

UNA JURISPRUDENCIA HISTÓRICA: HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL "PRINCIPIO DE CULPABILIDAD" EN EL DERECHO PENAL CHILENO

MIGUEL SOTO PIÑEIRO
PROFESOR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CHILE

"La importante y valiente sentencia que comentamos puede, con toda razón, calificarse de histórica, pues marca un hito especialmente significativo en el largo camino de la completa afirmación del principio de culpabilidad, como criterio cardinal de nuestro sistema penal."

Giovani Fiandaca

I. CONSIDERACIONES GENERALES

I.I. Como es obvio, la frase de Giovani Fiandaca, inicialmente citada ⁽¹⁾, alude a la famosa sentencia de la Corte Constitucional Italiana de 24 de marzo de 1988 (sentencia N° 364 de 1988), por la que dicho tribunal, haciéndose eco de los reclamos de la mejor doctrina de su país ⁽²⁾, declaró inconstitucional el artículo 5 del Código Penal Italiano, en aquella parte en que el mismo consagraba el principio del "error iuris nocet", al establecer que nadie podía invocar en su favor, como excusa, la ignorancia de la ley penal ⁽³⁾, negándole así (como lo destaca expresamente la Corte) eficacia para excluir la responsabilidad penal ⁽⁴⁾.

(1) G. Fiandaca, 1988, I-28, pp. 1386-1412.

(2) Sobre el criterio seguido por la jurisprudencia italiana con anterioridad a la dictación de la sentencia en referencia y sobre las distintas propuestas formuladas por la doctrina, con abundante información, vid., D. Pulitano, 1970, pp. 123 y ss. y 1976, pp. 455 y ss.; y con especial referencia a la inconstitucionalidad del art. 5, F.C. Palazzo, 1975, pp. 777 y ss. Vid., también, F. Bricola, 1973, pp. 54 y ss.; y para la doctrina más antigua, R.A. Frosali, 1965, pp. 545 y ss.

(3) Naturalmente, inmediatamente después de este enunciado inicial, la sentencia matiza que lo relevante es el error o ignorancia referidos a la conciencia del desvalor jurídico, conciencia de la ilicitud, del hecho de que en concreto se trata. Cfr., ops. cit., infra, nota 4 y T. Padovani, 1993, pp. 281 y ss.

(4) El fundamento del art. 5, según se da cuenta en las actas de los trabajos preparatorios y en la relación con que se acompañó el proyecto de Código en 1930, se encontraba, como siempre en estos casos, en razones de prevención general; la necesidad política de garantizar la firme y expedita aplicación de la ley, evitando que se entorpezca el camino de la justicia. Cit. por G. Fiandaca, op. y pág. cit. En la misma línea de razonamiento, a los pocos días de dictada la sentencia, un columnista de un diario la comentaba bajo el significativo título de: "L'impunità codificata". Para la justificación análoga, que en la exposición de motivos del Código Penal peruano de 1924, hoy derogado, se daba del art. 87, párr. 2, que establecía el "error iuris non excusat", vid., J. Hurtado P., 1987, pp. 441 y ss.; y, en referencia a los mismos ejemplos de "diversidad cultural", en el Código peruano vigente, R. Peña C., 1997, pp. 379 y ss., 380, 384 y ss. Más en general, para la relación entre prevención general y renuencia a otorgar eficacia al error de prohibición, vid., M. Rusconi, 1995, pp. 61 y s., 115 y ss.; T. Manso P., 1999, pp. 41 y ss.; G. Jakobs, 1998, pp. 57 y ss. y bibliografía ahí cit.

1.2. La trascendencia que se le reconoció a esta sentencia ⁽⁵⁾, aparece de manifiesto de la sola consideración de que la doctrina italiana no dudó en equiparla a la Sentencia del Bundesgerichtshof de 18 de marzo de 1952 ⁽⁶⁾, en la que, como se sabe, por vez primera la jurisprudencia alemana le reconoció eficacia exculpante al error invencible en que el autor se encontraba respecto de la antijuridicidad de su conducta ⁽⁷⁾, asignándole el tratamiento y los efectos que postulaba que debía dársele a los errores de esa clase (se trataba de un "error directo de prohibición") la denominada "teoría de la culpabilidad" ⁽⁸⁾.

Lo anterior por cuanto dicha sentencia, más allá de su indudable significación dogmática ⁽⁹⁾, acogió el contenido que en esta parte le asignaba al principio de culpabilidad, ya a esa fecha la doctrina científica y por ende fue importante para que, posteriormente, a fines de los cincuenta, el Tribunal Constitucional Alemán declarara que el principio de culpabilidad estaba recogido entre las garantías de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania ⁽¹⁰⁾.

1.3. A nuestro entender, guardando naturalmente las debidas proporciones, la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, que motiva estos comentarios, ⁽¹¹⁾ debería tener para el desarrollo de nuestro derecho penal una significación análoga (11 y 49 años después, respectivamente), a la que tuvieron las sentencias antes citadas para el derecho penal italiano y alemán.

Desde ya, se trata del primer pronunciamiento explícito sobre el tema, no sólo del más alto tribunal del país, sino además de la relativamente reciente sala especializada en materias penales del mismo. Consecuentemente dicho fallo, que ya ha sido seguido por otro, que también acoge la eficacia exculpante del error de prohibición, sólo que en esta última ocasión, de un error de prohibición directo, en relación a un delito de negociaciones incompatibles de los tipificados en el artículo 240 del Código Penal ⁽¹²⁾, debería estar llamado a marcar el rumbo de toda la evolución futura doctrinaria y sobre todo -esperamos-, jurisprudencial sobre el tema.

(5) Cfr., G. Fiandaca, op. y págs. cit.: D. Pulitano, 1988, pp. 881 y ss.; F.C. Palazzo, 1988, pp. 920 y ss. y 1994, pp. 679 y ss.; Mantovani, 1990, pp. 379 y ss.; G. Fiandaca - E. Musco, 1989, pp. 230 y ss.; y G. Marinucci - E. Dolcini, 1995, pp. 84 y ss., 288 y ss.

(6) Cfr., G. Fiandaca, 1998, pp. 1386 y s.; I. Stornoni, 1998, pp. 881 y ss.; D. Pulitano, 1998, pp. 667.

(7) Una transcripción de la parte medular de sus fundamentos jurídicos y una síntesis de su importancia y alcances, en A. Eser - B. Burkhardt, 1995, pp. 285 y ss.

(8) Para la situación preexistente en Alemania y su evolución, de Figueredo D., 1995, pp. 26 y ss., 321 y ss.; D. Pulitano, 1976, pp. 534 y ss.; Muñoz C., 1989, pp. 22 y ss.; H.H. Jescheck, 1993, pp. 406 y ss.; R. Maurach - H. Zief, 1994, pp. 642 y ss.; C. Roxin, 1997, pp. 21 y ss.

(9) Como se sabe, el Reichsgericht, durante toda su existencia se negó a reconocerle eficacia exculpante al error directo de prohibición, postura que fue abandonada por su sucesor, con la sentencia en referencia, que acogió directamente la tesis de Welzel y los finalistas, en el sentido que el conocimiento de la antijuridicidad no formaba parte del dolo y era un elemento autónomo del juicio de culpabilidad. Cfr., R. Maurach, 1962, pp. 130 y ss.; H. Welzel, 1964, pp. 105 y ss. Si bien la nueva parte general del C.P. alemán de 1975, regló el tratamiento del error de prohibición (párr. 17) en una forma que, según la doctrina ampliamente dominante, corresponde a la "teoría de la culpabilidad", la teoría que en definitiva se impuso en la doctrina y jurisprudencia alemana, no fue la defendida por Welzel, "teoría estricta o pura de la culpabilidad", sino aquella otra a la que dicho autor se opuso: "teoría limitada de la culpabilidad". Cfr., ops. cit., supra, nota 8, Schünemann, 1991 a, pp. 57, 59 y ss.; Silva S., 1998, pp. 18 y s. Vid., también, H.J. Hirsch, 1987, pp. 39 y s. y 1993, pp. 54 y ss.

(10) Cfr., Schünemann, 1991 b, p. 148; P. Ziffer, 1996, pp. 83 y ss.; ops. cit., infra, nota 47, párr. III.

(11) La sentencia íntegra ha sido publicada en el número anterior de esta misma revista, con un lúcido comentario de Roberto Salim-Hanna y también en la Revista GJ, 218, agosto 1998, pp. 96 y ss.

(12) Sentencia de la Corte Suprema de fecha 23/03/99, autos rol N° 2133-98, al que por su importancia y particularidades, esperamos poder dedicarle un comentario específico en un futuro próximo.

Debemos hacer presente, en todo caso, que hasta donde es de nuestro conocimiento existen dos fallos anteriores, bastante distanciados en el tiempo, uno de la Corte de Apelaciones de Santiago y otro de la Corte de Apelaciones de Concepción ⁽¹³⁾, que ya se habían ocupado expresamente del punto. Lamentablemente dichos fallos, probablemente (a lo menos en parte) por la menor jerarquía de los tribunales que los dictaron y/o por la solución dogmática que acogían, no tuvieron la trascendencia, influencia y permanencia en el tiempo de su doctrina, que habría sido dable y deseable esperar ⁽¹⁴⁾.

1.4. Súmesele a lo anterior, que el fallo que nos ocupa, además de su trascendencia político-criminal, tiene la indudable ventaja de asumir explícitamente el discurso dogmático y las categorías en que éste se estructura, constituyéndose en una (desde todo punto de vista) excepcional posibilidad de que se inicie un productivo diálogo entre jurisprudencia y doctrina ⁽¹⁵⁾; comunicación y cooperación que, como se sabe, es una condición inamisible para que ambas puedan cumplir la función social que tienen asignada. ⁽¹⁶⁾

1.5. En efecto, en el presente y a diferencia de lo que ocurría hasta hace pocos años ⁽¹⁷⁾, la mayoría de nuestros autores se inclina por entender que la Constitución, o bien consagra el principio de culpabilidad o bien impone reconocer eficacia al desconocimiento del contenido normativo de las disposiciones legales ⁽¹⁸⁾. Sin embargo, supuesto que el derecho penal vigente en un país no se puede (o no se puede sólo) conocer en los manuales, hasta la sentencia que nos ocupa dichas declaraciones tenían un carácter más propositivo que descriptivo.

1.6. Para la relevancia que en el ámbito académico puede tener la sentencia en comentario, nos remitimos a las observaciones formuladas por R. Salim-Hanna, que suscribimos ampliamente, y que se contienen en el número anterior de la presente revista.

1.7. En razón de las consideraciones precedentemente expuestas, sobre la importancia de los temas que propone la sentencia, es que no nos parece un exceso hacer un segundo comentario sobre la misma y, por el contrario, consideramos que la invitación al diálogo que ella también constituye no admite un rechazo. ⁽¹⁹⁾

(13) RCP, 1972, pp. 42 y ss., con nota de E. Cury; RCP, 1982-1986, pp. 164 y ss., con nota de M. Soto.

(14) Naturalmente, existen otros fallos en que se resuelven problemas suscitados por el desconocimiento de normas, pero los mismos, de un lado, se mueven en el manejo arbitrario de la dicotomía "error de hecho", "error de derecho", que está en la base y es funcional al "error iuris nocet" y del otro, consecuentemente, no asumen directamente el problema. Cfr., J. Edwards V., 1958, pp. 25 y ss., 55 y ss.; A. Etcheberry O., 1987, I, pp. 296 y ss., 1987, IV, pp. 99 y s.

(15) Sobre ello, críticamente, respecto de la situación existente en España, comparada con la que se da en Alemania, vid., W. Perrón, 1988, pp. 136 y ss., 146 y ss., 150 y s.; J.L. Díez R., 1988, pp. 1091, 1094 y s. Algunos antecedentes para la explicación más amplia de ese fenómeno, F. González V., 1967, pp. 1 y ss.; E. Barros B., 1991, pp. 9 y ss.

(16) En sentido inverso, para las ventajas de dicha cooperación, por vía ejemplar, sobre el caso suizo, vid., J. Hurtado P., para la P.G., 1988, pp. 11 y ss.; para la P.E., del mismo, 1991, pp. 29 y s., 35 y s., 87 y ss.; y para el caso español en la actualidad, Silva S., 1997, pp. 309 y ss.

(17) Cfr., Ortiz, 1933, p. 63; G. Labatut, 1948, pp. 142 y s., 1962, pp. 78 y s.; Zenteno, 1979, pp. 62 y s.; E. Novoa, 1952, p. 52, 1960, pp. 512 y ss., 573 y ss.; A. Etcheberry, 1976, pp. 210, 223 y ss., 1987, I, p. 299; Del Villar, 1986, p. 189.

(18) Cfr., infra, párr. III y bibliografía ahí cit.

(19) Tenemos conocimiento que el Prof. R. Carnevalli, también ha aceptado la invitación y está preparando otro comentario a esta sentencia.

II. CULPABILIDAD Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

2.1. Según ya se apuntó aquí, el principio de culpabilidad es generalmente reconocido en la actualidad como: “uno de los presupuestos fundamentales de cualquier sistema penal” ⁽²⁰⁾, incluso, aun por encima de lo anterior y de la polémica sobre el fundamento material de la culpabilidad (“concepto material de culpabilidad” ⁽²¹⁾), el reconocimiento de las consecuencias que se derivan del principio de culpabilidad es prácticamente unánime ⁽²²⁾.

De hecho, entre los distintos principios limitativos del “*ius puniendi estatal*”, el principio de culpabilidad es, junto al “principio de legalidad” e inmediatamente después de éste, el único que tiene su puesto asegurado ⁽²³⁾ y cuenta con un amplio y generalizado reconocimiento.

2.2. Pero aquí, en lo puramente nominal y en la necesidad que la expresión culpabilidad evoca: de que exista un vínculo subjetivo que permita afirmar la “pertenencia” de lo injusto a su autor, se termina el acuerdo y el mar de fondo subyacente se hace presente con toda su intensidad. ⁽²⁴⁾

De lo que en realidad se trata, de lo que se ha tratado siempre, es de la polémica y probablemente insoluble relación dialéctica entre culpabilidad y prevención, entre una fundamentación puramente consecuencialista y una principista, o, si se prefiere, entre pena útil y pena justa. ⁽²⁵⁻²⁶⁾

2.3. En todo evento, para lo que aquí interesa, lo relevante es el reconocimiento prácticamente unánime de las consecuencias del principio de culpabilidad, en función de las cuales se distinguen distintos aspectos en la referencia a la culpabilidad ⁽²⁷⁾ o, profundizando aún más la distinción y distintos conceptos de culpabilidad. ⁽²⁸⁾

(20) D. Pulitano, 1974, p. 499; vid., también, entre y por muchos, ops. cit., infra, parr. III, De Rivacoba y R., 1975, pp. 49 y ss.; Córdoba R., 1977, pp. 3 y ss.; Muñoz C., 1976, pp. 222 y ss.; Mir P., 1985, pp. 368 y ss.; T. Padovani, 1988, pp. 798 y ss.; G. Fiandaca, 1988 a, pp. 836 y ss.; G. Fernández, 1997, pp. 211 y ss.; H.J. Hirsch, 1996, pp. 25 y ss.; C. Roxin, 1996, pp. 479 y ss., 1998, pp. 32 y ss. y esp. 169 y ss.; M. Rusconi, 1996, pp. 499 y ss.; J. Cerezo, 1998, pp. 557 y ss.; L. Arroyo, 1999, pp. 5 y ss.; y bibliografía ahí cit.

(21) Sobre dicho concepto, vid., J. Cerezo, op. y págs. ult. cit.; A. Torio, 1984, pp. 285 y ss.; del mismo, 1990, pp. 33 y ss.; H.H. Jescheck, 1993, pp. 38 y s.; y bibliografía ahí cit.

(22) Cfr., Gimbernat, 1973, pp. 30 y ss., 177 y ss., 191 y ss., 198 y ss.; Hassemer, 1983, pp. 233 y ss.; Cuerdo R., 1986, pp. 354 y ss.; Zaffaroni, 1992, pp. 93 y ss.; Bustos-Hormazábal, 1997, pp. 69 y s. y 1999, pp. 311 y ss.

(23) Cfr., p. ej., E. Bacigalupo, 1997, pp. 55 y ss., 108 y ss.; y, siguiéndolo, M. Jaen V., 1999, pp. 7 y ss., 39 y ss. El tercer principio que eventualmente se podría incluir aquí es el de proporcionalidad, pero ello depende de la solución que se le dé al polémico problema de la relación proporcionalidad-culpabilidad.

(24) Sobre ello, recientemente y poniendo de manifiesto lo equivoco de la polémica, vid., la exposición de Lesch, y su decisión en favor de lo que denomina “retribución funcional”. H.H. Lesch, 1999, *passim*. Vid., también, Feijóo, 1997, pp. 28 y ss., 44 y ss., 59 y ss.; y, ampliamente, Pérez, 1986, pp. 93 y ss., 248 y ss.; Couso, 1997, pp. 347 y ss.; con abundante bibliografía.

(25) Tal y cual ocurre en la polémica sobre la “función” y “fin” de la pena, y con mayor razón, por su carácter derivado, en su reflejo en la culpabilidad, ambos planos analíticos y argumentales se confunden frecuentemente. Cfr., A. Ross, 1976, pp. 151 y ss.; Ferrajoli, 1986, pp. 25 y ss.; C.S. Nino, 1980, pp. 197 y ss.; L. Hart, 1968, pp. 3 y ss.

(26) Cfr., p. ej., E. Bacigalupo, 1982, p. 248; Hassemer, 1982, p. 234; C. Roxin, 1986, pp. 673-4; ops. cit., supra, nota 22.

(27) Vid., M. Pérez, 1986, pp. 59 y ss.; M. Rusconi, 1996, pp. 499 y ss.

(28) H. Achenbach, 1981, p. 838; Politoff, 1997, pp. 430 y ss.; vid., también, para toda la polémica sobre el punto, Couso, 1997, pp. 28 y ss.

2.4. En este contexto, la distinción más obvia y más generalmente aceptada, a lo menos a efectos expositivos, es aquella que corresponde hacer entre el principio de culpabilidad y su contenido, por un lado, y el concepto de la culpabilidad como segunda valoración del hecho punible que integra el concepto dogmático de delito, por el otro.

Paralela y conjuntamente, en la misma distinción, se suele incluir una tercera categoría, relativa al concepto de culpabilidad que se utiliza para efectos de la determinación de la pena en concreto aplicable.⁽²⁹⁾

2.5. La viabilidad y procedencia de la distinción en referencia se ve reforzada, además de por las querellas en torno a la función y fin de la pena, por la evolución experimentada por el sistema de la teoría jurídica del delito, con el surgimiento del tipo complejo, que integra en sí, sustrayéndolo (a lo menos parcialmente) de la culpabilidad, el dolo, o, en su defecto, la culpa.

2.6. En el primer sentido anotado, se pretende que en cuanto el reconocimiento del contenido y vigencia del conjunto de exigencias que conforman la garantía (límite al "ius puniendi") que el principio de culpabilidad constituye, se hace con total independencia de la posición que se asume en la polémica sobre el fundamento material del concepto de culpabilidad, de allí se derivaría la autonomía conceptual y de contenido del principio de culpabilidad.

Naturalmente, la referida autonomía es postulada por quienes niegan que la culpabilidad sea fundamento de la pena y, en general, rechazada por quienes opinan lo contrario.

2.7. En cuanto a lo segundo, como Roxin lo ha reiterado recientemente: "*El principio de culpabilidad es, por tanto, la columna vertebral tanto de la imputación objetiva como de la subjetiva*"⁽³⁰⁾, pues el contenido o alcance del mismo se corresponde con el contenido y alcance que a la culpabilidad, elemento de la teoría del delito, se le asignaba en la primitiva concepción normativa de la culpabilidad o concepción normativa compleja de la culpabilidad, propia de las sistemáticas neo-kantianas.⁽³¹⁾

2.8. Subsecuentemente, cuando irrumpe la sistemática de orientación finalista, hoy ampliamente dominante, todos los problemas relativos a la responsabilidad objetiva, a la responsabilidad por el resultado y, más en general, los que se vinculan a la exigencia de una actuación dolosa o culposa y al diferente tratamiento entre ambas, dejan de ser problemas de "culpabilidad", en sentido dogmático, y pasan a ser problemas de lo "injusto", y en esta medida también, naturalmente, de la culpabilidad que siempre lo es por un injusto.

(29) Cfr., P. Ziffer, 1996, pp. 45 y ss.

(30) C. Roxin, 1996, p. 480.

(31) Para la evolución del sistema de la teoría del delito, T. Padovani, 1973, pp. 554 y ss., esp. 556 y s., 564 y ss.; V. Hippel, 1936, pp. 175 y ss.; vid., Schünemann, 1991 b, pp. 43 y ss.; S. Yáñez P., 1994, pp. 1153 y ss.; en específico para la evolución histórica del concepto de culpabilidad en sentido dogmático, M. J. Pérez M., 1986, pp. 73 y ss.; J. Fernández C., 1995, pp. 159 y ss.; Couso 1997, pp. 55 y ss.

2.9. En síntesis, con la referencia al principio de culpabilidad, se alude a lo menos a los siguientes extremos:

- a) Exclusión de toda forma de responsabilidad objetiva; esto es:
 - La exclusión de la responsabilidad objetiva propiamente tal.
 - La exclusión de los delitos calificados o determinados por el resultado.
 - La exclusión del "*versari in re illicita*".
 - La exigencia de una actuación dolosa o, en su caso, culposa del agente.
 - La graduación de la responsabilidad penal, en función (en proporción) al carácter doloso o culposo de la realización del hecho.
- b) El reconocimiento de los efectos excluyentes o, eventualmente, atenuantes de la responsabilidad penal, que, según la clase de error de que se trate, tiene el desconocimiento de las valoraciones normativas contenidas en la ley; esto es, el reconocimiento de los efectos del: ⁽³²⁾
 - Error o ignorancia relativos a los elementos normativos del tipo. ⁽³³⁾
 - Error sobre la antijuridicidad de la conducta. ⁽³⁴⁾
 - Error sobre los presupuestos de las causales de justificación. ⁽³⁵⁾
- c) El reconocimiento de los efectos exculpantes de la inimputabilidad.
- d) La posibilidad de graduar y excluir la culpabilidad, o, en todo evento, la responsabilidad penal ⁽³⁶⁾, en función de criterios vinculados a la exigibilidad de la conducta de que en concreto se trata. ⁽³⁷⁾

(32) Después de un período de dominio incontrarrestado la distinción, aún hoy ampliamente dominante, entre error de tipo y error de prohibición, íntimamente vinculada a la superación del "*error iuris nocet*" y de la distinción que éste suponía y justificaba, entre error de hecho y de derecho, empieza a ser cuestionada en doctrina. Cfr., G. Bruzzone, 1992, pp. 1 y ss.; Puppe, 1992, pp. 349 y ss.; Fernández C., 1990, pp. 50 y s.

(33) Pues la aplicación consecuente del "*ignorantia iuris non excusat*", lo hacía aplicable también a estos errores. Cfr., entre nosotros, en este sentido, E. Novoa, op. y págs. cit., infra, nota 81.

(34) La doctrina dominante no le reconoce eficacia eximente o atenuante al error sobre la punibilidad. En contra, vid., E. Bacigalupo, 1978, pp. 3 y ss. y 1984, pp. 153 y ss.; M. Sancinetti, 1990, pp. 57 y ss. También, desde otra perspectiva, Couso, 1997, pp. 639 y ss.; Fernández C., 1990, pp. 38 y s.

(35) Precisamente, el muy distinto tratamiento que proponen para los errores de esta clase, es lo que diferencia a la limitada teoría de la culpabilidad, dominante en Alemania y que, por distintas vías, postula que estos errores son o deben ser tratados, directamente o por analogía, como errores de tipo, de la estricta teoría de la culpabilidad, que les da el mismo tratamiento que a los errores directos de prohibición. Cfr., de Figueiredo, 1995, pp. 155 y ss.; Muñoz, 1989, pp. 22 y ss., 131 y ss.; H.H. Jescheck, 1993, pp. 417 y ss., 424 y ss.; R. Maurach - H. Zipf, 1994, I, pp. 651 y ss., 66 y ss., II, pp. 210, 274 y s.; C. Roxin, 1997, pp. 583 y ss., esp. pp. 591 y ss.; Reguejo, 1999, pp. 206 y ss.

(36) Hasta el presente subsisten diferencias significativas en torno a los alcances y efectos con los que el criterio de la exigibilidad debe ser recepcionado en el ámbito penal, en general y muy especialmente, en el ámbito del sistema de la teoría jurídica del delito; en este contexto, algunos autores, por distintas vías y justificaciones, consideran que el problema de la inexigibilidad y sus casos no atañe a la culpabilidad, sino a lo injusto y sólo después y en referencia a este último, eventualmente, a la culpabilidad. Así, p. ej., Gimbernat O., en consonancia con su rechazo a la culpabilidad, traslada los casos relevantes a lo injusto, mientras que E. Bacigalupo, sin repudiar la culpabilidad, entiende que en estos casos se trata de problemas de disminución de lo injusto y por ello del merecimiento de pena, que deben ser solucionados en una categoría intermedia, entre el injusto y la culpabilidad. Cfr., Gimbernat O., 1990, pp. 224 y ss., 232 y ss.; E. Bacigalupo, 1997, pp. 278 y ss.; críticamente, vid., J. Cerezo M., 1998, pp. 261 y ss. y 1997, pp. 47 y ss.

(37) Para la evolución histórica del pensamiento de la exigibilidad, vid., Fornasari, 1990, pp. 53 y ss. En nuestro país el problema, más vinculado al ámbito civil, fue introducido por F. Schelgerberger, 1931, pp. 75 y ss.; en el ámbito propiamente penal, realiza ya un análisis sistemático de la exigibilidad y de los casos de inexigibilidad que recogería nuestro C.P. Sopher, 1937, pp. 62 y ss.; después de las dudas, renuencias y confusiones de Del Río, Labatut, Novoa y Etcheberry, el tema es retomado por Labarca R., y rectificando posiciones previas, por Fontecilla, que le dan amplia acogida. Cfr., R. Del Río, 1945, pp. 261, 283 y ss.; G. Labatut, 1948, pp. 137 y ss.; E. Novoa, 1952, pp. 48 y ss.; A. Etcheberry, 1956, p. 79; Labarca, 1960, pp. 177 y ss., 214 y ss.; R. Fontecilla, 1964, pp. 662 y ss. En la doctrina nacional reciente, construyen toda su concepción de la culpabilidad, sobre la idea de lo "socialmente exigible", eso sí que con distintos alcances, J. Bustos, 1995, pp. 99 y ss.; Bustos-Hormazábal, 1999, pp. 311 y ss., esp. pp. 328 y ss.; Politoff, 1997, pp. 405 y ss., esp. pp. 414, 625 y ss.; no sin alguna reconocida incoherencia, lleva hasta sus últimas consecuencias la misma idea, Zaffaroni, 1992, pp. 14 y ss.

2.10. Por obvias razones de espacio, no es posible ocuparse aquí, con la mínima extensión necesaria, del complejo problema de la relación: culpabilidad-prevención: sin embargo, por lo apuntado precedentemente, por lo que se expondrá en el párrafo siguiente y por el riesgo cierto de incurrir, procediendo de otra manera, en una crítica que no sea más que un "voyeurismo romántico y moralizante" ⁽³⁸⁾, nos sentimos obligados a tomar posición, en términos extremadamente (excesivamente) sintéticos.

A nuestro entender, como lo mantiene la doctrina dominante, con mayor o menor coherencia, las garantías comprendidas en el principio de culpabilidad, que dan contenido material a la noción de "pena justa", sólo pueden ser adecuadamente justificadas y preservadas, reconociéndole a la culpabilidad su papel como fundamento y límite de la pena estatal. ⁽³⁹⁾

Lo anterior, a su vez, supone tener que reconocer también que la pena necesaria es una respuesta, una reacción compensatoria frente al delito y que en esa medida, dentro del marco de una teoría unitaria, la pena es retribución pues: "*La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución*" ⁽⁴⁰⁾.

La pena es la compensación o anulación de la vulneración del derecho, en cuanto derecho, y ello entendido no en referencia al plano de los fenómenos externos, empírico-fácticos (del mero daño material o perjuicio sensible), sino y en lugar de lo anterior, en referencia al plano "espiritual", a aquel ámbito ideal-moral (moral en sentido normativo-jurídico ⁽⁴¹⁾), donde se desenvuelven las ideas de lo "justo" ⁽⁴²⁾

(38) Imputación que, a nuestro juicio, sintetiza la crítica de Marinucci a la postura (más radical) que Baratta mantenía a esa fecha. Para todo, la polémica, el contexto en que se suscitó y la pertinencia de traerla a colación aquí, vid., Marinucci, 1985, pp. 327 y ss., esp. pp. 330 y ss.; lo transcrito en el texto, con esp. cita a Gouldner, p. 334, nota 29. La réplica, en todo caso insatisfactoria, en Baratta, 1981, pp. 349 y ss., en p. 357, antes, nota 9. Baratta reconoce que su propuesta sólo recoge la forma y no el contenido que G. Radbruch quería asignarle a su frase, tantas veces citada, relativa a la búsqueda no de un Derecho penal mejor, sino de algo mejor que el Derecho penal (en G. Radbruch, un "Derecho de Medidas").

(39) En efecto, en la ciencia penal contemporánea son minoritarios los autores que sustentan teorías relativas, puramente utilitarias, de la pena estatal. Entre nosotros, siguiendo a Gubernat, claramente en contra de la doc. dominante, F. García, 1981, pp. 94 y ss.; y, parcial y confusamente en el mismo sentido, bajo la influencia del positivismo italiano y de la defensa social, R. Del Río, 1935, I, pp. 12, y ss., II, pp. 265 y s.; G. Labatut, 1951, pp. 320 y ss. N.º marg. 208. Etcheberry, parece postular también, desde lo que denomina "un punto de vista estrictamente jurídico", una teoría relativa, preventivo general negativa, limitada por una idea de proporcionalidad, que a su vez pretende que también se funda en las necesidades de la intimidación punitiva; paralelamente postula, y en ello lo sigue expresamente Cuerdo R. en España, que ni la culpabilidad, ni sus elementos son graduables. Cfr., A. Etcheberry, 1998, pp. 34 y s. y 1973, pp. 5 y ss., esp. pp. 9 y ss.; Cuerdo R., 1986, pp. 354 y ss., 361, nota 6. Una postura concientemente "crítica" del recurso a la pena y al Derecho penal, cercana al abolicionismo, que denomina "reduccionismo", y que excluye todo momento retributivo en la justificación de la pena, sustenta Politoff, 1995, pp. 95 y ss. Una postura crítica sustenta también Couso, pero siguiendo a Kindhäuser, en una lectura garantística de sus planteamientos, desde la teoría general del Derecho de Habermas, reivindica la función de garantía del contenido material que le asigna a la culpabilidad. Cfr., Couso, 1995, pp. 520 y ss., 741 y ss. Una teoría unitaria, fundada en el eclecticismo que históricamente inspiró a nuestro C.P., sustenta R. Fontecilla, 1930, pp. 211 y ss. Más en general, sobre el punto, además de las ops. cit., supra, notas 20, 21, 22, 24, 25, 28 e infra, notas 41, 42, 43 y 44; vid., G. Stratenwerth, 1996, pp. 167 y ss.

(40) J. Cerezo M., 1998, p. 26.

(41) No se trata entonces, de aquella "retribución moral" que se vincula con las teorías absolutas, sino, si se me permite la expresión, de una "retribución normativa", cercana a la prevención general positiva, en aquella versión de la misma que se da en llamar concepción normativa de la prevención general positiva o "teoría retributiva funcional". Sobre ello, vid., H.H. Lesch, 1995, pp. 29 y ss., esp. pp. 39 y ss. y 1999, pp. 11 y ss., 45 y ss.; L. Eusebi, 1983, esp. pp. 1315 y ss.

(42) Vid., Feijóo, 1997, p. 59, nota 166.

y de su negación por lo "injusto", por lo "ilícito"; en síntesis, en referencia al plano del derecho ⁽⁴³⁾, y es precisamente porque le reconocemos ese rol a la "pena justa" ⁽⁴⁴⁾, por lo que la culpabilidad puede, por su parte, seguir cumpliendo su función de garantía. ⁽⁴⁵⁾

Naturalmente, ello no importa postular o aceptar una teoría retributiva pura o absoluta, que invierte el sentido del principio de culpabilidad del "*nulla poena sine culpa*" al "*nulla culpa sine poena*"; teoría que, según parece, ni tan siquiera puede atribuírsele válidamente a quienes generalmente se sindica como sus más importantes representantes: Kant y Hegel. ⁽⁴⁵⁾

Por el contrario, en una "república democrática" (artículo 4º de la Constitución), en un Estado democrático de derecho, aún cuando concurren el injusto y la culpabilidad, puede prescindirse de la pena o rebajársela, cuando la pena proporcionada no es necesaria para el cumplimiento de las finalidades de la prevención general y especial.

III.

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

3.1. Aún tomando en consideración nuestra historia política reciente y, por ende, nuestra historia constitucional reciente, así como también el indudable déficit de legitimidad del que todavía padece nuestra carta fundamental, cuanto en fin, que dicha Constitución admita lecturas no democráticas, en problemas fundamentales, de todas formas resulta difícilmente explicable que en los últimos diez años, sin perjuicio de reconocer esfuerzos aislados en tal sentido, no se haya emprendido la tarea de elaborar dogmática y político criminalmente los fundamentos y límites constitucionales de nuestro derecho penal, en sentido amplio. ⁽⁴⁶⁾

(43) Cfr. Hegel, 1993, pp. 334 y ss. y 1988, pp. 100 y ss.

(44) Esto es, la pena necesaria, proporcional a la medida de lo ilícito y de la culpabilidad, supuesto, obviamente, que ambas magnitudes son graduables.

(45) Según Gallas, la retribución como compensación importa que: "...se debe encontrar una cantidad de una determinada calidad (el mal de la pena) que corresponda proporcionalmente (y que por eso sea justa) a una determinada cantidad de otra calidad (el delito)." W. Gallas, "Kriminal politik und strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetischen Rechts", Berlin Leipzig, 1931, p. 12; cit. por L. Eusebi, 1983, pp. 925 y s., nota 37.

(45) Fundadamente se cuestiona la adscripción de las posiciones de Kant y sobre todo de Hegel, al ámbito de las teorías absolutas. Así, A. Ross, 1977, p. 166, nota 7, señala que: "Kant nunca sostuvo una opinión tan insensata"; más ampliamente, pp. 176 y ss. Cfr., en el mismo sentido, respecto de Kant y Hegel, Armin Kaufmann, 1981, p. 12; H.H. Lesch, 1999, pp. 9 y ss.; y, en específica referencia a Hegel, S. Moccia, 1981, pp. 131 y ss., esp. pp. 144 y ss.; M.A. Cattaneo, 1984, pp. 184 y ss., esp. pp. 186 y s.; Bascuñán, 1997, pp. 289 y ss. Gráficamente, Gössel, 1987, pp. 68 y ss., contrapone la teoría de la retribución, como teoría relativa, a las teorías absolutas propiamente tales.

(46) Observado desde esta perspectiva, constituye una verdadera paradoja que se haya emprendido una reforma importante de nuestro proceso penal (derecho penal en sentido amplio), sin haber esclarecido antes, mínimamente, el estatuto constitucional de la responsabilidad penal.

3.2. Naturalmente, un punto central de dicha elaboración es precisamente el del reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad ⁽⁴⁷⁾, que es traído a colación por la sentencia en comentario, cuando se remite directamente a la Constitución, para justificar la necesidad de dar relevancia a un error que ella misma califica expresamente como "error de prohibición" ⁽⁴⁸⁾ y para, concordantemente, afirmar la improcedencia de aplicar el principio de "*error iuris non excusat*" en el ámbito penal.

3.3. Lo anterior, por cuanto y según ya se apuntó aquí, hasta hace sólo algunos años la doctrina y jurisprudencia dominantes consideraban, a nuestro entender con más voluntad que fundamento ⁽⁴⁹⁾, que en el derecho penal chileno, por aplicación (¿?) del artículo 8 del Código Civil, que, según ellos, contendría una presunción "*iure et de iure*" de conocimiento de la ley ⁽⁵⁰⁾, regía el principio del "*error iuris nocet*". ⁽⁵¹⁾

3.4. En este contexto, la Constitución de 1980 habría modificado substancialmente el estatuto normativo pre-existente, al proscribir expresamente las presunciones de derecho de responsabilidad penal (artículo 19 N° 3, inciso 6° ⁽⁵²⁾), vedando así la posibilidad de que se aplique en el ámbito penal lo dispuesto en el

(47) Sobre ello, vid., E. Bacigalupo, 1982, pp. 247 y ss.; Cobo-Vives, 1990, p. 414; O. García P., 1993, pp. 642 y ss.; J. Cerezo M., 1997, pp. 20 y ss.; H.H. Jescheck, 1993, pp. 19 y ss., 366 y s.; R. Maurach - H. Zipf, 1994, pp. 109 y ss., 512 y s.; H. Zipf, 1979, pp. 37 y ss., 49 y s., esp. pp. 55 y s.; K. Tiedemann, 1991, pp. 152 y ss., esp. pp. 159 y s.; C. Roxin, 1983, pp. 15 y s.; W. Schöne, 1992, pp. 210 y ss.; J. Fernández C., 1989, pp. 59 y ss. En la doctrina nacional, Cousiño, 1992, pp. 9 y ss.; Rodríguez-De la Fuente, 1989-90, pp. 125 y ss.; J.L. Guzmán D., 1994, pp. 189 y ss.; Náquira, 1995.

(48) Calificación que dista mucho de ser pacífica, respecto de un error sobre los presupuestos objetivos de la causal de justificación y, más específicamente aún, sobre el presupuesto de hecho del tipo permisivo. Vid., infra, párr. III y; en general, con abundantes ref. bibliográficas, Reguejo, 1999, pp. 198 y ss. y 206 y ss.

(49) Con voluntarismo, por cuanto, aún asumiendo que la norma contenida en ese artículo fuera aplicable en materia penal, dista mucho de ser claro cuál es su alcance y ámbito de aplicación, no ya en materia penal, sino antes, en el mismo derecho civil, donde admite numerosas excepciones y sin duda permite reinterpretaciones. Sobre ello, vid., extensamente y por todos, Corral, 1987, pp. 119 y ss., 144 y ss., 197 y ss. y 298 y ss.; quien, sin embargo, en referencia al derecho penal llega a conclusiones que no podemos compartir.

(50) Cfr., ops. cit., supra, párr. I, nota 17, junto a la cita del art. 8 del C.C. y para reafirmar la aplicación del mismo, al derecho penal y que ello cerraba toda posibilidad de otorgar algún efecto excusante al desconocimiento de la ley, se recurría a lo discutido en la sesión 117 de la Comisión Redactora, donde se discutió y rechazó una proposición de Fabres, para que "...se fijara un plazo para que las disposiciones relativas a las faltas sean obligatorias para los extranjeros recién llegados a Chile". Como es obvio, la referencia es a la obligatoriedad de la ley y permite invertir el argumento de la doctrina dominante, en el sentido propuesto por Antón, Córdoba y Cerezo en España. Cfr., J. Cerezo M., 1982, p. 86.

(51) Sólo debe y en función del "*nemini licet ignorare ius*", se comprende el sentido que tuvo aplicar también al ámbito penal la distinción entre "*error iuris*" y "*error facti*", entendida como contraposición entre hechos y derechos y no como contraposición entre objeto de la regulación jurídica (hechos) y regulación jurídica del objeto (derecho). Sobre esos dos sentidos de la distinción, vid., Corral, 1987, pp. 20, 196, 242 y s.; y Fernández C., 1990, pp. 34 y s. Soler considera que la distinción error de hecho - error de derecho, es la distinción propia de la que denomina "rama latina de derecho penal". Cfr., Soler, 1973, p. 244. En todo evento, debe recurrirse al segundo de los dos sentidos de la distinción antes anotados, cuando se trata de buscarle alguna justificación o explicación, en el plano conceptual, a la distinción subsiguiente entre: "error de derecho penal" y "error de derecho extra-penal", a la que se recurrió para, no sin contradicción, reconocerle eficacia excusante al error de derecho extra-penal, equiparándolo al error de hecho, lo que sólo es posible si en ambos casos se entiende que es un error sobre el objeto de la regulación penal. Por el contrario, superado el "*error iuris nocet*", la "teoría estricta del dolo" puede trabar con una teoría, a este respecto, unitaria del error, que distinga sólo entre error evitable e inevitable y entre error esencial y no esencial. Cfr., Fernández, 1989, pp. 291 y ss. En cambio, la denominada "teoría limitada del dolo", sí debe hacer distinciones adicionales. Cfr., Mezger, 1990, pp. 247 y ss.; Pérez M., 1994, pp. 82 y ss.

(52) Para la historia del 19 N° 3 inc. 6°, vid., Rodríguez-De la Fuente, 1989-90, pp. 142 y ss., donde queda de manifiesto la confusión entre lo procesal y lo substancial que rodeó su creación, le asignan de hecho un carácter puramente procesal, consagración del "*indubio pro-reo*", Ernest-Pérez, 1984, pp. 61 y ss.

artículo 8º del Código Civil ⁵³⁾, acogiendo en esa medida y en lo pertinente, las exigencias del principio de culpabilidad ⁵⁴⁾.

3.5. Expuesto con esa parquedad, el argumento aparece extraordinariamente débil y mantiene la misma lógica interpretativa con la que precedentemente se postulaba la tesis contraria ⁵⁵⁾. En efecto, lo que se hace es asumir que en nuestra legislación rige un principio determinado, en razón de consideraciones que no se explicitan, para después imputar la recepción de ese principio a una determinada disposición, pero sin justificar, porque se entiende que la disposición de que se trata acoge el principio.

3.6. En rigor, sin haber explicitado antes cuales son los presupuestos legales del establecimiento de la responsabilidad penal en el derecho penal chileno ⁵⁶⁾ y por qué son esos y no otros, la referencia al 19 Nº 3, inciso 6, deviene en circular e inconducente.

3.7. En efecto, la legislación penal recepciona, asume y consagra positivamente una determinada concepción de la responsabilidad penal y de sus presupuestos, una determinada concepción de lo injusto, la culpabilidad y eventual y, excepcionalmente, de la punibilidad ⁵⁷⁾; vale decir, la ley define, en lo que a este nivel de análisis compete, con relativa libertad, las estructuras imputativas en el derecho positivo.

3.8. En este contexto, del análisis aislado de la disposición en comentario, lo único que podría concluirse y que nada aporta a los efectos que aquí nos interesan, es que a la legislación le está vedado presumir "*iure et de iure*", con carácter general y abstracto, para uno o más casos particulares, la concurrencia de los requisitos que ella misma ha establecido para que pueda afirmarse, en todos los restantes casos, la concurrencia de la responsabilidad penal. ⁵⁸⁾

3.9. Como es obvio, con ello y en cuanto el análisis se mantenga en este nivel, retornamos al punto de partida, pues la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3, inciso 6º, a la exigencia de conciencia o conocimiento de la antijuridicidad ⁵⁹⁾, dependería de que previamente se hubiera establecido que el derecho penal chileno efectivamente formula tal exigencia, lo que naturalmente no viene prejuzgado por la disposición cuya aplicabilidad se trata de establecer.

53) Ya antes, en contra, siguiendo de cerca la argumentación y los ejemplos correlativos propuestos por Costa y Jiménez de A. (arts. 170, 171, 183, 184, 196, 224, 225, 329 y 390 del C.P.), Schweitzer W., 1964, pp. 90 y s.; 101 y ss., 107 y s., 110 y ss., 116 y s.; vid., también, J. Costa, 1945, pp. 73 y ss.

54) Ya antes, invocaba la misma disposición para excluir la calificación por el resultado. E. Cury, 1992, p. 10.

55) En rigor, sin embargo, debe tenerse presente que el único autor que desarrolla el argumento en términos tan "franciscanos" es A. Etcheberry, 1998, p. 338.

56) Se esfuerzan en ese sentido, Rodríguez-De la Fuente, 1989-90, pp. 138 y ss., 144 y ss.

57) Sobre la problemática de la punibilidad, exhaustivamente, vid., por todos, García P., 1997, esp. pp. 59 y ss., 70 y ss., 83 y ss.

58) Y ello, supuesto que no se reduzca el alcance de la misma a lo puramente fáctico, en los términos que tradicionalmente se asignan al "*indubio pro-reo*". Vid., infra, párr. VII y supra, nota 52.

59) Y aún antes, en lo relativo al conocimiento de las valoraciones normativas que incorporan los elementos del tipo. Sobre ello, vid., G. Bruzzone, 1992, pp. 3 y ss.; S. Felgueras, 1991, pp. 67 y ss.; Puppe, 1992, pp. 366 y ss., 379 y ss.

3.10. Un camino posible para salir de dicha argumentación circular y que parcialmente intenta la sentencia en comentario, en la parte final de su considerando 7^a, es recurrir a una concepción fuerte del pensamiento ontologista o de la naturaleza de las cosas, afirmando consecuentemente que la lógica de la materia, relevante para las imputaciones penales:

- 3.10.1. Puede ser objetivada y conocida en medida suficiente.
- 3.10.2. Vincula al legislador de manera significativa.
- 3.10.3. Establece inequívocamente, como presupuesto de la imputación, la exigencia de una actuación consciente de las desvaloraciones jurídicas involucradas.

3.11. Naturalmente, y según se sabe, el problema de este tipo de razonamientos radica precisamente en la justificación de la existencia y grado o intensidad de la vinculación que la estructura misma de la materia de la prohibición representa para el legislador.¹⁶⁰

En razón de lo anterior, y como se admite incluso por autores que, en un segundo nivel, aceptan que las estructuras ónticas vinculan en un sentido fuerte¹⁶¹ al legislador, no es ésta tampoco la vía para solucionar el problema planteado.¹⁶²

3.12. En realidad, la dificultad deriva de la pobreza del análisis constitucional inicial, que le cierra el paso de entrada a todo intento razonable de solución; en rigor, el problema de definir el estatuto y límites constitucionales del derecho penal, es con mucho, notablemente más complejo¹⁶³ y supone un esfuerzo reconstructivo-interpretativo de gran envergadura, que, desde el modelo o forma de organización estatal acogido en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos, examine, pondere y justifique todos los presupuestos, funciones y límites de la imputación penal y subsecuentemente también, de la pena y de las restantes consecuencias jurídicas que se concluya que puede tener el delito.

(60) Sobre ello, vid., G. Radbruch, 1965, pp. 25 y ss., esp. p. 30. H. Goig, 1961, pp. 131 y ss., 143 y ss.; E. Díaz, 1961, pp. 549 y ss.; E. Ramos M., 1971, pp. 119 y ss.; G. Stratenwerth, 1964, pp. 7 y ss.; J. Cerezo M., 1982, pp. 39 y ss.; Arthur Kaufmann, 1976, pp. 91 y ss. y 1972, pp. 19 y ss.; H. Welzel, 1957, pp. 258 y ss., 1975, pp. 197 y ss., 1964, pp. 14 y s.; C. Roxin, 1973, pp. 387 y ss. y 1976, pp. 109 y ss.; y, para una síntesis, J.M. Silva, 1992, pp. 57 y ss., 136 y ss.; Schünemann, 1991, pp. 54 y ss.

(61) Así, G. Stratenwerth, 1964, pp. 15 y ss., esp. pp. 19 y s.; J. Cerezo M., 1982, pp. 54 y s. Vid también, en referencia a la tesis antes expuesta en el texto, críticamente Figueiredo, 1995, pp. 137 y ss. y 220 y ss. y, en general, sobre la concepción antropológica subyacente, A. Gehlen, "ensayos de antropología filosófica", Tr. C. Cienfuegos W., Santiago, 1973, esp. pp. 61 y ss., 76 y ss., 106 y ss., 141 y ss.

(62) Lo anterior no obsta a que frente a la sobrenormativización o exceso de normativización del sistema, con un dominio absoluto e incontrarrestado de concepciones preventivas de la pena, que según algunos se postula por el denominado funcionalismo radical, se retorne, con mayor o menor energía, con mayor o menor coherencia, a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación, procurando encontrar allí un límite cierto, aunque sólo sea negativo, a la pretensión normativizadora que, en definitiva, corre el serio riesgo de incurrir en una falacia normativista, por un lado y de "cosificar", funcionalisándolo, al destinatario de las normas, por el otro. Así, junto a argumentos político-constitucionales y analíticos, se recurre, siguiendo a Berger y Luckmann, a la etnometodología y a la estructura lingüística profunda de las lenguas indo-europeas, a la "ontología del lenguaje" (feliz expresión de Echeverría, 1993, p. 215, según lo señala Couso) o a su estructura más superficial, para afirmar que "la evitabilidad individual también consiste en una estructura lógico-material, que reside en el poder actuar de otro modo individual y real". Cfr., Schünemann, 1991 a, pp. 154 y ss., 170 y ss., 1990, pp. 8 y ss., 20 y ss. y 1995, pp. 215 y ss., 223 y ss.; de donde se tomó la cit.; de Sousa, 1995, pp. 95 y ss.; Silva, 1992, pp. 62 y ss., 135 y ss., 162 y ss. y 1997, pp. 17 y ss.; y Couso, 1997, pp. 420 y ss. En suma, la responsabilidad penal se imputa, pero no arbitrariamente, sino, por el contrario se imputa en el marco de las limitaciones impuestas por: la concepción del estado democrático de derecho, por un lado, y de las estructuras de la materia, en lo que ella son cognoscibles y asumibles, por el otro.

(63) Considérese, por vía ejemplar, las construcciones de F. Bricola, 1973; Mir P. 1984 y Marinucci-Dolcini, 1995.

3.13. Dicho esfuerzo supone también una tarea técnica extremadamente compleja, con distintos niveles de argumentación jurídica, a nivel constitucional y a nivel legal y en ambos niveles, combinando y coordinando el razonamiento conforme a principios y el razonamiento conforme a reglas.

Se deben reelaborar, a nivel constitucional y a nivel legal, el sistema de la teoría del delito y el sistema de la teoría de la pena, teniendo presentes todas sus implicancias político-constitucionales, político-criminales y lógico-jurídicas.¹⁶⁴

3.14. Dentro del marco de la labor permanente y dinámica de formular dicho estatuto constitucional, se inserta, supuesto que se lo estime necesaria y posible¹⁶⁵, el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad, que obviamente no está en función de una disposición constitucional aislada.

IV. CULPABILIDAD, PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

4.1. Supuesto lo anterior, un primer antecedente a tener en consideración para resolver el estatuto que corresponde reconocerle (asignarle) al conocimiento de las valoraciones normativas y, por ende, a su ausencia, dentro de las estructuras de atribución de responsabilidad penal, es la circunstancia de que ninguna de las concepciones dogmáticas de la culpabilidad, que se han mantenido en la ciencia del derecho penal¹⁶⁶, puede incorporar coherentemente y mantener la vigencia del criterio del "*error iuris nocet*"¹⁶⁷.

Lo anterior es relevante, por cuanto en nuestra cultura jurídica, el sistema de la teoría del delito y dentro de él la teoría de la culpabilidad, tienen por función primordial explicar, posibilitar y, en esa medida, justificar la imputación de responsabilidad penal, de una manera racional y razonable, que la sustraiga de la arbitrariedad y permita su control.¹⁶⁸

Obviamente, la exigencia mínima que se le puede formular a un sistema, es precisamente que sea sistemático, coherente, que ^{no} entre en contradicción con sus puntos de partida y fundamentos teóricos.

(64) Desde comienzos de la década de los 70, se asume como una condición de coherencia, validez, legitimidad y eficacia del sistema, su íntima vinculación con la realidad (entre ellas, con las estructuras lógico-materiales), con la política criminal, con la criminología, etc. Naturalmente, esa imbricación se postula y se da con muy distintos matices, significados y profundidad, pero los límites son esos: de un lado, la "realidad", del otro la constitución y en función de ésta, los pactos internacionales de derechos fundamentales.

(65) La referencia constitucional es un marco, fija los grandes límites y principios, no proscribire o interdicte a los co-legisladores. Cfr., en el específico ámbito objeto de este trabajo, K. Tiedemann, 1991, pp. 153 y ss.; Pérez M., 1986, pp. 69 y s., esp. notas 49 y 50, p. 69. Más claro aún, si ello es posible, es la situación que se da paralelamente en la relación: bien jurídico-constitución. Cfr., D. Pulitano, 1983, pp. 484 y ss.; G. Fiandaca, 1982, pp. 41 y ss.

(66) No consideramos, por ende, las concepciones de sistemas pre-dogmáticos, anteriores al denominado sistema clásico o causal-naturalista de Liszt y Beling, que más allá de su valor intrínseco, ocupan otro esquema conceptual como base de sus argumentaciones. Cfr., E. Schmidhauser, 1975, p. 34; M. Frommel, p. 622; vid., infra, notas siguientes.

(67) Para la evolución en el ámbito de la culpabilidad, vid., Labarea, 1960, pp. 35 y ss.; Sáinz, 1965, pp. 13 y ss.; Zugaldía E., 1982, pp. 11 y ss. y 565 y ss.; J. Fernández C., 1995, p. 137, con antecedentes muy anteriores, y ops. cit. supra, notas 8, 9 y 31; Sacher de K., 1998, p. 21, y ss.

(68) Así, desde perspectivas muy diversas, coinciden en ese mínimo, entre muchos, H. Welzel, 1972, pp. 29 y ss.; con expresa ref. a Gimbernat, 1981, pp. 105 y ss.; J. Hurtado P., 1988 pp. 11 y ss.; S. Yáñez P., 1994, pp. 1153 y ss.; C.S. Nino, 1980, pp. 197 y ss.; J.L. Díez R., 1988, pp. 1083 y ss.; S. Moccia, 1989, pp. 1006 y ss.; J.M. Silva, 1987, pp. 537 y ss. y 1992, pp. 102 y ss.; Schünemann, 1991, pp. 31 y ss.

4.2. Desde esta perspectiva, nos parece que ni "la relación psicológica entre el sujeto y su hecho", en que consiste la culpabilidad para los clásicos, ni "el poder actuar de otra manera", que da contenido material a la concepción normativa de la culpabilidad, pueden construirse coherentemente sin incorporar la culpabilidad a la relación psicológica o al juicio sobre la relación psicológica, respectivamente, el conocimiento o, cuando menos, la posibilidad de conocimiento de lo antijurídico del actuar.

4.3. Sin ese conocimiento, no existiría una relación psicológica con un hecho, que en cuanto típico y antijurídico, es normativo, por lo que la "causación psíquica" que, en todo evento debería existir, para que sea jurídicamente relevante, para que constituya un vínculo con sentido, para que sea una relación cuya existencia tenga alguna significación que constatar, debería entenderse en el sentido de constatar que se trata de la causación psíquica del delito, del vínculo psicológico con el hecho típico y antijurídico, en cuanto tal. ⁽⁶⁹⁾

4.4. Debe tenerse presente, a estos efectos, que las concepciones psicológicas de la culpabilidad ⁽⁷⁰⁾ y, más en general, los sistemas causalistas-naturalistas o clásicos, si bien y pese a su expresa asunción del ideal sistemático-clasificador del positivismo (cuyo paradigma era el sistema botánico de Liné ⁽⁷¹⁾), no lograron nunca definir el lugar y papel sistemático de la imputabilidad ⁽⁷²⁾, el "fantasma errante" ⁽⁷³⁾ del

(69) En el marco de su crítica a la virtualidad vinculante, que primitivamente le asignaban a las estructuras lógico reales, Welzel, Niese y, sobre todo, Maurach, de Figueiredo parece admitir que puede sustentarse una concepción puramente fáctica de dicha relación psicológica, como mero "dolo del hecho". En rigor, sin embargo, su argumento se mueve en sentido inverso, procura demostrar que no existe una relación de obligada implicancia, entre ser normativista y exigir una conciencia actual o potencial de la antijuridicidad, como momento de la culpabilidad. Cfr., de Figueiredo, 1995, pp. 135 y ss., esp. p. 141, desp. nota 20; en contra ya, R. Von Hippel, 1936, II, pp. 196 y s., quien postulaba ya que el conocimiento de la ilegitimidad es un elemento de la culpabilidad, independiente del dolo, que también permanece en la culpabilidad. Posiciones análogas sustentan zu Dolna, 1958, pp. 76 y ss.; Bockelmann, 1960, pp. 63, 73 y s.; y entre nosotros, pareciera, Rivacoba y R., 1969, p. 125, no así, 1974, pp. 99 y s.; y, claramente, Politoff, 1997, pp. 454 y ss., 593 y ss., p. 621: "... a nuestro juicio, el dolo es incoloro en el sentido de la antijuridicidad, y... el conocimiento virtual o potencial de ésta es un elemento autónomo de culpabilidad."

(70) En su momento ya la denominación misma fue objeto de polémicas, pues numerosos autores, cuyas concepciones indubitablemente debían ser incluidas aquí, no aceptan que su construcción de la culpabilidad no importara un momento normativo, como parecería darlo a entender la contraposición entre teorías psicológicas y normativas de la culpabilidad. En ese sentido, Cfr., Soler, 1962, pp. 447 y ss.; Da Cunha, 1978, pp. 337 y s.

(71) Cfr., H.H. Jescheck, 1962, p. 36; C. Roxin, 1972, pp. 34 y ss.; E. Schmidhauser, 1975, p. 34. En nuestro país la sistemática causalista en la versión de Von Liszt, fue recepcionada por P. Ortiz, que intenta hacer la primera exposición sistemática de nuestro derecho penal, Cfr., Ortiz, 1923, p. 6, 13, 17 y ss. y de la culpabilidad ("culpa"), "relación subjetiva entre el hecho y el resultado" (53), pp. 52 y ss., con la imputabilidad, "capacidad de culpabilidad como elemento" y 1937, pp. 34 y ss. Posteriormente, adhiere y expone esta tesis, con visos puramente nominales de neo-causalismo y normativismo, G. Labatut, 1948, en lo atinente a la culpabilidad, y 1979, pp. 139 y ss. Confusamente, a caballo entre el positivismo criminológico a la italiana, el psicologismo y algunas referencias oscuras e inconducentes al normativismo R. Del Río, 1935, pp. 103 y ss. y 1945, pp. 256, 261 y ss. En un momento científicamente correcta, el paso del psicologismo al normativismo, se hace en las obras de C.P. Sopher, 1950 y Labarea, 1960. En un primer momento, anclado en la tradición vernacular y después adhiriendo incondicionalmente a un normativismo, que invoca "las normas de cultura de Mayer", R. Fontecilla, 1961 y ss. y 1964, pp. 662 y ss. Muy cerca, sino derechamente, en el causalismo a secas, particularmente en la concepción de culpabilidad, E. Novoa, 1952; y, con mucha más influencia de Jiménez de A., luego más valorativamente, 1960. Sigue de cerca los planteamientos de su prologuista y, por ende, adscribe más al naturalismo que al normativismo, en el concreto desarrollo de su sistema, A. Etcheberry, 1976, 1998. Claramente neo-kantista y normativista, siguiendo muy de cerca a Jiménez de A., Rivacoba y R., 1974, 1981 y 1983; lo mismo acontece con N. Politoff, 1973. Entre el causalismo y el neo-causalismo, aunque más cerca del primero, particularmente en su concepción de la culpabilidad, Del Villar, 1986. Para la situación anterior, en que se mezclan las teorías de la "causalidad" de los prácticos, en la versión de Carrara y Carmignani, con la distinción francesa entre elemento anímico real y material. Vid., Cabieses, s.f. y Cañas, 1922, pp. 122 y ss.

(72) Como un presupuesto del concepto de delito, que no integra, la consideran, Mujica, 1973, p. 16; G. Labatut, 1948, pp. 112 y s. y 1979, pp. 139, 143 y ss.

(73) Frank, 1966, p. 20.

sistema, en todo evento afirmaban inequívocamente que el establecimiento de la efectiva concurrencia de la misma era previo al establecimiento de la relación psicológica en que la culpabilidad consistía.

Con sólo lo anterior y con independencia de la particular concepción normativa, que después desarrollaría Goldschmidt⁽⁷⁴⁾ y su "norma de deber", que no tuvo mayor acogida⁽⁷⁵⁾, dejaban allanado el camino a la teoría imperativo-monista de la norma.

Obviamente, una teoría imperativo monista presupone, lógicamente, (como lo ratificaría después el neo-causalismo, con su distinción entre norma de valoración y de determinación), que el destinatario del mandato pueda, precisamente, conocer el mandato que se le dirige.⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾

4.5. Más allá de que en uno o más concretos planteamientos históricos se halla sostenido, también entre nosotros que: "*sobre estos casos de error sobre la ilicitud aún existen controversias en la ciencia... Es indudable que estos errores no impiden que exista el dolo considerado en su naturaleza propia. Por el contrario, en estos casos se obra con pleno conocimiento de los hechos constitutivos y con voluntad de realizarlos*"⁽⁷⁸⁾, lo relevante es lo que viene impuesto por la propia consistencia interna de la teoría y esa es la que impone trabajar con un dolo valorado, que en su aspecto cognitivo abarque las distintas valoraciones que a nivel de tipo⁽⁷⁹⁾ y de antijuridicidad, formula el ordenamiento sobre el hecho con el que vincula al autor, pura y simplemente, porque, en otro caso, no lo está vinculando en realidad, al hecho jurídicamente relevante.

4.6. Reconociendo la complejidad del problema y que su completa solución exigiría de matizaciones que no es posible hacer aquí, nos parece un punto de partida correcto el sostener que el conocimiento de la valoración, si bien importa también una valoración, no por ello deja de ser también conocimiento⁽⁸⁰⁾, no por ello deja de ser una relación psicológica del sujeto con el hecho; el conocimiento de la valoración del objeto es, naturalmente, fenomenológicamente diverso del conocimiento del objeto de la valoración, pero no es a esa diferencia a la que apunta la diferencia que la teoría normativa quiere hacer con la psicológica.

(74) Vid., Goldschmidt, 1943, pp. 7 y ss., donde contesta las críticas formuladas a su teoría.

(75) Cfr., Fornasari, 1990, pp. 59 y ss.

(76) Paradojalmente, no ocurre así en el sistema de A. Thon, que después de la fusión entre injusto y culpabilidad, postulada por Merkel, también desde una concepción imperativa de la norma, pretende, por su parte, mantener a la vez una concepción imperativo-monista de la norma y un ilícito objetivo, lo que obviamente lo lleva a afirmar que la norma se dirige también a los inimputables y rige para ellos. Cfr., A. Thon, 1951, pp. 11 y ss.; Sacher de K., 1998, pp. 43 y ss., 49 y ss.; Binding, pp. 109 y ss.; Maier, 1980, pp. 182 y ss.; Zielinski, 1990, pp. 5 y ss., 263 y ss.

(77) Para la relación de mutua implicación, entre concepción imperativa de la norma y relevancia del desconocimiento de la norma, Córdoba R., 1962, pp. 78 y ss.; Cobo, 1987, pp. 31 y ss., esp. pp. 67 y ss.; críticamente, de Figueiredo, 1995, pp. 125 y ss.; desde otra perspectiva, D. Pulitano, 1976, pp. 126 y ss., esp. pp. 131 y ss. Vid., también, Morselli, 1992, pp. 183 y ss.

(78) Ortiz, 1933, pp. 66 y s. Así también, Battaglini, 1973, pp. 277 y ss. y 288.

(79) Vid., D. Pulitano, 1976, pp. 247 y ss.; Alvarez, 1993, pp. 28 y ss.; Gómez, 1994, pp. 98 y ss.; Reguejo, 1999, pp. 175 y ss., esp. pp. 326 y ss.; y ops. cit., supra, nota 33.

(80) Cfr., por todos, de Figueiredo, 1995, p. 141, 431 y ss.; Reguejo, 1999, ops. y págs., ult. cit.

Lo anterior aparece de manifiesto tan pronto se pone en relación con la conocida crítica que desde el psicologismo se le dirigió al normativismo por Rosenfeld, en el sentido que con esta teoría la culpabilidad del autor ya no estaría en su cabeza, sino en la cabeza de otros, en la cabeza de sus jueces; con ello, como en su momento lo destacó Engisch, en nada se altera el contenido del concepto psicológico de culpabilidad, sólo se cambia la perspectiva metodológica desde la que se lo considera.

4.7. Problema distinto y notablemente más complejo es el establecer si es posible no considerar, ni tan siquiera en la culpabilidad, la norma jurídica como norma de determinación, como norma de conducta, lo que dejando de lado el contexto político en que surgió el psicologismo, parece evidentemente un sin sentido.

Con una tesis como esa, que es la que en definitiva sostiene entre nosotros Novoa⁽⁸¹⁾, que de esta forma esta manejando un "dolo natural", mucho más avalorado de lo que jamás postularon los finalistas más ortodoxos, se llega a la insostenible conclusión que la sanción penal no estaría cumpliendo (ni podría cumplir) propósito alguno, como no fuera el ser manifestación del poder del Estado, ejercido por éste arbitraria e injustificadamente, para su propia glorificación.

Es obvio que en cuanto no se requiera, ni se pretenda que el mandato normativo tenga destinatario, ni en concreto, ni en abstracto, el mismo carecería de toda función directriz, se llevaría al paroxismo la "lotería penal" y quedaría sin más excluido que la pena tenga alguna finalidad, retributiva o preventiva.

4.8. Pareciera que contra lo que pretende Novoa, que sin duda no asume las consecuencias a las que lleva su tesis, aún en el marco del más puro psicologismo, de la más rígida división entre lo objetivo y lo subjetivo en el delito y de la caracterización más estrictamente descriptiva de sus elementos susceptible de imaginar, es imposible no aceptar como mínimo imprescindible, que el dolo comprenda el conocimiento a lo menos de los elementos normativos del tipo.⁽⁸²⁾

4.9. Pero ni con dicho correctivo, ni con el propuesto por Soler, que se desarrollará a continuación, se soluciona el problema, pues en todo caso se está dejando desfasada a la teoría de la sanción, convirtiendo la pena en una mera retribución del hecho, que en cuanto no limitada por exigencia normativa externa alguna, fija su propio fundamento y medida.

4.10. En todo evento, marginalmente, no podemos sino destacar que no deja de sorprender, que los modernos partidarios de la prevención general negativa, no limitada por la culpabilidad, no se percaten o no asuman, que al excluir la exigencia de culpabilidad, no están excluyendo la retribución, sino que sólo están modificando el punto de enfoque de la misma, que ya no es el hecho y la culpabilidad (entendida esta última como límite externo, personalizador, de carácter lógico material), sino sólo el primero y las necesidades preventivas estatales.

(81) Cfr. E. Novoa, 1960, pp. 515 y 576. En el mismo sentido, Battaglini, 1973, p. 284. Vid., también, notas 77, 78, 80; y Morselli, 1992, pp. 79 y ss., esp. pp. 173 y ss.

(82) Cfr. Da Cunha, 1977, pp. 277 y ss.; y bibliografía ahí cit.

4.11. La otra vía de salida del problema, decididamente asumida por S. Soler, en concordancia con su reconocido positivismo, es pura y simplemente presumir el vínculo psicológico en que se hace consistir la culpabilidad. En efecto, Soler superpone en paralelo a la que denomina "culpabilidad real" (vínculo psicológico), una "culpabilidad presunta" (en que no hay vínculo psicológico), que se daría en los casos de error de prohibición, culpa inconsciente y en las contravenciones en todos los cuales el ordenamiento jurídico presumiría la responsabilidad por razones de prevención general ⁽⁸³⁾.

Con tal construcción, como es obvio, ya nada queda de la culpabilidad, no sólo del principio de culpabilidad, sino antes de la culpabilidad en sentido dogmático, con lo que pierde toda su razón de ser y justificación el mantener el sistema de la teoría del delito.

4.12. En suma, entonces, una construcción coherente, sistemática de la concepción psicológica de la culpabilidad, que respete sus propias pautas y presupuestos, sólo puede ser mantenida, exigiendo, a lo menos y en todo caso, el conocimiento de la antijuridicidad material del acto. Conocimiento, cuyo mínimo insoslayable es el conocimiento del indicio de antijuridicidad que, se admite unánimemente que a lo menos, constituye el tipo.

4.13. Evidentemente, lo mismo ocurre con cualquiera de las múltiples concepciones de la culpabilidad susceptibles de calificarse como normativas y, más allá de éstas, con cualquier concepción que asuma seriamente la limitación de las exigencias preventivas, en función de las posibilidades reales del autor de entrar en contacto significativo con la directriz normativa y de reaccionar frente a ella.

4.14. Nos detuvimos, quizás excesivamente, en la denominada concepción psicológica, no por alguna extraña compulsión a la arqueología jurídica, sino, primero, porque creemos que puede sostenerse fundadamente que dicha concepción es aún dominante en nuestra doctrina, y, en todo caso, domina ampliamente en nuestra jurisprudencia; por lo que parece válido y útil reformular en función de la misma las exigencias que el fallo que nos ocupa supone. No debe olvidarse que, en la práctica, en nuestro país todavía campea el "*error iuris nocet*", entre otras incivilizadas formas de responsabilidad objetiva, que no se solucionan con ninguna reforma procesal penal. ⁽⁸⁴⁾

4.15. En segundo lugar, por su menor complejidad relativa intrínseca, dicha teoría aparece como un adecuado campo de prueba para demostrar, en un pequeño porcentaje, el tipo de análisis que requiere nuestro derecho penal en este ámbito, entre otros.

(83) Soler, 1962, pp. 477 y ss., esp. p. 496.

(84) Como lo señalaba ya Beling, el principio "no hay pena sin culpabilidad", es el punto de partida de la evolución del derecho penal que caracteriza nuestro estadio de civilización: una pena sin culpabilidad es un fragmento de incivilidad. Beling, "Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch", 1910, p. 15, cit. por Marinucci-Dolcini, 1995, p. 84, nota 16.

V.
LEGÍTIMA DEFENSA Y DEFENSA PUTATIVA

5.1. La concreta solución a que llega la sentencia, se deriva de la asunción de tres premisas: una de carácter preponderantemente fáctico, cuya concurrencia se razona y se trata de justificar, y dos de carácter puramente teórico, que se asumen, dando por supuesta y, por ende, por autojustificada su procedencia. Dichas premisas son:

- 5.1.1. Que concurre, que existió en la realidad, en concreto, un error sobre la existencia de la agresión: luego, que en la realidad no existió agresión.
- 5.1.2. Que ese error, el error sobre la efectiva concurrencia de la agresión, dogmáticamente considerado, constituye lo que en doctrina se conoce como un "error de prohibición".
- 5.1.3. Que esa específica modalidad de error de prohibición puede (o debe) recibir en el derecho penal chileno el tratamiento que postula que debe dársele a los errores de esa clase la denominada "estricta teoría de la culpabilidad".

5.2. Vale decir, en un segundo nivel de análisis, puede colegirse que se postula que el derecho penal chileno acoge la estricta teoría de la culpabilidad, con todas las consecuencias dogmáticas y político criminales que de ello se derivan. Como se sabe, el tratamiento del error sobre los presupuestos del tipo permisivo, acorde los postulados de la estricta teoría de la culpabilidad, es una de las reivindicaciones más enérgicas del finalismo ortodoxo.

5.3. Es el caso, sin embargo, que las tres premisas precedentemente aludidas son, en concreto la primera y en abstracto las dos restantes, absolutamente discutibles.

5.4. En primer lugar, respecto de la inexistencia de la agresión, cabe apuntar:

- 5.4.1. Dista mucho de ser evidente o pacífico en doctrina que la existencia, la efectividad de la agresión deba ser juzgada "*ex-post*". Por el contrario, un sector muy cualificado de la doctrina, entre los que se cuentan los más conspicuos representantes del finalismo ortodoxo, postula que la existencia o efectividad de la agresión y/o la necesidad de la defensa, deben en todo caso juzgarse desde una perspectiva "*ex-ante*"⁽⁸⁵⁾.

Vale decir, el juez, el observador imparcial, para juzgar si concurre o no el presupuesto de la agresión, debe situarse en el lugar que ocupa el autor, con los conocimientos de que disponía el autor al momento de actuar.

(85) Sobre ello, vid., extensamente, H.J. Hirsch, 1996, pp. 508 y ss.; E. Graul, 1999, pp. 183 y ss. y Reguejo C., 1999, *passim* y bibliografía ahí cit.

5.4.2. Además, con relativa independencia de lo anterior, ocurre que el único argumento que se da para justificar un enjuiciamiento "*ex-post*", es un (como aparece ya en el tenor mismo de la cita) nada concluyente argumento de autoridad.

Argumento de autoridad que además, en este caso, se ve compensado por un, a lo menos, igualmente relevante y ahora sí concluyente y pertinente argumento de autoridad de signo contrario.

Adicionalmente, sin desconocer la relevancia cuasi-prescriptivas de los consensos interpretativos (que, insistimos, "*ad maioris*" no existen en este caso), pareciera que los mismos, por sí solos, sin la explicación de sus fundamentos dogmáticos y político-criminales, no bastan para resolver supuestos límites como el que nos ocupa.

5.4.3. Pero es que además y finalmente, a nuestro entender ocurre que es claro que, incluso apreciada desde una perspectiva "*ex-post facto*" como lo hace el fallo, la situación que concurre en el caso propuesto sí constituye una agresión ilegítima, que es real, que "existe objetiva y verdaderamente".

5.5. En el caso de autos, al igual que ocurre en el conocido ejemplo de los robos con intimidación mediante una pistola falsa, que parece verdadera, o mediante una pistola descargada, inequívocamente concurre una intimidación; concurre una amenaza eficaz, que en cuanto la víctima, como en este caso, no conozca la realidad, inequívocamente produce el efecto de intimidarla. ⁽⁸⁶⁾

En cuanto la libertad en nuestro derecho es un bien jurídico condigno de protección, merecedor incluso de protección penal, mediante los tipos de amenazas y coacciones que sólo exigen respecto de la amenaza que sea seria y verosímil (artículo 296 del C.P.), características ambas que claramente reúne la amenaza de autos; pareciera evidente que la sola concurrencia de una amenaza eficaz (seria y verosímil) constituye una agresión ilegítima ("*a fortiori*", una agresión ilegítima típica), que real y objetivamente existe. ⁽⁸⁷⁾

5.6. Subsecuentemente entonces, la conducta dolosa de la víctima de amenazar en forma seria y verosímil al hijo del autor, es ya por sí sola, autónomamente considerada, constitutiva de una agresión ilegítima (de una amenaza típica) y ello con total independencia de la virtualidad causal de la amenaza para provocar posteriormente otro resultado más grave, de lesión a la vida, la integridad corporal o a la salud.

(86) En general, sobre la función, significación y autonomía de la lesión a la "libertad personal" en el delito de robo con violencia e intimidación, criticando, a nuestro entender con acierto, la tesis de Jorge Mera que desconoce dicha autonomía, vid., por todos, con un contundente análisis histórico-dogmático y exhaustivas referencias bibliográficas, Bascuñán R., 1999, *passim*.

(87) Para el contenido de injusto de los delitos de coacciones y amenazas y su evolución histórica y, más en general, "libertad personal" como bien jurídico autónomo, vid., por todos, Bascuñán R.,

Mas aún concurriendo, en los términos en que concurre en autos, una lesión grave al bien jurídico libertad individual y un peligro cierto verosímil para los otros bienes jurídicos aludidos, no cabe tampoco, y subsidiariamente, cuestionar que el medio empleado para lograr el doble objetivo, de repeler e impedir una a la otra, fue en todo caso racional. ⁽⁸⁸⁾

5.7. Pero es que además, en este caso, con relativa independencia de lo precedentemente apuntado y siempre desde una perspectiva "ex-post", al agregar el factor tiempo, es perfectamente posible sostener que la agresión se encontraba en pleno desarrollo y que el agresor, que "tenía experiencia en el manejo de armas" (considerando 2º, in fine, del voto de mayoría), y que en forma previa, "pareciera" que había "efectuado uno o dos disparos, presuntivamente al aire..." (considerando, 2º, letra b), voto de mayoría), podía en cualquier momento sacar el seguro del arma y proceder a utilizarla.

En otros términos, aun cuando dejáramos de lado, lo que no parece posible, la agresión ilegítima inicial y la lesión ya consumada al bien jurídico libertad, ocurre que en un juicio "ex-post" la circunstancia de haberse interrumpido la agresión en curso impide sacar alguna consecuencia valida sobre la peligrosidad de la acción, de la sola circunstancia que la pistola estuviera con el seguro puesto.

Como es obvio, la pistola tampoco estaba amartillada, y sin amartillarla es imposible disparar; pero el amartillarla o no es algo que depende totalmente del agresor, igual que sacar el seguro, por lo que habiéndose interrumpido la agresión, de ese dato óptico, no es posible deducir absolutamente nada sobre la virtualidad causal (peligrosidad) de la acción, supuesto que se estime que la peligrosidad es un requisito de la agresión, lo que tampoco es ni evidente ni pacífico.

5.8. En todo evento, en relación a la existencia de la agresión, que en este caso, como se vio, indudablemente concurre, la discusión sobre si ella debe ser establecida "ex-ante" o "ex-post", no es una discusión sobre si ella debe o no concurrir, sino que, supuesto que la misma debe en todo caso existir, sobre el problema anterior a ese de cómo debe establecerse su concurrencia, si mediante un juicio "ex-ante" o "ex-post".

Por lo anterior es que sostenemos que el argumento de autoridad invocado en el considerando 3º del voto de mayoría del fallo, es puramente aparente, pues los autores que allí se citan se pronuncian sobre un problema distinto de aquel que es objeto de la discusión; problema distinto y posterior, en torno al que no existe mayor discusión, por lo que la cita en todo caso sale sobrando.

(88) Vale decir, en el caso objeto de análisis, en todo evento, aún en un análisis "ex-post", la concurrencia, real y efectiva, del presupuesto está doblemente justificada, pues concurrirían tanto una agresión ilegítima actual (la amenaza), como una agresión inminente (lesiones u homicidio). Problema diverso, que en nada afecta la conclusión precedente, es el que posteriormente la acción constitutiva de las lesiones o el homicidio, consuma al atentado contra la libertad que constituye la amenaza.

En efecto, sobre la necesidad de que concurra una agresión ilegítima, real y efectiva, que haga necesaria la defensa, no existe mayor discusión o, cuando menos, no existe una discusión relevante, por lo que la invocación de un argumento de autoridad a ese respecto parece excesivo.⁽⁸⁹⁾

Lo que sí, en cambio, es extremadamente discutible y sobre lo que no se pronuncian los autores citados en la sentencia, es el criterio, la perspectiva, "*ex-ante*" o "*ex-post*", a la que debe recurrirse para establecer la efectiva concurrencia de aquello sobre lo que, en todo evento, existe consenso que debe concurrir.

5.9. Se trata de una discusión, en más de un sentido, paralela y análoga a aquéllas que se mantienen para evaluar la peligrosidad de la acción en los delitos de peligro, o la idoneidad o inidoneidad de la misma en la tentativa.⁽⁹⁰⁾

5.10. Si bien, en el caso concreto propuesto por la sentencia, en el que como se ha visto, y como lo afirma correctamente el voto de minoría, aun juzgado "*ex-post*" existe una agresión ilegítima, real y efectiva, el problema no tiene mayor trascendencia; no podemos dejar de manifestar aquí nuestra conformidad con el criterio defendido por H. Welzel, Armin Kaufmann, W. Gallas, H.H. Jescheck, H.J. Hirsch, G. Stratenwerth, C. Roxin, H. Zipf, J. Cerezo, J. Córdoba R., E. Bacigalupo, D.M. Luzón P. y por la doctrina absolutamente dominante en la dogmática comparada, en el sentido que la concurrencia de dichos presupuestos debe apreciarse en todo caso desde una perspectiva "*ex-ante*".

No pudiendo extendernos aquí sobre las múltiples, coincidentes y convincentes razones que se invoca para ello, nos limitaremos a destacar que siendo la legítima defensa y los tipos permisivos, en general, la contracara de los tipos prohibitivos, en principio, la concepción de la norma (como norma de conducta), de la acción (como manifestación de la personalidad) y de los criterios de imputación de la acción al tipo, que se empleen respecto de estos últimos deben también emplearse respecto de los primeros, cuando menos y en todo caso, cuando se trate de fundar (positivamente) la responsabilidad penal.

5.11. Finalmente, dado que por evidentes razones de espacio no podemos ocuparnos de los restantes tópicos propuestos por la sentencia: error de tipo y error sobre el tipo de permiso, principio de legalidad en las omisiones, concurso de normas y permisos, ingerencia y deber de garante, dolo y culpa en la omisión, etc., nos limitaremos a apuntar que coincidimos con el fallo recurrido y con el voto de minoría del de alzada, en el sentido que en el caso concurre real y efectivamente una legítima defensa, agregando por nuestra parte que:

(89) Son minoritarios los autores que, desde distintas perspectivas y con distinta fundamentación, sustentan una tesis diversa, entendiendo que la sola creencia fundada de que existe la agresión, es equivalente dogmática y político-criminalmente a su efectiva existencia; vale decir, que entienden que la "defensa putativa" es una causa de justificación. Vid., en este sentido, de un lado, Zielinski, 1990, pp. 183 y ss.; de otro, Muñoz C., 1992, pp. 127 y ss.; y Reguejo C., 1999, pp. 352 y ss. En el ámbito anglosajón, en el mismo sentido, Fletcher, 1992, pp. 79 y ss., 1997, pp. 24 y ss. y 1997 b, pp. 199 y ss. Críticamente, vid., por todos, J. Cerezo M., 1998, pp. 204 y ss.

(90) En todo evento, es sumamente discutible que la "peligrosidad" sea efectivamente un requisito de la agresión. En rigor, la existencia de la agresión es un requisito autónomo respecto de su "ilegitimidad", y esta última, a su vez, puede definirse en función de su antijuridicidad formal.

- 5.11.1. Que, si así no fuera, en todo evento en nuestro C.P. el error sobre el presupuesto del permiso es un "*error sui generis*" y no un error de prohibición.
- 5.11.2. Que en nuestro C.P. dicho error "*sui generis*" recibe un tratamiento que está más cerca de lo postulado por la teoría limitada, que por la teoría estricta de la culpabilidad.
- 5.11.3. Que resolver las dudas sobre los presupuestos de la sanción en perjuicio del inculpaado infringe la presunción de inocencia ("*indubio pro-reo*") y que, por ello, no podía en este caso apreciarse un deber de actuar.
- 5.11.4. Que, en todo evento, no creemos que la referencia a la denominada "posición de garante" deba cumplir función alguna en la constitución de lo injusto de los llamados delitos de comisión por omisión.⁽⁹¹⁾
- 5.11.5. Que, finalmente, en el evento que existiera una omisión típica en el caso de autos, lo que no creemos, la misma sería a lo más culposa y no dolosa.

(91) Sobre ello, vid., por todos, con abundantes referencias bibliográficas, García, 1994, pp. 55 y ss.; Silva S., 1994, pp. 13 y ss.; Gimbernat, 1994, pp. 167 y ss.