiedad ajena", dejando dentro de su ámbito de aplicación sólo los bienes patrimoniales. No tiene cabida, entre nosotros, la sostenida discusión de si el estado de necesidad es una causal de justificación o una causal de exculpación. Tal como aparece redactado, estableciendo como requisito "realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar", es claro que se trate de una causal de justificación, como lo es la legítima defensa.

Tienen, sí, plena validez las diferencias que existen entre el estado de necesidad y la legítima defensa. En aquella se trata de dos intereses legítimos que están en conflicto y que están igualmnte protegidos. En cambio en la legítima defensa el conflicto es entre el interés ilegítimo de agresor, que quiere matar, robar o violar y el bien jurídicamente protegido del acometido.

Las exigencias del estado de necesidad en nuestro Código son:

1) Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar;
2) Que sea mayor que el causado para evitarlo, y
3) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se trata, entonces, que para evitar un mal se ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, concurriendo las circunstancias antes indicadas.

Del texto legal pueden deducirse dos principios fundamentales. Se ha dicho el que para "evitar un mal", sin distinciones de ninguna especie. Puede, entonces, el bien ser propio o ajeno. En segundo término, los bienes que pueden sacrificarse se reducen sólo al derecho de propiedad. No puede ser sacrificada ni la vida, ni la salud, ni la libertad para salvar la propia vida. El tan discutido conflicto entre dos vidas, no puede entre nosotros resolverse con el estado de necesidad.

En cuanto al mal que se trata de evitar, este no debe ser de aquellos que el sujeto tenga la obligación de soportar en razón de la Ley o si se le impone en razón de deberes propios de una actividad o profesión. Si el peligro no es real, sino aparente, se dará la figura del estado de necesidad putativo, que debe ser tratado con la doctrina del error y como causal de exculpación.

Se refiere a que el mal que se pretende evitar sea mayor que el que se causa para evitarlo, es necesario dejar establecido que la estimación de los bienes en pugna debe hacerse en consideración a los que de buena fe entendiera el necesitado cuando sacrificó el bien ajeno. Lo mismo debe decirse del tercer requisito de que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

* * *

La tendencia penal de crear causas de justificación supralegales, no tiene cabida en nuestra legislación. Nuestro Código Penal ha evitado con el Nº 10, del artículo en estudio todos estos difíciles problemas, como las intervenciones quirúrgicas, lesiones deportivas, instituciones mendicantes y otras. Esta disposición habla que está exento de responsabilidad el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

El acto ilícito es el que se halla en pugna con el ordenamiento jurídico y por ello no se concibe que pueda considerarse ilícita la conducta ejecutada en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de derecho o al menos autorizada por ella.

Se ha entendido que esta feliz disposición de nuestro Código importa la consagración legislativa de dos causales de justificación: el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y la obediencia debida, que sería causal de exculpación.

El cumplimiento de un deber involucra todas aquellas actuaciones a que una persona está obligada por una norma de

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derecho. De imposible enumeración serán estos supuestos. Basta con mencionar el agente de policía que practica una detención ordenada por autoridad competente.

La dificultad se presenta cuando el funcionario no actúa en virtud de facultades regladas, sino en el ejercicio de facultades discrecionales; estas últimas pueden conducir al abuso o desviación de poder, supuesto en que la justificación desaparece.

Contradictorio sería si, por una parte, una norma jurídica reconociese la facultad de obrar y, por otra parte, una norma jurídico penal sancionar este hecho como delito o contravención. FLORIAN sostiene que lo que el derecho autoriza para obrar sin incurrir en delito es un derecho subjetivo. Quedan incluidos en esta causal los actos justificados por el ejercicio del derecho de corrección y el ejercicio de un oficio o cargo.

En atención a lo primero se debe tener en consideración que el ordenamiento civil da a los padres la facultad de corregir y castigar a sus hijos. El límite de este derecho está en la moderación de que habla la ley civil, constituyendo exceso todo lo que supere esta medida, el cual debe ser tratado con los principios del dolo o de la culpa.

El ejercicio legítimo de un oficio o cargo está constituido por actividades profesionales, es decir, de actuaciones que son resultantes de derechos concedidos a las personas en razón de su profesión.

Las más relevantes de estos ejercicios profesionales están constituidos por el tratamiento quirúrgico. MEZGER, define el tratamiento curativo "como la intervención sobre la persona de otro, al objeto de mejorar su salud, siempre que pueda considerarse como una medida adecuada, teniendo en cuenta el estado presente de nuestro saber". La distinción de intervenciones con éxito y desafortunadas es obligada desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas penales. Las intervenciones con éxito alejan toda posibilidad de delito. Efectivamente las lesiones son todo daño en el cuerpo o en la salud, y si estas mejoran la salud faltan las condiciones esenciales exigidas por el tipo. Si la intervención ha sido desafortunada es necesario distinguir si ella se verificó con el único fin de salvar la vida o la salud del enfermo o si esta intervención no era precisamente la necesaria para estos objetivos. En el primer caso la justificante concurre, indiferentemente de que haya o no voluntad del paciente, puesto que lo determinante es el móvil del profesional. Si la intervención no decía relación exclusiva con la vida o la salud, como los casos de la llamada cirugía estética, habrá que atender si se verificó con el consentimiento del paciente o sin él. Existiendo consentimiento la acción quedará justificada. Pero en la operación que no tenía una finalidad curativa y se realizó

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin consentimiento del paciente no existe causa alguna que pueda excluir la responsabilidad criminal por la muerte o las lesiones producidas.

* * *

No resulta fácil encontrar una fórmula satisfactoria para establecer en la ley las causales de imputabilidad. La disparidad entre las distintas legislaciones es muy grande. La fórmula inglesa habla de enfermedad mental, en tanto impide al autor conocer la naturaleza del hecho o su inmoralidad o ilegitimidad; el Código Italiano de 1931 habla de el estado psíquico patológico que anula la capacidad de comprender y querer.

El Código Tipo para Latinoamérica en el Art. 19 habla de que no es imputable el que en el momento de la acción u omisión por causa de enfermedad mental o de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia, no tuviere la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La legislación chilena señala específicamente que las causales de inimputabilidad son la enagenación mental y la falta de madurez por ser menor de edad. El Nº 1 del Art. 10 declara exento de responsabilidad "al loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido". No fue el propósito del legislador dar a las palabras loco o demente ningún significado técnico; el sentido es más bien el que seguidamente la disposición comentada expresa al decir privado de razón. Se ha entendido y la redacción no presentó inconveniente para ello, que la expresión loco o demente no es un vocablo técnico médico-biológico, sino una expresión amplia en que tienen cabida no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino cualquier otra alteración que priva totalmente de razón, tales como las psicosis, oligofremias y transtornos psicosomáticos.

El Código dio cabida a los "intervalos lúcidos" e hizo de ellos un caso de excepción para la responsabilidad de los enagenados. La psiquiatría ha rechazado el concepto, estimante que la enagenación permanece y lo que desaparece son sólo los síntomas de la enfermedad. Generalmente el perito negará la existencia del intervalo lúcido y el juez concederá la eximente; de modo que el desacierto en que incurrieron los redactores del Código aparece corregido por la aplicación práctica de la disposición.

La falta de madurez mental es otra causal de inimputabilidad contemplada por nuestro Código. Pero esta falta de madurez mental reconoce como única causa la minoridad. Los mayores de edad con mente de niño deberán ser tratados de acuerdo con los principios de las enagenaciones. El Código, como todas las

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

legislaciones, buscó y señaló al respecto topes artificiosos, determinando que la plena responsabilidad se alcanza a los diez y ocho años, a sabiendas que hay personas que a los diez y siete han adquirido una madurez mayor que otros a los diez y nueve.

En los Nos. 2 y 3 del Art. 10 y 72 se refirió a la situación penal de los menores; se establece plena responsabilidad para los mayores de 18 años, sin que la edad tenga influencia en la pena. Los menores de 18 y mayores de 16 tienen responsabilidad siempre que hayan actuado con discernimiento. Pero, en todo caso, si ha declarado el discernimiento tienen una atenuante especial, señalada en el Art. 72. Los menores de 16 años no tienen jamás responsabilidad. Se han criticado las fórmulas de inimputabilidad establecidas por nuestro Código hace cien años, críticas que son justas. Sin embargo MAX ERNESTO MAYER, el genial pensador alemán, tiempo después ha definido la imputabilidad como la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Para este notable tratadista la salud y el desarrollo mental son las bases de la imputabilidad y su ausencia. Con lenguaje por cierto deficiente, el legislador lo contempló cuando eximió de responsabilidad al loco o demente y a los menores.

La imputabilidad debe ser verificada al tiempo en que se realiza la conducta típica y antijurídica. Aparente excepción hacen a esta regla las acciones llamadas Libera in causa, que son aquellas en que el sujeto que se encuentra en estado normal, y voluntariamente se pone en estado de incapacidad de entender y querer, mediante el sueño, sonambulismo, sugestión hipnótica o embriaguez. En este caso, concurre la imputabilidad, porque se considera la voluntad inicial, que fue libre y consciente.

El acto de una persona que importa un delito, obedeciendo una orden de otra persona a la cual se encuentra sometida, ha sido objeto de la preocupación del Derecho Penal desde muy remotos tiempos y esto nada tiene de extraño, porque quién tiene la obligación de hacer la voluntad de otro hombre, que ha sido dado como superior jerárquico, su libertad de querer está contreñida por esta circunstancia. El Derecho Romano reconoció la impunidad del acto cometido por el inferior que se limitaba a cumplir lo ordenado por el superior. Así es como justificó la muerte de la mujer adúltera de manos de su propio hijo, cuando el padre ofendido lo había ordenado.

El Código de España contemplaba con una eximente especial el caso de "obrar en virtud de la obediencia debida". La Comisión redactora de nuestro Código suprimió esta eximente por estimar que ella estaba contenida dentro de la eximente de "obrar en cumplimiento de un deber" y porque importaba el

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derecho para el inferior de examinar la legitimidad de la orden del superior y casi autorizar la insubordinación.

Existe gran imprecisión respecto de la naturaleza de esta eximente de responsabilidad. Tradicionalmente se la consideraba como una causal de justificación, con respecto a la conducta del subordinado que cumplía la orden del superior.

Esta concepción empezó a merecer dudas, principalmente en Alemania donde se estimó que se trataba de una causal de inculpabilidad. MEZGER considera la obediencia jerárquica como una verdadera causal de exculpación y no de una causa de justificación. El subordinado, dice, "no actúa culpablemente, el mandato obligatorio, constituye para él una causa de exclusión de culpabilidad".

La discusión tiene importancia porque las causas de justificación hacen desaparecer lo antijurídico de un comportamiento; en cambio, en las causas de exculpación el acto sigue siendo ilegítimo.

Sea lo uno o lo otro, la obediencia jerárquica, constituye en nuestro Código una eximente que debe ser aceptada con prudente limitación y la concurrencia de exigencias que deben darse copulativamente son:

a) Relación de dependencia entre quien manda y quien cumple la orden, de naturaleza jurídica.
b) Que la orden se refiera a actos comprendidos dentro de la naturaleza del servicio de que trata la relación jerárquica.
c) Que la orden reúna las exigencias formales.

La patente de ilicitud de la orden ha hecho surgir dos posiciones encontradas. Una sostiene la obligación en todo caso de darle cumplimiento. Otros sostienen que una orden ilícita jamás debe ser cumplida. Ambos son criterios extremos. Por una parte se hace del funcionario un autómata y, por la otra, se llega a la anarquía del orden jerárquico. Se ha venido distinguiendo entre la ilicitud clara y dudosa y aplicando a este distingo la teoría del error, se llega a la conclusión que no podrá darse eximente si se trata de una licitud clara que por serlo no puede inducir a error y en cambio tendría cabida la eximente si se trata de una ilicitud dudosa, ya que, al no ser manifiesta, puede inducir al inferior a la creencia de que se encuentra ante un mandato legítimo.

Esta sostenida discusión doctrinaria se resuelve de distinta manera, según el sistema que rija en las diversas legislaciones. Se dice que la obediencia puede ser absoluta, relativa y reflexiva. En el sistema de la obediencia absoluta, el subordinado siempre debe obedecer. Cuando se ha establecido la obediencia relativa, el inferior sólo debe obedecer las órdenes lícitas de su superior. Cuando existe obediencia reflexiva el subordinado pue-

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de, y a veces debe, examinar la licitud de la orden, si la estima ilícita debe representarlo a su superior y sólo debe cumplirla si éste insiste. De modo que la reiteración de la orden importa la exclusión de responsabilidad para el subordinado.

Nuestra Legislación sigue el sistema de la obediencia reflexiva. El Art. 252 y el 159 se refieren al orden administrativo, el Art. 226 a los miembros del poder judicial y en materia militar el Art. 335 del Código de Justicia Militar dispone que el inferior puede suspender o modificar el cumplimiento de una orden en caso que ella tienda notoriamente a la perpetración de un delito, dando cuenta al superior. Si este insiste la orden debe ser cumplida.

El Art. 10, Nº 9, refundió dos causales de exención de responsabilidad del Código Español, declarando sin responsabilidad a aquel cuya voluntad ha sido presionada material o moralmente. Nos referimos a lo material como aspecto excluyente de la conducta humana. Debemos ahora referirnos a la violencia moral, que el legislador llama miedo insuperable.

Por miedo invensible o insuperable debemos estimar aquel de tal intensidad que sólo un valor superior al que suelen tener la generalidad de las personas puede ser desechado.

Se diferencia claramente de la legítima defensa porque en ésta se actúa legítimamente. En cambio, en miedo insuperable no se obra legítimamente, sino tan sólo de un modo disculpable. Habría que considerarla como causal de inculpabilidad o como un caso de no exigibilidad de otra conducta. La ley sólo ha dicho miedo de carácter insuperable; esto significa la exigencia de que el mal que se trata de evitar no sea inevitable por otros medios. Pero, la doctrina y la jurisprudencia le han agregado que sea inminente o no remoto, grave, capaz de producir el miedo insuperable e injusto, es decir, contrario a derecho.

La actual concepción de la culpabilidad, nos presenta esta noción integrada por dos grados: el dolo y la culpa. Son las dos únicas formas de culpabilidad. Fuera de ellos no hay ni puede haber otras. Si un comportamiento no reúne las características de alguna de estas formas de culpabilidad, nos encontramos con algo negativo de la culpabilidad, con la necesaria consecuencia de irresponsabilidad penal.

Sobre el concepto de previsibilidad se hace diferencia entre el caso fortuito y la culpa. Autores clásicos y modernos sostienen que tanto en la culpa como en el caso fortuito la persona no ha previsto las consecuencias de su comportamiento; pero, mien-

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLI 21

tras que en la culpa estas consecuencias eran previsibles, en el caso fortuito estas consecuencias eran imprevisibles y por ello no puede sancionar por falta de previsión lo que era imprevisible.

Sin embargo, autores como MAGGIORE sostienen que el caso fortuito no pertenece específicamente al Derecho Penal, sino al Derecho en general y citando a TOMAS DE AQUINO, sostiene que "nada es fortuito causal en el orden universal, sino con relación a la deficiencia de nuestro entendimiento. Dice que fortuito nos parece el suceso irreductible a nuestras categorías mentales, rebelde a nuestro poder de previsión y de conocimiento".

Otros buscan la naturaleza del caso fortuito en la doctrina de error, sosteniendo que es la más patente manifestación de error esencial e invencible.

Con MAGGIORE, diremos del caso fortuito como "un hecho imprevisible, que sobreviene de sorpresa en el comportamiento de un hombre, de manera de provocar un resultado que, con las precauciones ordinarias, no podía evitarse".

El Código en el Nº 8 del Art. 10 eliminando la frase "sin culpa ni intención de causarlo" del Código Español, estableció el caso fortuito en términos que aparece claro que requiere los siguientes requisitos:

1) El acto debe ser lícito.
2) El acto debe ser ejecutado con la debida diligencia, y
3) Que el mal sobrevenga por mero accidente.

El primer requisito ha sido objeto, tanto en España como en Chile, de abundantes críticas. ANTONIO FERRER SAMA sostiene que la expresión "con ocasión de ejecutar un acto lícito" tal vez constituya la mayor imperfección del Código Español y conduce, en muchos casos, al criterio más absurdo y arbitrario, implicando esto al más fiel tributo al injusto concepto del versari in re ilícita.

Efectivamente, una interpretación gramatical de la exigencia llevaría a extremos deplorables, si se entiende que siempre que se está en estado contravencional no habría la posibilidad de que existiera el caso fortuito, en términos tales que nunca el conductor de un vehículo que maneja sin licencia o con ella vencida podría alegar la eximente en estudio, aunque su conductor hubiere sido prudente en grado sumo. Pero, afortunadamente, no se ha entendido así. Se ha estimado que lo exigido es un acto no penado por la ley, es decir, tan sólo se trata de una ilicitud desde el punto de vista penal.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Mucho después de la promulgación de nuestro centenario Código Penal, alemanes e italianos han elaborado una construcción de la infracción penal que, considerando la ley, la han interpretado y sistematizado. Sin embargo a pesar del tiempo transcurrido, entre la promulgación del Código y la aparición de la teoría del delito, en sus aspectos fundamentales, nuestra legislación penal codificada no está lejos de responder a las exigencias de la doctrina.

Hemos hablado someramente de la ausencia del acto que importa la fuerza irresistible, el sueño, el sonambulismo y la hipnosis; de las causales de justificación que son la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley y el ejercicio legítimo de un derecho; de las causales de inimputabilidad constituidas por las enagenaciones mentales y la minoridad; de las causales de exculpación, con la fuerza moral o miedo insuperable, la obediencia debida y el caso fortuito.

Pero no sólo ésto tiene calificación doctrinaria en el Art. 10 de nuestro Código. Todos sus numerandos tienen cabida en la teoría del delito, representando aspectos negativos o excluyentes de sus elementos.

El Nº 1 excluye la imputabilidad por enfermedades mentales y, en la segunda parte, cuando habla de estar privado de razón por causa independiente de su voluntad, da cabida al sueño, sonambulismo, hipnosis y embriaguez fortuita;

Los Nos. 2 y 3 excluyen la imputabilidad por falta de madurez mental;

Los Nos. 4, 5 y 6, referidos a la legítima defensa, excluyen la antijuricidad;

El Nº 7, referido al estado de necesidad, excluye, también, la antijuricidad;

Los Nos. 8 y 9 se ocupan del caso fortuito, excluyen la culpabilidad;

El Nº 9 en la parte primera, al referirse a la fuerza irresistible, excluye la conducta; en la segunda parte, al hablar del miedo insuperable, excluye la culpabilidad o la exigibiidad;

El Nº 10, al referirse a la obediencia debida, elimina la culpabilidad; y, al referirse al ejercicio de un derecho, elimina la antijuricidad;

El Nº 12, al ocuparse de la omisión insuperable, excluye la antijuricidad en la primera parte y la exigibilidad en la segunda.

Artículo: Algunas eximentes de responsabilidad en el Código Penal chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alberto Colvin Pavéz

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y, finalmente, el Nº 13, al declarar no punible los cuasidelitos, salvo casos expresamente penados, elimina la tipicidad.

El centenario del Código Penal ha servido para que se repare, a veces con exageración, en sus defectos. Es natural que así sea. Las exigencias legislativas no son las mismas en todos los tiempos. Nadie puede, entonces, sostener que el Código no necesita de modificaciones o, sencillamente, su sustitución por otro cuerpo legal. Pero, para realizar aquella o esta tarea, es preciso reparar, también, en sus aciertos. Ha sido nuestro propósito destacar uno de ellos.

Legislar es, sin duda, una actividad difícil, entendido que nos referimos a creación de normas jurídicas que afirmen e interpreten la realidad social. La dictación del Código Penal fue una buena legislación para su tiempo. Quienes eligieron como modelo al Código Español hicieron bien, porque eligieron el que era el mejor y al que era el que más interpretaba nuestra idiosincracia.

Cien años después es de justicia reconocerlo.