

## IMPUTACIÓN Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN\*

### Imputation and justification conditions

Guillermo Silva Olivares\*\*

**Resumen:** El trabajo presenta una aproximación general de la justificación en materia penal acorde a un modelo analítico del hecho punible, con un énfasis particular en la relación entre una acción justificada y las condiciones generales de la imputación. Como columna vertebral se sostiene la idea de que una acción resulta justificada solo si puede subsumirse objetivamente bajo una causa de justificación y, además, cumple con las condiciones subjetivas de imputación para ello. Diversas consecuencias se siguen de este modelo. Aquí se analizan algunas que dan claridad, por ejemplo, sobre lo que ha de entenderse por “factores subjetivos” de las causas de justificación y sobre problemas de imputación extraordinaria. Por último, se tratan en específico ciertas cuestiones relevantes en materia de las condiciones de imputación de la acción defensiva en el contexto de la legítima defensa: los casos de exceso y provocación y, al finalizar, la exigencia de no obrar impulsado por motivos ilegítimos de la legítima defensa de terceros extraños.

**Palabras clave:** Normas permisivas – causas de justificación – excusas – error – imputación extraordinaria – *actio illicita in causa* – acción defensiva.

**Abstract:** The work presents a general approach to justification in criminal law in keeping with an analytical model of the punishable deed, with a particular emphasis on the relationship between a justified action and the general conditions of imputation. On the basis of the argument stands the idea that an action becomes justified only if it can be subsumed objectively under a rule of justification and, furthermore, it complies with the subjective basic conditions of imputation. Various consequences arise from this model. Here are analyzed some that throw light on, for example, what has to be understood by “subjective factors” of the justifications and on problems of extraordinary imputation. Finally, this work focusing on some relevant questions concerning to the imputation conditions of the defensive action in the context of self-defense: the cases of excessive self-defense and provocation and, at last, the special requirement (not to act driven by illegitimate motives) needed by the legitimate defense of others.

---

\* El artículo ha sido desarrollado en el marco del proyecto FONDECYT, código 11110274, titulado “La ontología del hecho punible. Fundamentos de teoría de las normas y teoría de la acción para la dogmática de la parte general del derecho penal”, cuyo investigador responsable es el Dr. Juan Pablo Mañalich. A él debo mis agradecimientos no solo por haberme hecho parte del proyecto, sino también por su constante guía y, en especial, sus muy valiosos comentarios y sugerencias a una versión preliminar de este trabajo (y a mi memoria de licenciatura de la que este nace). También agradezco las sugerencias realizadas por la Dra. María Inés Horvitz y por el evaluador del proceso de arbitraje.

\*\* Abogado. Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: [guillermosilvaolivares@gmail.com](mailto:guillermosilvaolivares@gmail.com).

**Keywords:** Permissive norms – justification conditions – excuses – mistake – extraordinary imputation – *actio illicita in causa* – defensive action.

## 1. Las causas de justificación como normas permisivas

La exclusión de responsabilidad por la aplicación de una causa de justificación requiere, como primer paso analítico, de la operación de subsunción de una conducta bajo una norma permisiva. Esta modifica el estatus deóntico de un acto que *prima facie* era prohibido, pasando este a estar permitido. Para poder afirmar lo anterior es imprescindible sostener que una causa de justificación, que desplaza o cancela la aplicación de una norma prohibitiva, puede ser entendida como una norma permisiva.<sup>1</sup> El juicio por medio del cual se reconoce que una conducta resulta objetivamente permitida exige constatar que entre una norma permisiva y una norma prohibitiva se produce una antinomia, conflicto que se resuelve a favor de esta última por medio de la apelación a una norma de segundo orden que le otorgue preferencia por sobre la(s) otra(s) norma(s) en conflicto.<sup>2</sup> Lo anterior requiere asumir que las normas permisivas tienen un carácter normativo independiente.

Se podría afirmar que una permisión no tiene un carácter independiente, ya que sería lo mismo que una conducta esté permitida a que sobre ella no exista prohibición alguna. Es decir, una permisión no sería algo más que la ausencia de una prohibición. Frente a esta postura se opone la distinción de Von Wright entre permisos débiles y fuertes.<sup>3</sup> Sobre la base de que los actos humanos pueden o no estar sometidos a normas, un acto está permitido en sentido débil si no ha sido sometido a norma por la autoridad normativa (y al no estar ni prohibido ni mandado, se entiende “permitido”), mientras que un acto está permitido en sentido fuerte si no está prohibido ni mandado, pero ha sido sometido a norma.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Con gran claridad, Mañalich, Juan Pablo: “Bases para una teoría comparativa del hecho punible”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 75, 2006, pp. 597 ss.

En este trabajo me centraré en la relación entre normas prohibitivas y permisivas, dejando de lado la relación análoga entre normas de mandato y de liberación, tanto por ser el primero el caso paradigmático en materia de causas de justificación como por razones de economía. Al respecto véase Mañalich, Juan Pablo: “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, *InDret* 1, 2013, pp. 3 s., y (aunque con una traducción no coincidente) Hruschka, Joachim: “Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el derecho”, en del mismo, *Imputación y derecho penal*, 2009, pp. 35 ss.

<sup>2</sup> Mañalich, Juan Pablo: “Bases...” (nota 1), p. 598.

<sup>3</sup> Von Wright, G.H.: *Norma y acción*, 1970, pp. 100 ss.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 101 s. De inmediato salta a la vista una comparación de la distinción entre permisos débiles y fuertes con la distinción, en términos jurídico-penales, entre atipicidad y justificación. La relación es clara: una conducta que resulta permitida en un sentido débil se asimila a una que es atípica, por un lado, y una conducta que cae bajo la descripción de un permiso fuerte se asimila a una que es típica, pero justificada. En términos puramente descriptivos, la asimilación tiene sentido. No obstante, lo relevante es verificar que efectivamente resulte provechosa para la comprensión de

La decisión normativa involucrada en el establecimiento de una permisión en sentido fuerte expresa el contenido mínimo de los permisos, a saber, tolerar el acto que se subsume en ellos por parte de la autoridad de la norma.<sup>5</sup> Pero en un sistema jurídico (en tanto especie de sistema normativo), por lo superfluo que puede resultar una norma permisiva como un mero tolerar, generalmente el conjunto de ellas se presentan en combinación con prohibiciones y mandatos. A esta tolerancia, entonces, se le puede adicionar, en primer lugar, una prohibición general de obstaculizar el (poder) hacer lo que concede la norma permisiva, en donde se estaría frente a un derecho de realización de la conducta subsumible ante ella; en segundo lugar, un mandato de habilitar o hacer posible lo permitido, en donde se estaría frente a una pretensión (*claim*) por parte del sujeto de tal norma frente a los destinatarios del mandato. Mientras que un permiso entendido como mera tolerancia atiende sólo a la relación entre la norma (su autoridad) y el sujeto de la norma, los permisos combinados con los derechos y pretensiones mencionados incluyen en esa relación a terceros en tanto destinatarios de la prohibición de obstaculización o del mandato de habilitación. Por ello Von Wright llama la atención señalando que los derechos y pretensiones serían *sociales*, a diferencia de la tolerancia entendida como mera no interferencia o, derechamente, como indiferencia.<sup>6</sup>

Las anteriores consideraciones cobran relevancia en el tratamiento de las causas de justificación, por ejemplo en la legítima defensa, si se entiende que ellas cuentan como normas permisivas cuyo “contenido de tolerancia” es siempre complementado con derechos y deberes. Característicamente quien cuenta con una causa de justificación a su favor, cuenta con un derecho o pretensión de realizar la conducta permitida frente a terceros, sobre los cuales recae a su vez un deber de tolerancia.<sup>7</sup> Por tanto, en lo que a la distinción entre permiso débil y permiso fuerte se refiere, para estos efectos resulta relevante entender que la conducta permitida por (una norma permisiva que cuenta como) una causa de justificación, también ha sido sometida a una prohibición (es decir, cae bajo una norma prohibitiva), por lo que contaría como un permiso en sentido fuerte, con las consecuencias que este reconocimiento trae consigo.

Con todo, como se verá en lo que sigue, para afirmar que un determinado comportamiento resulta, en definitiva, jurídico penalmente justificado, el juicio

---

una distinción categorial entre conductas atípicas y típicas, pero justificadas. Véase: Ortiz de Urbina, Íñigo: “De moscas y agresores muertos”, *Indret* 3, 2008, pp. 14 ss.

<sup>5</sup> Von Wright: op. cit. (nota 3), pp. 104-105. Ello no carece de importancia práctica, toda vez que si se establece o dicta en un sistema determinado una norma permisiva sobre un acto no sometido a norma hasta ese momento, ella constituye una aclaración del estatus normativo de tal acto en tanto que lo explicita. De esta forma se contribuye a guiar el comportamiento al otorgar certeza a los sujetos de la norma respecto del estatus normativo de lo ahora permitido. Véase Atienza, Manuel y Ruiz, Juan: *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, 1996, p. 107 y Moreso, José Juan: “El encaje de las piezas del derecho”, *Isonomía* 15, 2001, pp. 171 ss.

<sup>6</sup> Von Wright: op.cit. (nota 3), pp. 103 ss.

<sup>7</sup> Mañalich, Juan Pablo: “Bases...” (nota 1), p. 599.

objetivo de subsunción del mismo bajo una norma permisiva que cuenta como una causa de justificación no basta. Ese comportamiento objetivamente permitido debe serle imputado a su autor como justificado.

## 2. Las causas de justificación en la estructura analítica del hecho punible

Sobre la base de lo sostenido en el anterior apartado, aquí favoreceré la tesis según la cual una causa de justificación puede ser entendida como una norma permisiva de comportamiento. Queda ahora avanzar en las condiciones bajo las cuales una determinada acción ha de entenderse justificada, y no exculpada o excusada, en el marco de un determinado modelo de hecho punible. Para ello, primero presentaré brevemente este modelo (a) y luego me detendré en el papel que en él desempeñan las causas de justificación a diferencia de otras causas de exclusión de la responsabilidad penal (b).

### a) La construcción del hecho punible

Un grupo de normas de comportamiento proveen a los sujetos de razones para la acción u omisión de ciertas conductas (esto según se trate de normas de mandato o prohibición, respectivamente), o mejor dicho, para evitar omitir o realizar ciertas conductas. Así también, otro conjunto de normas de comportamiento (de liberación o permiso), han de contar como excepciones bajo las cuales la conducta que *prima facie* contravenía a las primeras se entiende justificada.

El primer paso para determinar si un comportamiento debe ser interpretado como un hecho punible es subsumir, mediante un juicio objetivo, el hecho bajo la descripción de alguna de esas normas de comportamiento. Este juicio de subsunción arrojará lo que constituye el objeto del consiguiente juicio de imputación: el hecho típico o injusto objetivo. En otras palabras, el hecho determinado que resulta ya subsumido en alguna de las normas de prohibición o mandato configura el objeto que ha de imputársele como acción propia a su autor.

A la hora de atribuir el hecho objetivamente típico al agente se requiere de un set de reglas diferenciadas de aquellas normas de comportamiento relevantes para el juicio de subsunción (que es el que determina lo que ha de ser atribuido).<sup>8</sup> Estas *reglas de imputación* son indispensables para concebir el hecho que contraviene la norma de comportamiento como una acción propia del autor (es decir, que esa descripción del comportamiento del agente cuente como intencional), así como

---

<sup>8</sup> Hruschka, Joachim: “Imputation”, *B.Y.U.L. Review*, 1986, pp. 669 ss.; del mismo: “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales XLVII* (fasc. III), 1994, pp. 344 ss.; Mañalich, Juan Pablo: “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* 12, 2010, pp. 179 ss.

para su interpretación como portadora de un determinado valor declarativo, a saber, que la norma no vale para él como una razón eficaz para la acción.<sup>9</sup>

En esta operación el juicio de imputación jurídico-penal se construye en dos niveles diferenciados por referencia a dos tipos de capacidades individuales del autor. El primer nivel apunta a la determinación de que efectivamente sea posible hablar de que ese hecho constituye una *acción* (u omisión) propia del autor, por cuanto este fue capaz de actuar de manera intencional en el sentido de haber podido formarse y realizar la intención de evitar el comportamiento descrito en la norma (capacidad de acción en sentido amplio).<sup>10</sup> Esta capacidad tiene dos dimensiones específicas en las cuales se expresan de forma positiva requisitos negativos: una física, por referencia a la cual se comprueba que el agente realizó el hecho mediante los movimientos voluntarios de su cuerpo, y una cognitiva, en la cual se determina que él conocía los presupuestos fácticos de lo que hacía. La no existencia de factores que permitan negar esta capacidad mínima en alguna de sus dimensiones es suficiente para entender que el hecho típico (el hecho subsumido en la norma de comportamiento) resulta una acción típica del agente en cuestión. Este nivel termina con la constatación de que una acción del agente ha contravenido una norma de comportamiento, lo que constituye una infracción personal de un deber. La antinormatividad de este comportamiento, al ser entendido como una contravención al derecho, hace que quede configurado el así llamado “injusto”.

En el segundo nivel de imputación la capacidad que sirve de presupuesto está referida no ya a la posibilidad de formación de una intención y su realización en la acción que contraviene a la norma, sino a la de formación y realización de una intención de segundo orden de evitar de manera intencional el actuar contrario a la norma (capacidad de motivación).<sup>11</sup> La pregunta aquí es por las condiciones (las capacidades) bajo las cuales se ha de interpretar la acción contraria a la norma como una contradicción a la misma, es decir, como exhibiendo un déficit en el reconocimiento de ella como una razón eficaz para la acción. Aquí, en el momento del juicio de culpabilidad, se pone en juego la confirmación o falsación de la premisa bajo la cual opera la estructura general de la imputación jurídico-penal, a saber, la hipótesis contrafáctica según la cual el destinatario de una norma de comportamiento cuenta con una razón para la acción, la que él habría seguido toda vez que hubiese sido capaz de ello.<sup>12</sup> El derecho en cada caso configura un modelo de razonamiento práctico como criterio evaluativo de lo que ha de contar como una acción en pos del seguimiento de una norma, el que no es adoptado por el

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 174 ss.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 179 ss. Para el modelo general, véase: Kindhäuser, Urs: “La lógica de la construcción del delito”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* 14, 2009, pp. 504 ss. También Kindhäuser, Urs: “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret* 4, 2008, pp. 8-9.

<sup>11</sup> Mañalich, Juan Pablo: “Norma...” (nota 8), p. 180.

<sup>12</sup> Independiente de cuáles fueron, de hecho, los motivos o razones del autor. En detalle: Mañalich, Juan Pablo: “La exculpación...” (nota 1), pp. 7 ss.

agente que la quebranta. En particular, el reproche de culpabilidad manifiesta que el autor, siendo capaz de hacerlo, no tomó la norma en tanto razón excluyente y eficaz como premisa (mayor) de su razonamiento práctico y, por tanto, en el momento adecuado no siguió la norma, exhibiendo un déficit de la fidelidad al derecho que de él era esperable. De esta forma, los criterios para descartar la imputación de segundo nivel refieren a la falta de capacidad del agente para dar seguimiento a una norma, ya sea por la inexistencia de una configuración psíquica o mental adecuada o por la imposibilidad de exigir la concurrencia de esa capacidad en circunstancias contextualmente calificadas.

Hasta ahora se ha presentado la estructura ordinaria del juicio de imputación jurídico-penal. De no satisfacerse algunos de sus criterios ordinarios en su primer o segundo nivel, la imputación de un hecho como contravención y como contradicción a la norma cae. No obstante, todavía es posible hacer responsable al agente sobre cuyo comportamiento se ha desechado la imputación ordinaria. Sobre esto volveré más adelante.

#### **b) Las causas de justificación como normas de comportamiento y su distinción de otras causas de exclusión de la responsabilidad penal**

Siguiendo el modelo presentado, para que una acción se encuentre jurídico-penalmente justificada se requiere que se satisfagan los presupuestos de aplicación de una norma permisiva que cuente como una causa de justificación que cancele la aplicabilidad de, o desplace, una norma de comportamiento prohibitiva. En efecto, una de las consecuencias de concebir a las causas de justificación como normas de comportamiento radica en la manera de entender la relación entre la norma permisiva que cuenta como una causa de justificación y la norma prohibitiva con la que comparte su objeto: si a un mismo sistema normativo pertenecen una norma según la cual “x está prohibido” y otra que dispone que “x está permitido”, entonces esas normas son contradictorias, y esta contradicción se resuelve caracterizando a la permisiva como una excepción a la prohibición.<sup>13</sup> En este nivel de explicación no interesa si, materialmente, las razones que desplazan a una norma prohibitiva son, en efecto, buenas razones. Consideraciones como la anterior pertenecen a una teoría preocupada del análisis de la

---

<sup>13</sup> Hruschka, Joachim: “Justification and excuse: a systematic approach”, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2, 2005, p. 408. Desde ya parece conveniente explicitar que un compromiso con este modelo lleva a rechazar la teoría de los elementos negativos del tipo. En el evento de que se den los presupuestos de aplicación de una norma permisiva, aquí se habla de una cancelación de la aplicación de la norma prohibitiva o de mandato *prima facie* aplicable, mientras que un defensor de la teoría de los elementos negativos interpretaría esta situación no al modo de una cancelación, sino de una redefinición de los ámbitos de aplicación de tales normas: los presupuestos de la permisiva serían incorporados a las normas de obligación como elementos negativos (Ortiz de Urbina, Íñigo: op. cit., p. 16). Una causa de justificación, entonces, contaría como una especificación del alcance del ámbito de aplicabilidad de las normas de comportamiento (prohibitiva o de mandato). Esto desconoce parte fundamental de la caracterización de las normas permisivas como la aquí sostenida. Por tanto, el rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo es consecuencia necesaria del rechazo de una teoría de las normas insatisfactoria.

configuración de los tipos penales en particular o, mejor dicho, de la parte especial del derecho penal.

Otra consecuencia de relevancia es que, como toda norma de comportamiento, una norma permisiva que cuenta como una causa de justificación detenta tanto una función prospectiva, en tanto constituye una guía (aunque solo de manera secundaria) del comportamiento, como una retrospectiva, ejerciendo como baremo de evaluación.<sup>14</sup> Cuando se habla de justificaciones en materia penal se hace referencia precisa a esta función de baremo de medición que juega un rol fundamental en la determinación, por parte del juzgador, de la antijuridicidad de la acción: esta resulta excluida cuando concurren los presupuestos de una causa de justificación.<sup>15</sup>

Nada de lo anterior puede afirmarse de las condiciones de exclusión del injusto subjetivo o de la culpabilidad, no obstante su consecuencia también sea la exclusión de la responsabilidad penal. En ellas lo que se alega es una falta de responsabilidad personal por el hecho. Y cuando se alega una falta en esos términos se está hablando de casos en que se da una falla o déficit en alguno de los presupuestos o condiciones bajo las cuales es posible atribuir esa responsabilidad al agente como un injusto culpable.<sup>16</sup>

### **i) Causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad**

En armonía con lo anterior, la debatida y problemática distinción entre las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad queda esclarecida mediante la determinación del lugar y función de cada una de ellas en la estructura analítica del hecho punible. Ya dentro del segundo nivel de imputación, la no concurrencia de ciertas capacidades generales de una persona para un adecuado razonamiento práctico (causas de inculpabilidad) o la existencia de ciertas circunstancias contextuales que razonablemente irrumpen en y distorsionan el razonamiento práctico del agente (causas de exculpación),<sup>17</sup> también cuentan como causas que

---

<sup>14</sup> Hruschka, Joachim: “Reglas...” (nota 8), pp. 344 s.

<sup>15</sup> Aquí para Hruschka resulta preferible hablar de “tipos de justificación”, los que traen aparejados una valoración respecto de la antijuridicidad o no antijuridicidad de la acción del agente. *Ibid.*, p. 345. Hruschka, Joachim: “Justification...” (nota 13), p. 413.

<sup>16</sup> Debido al enfoque que tiene el juicio de imputación en las capacidades “normales” del sujeto, y la contrafacticidad de esa imputación que (re)define en parte esa “normalidad”, la exclusión de responsabilidad en estos términos, y a diferencia de los casos de justificación, siempre se caracteriza como una falla. Una intuición similar parece estar detrás de la caracterización que, desde el lenguaje cotidiano, realiza J. L. Austin al referirse a las excusas por oposición a las justificaciones: “[...] to examine excuses is to examine cases where there has been some abnormality or failure”. Austin, J.L.: “A plea for excuses”, en Urmsom, J.O. y Warnock, G.J. (ed.): *Philosophical papers*, 1970, pp. 179 s. Sobre esta distinción véase *infra* 2.b.ii.

<sup>17</sup> El derecho solo puede entender de una forma el sentido de un conflicto práctico en el que sea sensato afirmar que el sujeto (por ejemplo, objeto de una coacción mediante amenaza) se comporta, a la vez, con arreglo a y en contra de su voluntad: la falsación de la hipótesis contrafáctica sobre la que descansa la estructura de la imputación jurídico-penal se entiende

impiden imputar el injusto al agente de manera definitiva.<sup>18</sup> Existiendo alguno de los déficits mencionados, el injusto, ya configurado objetiva y subjetivamente, no puede caracterizarse como “culpable” en tanto no resulta demostrativo de un déficit de fidelidad al derecho imputable a su autor. Ya se ha descartado en este nivel la eventual aplicación de una causa de justificación sobre la acción.

En términos generales, el examen realizado hasta el momento arroja que la distinción más básica resulta ser la que existe entre las causas de justificación, en tanto normas de comportamiento con sus correspondientes condiciones de aplicabilidad, y las “causas de exclusión de la imputación”, en tanto déficits en alguna de las condiciones necesarias para atribuir un hecho objetivamente típico a un agente como acción suya y culpable.

## **ii) Justificación y excusa: la concepción objetiva de las causas de justificación**

Estas consideraciones se pueden extender también al debate, en el marco de la tradición del derecho de habla inglesa, sobre la distinción entre justificaciones y excusas. Aquel nos provee de un ejemplo de lo provechoso que resulta la caracterización de las causas de justificación desde el enfoque de teoría de las normas y de la acción adoptado en este trabajo.

Tradicionalmente el criterio más general de distinción a este respecto es, en palabras de J. L. Austin, el siguiente: cuando alego que mi acción está justificada asumo la responsabilidad por ella, pero niego que se trate de algo malo o incorrecto; mientras que en una acción sobre la que invoco una excusa no acepto la responsabilidad (parcial o absolutamente), pero admito que se trata de algo malo o incorrecto.<sup>19</sup> Si bien las intuiciones detrás de un criterio como el anterior no son incorrectas, la discusión se oscurece cuando se lo intenta especificar y delinear, debido a su excesiva amplitud, mediante otros.

De entre ellos, el criterio que aquí me interesa analizar es aquel según el cual la demarcación debe realizarse por referencia a variables subjetivo-individuales

---

excluida por el reconocimiento de que el sujeto no ha seguido la norma de comportamiento por una determinada razón, sin que esto constituya una validación jurídica de la última. Mañalich, Juan Pablo: “La exculpación...” (nota 1), p. 23.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, pp. 9 ss.

<sup>19</sup> Austin, J. L.: op. cit., p. 176. Este criterio general se reconoce en el ámbito del derecho en un amplio sector de la doctrina jurídico-penal norteamericana. Véanse, por ejemplo: Fletcher, George: *Rethinking criminal law*, 2000, p. 759; Berman, Mitchell: “Justification and excuse, law and morality”, *Duke Law Journal* 53, 2003, p. 8; Baron, Marcia: “Justifications and excuses”, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2, 2005, pp. 389 s.; Corrado, Michael: “Notes on the structure of a theory of excuses”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 82, 1991, p. 483; Hurd, Heidi: “Justification and excuse, wrongdoing and culpability”, *Notre Dame Law Review* 74, 1999, p. 1558; Robinson, Paul: “A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability”, *U.C.L.A. Law Review* 23, 1975, pp. 274 s.

referidas al agente, por un lado, y objetivo-generales referidas al acto del agente, por otro.<sup>20</sup> Así, si los hechos en cuestión que sirven de presupuesto a la causa que excluye la responsabilidad describen al agente mismo o su carácter, se estaría ante la presencia de una excusa, mientras que si lo que hacen es describir su acto, se trataría de una justificación. Pero si bien pudiera ser entendible que una causa de justificación “atendiera al acto” por considerar una acción-tipo como permisible o ajustada a derecho en todo caso que se satisfagan sus presupuestos de aplicabilidad, eso no quiere decir que entre estos últimos no hayan exigencias subjetivas o que “atienden al agente” para dar lugar a la justificación.<sup>21</sup> Si la distinción entre justificación y excusa tiene como criterio principal una diferenciación en estos términos, lo que está detrás es la contraposición entre un juicio de subsunción y uno de atribución. El primero tiene un carácter objetivo, en tanto lo que ha de determinarse es si un hecho o acto (*deed*) determinado cae (se subsume) bajo la descripción de una norma de comportamiento. El segundo se ocupa de la cuestión de si un sujeto determinado ha de ser o no responsable por (si se le puede imputar) ese hecho que objetivamente cuenta como contrario al deber contenido en la norma. Si es efectivo que un defensor del criterio “objetivo/subjetivo” concibe el argumento de este modo, entonces por “excusa” ha de entender toda causa o condición de exclusión de responsabilidad por la falta de un presupuesto de la imputación del hecho al autor como una acción antijurídica suya y culpable.

Pero si se opta por esta forma de entender el problema, es clave alcanzar a ver que dentro de la amplitud de las excusas, en esos términos, hay todavía que diferenciar entre al menos dos niveles de atribución (lo que aquí se ha denominado, siguiendo a Hruschka, dos niveles de imputación).<sup>22</sup> Si no se realiza esta subdiferenciación, los casos de error devienen particularmente problemáticos.<sup>23</sup> Si una conducta se encuentra objetivamente justificada, ¿qué pasa si el autor no conocía sus presupuestos objetivos? Esta es otra forma de llegar a

---

<sup>20</sup> Husak, Douglas: “Justifications and the criminal liability of accessories”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 80, 1989, pp. 494 ss. (En contra de esta postura: Greenawalt, Kent: “The perplexing borders of justification and excuse”, *Columbia Law Review* 84 (N° 8), 1984, pp. 1915 ss.). En algunos de sus trabajos, si bien luego matiza el argumento, Robinson parece ser un defensor de la comprensión “objetivista” de las justificaciones, en tanto ellas no podrían tener en consideración elementos en atención al agente (solo al acto y a sus circunstancias “objetivas”): “[...] actor-oriented considerations such as motive are not pertinent to the analysis [of justifications]. Yet such considerations have been introduced; in all probability they have been derived from the other general principle of exculpation, excuse”. Robinson, Paul: “A theory ...” (nota 37), p. 274. El punto de Robinson es más bien sobre un principio de justificación como criterio de evaluación legislativa.

<sup>21</sup> Baron, Marcia: op. cit., pp. 391 s., 394.

<sup>22</sup> Véase, por ejemplo, Robinson, Paul: “A functional analysis of the criminal law”, *Northwestern University Law Review* 88, 1994, p. 873.

<sup>23</sup> Por ejemplo Duff propone la creación de una estructura de sistematización análoga a la que se aplica sobre las creencias o conocimientos del sujeto (más bien, sobre el error que recae sobre ellos), que resultaría supuestamente mucho más fructífera que la clásica distinción entre justificación y excusa: Duff, R.A. “Rethinking justifications”, *Tulsa Law Review* 39, 2004, pp. 833 ss.

una de las preguntas más interesantes sobre teoría del error, y que ha sido objeto de un vasto tratamiento en el derecho continental, como se verá más adelante.

Por otro lado, si con el término “excusa” se hace referencia a las causas que excluyen la responsabilidad por la falta de un presupuesto de la imputación exclusivamente del segundo nivel, cuando el injusto ya está constituido,<sup>24</sup> los casos en que falla uno de los presupuestos para que la conducta le sea imputable al autor como intencionalmente evitable (imputación del primer nivel) quedarán fuera de la extensión de ese término.<sup>25</sup> Por cierto que ello no obsta a que aquellos sean reconocidos como casos de exclusión de responsabilidad. Esta forma de presentar la distinción es la que goza de aceptación mayoritaria, también en la literatura continental en donde la contraposición generalmente se ha realizado entre justificación y exculpación.<sup>26</sup> Lo que sí resulta necesario, nuevamente, es un buen manejo de los presupuestos de esa responsabilidad que considere la distinción entre el juicio de imputación y la determinación de su objeto por referencia a distintos tipos de normas, así como un correcto tratamiento de los distintos casos de error.

Lamentablemente el problema terminológico ha oscurecido, al menos en la literatura norteamericana, un análisis óptimo que debería independizarse de las etiquetas y tratar las categorías doctrinales en cuestión siempre en referencia a los distintos presupuestos de la atribución de responsabilidad jurídico-penal.

Un claro avance en esta materia lo constituyen los trabajos de George P. Fletcher y Paul Robinson, quienes destacan por sus esfuerzos de incluir la distinción entre justificación y excusa en una teoría coherente sobre los presupuestos de la responsabilidad penal. El primero, abre el camino para la introducción al derecho norteamericano de algunos conceptos propios de la teoría del derecho penal alemán. En lo pertinente, Fletcher se interesa por el rendimiento teórico de la distinción entre dos categorías que han de ser claramente distinguidas: *wrongdoing* y *attribution*.<sup>27</sup> De las principales cuestiones a tener en consideración, dice este autor, es que estamos ante dos tipos distintos de reglas. Las que pertenecen al nivel del *wrongdoing* son, en la terminología hartiana, reglas primarias de prohibición o mandato que proveen de directivas de conducta, mientras que en el nivel de la *attribution* se hace referencia a un nivel distinto de normas que fijan las condiciones de atribución de un hecho o acto (*deed*) a su autor.<sup>28</sup> Concordantemente, las justificaciones pertenecerían al primer nivel mientras que las excusas al segundo. En este sentido, el criterio de distinción desde una diferenciación de dos tipos de

---

<sup>24</sup> Hruschka, Joachim: “Justifications ...” (nota 13), p. 413.

<sup>25</sup> Byrd, Sharon: “Wrongdoing and attribution: implications beyond the justification-excuse distinction”, *Wayne Law Review* 33, 1987, p. 1341.

<sup>26</sup> Roxin, Claus. “Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena”, en del mismo, *Dogmática penal y política criminal*, 1998, pp. 88 ss.

<sup>27</sup> Fletcher, George: *Rethinking ...*, (nota 19), pp. 454 ss.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 458.

normas o reglas ofrece una nueva perspectiva para considerar el citado *dictum* de Austin: una conducta justificada sería aquella que no se considera incorrecta y de la que el autor es plenamente responsable, en tanto que una excusada continúa siendo incorrecta, pero el autor no es considerado responsable al no poder serle atribuida.<sup>29</sup>

Por su parte, Robinson lleva a cabo un análisis funcional que resulta, en líneas generales, análogo al modelo anterior, y al analítico del hecho punible que se sigue en este trabajo, y que diferencia entre normas de comportamiento y reglas de imputación. Él entiende que el sistema de responsabilidad penal está articulado por distintos tipos de reglas y principios en concordancia con las tres funciones primarias que ha de desempeñar el derecho penal. Un primer tipo son las reglas de conducta (*rules of conduct / rule articulation function*), que definen qué conductas han de resultar prohibidas o mandadas por el derecho penal, proveyendo directivas *ex ante* a los miembros de la comunidad para que las eviten, so pena de recibir un castigo penal.<sup>30</sup> Habiéndose determinado la violación a una de estas reglas, para decidir de manera *ex post* si ella merece o no ser acreedora de responsabilidad penal, existe un set de principios de adjudicación (*principles of adjudication / liability function*) que cumplen esa función.<sup>31</sup> Finalmente, cuando ya han concurrido los anteriores presupuestos de la responsabilidad penal (cuando se ha respondido a la pregunta de si el sujeto ha o no ha de ser penalmente responsable), para determinar la magnitud del castigo a ser impuesto, se utilizan las reglas de graduación o determinación del *quantum* de la sanción (*grading function*). En este contexto, las condiciones de justificación pertenecerían al nivel de las reglas de conducta, en la función de la regla de articulación, mientras que las excusas y las causas que excluyen la responsabilidad en atención a la falta de culpabilidad del sujeto pertenecen al nivel de los principios de adjudicación (por su parte, las reglas sobre agravantes y atenuantes serían parte de la función y reglas de graduación).<sup>32</sup>

Fuera de estos breves comentarios, lo que me interesa en lo sucesivo es problematizar la idea general según la cual toda justificación tiene un carácter puramente objetivo en tanto está referida al acto y no al sujeto. Sostener esta idea de manera radical parece bastante tentador, sobre todo en aquellos casos en que la acción que resulta justificada tiene consecuencias que son valoradas como

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 459. Claro que para Fletcher las justificaciones no cuentan como elementos de la definición de los tipos penales (*definition*). Fletcher, George: “The right deed for the wrong reason: a reply to Mr. Robinson”, *U.C.L.A. Law Review* 23, 1975, pp. 309 ss.

<sup>30</sup> Robinson, Paul. “A functional ...” (nota 22), p. 857.

<sup>31</sup> *Ibid.* También véase, Robinson, Paul: “Rules of conduct and principles of adjudication”, *The University of Chicago Law Review* 57, 1990, pp. 730 ss.; y Dan-Cohen, Meir: “Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in criminal law”, *Harvard Law Review* 97, 1984, pp. 625 ss.

<sup>32</sup> Robinson, Paul: “A functional...” (nota 22), pp. 870-875. Ambas posturas han influenciado a varios teóricos del derecho penal angloparlantes, pero no necesariamente constituyen hoy la opinión mayoritaria. Véanse, por ejemplo: Berman, Mitchell: *op. cit.*, p. 18; Hurd, Heidi: *op. cit.*, pp. 1558 ss. Un muy buen y similar modelo funcional, con la notoria influencia de Joachim Hruschka, en: Byrd, Sharon: “Wrongdoing...” (nota 25), pp. 1289 ss.

socialmente deseables o moralmente correctas. Y particularmente adecuada resultaría para el caso de la causa de justificación por excelencia, la legítima defensa. Espero que al concluir este trabajo queden totalmente esclarecidas las razones de por qué una concepción semejante es errónea o, al menos, mal comprendida.

### 3. Los elementos subjetivos en las causas de justificación

Frente a la cuestión de los elementos o factores subjetivos en las causas de justificación pueden presentarse varias posturas. Algunas niegan la necesidad de afirmar que se requieran estos factores para tener una acción por justificada. De entre los argumentos que afirman la necesidad de estos elementos, se discute sobre su contenido. A continuación expondré una solución acorde al modelo del hecho punible presentado (a) y las consecuencias que de ella se extraen en materia de error sobre los presupuestos de una causa de justificación (b).

#### a) Justificación e imputación

Para que se produzca la exclusión de la antijuridicidad de una acción a base de la aplicación de una norma permisiva, o “tipo permisivo”, que cuenta como una causa de justificación, se requiere que esa norma cancele o desplace la aplicación de la norma prohibitiva que *prima facie* sería aplicada sobre esa acción. Aquí el comportamiento tiene que ser, en primer lugar, subsumido bajo esa norma para que pueda ser considerado como objetivamente permisible; pero también debe ser subjetivamente imputable su autor.<sup>33</sup>

Si se entienden, como aquí se ha hecho, las causas de justificación como normas permisivas, la pregunta por si una conducta ha de considerarse como jurídico-penalmente justificada pasa, primero, por la necesidad de una respuesta afirmativa a la cuestión de si la descripción de esa conducta puede subsumirse bajo la descripción del supuesto de hecho de alguna de esas normas. Quienes niegan la importancia de los “factores subjetivos” estiman que una vez satisfecho este requisito se debe dar lugar a la justificación, lo que, a su vez, los compromete con una defensa de la naturaleza objetiva de las causas de justificación.<sup>34</sup> Una causa de justificación es obviamente “objetiva” en tanto se trata de una norma. Pero bajo los términos de este trabajo esa constatación resulta superflua e incluso puede llegar a ser peligrosa, puesto que si se radicaliza el malentendido se puede llegar a desconocer que la conducta objetivamente justificante debe serle imputada

---

<sup>33</sup> Kindhäuser, Urs: “La lógica...” (nota 10), p. 501. Byrd, Sharon: “Wrongdoing...” (nota 25), pp. 1310 s.

<sup>34</sup> Por ejemplo, en el ámbito de la legítima defensa: Novoa, Eduardo: *Curso de derecho penal chileno*, 2005, p. 352. En Alemania, uno de los principales defensores de esta idea ha sido Günter Spendel (citado en: Politoff, Sergio: “El papel del factor subjetivo en las causas de justificación”, en VV.AA., *Política Criminal y Reforma Penal*, 1996, pp. 70 s.).

subjetivamente al autor para que sea posible hablar, propiamente, de una *acción* justificada.

En la determinación de que un hecho constituye una contravención a una norma de comportamiento en particular, la satisfacción de los criterios de imputación le garantiza al autor que la responsabilidad por esa contravención ha de serle atribuida solo en tanto ese hecho cuente como una acción suya. El nivel del injusto se preocupa solo de *acciones* (en el sentido de una descripción de un evento que cuente como intencional) que contravienen normas, como constitutivas de infracciones de deber.<sup>35</sup>

Una vez afirmada la necesidad de los factores subjetivos en las causas de justificación, queda por responder qué tipo de contenido ha de asignárseles. Y en este punto la discusión ha girado en torno a dos posturas: una según la cual se requiere de una finalidad de actuar de manera justificada,<sup>36</sup> y otra para la que basta el conocimiento eventual de estar actuando de esa forma.<sup>37</sup> Y para la decisión por una u otra, es necesario volver al modelo de imputación al que se adhiere en el nivel del injusto. En ese nivel, el criterio ordinario de imputación se identifica con una capacidad de evitabilidad intencional de la ejecución de la acción prohibida o de la omisión de la acción mandada. La capacidad exigida como criterio de imputación ordinaria tiene una dimensión física y una cognitiva (el autor debe ser capaz de evitar intencionalmente la realización de la acción prohibida mediante los movimientos voluntarios de su cuerpo y de saber lo que está haciendo). La satisfacción de este criterio de imputación en su dimensión cognitiva requiere que mínimamente el sujeto actúe representándose las circunstancias fácticas de la situación típica, esto es, que actúe con dolo eventual. Por ello el dolo eventual es la forma básica de dolo, porque es el requisito mínimo para que el hecho le sea atribuido al sujeto a título de imputación ordinaria, es decir, como una acción o comportamiento doloso.

Lo mismo vale para la actuación bajo una causa de justificación. El requisito mínimo exigible para que el comportamiento objetivamente permitido sea atribuible al sujeto, en tanto justificado, es que se representen sus circunstancias. Si se entiende el concepto de dolo de manera neutral bajo una teoría cognoscitiva, se está en condiciones de afirmar que se requiere de un “dolo (eventual) de justificación” para que quede excluida la antijuridicidad de la acción del autor. Entonces, el requisito mínimo que cuenta como criterio subjetivo, o

---

<sup>35</sup> Asimismo, esta idea parece estar en las raíces de la aceptación de que solo sobre una acción constitutiva de un injusto puede venir en consideración la eventual posibilidad de una participación, porque en caso contrario no se podría hablar siquiera de una acción sobre la cual se produzca la intervención accesoria de un tercero.

<sup>36</sup> Por todos, véase: Loos, Fritz: “Sobre el contenido del elemento subjetivo de las causas de justificación”, en Ambos, K. y Radtke, H. (coord.): *Estudios filosófico-jurídicos y penales del prof. Dr. Fritz Loos: homenaje a sus 70 años*, 2008, p. 103 (con nota 3).

<sup>37</sup> Por ejemplo: Roxin, Claus: *Derecho penal. Parte general*, 1997, pp. 596 ss. Jakobs, Günther: *Derecho penal. Parte general*, 1997, pp. 431 s.

como el “contenido de los factores subjetivos en las causas de justificación”, es el conocimiento o representación de las circunstancias fácticas de la situación justificante. Por supuesto que ello no obsta a que el legislador exija la satisfacción de requisitos adicionales en la configuración del tipo (permisivo). Por ejemplo, esto es lo que ocurre en nuestro ordenamiento con el artículo 10 N° 6 del código penal sobre legítima defensa de terceros extraños, que exige la ausencia de ciertos tipos de motivos para dar lugar a la justificación.

## **b) Justificación y error**

Ahora es necesario revisar qué pasa cuando existe un déficit en el mencionado requisito mínimo de imputación subjetiva, cuestión que se conoce como el problema del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Diversas construcciones dogmáticas han presentado distintas soluciones al respecto como consecuencia del modelo de sistematización de la teoría del delito sobre la que cada una se erige, como la teoría del dolo, la teoría estricta de la culpabilidad y las numerosas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad.<sup>38</sup> Este trabajo adhiere a la premisa sobre la que esta última se sostiene, así como a la solución general a la que llega: partiendo de la base del reconocimiento de la distinción entre el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad (que forma parte de la culpabilidad), se le da al error sobre los supuestos de hecho de las causas de justificación un tratamiento equivalente que al del error de tipo. Las mismas razones por las que se diferencian los casos en que existe un error sobre los presupuestos objetivos de una norma prohibitiva o de mandato (error de tipo que excluye el dolo) de los casos de error sobre la existencia y alcance de esa norma (error de prohibición que excluye el conocimiento de la antijuridicidad y por ello la culpabilidad), son aplicables a ambas formas de error en materia de normas o tipos permisivos que constituyen causas de justificación.

Este tratamiento equivalente es consecuencia, como anteriormente se ha sostenido, de la consideración de las normas permisivas como pertenecientes al mismo nivel lógico que el de las otras normas de comportamiento de prohibición. Esta premisa deja la carga argumentativa del lado de quien quiera proponer una solución diferenciadora en esta materia para el específico ámbito de las normas sobre justificación. No es el caso de esta investigación, para la que todo caso de error sobre los presupuestos fácticos u objetivos, tanto de un tipo delictivo como de un tipo de justificación, es entendido como un déficit de un requisito subjetivo-cognoscitivo de imputación y, en consecuencia, excluye el dolo.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Sobre esto último, véase Grünwald, Gerald: “Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad”, en VV. AA., *El error en el derecho penal*, 1999, pp. 168 ss. En general: Mañalich, Juan Pablo: “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3, 2003, pp. 148 ss.; y Burkhardt, Björn y Eser, Albin: *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, 1995, pp. 323 ss.

<sup>39</sup> Particularmente claro: Hruschka, Joachim: “Regla...” (nota 8), pp. 355 s.

De esta forma, para quien con su conducta realiza objetivamente un tipo delictivo, y sabiendo lo que hace, pero que a su vez supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, solo resta la impunidad en caso que el error sea inevitable, mientras que si se trata de uno evitable se le da el tratamiento del delito imprudente.<sup>40</sup> Esto es así en el primer caso porque, se podría poner de esta manera, el “dolo de justificación” desplaza al dolo típico haciendo que el injusto subjetivo caiga. Ilustraré el punto con un ejemplo ofrecido por el profesor Politoff, levemente modificado: Francisca, sobresaltada por la presencia de un intruso en su casa a altas horas de la noche mientras su marido se encuentra ausente, coge un pesado objeto y golpea al supuesto malhechor, quien resulta ser Juan, su marido, quien vuelve de una noche de juerga. La suposición errónea de la concurrencia de uno de los presupuestos de una causa de justificación de Francisca (la creencia de que golpeaba, para defenderse, a un extraño que irrumpía en su casa) excluye la imputación ordinaria de primer nivel, necesaria para constitución del injusto. Por tanto, no es posible sostener en este caso la comisión dolosa del delito de lesiones.

A su vez, el caso inverso, también denominado “error de tipo permisivo al revés”, que se da cuando el autor realiza dolosamente un comportamiento descrito en un tipo delictivo, pero ignora que de hecho concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, es tratado como uno de tentativa inidónea. Si bien en estos casos el respectivo tipo delictivo se ve realizado por el comportamiento del autor, objetivamente no es posible reconocer un desvalor de resultado.<sup>41</sup> Debido a las objetivas circunstancias del caso, entonces, no es factible que se dé el resultado típico como producto de la acción del autor. Volveré al ejemplo anterior, con otras identidades, bajo esta nueva modalidad: Gabriela se percata de la presencia de un hombre a altas horas de la noche en su casa y, creyendo que es su marido que vuelve por enésima vez de una noche de juerga, procede a tomar un objeto contundente para darle una lección que jamás olvidará y lo golpea con él, dándose cuenta posteriormente que se trataba de un desconocido; la mujer que perseguía el mal terminó, tal como el Mefistófeles de Goethe, produciendo el bien.<sup>42</sup> Es posible verificar en el ejemplo el dolo típico de Gabriela, pero objetivamente se dieron los presupuestos de una causa de justificación. En cuanto al resultado de lesionar a Juan, su marido, solamente es posible afirmar una tentativa inidónea, ya que con su acción no es posible que dicho resultado objetivamente tenga lugar.

---

<sup>40</sup> Mañalich, Juan Pablo: “Consideraciones...” (nota 38), p. 148. Aquí si bien ya está excluida la imputación ordinaria por un comportamiento doloso, todavía persiste la posibilidad de atribución extraordinaria de responsabilidad por un déficit en el aseguramiento de la propia capacidad que cuenta como criterio de la imputación ordinaria.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>42</sup> Politoff, Sergio: op. cit., pp. 69, 76 ss.

#### 4. Justificación e imputación extraordinaria

Así como en la constitución de una acción punible aun después de haberse verificado la satisfacción de las condiciones de imputación es posible, de manera extraordinaria, atribuir responsabilidad por un déficit personal en el aseguramiento de alguna de aquellas, en la interpretación de una acción como jurídico-penalmente justificada se puede afirmar lo mismo: incluso concurriendo los requisitos objetivos y subjetivos mínimos, todavía es posible estar frente a una acción punible. Para un adecuado análisis de lo anterior resulta fundamental cerrar una revisión del modelo del hecho punible (pendiente en 2.a) con una diferenciación entre formas de imputación en congruencia con la distinción entre sus dos niveles (a). Luego de ello trataré el caso específico de la *actio libera in causa* como tradicionalmente se concibe (b), lo que resulta un paso aclaratorio útil para terminar revisando los contornos de la teoría de la *actio illicita in causa* como posible extensión de un modelo general de la imputación extraordinaria hacia el ámbito de las causas de justificación (c).

##### a) Imputación extraordinaria

En los casos que aquí interesan concurre efectivamente una causa o condición de exclusión de la imputación ordinaria de segundo nivel, por ser reconocible un “estado defectuoso”. Para que todavía quepa la posibilidad de atribuir responsabilidad por el hecho realizado en un estado defectuoso de imputación, ella debe fundarse en que al sujeto le sea atribuible el déficit por haberse puesto precedentemente, en contra de una incumbencia personal, en un estado de incapacidad identificable al momento de la realización del hecho ilícito.<sup>43</sup> Y es en relación con ese actuar precedente, no obstante resultar la imputación excluida, que extraordinariamente se hace responsable al autor. Para entender cabalmente esto, y con ello cerrar la revisión de las líneas generales de un modelo analítico del hecho punible, es necesario diferenciar e interrelacionar los *niveles* de imputación con las *formas* de imputación.

Así como es posible la identificación de dos niveles de imputación, también se diferencian dos formas de imputación en cada uno de ellos: la ordinaria y la extraordinaria.<sup>44</sup> Los criterios tanto de capacidad de acción como de motivación en pos del seguimiento de la norma (propia y su exigibilidad), cuentan como los estándares ordinarios a ser satisfechos para poder dar lugar a la imputación del hecho al autor al modo de un injusto culpable. Si falla la satisfacción de uno de estos criterios, por ejemplo en casos de error, no procede hacer responsable al autor por fallar una de las condiciones necesarias para la imputación por darse un estado defectuoso. No obstante, aún resulta posible tal atribución en todos aquellos casos en que precisamente, por otras razones, se

---

<sup>43</sup> Hruschka, Joachim: “*Actio libera in causa* y autoría mediata”, en del mismo, *Imputación y derecho penal*, 2009, p. 204.

<sup>44</sup> Hruschka, Joachim: “Reglas...” (nota 8), p. 352.

puede hacer responsable al autor por ponerse en la situación o circunstancia que excluye la imputación. Esta posibilidad hace que sea necesario identificar una capacidad adicional de la cual el sujeto debe ser competente de cara al seguimiento de una norma, a saber, la capacidad de asegurar la propia capacidad futura en cumplimiento de una incumbencia.<sup>45</sup> Si se admite que, teóricamente, ella subyace tanto a la capacidad de acción física como cognitiva, y también a la capacidad de motivación propiamente tal y a su exigibilidad, entonces es posible afirmar que a cada criterio de imputación ordinaria corresponde uno de imputación extraordinaria.

En este sentido, son reconocibles estos criterios, dentro del primer nivel de imputación, en los casos de falta de capacidad física de acción, por ejemplo si el autor produce mediante un actuar previo la *vis absoluta* que sobre él recae, y de error de tipo (“vencible”) por desconocimiento de las circunstancias fácticas relevantes del hecho, en el cual la imprudencia constituye el criterio de imputación extraordinaria. En el segundo nivel de imputación, presupuesta ya la satisfacción del primer nivel (así como el juicio de antijuridicidad del comportamiento), se dan criterios de imputación extraordinaria en casos en que el autor produce las condiciones de la ausencia, en el momento del hecho, de la capacidad de motivación en pos del seguimiento de la norma, por ejemplo, si padece de un error de prohibición vencible o cuando se ha puesto voluntariamente en una situación de intoxicación por embriaguez. Gran parte de la literatura que trata el tema restringe la noción de *actio libera in causa*<sup>46</sup> a este último grupo de casos. No obstante, sería más correcto ampliar la nomenclatura para designar a todos aquellos hechos imputados de manera extraordinaria en cualquiera de los dos niveles, por tratarse de acciones “libres en su origen”.<sup>47</sup> Y si bien la manera en como se concibe esta “libertad” varía según se trate de uno u otro nivel de imputación, es fundamental reconocer que en esta construcción el objeto de la imputación sigue siendo el mismo: el hecho típico que realizó el autor bajo el déficit de imputabilidad. Por ese déficit se le hace responsable mediante la operación de algún criterio de imputación extraordinaria, el que actúa negándole el recurso a la causa de exclusión de la imputación (ordinaria) respectiva.

<sup>45</sup> Kindhäuser, Urs: “La lógica...” (nota 10), p. 508. La incumbencia, y no la norma de comportamiento de cuya contravención se trata u alguna otra, es el criterio que habilita la imputación extraordinaria. Ella constituye una exigencia razonable de aseguramiento de la propia capacidad de seguir la norma. Véase Mañalich, Juan Pablo: “Bases...” (nota 1), pp. 634 ss.

<sup>46</sup> En lo que sigue utilizaré la abreviatura de uso común en la literatura pertinente: *ALIC*.

<sup>47</sup> Hruschka afirma que si utilizamos la terminología de la tripartición entre acciones *liberae in se*, acciones *liberae in (sua) causa* y acciones *neque in se neque in (sua) causa liberae*, entonces toda acción imputada como extraordinaria puede ser denominada una *ALIC* y no solo los casos de intoxicación voluntaria por embriaguez. Hruschka, Joachim: “Reglas...” (nota 8), p. 354. También, del mismo: “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf: sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*”, en del mismo, *Imputación y derecho penal*, 2009, p. 60.

La cuestión más complicada se presenta, como se verá a continuación, en el contexto del segundo nivel de imputación con los casos de inexigibilidad (exculpación) en donde el “estado defectuoso” no parece ser del todo equiparable con los demás casos de déficit de imputación.

**b) Excurso: la *actio libera in causa* en el nivel de la culpabilidad**

Jakobs, con ocasión del tratamiento de algunos problemas en materia de culpabilidad relacionados con el comportamiento previo (particularmente en el caso de intoxicación por embriaguez), menciona tres vías posibles de solución frente a estos casos en que se mantiene la responsabilidad del sujeto a pesar de una falla en el criterio ordinario de imputación de la culpabilidad: según la primera se le castiga por el comportamiento mediante el que crea la inimputabilidad (este sería el caso, en la legislación alemana, de la intoxicación por embriaguez plena o *Vollrausch*); otra vía de solución es la apelación a la figura de la *actio libera in causa* tanto en sentido estricto como en sentido amplio.<sup>48</sup> Para Jakobs la diferencia entre una *ALIC* en sentido estricto y una en sentido amplio radica en que cada una se refiere a un distinto objeto de imputación, el que sería posible identificar por el fin de la pena atendiendo a los hechos que pongan de manifiesto un déficit de lealtad o fidelidad al derecho al modo de una puesta en cuestión de la vigencia de la norma. De esta forma, en los casos en que hay un déficit de imputabilidad habría que identificar el objeto del juicio de reproche con un hecho anterior al cometido en un estado de inimputabilidad (la *actio* u *omissio praecedens*), ya que en su realización en el momento en que concurría el estado defectuoso no habría posibilidad de deslealtad al derecho, y un comportamiento en ese estado no podría ser considerado punible. Pero tal desplazamiento resultaría innecesario en situaciones de (in)exigibilidad, en las cuales se puede identificar el objeto de imputación con el hecho delictivo realizado, por ejemplo, en el momento en que ya se encontraba vigente la situación de coacción (la *actio libera*).<sup>49</sup>

El punto que me interesa recoger al traer a colación lo anterior es uno que subyace a la diferenciación propuesta por Jakobs entre la *ALIC* que refiere únicamente a la (in)imputabilidad del sujeto y la *ALIC* que apunta a la exigibilidad de su motivación en contextos en que esperar un estricto apego al derecho resulta difícil de afirmar. Para clarificar esto vale la pena recordar la diferencia entre inculpabilidad y exculpación. Según lo ya expuesto, ella radica en que en la primera la imputación (de segundo nivel) se excluye por la imposibilidad de reconocer en el sujeto la propia capacidad de motivación en pos del seguimiento de la norma, o también, la capacidad de formarse una intención de segundo orden de realizar o formarse la intención de evitar la ejecución u omisión de lo que la norma prohíbe o manda.<sup>50</sup> Pero en los casos de exculpación se trata de una situación de inexigibilidad de motivación que, antes bien, presupone la capacidad de

---

<sup>48</sup> Jakobs, Günther: op. cit., pp. 604 ss.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 605.

<sup>50</sup> Mañalich, Juan Pablo: “La exculpación...” (nota 1), p. 12.

motivación que en materia de inculpabilidad se ve excluida.<sup>51</sup> En este tipo de situaciones el derecho reconoce una anomalía. Habiéndose satisfecho, en principio, todos los requisitos para afirmar un injusto culpable, existen todavía razones para excluir la responsabilidad penal en tanto, en aquellos excepcionales casos, la acción del sujeto no es demostrativa de una falta de fidelidad al derecho por una situación de condicionamiento del razonamiento práctico.<sup>52</sup> Es esta específica y excepcional instancia contextual de inexigibilidad de motivación, como por ejemplo la situación del clásico caso de la tabla de Carnéades, en donde el derecho entiende que debe dejar de esperar del sujeto una motivación fiel a derecho y suspender su hipótesis contrafáctica de motivación o razonamiento práctico propia del derecho penal.<sup>53</sup>

Jakobs afirma que ambas situaciones deben ser diferenciadas para efectos del tratamiento de la *ALIC*, puesto que en los casos de inexigibilidad no puede hablarse de una falta total de la capacidad de motivación exigida por la culpabilidad en el momento de la *actio libera*, cuestión que sí ocurriría en casos de inculpabilidad, lo que generaría la necesidad de diferenciar los objetos de imputación. Pero la aceptación de un caso en que exista un adelantamiento de lo que ha de ser considerado objeto de la imputación implica entender la *ALIC* bajo el así llamado “modelo de la anticipación” o “del tipo”. Para este modelo en la generalidad de los casos de actuar precedente lo que resulta punible es la *actio* u *omissio praecedens* o, dicho de otra forma, la acción u omisión que provocó la situación defectuosa o que no la evitó, de forma contraria a lo que le incumbía.<sup>54</sup> Solamente en los casos de exigibilidad, como quien actúa bajo coacción en el sentido de una *vis compulsiva*, se puniría la *actio libera*. Este modelo se llama “de la tipicidad”, porque pone el acento en la tipicidad de la *actio* u *omissio praecedens*. Por tanto, en realidad se trata de una teoría que aboga por la aplicación de los estándares ordinarios de imputación: lo que cambia es su objeto. El modelo de la anticipación constituye, entonces, una negación de la posibilidad de una imputación “extraordinaria”.

Entre otras dificultades, un modelo semejante no logra identificar correctamente lo esencial de una construcción como la *ALIC*. Esta se trata de un criterio de atribución de responsabilidad que, ya desde antiguo aunque no siempre bajo esa denominación, funcionaba para la imputación de acciones cuyos

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 13 s. Ya Aristóteles hacía la distinción entre acciones involuntarias y acciones “mixtas”, en las cuales un hombre actúa forzado pero conserva la posibilidad de elección: “Son, pues, tales acciones voluntarias, pero quizás en sentido absoluto sean involuntarias, ya que nadie elegiría estas cosas por sí mismo”. Aristóteles: *Ética Nicomaquea*, p. 69.

<sup>52</sup> Jakobs, Günther: op. cit., pp. 601 s.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 23 ss. Aquí es en donde la exclusión de la responsabilidad jurídica más se parece a una disculpa. En palabras de Gentz, “aquello que la humanidad perdona, nunca puede ser la regla en un sistema de derechos”. Hruschka, Joachim: “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant”, en del mismo, *Imputación y derecho penal*, 2009, p. 110.

<sup>54</sup> Hruschka, Joachim: “Reglas...” (nota 8), pp. 352 s.

principios u orígenes “están en nosotros mismos”.<sup>55</sup> Por ende, lo importante es moverse siempre dentro del ámbito de este tipo de reglas sin necesidad de recurrir a un cambio en el objeto al que ellas se refieren para atribuirlo al supuesto autor como una acción suya culpable. En este sentido el “modelo de la excepción”, que aquí es analizado como expresión de la forma extraordinaria de la imputación, se ajusta más a la naturaleza de la *ALIC*. Lo que propone es que la regla sea que la imputación ordinaria en cualquiera de sus niveles se interrumpe en el evento que concurra una causa para su exclusión, y la excepción consiste en que de todas formas se imputa extraordinariamente al sujeto por ser responsable de esa exclusión.<sup>56</sup> Como termina concluyendo Hruschka, la *ALIC* es el modelo de la excepción,<sup>57</sup> mientras que, se podría agregar, el de la tipicidad es el de su negación.

Los teóricos de este último modelo critican el de la excepción por la supuesta vulneración al principio de culpabilidad por la ausencia de un sujeto imputable en el momento de la realización del tipo delictivo (el momento de la *actio libera*). No obstante, habría que preguntarles cómo explican ellos la punición de, por ejemplo, el comportamiento imprudente. ¿Por qué a un sujeto que, conduciendo a exceso de velocidad en contravención a estándares de cuidado en el tráfico rodado, mata accidentalmente con su automóvil a otro ser humano se le considera que cometió un homicidio imprudente y no simplemente una contravención a un estándar de cuidado protegido penalmente? Parece ser que el modelo de la tipicidad se encuentra con mayores problemas frente a los principios generales que rigen al derecho penal cuando pretende cambiar de objeto de imputación y, por ende, punir conductas que infringen otro tipo de normas. La infracción de una incumbencia, y no de una norma de comportamiento, fundamenta la imputación extraordinaria del comportamiento que se realiza en el estado defectuoso. En el ejemplo de la pregunta anterior, lo que fundamenta una eventual imputación extraordinaria del comportamiento es la infracción, por parte del autor, de una incumbencia que expresa una exigencia de cuidado relativa al aseguramiento de la propia capacidad (futura) de evitar la realización de la acción consistente en matar a otro. Que él haya actuado en infracción de, por ejemplo, una norma de tránsito que prohíba el manejo de automóviles a una determinada

---

<sup>55</sup> Aristóteles: op. cit., p. 80: “[...] entonces las acciones cuyos principios están en nosotros dependerán también de nosotros y serán voluntarias”. Aristóteles, sin embargo, parecería estar más cómodo con el modelo de la tipicidad o, mejor dicho, de la “ampliación”.

<sup>56</sup> En las más precisas palabras de Hruschka: “La regla es que un suceso o una inactividad se imputa como realización u omisión respectivamente de una acción y que un hecho antijurídico se imputa a la culpabilidad (imputación ordinaria). La excepción consiste en que la imputación ordinaria no tiene lugar [...] La excepción a la excepción es la imputación extraordinaria [...] la regla es que sucesos o inactividades en los que una persona se ve involucrada los consideremos como *acciones (omisiones) liberae in se* de esa persona, tanto en el primer nivel como en el segundo nivel de imputación. La excepción es que, cuando se excluye la imputación ordinaria, vemos esos sucesos o la inactividad como *acciones (omisiones) non liberae in se*. Si a esta excepción hacemos de nuevo una excepción, entonces la acción u omisión imputadas se denominan *actio* u *omissio libera in causa*. Hruschka, Joachim: *Imputación...* (nota 43), pp. 205 s. (con nota 14).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 215.

velocidad, en ningún caso implica que esta sea la que justifica esa forma de imputación.<sup>58</sup> En este sentido, entonces, lo que cambia es el criterio que fundamenta la imputación; el objeto de imputación se mantiene. La misma estructura se aplica a la generalidad de los casos de la *ALIC*, ya que precisamente la imprudencia, si bien resulta ser el criterio paradigmático, cuenta solo como un caso de imputación extraordinaria.<sup>59</sup>

A diferencia de lo que sucede bajo el derecho alemán, el código penal chileno cuenta con una consagración expresa de un criterio de imputación extraordinaria en materia de intoxicación voluntaria (art. 10 n° 1). Lo que aún resta por determinar es si en los casos de inexigibilidad de motivación también es apropiada la construcción del modelo de la excepción. Aquí se ofrece una respuesta afirmativa, toda vez que en estos casos también se está frente a una excepción a la aplicación de la causa de exclusión de la imputación (de segundo nivel) en virtud de la producción de la situación de inexigibilidad de manera contraria a una incumbencia.<sup>60</sup> El modelo general se mantiene, no obstante la peculiaridad de las situaciones de exculpación. Si el autor produce las condiciones de la situación de, por ejemplo, un estado de necesidad exculpante, se le imputa el hecho antijurídico que realiza negando la exclusión de la culpabilidad que por la eventual causa de exculpación concurría. Pese a su singularidad, los criterios de exigibilidad cuentan como criterios ordinarios de imputación sobre los que pueden venir en consideración criterios extraordinarios.

---

<sup>58</sup> Que el comportamiento del autor contravenga una norma de comportamiento de tránsito como la mencionada, y que a la vez constituya una infracción a una incumbencia de cuidado no es sino contingente. De hecho, una norma de comportamiento en este caso solo puede desempeñar una función, a saber, excluir la imputación extraordinaria en tanto limite la expectativa de aseguramiento de la propia capacidad que se tiene sobre el sujeto en cuestión. Mañalich, Juan Pablo: “Bases...” (nota 1), p. 636.

<sup>59</sup> En definitiva, si se ha de criticar el modelo de la excepción desde el punto de vista de la tipicidad, debiera pensarse en un modelo de la “ampliación” que extienda aquella a la *actio praecedens*, pero incluyendo la *actio libera*. Algo de ello hay en la doctrina del “doble dolo”. Al respecto véase Hernández, Héctor: “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, *Revista de Estudios de la Justicia* 9, 2007, p. 33, con nota 94. No obstante, resulta dudoso si tal ampliación es permitida por el principio de legalidad, prefiriéndose la respuesta negativa. Entonces es difícil entender, en la página citada, la afirmación de Hernández de que “el modelo [de la tipicidad] se aviene perfectamente con la forma normal de fundar responsabilidad en los delitos imprudentes”. El paréntesis es mío.

<sup>60</sup> Hruschka señala que en los casos de *ALIC* en el primer nivel de imputación, que la acción en su causa sea “libre” (*libera*) significa “con volición”, mientras que en el contexto del segundo nivel de imputación “libre” significa “voluntariamente”. Hruschka, Joachim: *Imputación...* (nota 43), pp. 201 y 204. Esto es coincidente con la referencia a Aristóteles: quien actúa en situaciones de inexigibilidad, si bien técnicamente lo hace voluntariamente, “quizás en sentido absoluto” lo haga involuntariamente.

**c) La instrumentalización de una causa de justificación en favor propio y la *actio illicita in causa***

Cuando lo que se instrumentaliza y aprovecha para lograr la exclusión de la responsabilidad es la aplicación de una causa de justificación, la cuestión parece presentar diferencias respecto de los casos antes revisados.<sup>61</sup> Aquí uno se encuentra en el contexto de la aplicación de una norma de comportamiento en donde la concurrencia de sus presupuestos de aplicabilidad puede ser abusivamente aprovechada por el autor de la acción en principio justificada para lograr la impunidad. Los casos que ahora interesan presentan la interrogante por la posibilidad de mantener la imputación definitiva de una acción (como injusto culpable), no obstante esta se encuentre objetivamente permitida en aplicación de alguna causa de justificación y no sea necesariamente reconocible un déficit en alguno de los criterios ordinarios de imputación.

Una de las teorías que intenta ofrecer una respuesta a este tipo de casos es la de la *actio illicita in causa* (*AIIC*), que nace en clara analogía al concepto de *ALIC*. Su primera utilización, a diferencia de la antigüedad del concepto de *ALIC*, recién parece detectarse a comienzos del siglo XX, más precisamente en el año 1927 en la obra de Kohlrausch.<sup>62</sup> Ella era aplicada propiamente a los casos de provocación intencional en legítima defensa, en los que es el propio autor quien ha producido intencionalmente la situación objetiva que justificaría el hecho (o, en otros términos, creado la oportunidad para la aplicación de la causa de justificación), para así poderlo cometer impunemente: la acción en el momento relevante para el seguimiento de la norma que parece justificada, resulta ser *in causa* antijurídica. No obstante, hoy se reconoce mayoritariamente que su formulación es tan general que no excluye en teoría su aplicabilidad a cualquier, en palabras de Luzón, “causación innecesaria y ‘culpable’” de la situación que da lugar a la aplicación de cualquier causa de justificación.<sup>63</sup> El asunto específico de la provocación lo trataré más abajo, por ello lo que aquí interesa es determinar en líneas generales si esta construcción es satisfactoria y si debe ser diferenciada de los casos generales de *ALIC*.

---

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, la crítica de Herrmann a la teoría de la responsabilidad por la “creación de las condiciones de la propia defensa” de Robinson. Según el primero, una teoría como la de Robinson se puede asimilar a, y es funcional en, los casos en que solo están en juego causas de exclusión de la imputabilidad, como en el caso del estado de necesidad exculpante, pero que presenta algunos problemas cuando se trata de causas de justificación como en el caso de la provocación y del estado de necesidad justificante. Robinson, Paul: “Causing the conditions of one’s own defense: a study in the limits of theory in criminal law doctrine”, *Virginia Law Review* 71, 1985, p. 50; Herrmann, Joachim: “Causing the conditions of one’s own defense: the multifaceted approach of German law”, *Brigham Young University Law Review*, 1986, pp. 747 ss.

<sup>62</sup> Hruschka, Joachim: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988, p. 381.

<sup>63</sup> Luzón, Diego-Manuel: “*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación”, en Silva, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 246 s.

Respecto de la última interrogante la respuesta es de inmediato afirmativa. Lo que hace necesario diferenciar estos dos conceptos (*ALIC* y *AIIC*) es que la “libertad” en cualquiera de sus sentidos (ver nota 60) nada dice sobre la ilicitud o antijuridicidad de la acción. Por eso se sostiene que lo que debe hacer la teoría de la *AIIC* es, aun cuando *prima facie* una acción aparezca como objetivamente permitida, considerar a tal acción como “excepcionalmente” antijurídica, en virtud de que el autor es hecho responsable por la provocación de la situación de aplicabilidad de una causa de justificación.<sup>64</sup> Para que esta construcción aporte una solución limpia a este tipo de situaciones, es fundamental realizar un ajuste a su formulación original. Esto porque en ella era la acción precedente (*actio praecedens*) que crea inicialmente la situación lo que ha de atribuirse al autor como su hecho punible. Contrariamente, la solución correcta pasa por negar un cambio en el objeto de la imputación, ya que es necesario diferenciar el juicio objetivo de subsunción mediante el cual se considera un hecho como permitido, del juicio de imputación del mismo como jurídico penalmente justificado (y, por tanto, como excluyente del injusto). Lo que ha de negarse es la posibilidad de imputar el hecho al autor como justificado. Por tanto, es de la operación de algunos criterios de imputación que se genera la posibilidad de negar la justificación sobre una acción objetivamente permitida. En concordancia con la idea central sobre la que se construye este trabajo, para entender que una acción resulta jurídico-penalmente justificada es necesario también imputarla en sentido amplio como tal al autor de la misma. De esta forma, las situaciones en que existe una instrumentalización de una causa de justificación a favor propio, ya sea por medio de la producción intencional por un actuar precedente de sus condiciones objetivas o el aprovechamiento de su concurrencia, deben ser resueltas por medio de un modelo general de la excepción o de la imputación extraordinaria, en tanto el autor virtual de la conducta delictiva en apariencia justificada la realice en un contexto en donde se le hace responsable por su actuar previo en infracción de una incumbencia (de lo que resulta la negación de la justificación para él). Si en líneas gruesas puede interpretarse, como aquí se ha hecho, el sentido de la *AIIC* desde un modelo de la excepción, no obstante se haya afirmado de manera diferente,<sup>65</sup> entonces resulta ser una construcción adecuada que es aplicable a aquellos casos para los cuales el concepto de *ALIC* no lo es. Pero, nuevamente, para ello es clave trasladar los términos de su construcción hacia el nivel de las condiciones de la imputación y no de la determinación (o modificación) de su objeto.

En consecuencia, parece útil trabajar en la configuración de un modelo general con un ámbito de aplicación que abarque todas aquellas instancias en que se presenta un déficit en el proceso total de imputación (y no solo en sus condiciones ordinarias), como lo sería por ejemplo la falta de un supuesto de hecho de una norma permisiva del que puede hacerse responsable al autor por un actuar precedente en infracción de una carga o incumbencia. Al menos es necesario reconocer que aun satisfaciéndose estos presupuestos generales puede

<sup>64</sup> Hruschka, Joachim: *Strafrecht...* (nota 62), pp. 382 s.

<sup>65</sup> Luzón, Diego-Manuel: op. cit., pp. 247 ss.

darse lugar excepcionalmente a la imputación de un comportamiento que, *prima facie*, contaba con una causa de exclusión del injusto en su totalidad.

## 5. La acción defensiva en la legítima defensa

Habiendo presentado un modelo general de la justificación como el anterior, en lo que sigue me interesa analizar algunas consecuencias específicas que muestren el rendimiento de su adopción. El foco estará puesto, en primer lugar, en la interpretación de algunas de las condiciones que nos permiten hablar de una “acción defensiva”, requerida para dar lugar a la justificación a título de legítima defensa en general (a), haciendo particular mención a los casos de exceso y al requisito de la falta de provocación suficiente. Al finalizar este artículo se tratará el anómalo e interesante caso de la legítima defensa de terceros extraños, que requiere, en el derecho nacional, de una acción defensiva que no haya sido impulsada por motivos ilegítimos para que proceda la justificación (b).

### a) Los límites de la acción defensiva

En los casos de legítima defensa propia, junto con la configuración de la situación de defensa,<sup>66</sup> es necesario establecer los límites de la acción mediante la cual el agredido se defiende y repele la actual (o impide la inminente) agresión antijurídica del agresor. Un primer límite está dado por la exigencia de que el medio empleado para ello deba ser racionalmente necesario. Este límite exige una restricción de lo que ha de entenderse por “acción defensiva”<sup>67</sup> a solo aquellos casos en que la forma en cómo se lleva a cabo resulta indispensable. Esta delimitación atiende a la intensidad y/o peligrosidad de la agresión original y a los medios de defensa de los cuales disponía el agredido.<sup>68</sup> Por tanto, los criterios atienden a las circunstancias propias del contexto en el cual se desarrolló la acción defensiva y, en particular, de la situación de defensa. Así también lo ha entendido la jurisprudencia de nuestro país, que exige que más que al modo de una “equivalencia matemática”, el requisito de la racionalidad del medio empleado deba entenderse como “razonabilidad del medio empleado en virtud de las circunstancias del caso concreto”.<sup>69</sup>

Resulta del todo claro que los principios que funcionan como límite a la legítima defensa son útiles para la fundamentación de los contornos de la acción

---

<sup>66</sup> Con “situación de defensa” me refiero a aquella en que estamos frente a una agresión actual o inminente y antijurídica en contra de bienes jurídicos individuales. Jakobs, Günther: op. cit., p. 458 ss.; Roxin, Claus: “Derecho penal...” (nota 37), p. 608. Burkhardt, Björn y Eser, Albin: op. cit., pp. 215 ss.

<sup>67</sup> Es decir, aquella acción que cumple con las condiciones para estar justificada por legítima defensa.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pp. 220 ss.

<sup>69</sup> Véanse ejemplos de este argumento en la jurisprudencia en: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): *Código penal comentado. Parte general: doctrina y jurisprudencia*, 2011, pp. 218 s.

defensiva (en particular, los principios de primacía de los medios estatales y de solidaridad mínima).<sup>70</sup> El derecho no solamente se preocupa de estar frente a una situación de defensa ocasionada antijurídicamente por el agresor, sino también le concierne que quien fue o será inminentemente agredido se esté efectivamente defendiendo y no haciendo otra cosa. De esta forma, algunos criterios que forman parte del estudio de la situación de defensa también sirven para efectos de construir los límites de la acción defensiva, en conjunto con la “necesidad racional”. Por ejemplo, los contornos temporales de la oportunidad de repeler, de manera violenta pero permitida, una agresión antijurídica. Quien reacciona en contra de una agresión de manera extemporánea estrictamente no se está *defendiendo*, y por tanto se le niega la posibilidad de considerar su acción como justificada. Es en este sentido que resulta sumamente relevante la advertencia de no tener en cuenta únicamente un punto de vista unilateral, ya sea del lado del agresor o del agredido, constatación que constituye un punto de partida indispensable para un buen análisis de los casos de exceso y provocación en la legítima defensa.

#### **i) El exceso en la legítima defensa**

De acuerdo con el enfoque anterior, las capacidades del agredido que se defiende cobran relevancia para la configuración de la acción defensiva. Tratándose de una causa de justificación, según lo ya argumentado, aquí también se requiere de la imputación del hecho al autor como una acción defensiva propia. Dentro de este contexto es donde surge la problemática del exceso en la legítima defensa en relación con la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión. Una reacción excesiva, por definición, se encuentra fuera de los límites de la acción defensiva que ha de resultar justificada en tanto no cumple una de las condiciones de aplicación de la norma permisiva de la legítima defensa.

La legislación nacional no regula expresamente los casos de exceso, que solo caerían bajo las reglas de la atenuación de la pena por el reconocimiento de una instancia de legítima defensa incompleta (art. 11 n° 1 del Código Penal). Ello no obsta a la posibilidad de reconducción a la causa de exclusión de la culpabilidad por miedo insuperable (art. 10 n° 9 del Código Penal), lo que implicaría entender ciertos casos de exceso como instancias de exculpación o inexigibilidad. Esto último ocurre en la legislación alemana con el §33 del StGB, según el cual si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, miedo o espanto, no será castigado. Para la doctrina mayoritaria, se trata de comportamientos que resultan exculpados pero solo cuando se producen como consecuencia de los así

---

<sup>70</sup> Para Burkhardt y Eser, sería posible reconocer, en particular, al menos cuatro ámbitos esenciales en donde consideraciones de solidaridad mínima cumplen una función limitadora de la acción defensiva: “[a] en las agresiones realizadas por personas sin capacidad de culpabilidad o con culpabilidad disminuida, [b] en agresiones provocadas o, al menos, co-ocasionadas por parte del agredido, [c] agresiones en las que haya cierta relación especial de garantía, [d] y en relación a agresiones leves”. Burkhardt, Björn y Eser, Albin: op. cit., p. 222.

llamados estados pasionales “asténicos” o que “provienen de la debilidad” (como la confusión, miedo o temor), lo que no ocurre en casos en que se está en presencia de estados pasionales “esténicos” o agresivos (como la ira, rabia, indignación o furia combativa).<sup>71</sup> Una de las principales ideas que está detrás de esta distinción es que la acción que sería consecuencia de estados pasionales asténicos, y que constituye una reacción excesiva en los términos de la legítima defensa, se puede explicar a partir del comportamiento del agresor. Esa (re)acción excesiva, entonces, se entiende provocada por el mismo sujeto que produjo el conflicto. Por esto la jurisprudencia alemana ha tendido a ampliar el concepto de provocación para hacer caer estos casos en ella, y reducir el de exculpación por exceso en la legítima defensa.<sup>72</sup>

Lo que aquí sucede es algo análogo a lo que ocurre en los casos de exculpación, en donde el derecho reconoce una situación de perturbación en el razonamiento práctico del sujeto. Quien actúa por confusión, desorientación, miedo, terror o espanto ve nublado su razonamiento por encontrarse en medio de un conflicto generado por el agresor. El caso paradigmático es la respuesta excesiva de quien es atacado por sorpresa y se encuentra desprevenido. Pero no ocurriría lo mismo en casos de actuación por ira o rabia u otros estados esténicos, ya que en estos el derecho reconoce un aporte del sujeto agredido y le atribuye a él el exceso por la legítima defensa, cuestión que impediría reconocer un contexto que haga razonable la aplicación de una exculpación (no obstante concurren circunstancias modificatorias, en particular atenuantes, de la responsabilidad).<sup>73-74</sup>

---

<sup>71</sup> Jakobs, Günther: op. cit., p. 706. Roxin, Claus: *Derecho penal...* (nota 37), pp. 927 s. Esto no obsta a que algunos comportamientos generados en estados esténicos sean objeto de atenuación. Lo que debe quedar totalmente claro desde ya es que ellos solo pueden tener alguna relevancia para la determinación del *quantum* del castigo, pero nunca en la respuesta binaria a la pregunta por si se es o no responsable e imputable por el hecho delictivo.

<sup>72</sup> Jakobs, Günther: op. cit., p. 708.

<sup>73</sup> Resultaría posible aplicar alguna causa de atenuación de la responsabilidad penal, en particular las así llamadas “atenuantes pasionales o emocionales”. Véase: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores): op. cit., pp. 287 ss. *Grosso modo* es posible afirmar que son análogas las razones que están detrás de la justificación general de la exclusión de responsabilidad tanto de los casos de exculpación como de los de exceso producto de estados pasionales asténicos. Por su parte, procede sostener la misma relación entre los fundamentos de la afirmación de la responsabilidad a la que llegan las respectivas soluciones de los casos de exceso por estados esténicos y de las atenuantes mencionadas.

<sup>74</sup> Adicionalmente, es necesario aclarar que no se está aquí en presencia de una exigencia de proporcionalidad que se ve vulnerada en los casos de exceso en la legítima defensa. En esta, a diferencia de los casos de estado de necesidad, no tiene relevancia alguna la proporcionalidad entre el mal evitado y el causado, por lo que la prohibición de exceso se deriva de la consideración de la necesidad de los medios empleados al modo de un juicio de “alternatividad”: de existir alternativas igualmente idóneas para repeler o impedir la agresión, ha de optarse por aquella que sea menos lesiva para el agresor en el caso particular. Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2, 2005, pp. 431 s. Como la delimitación de la “indispensabilidad” por medio de consideraciones de solidaridad: Burkhardt, Björn y Eser, Albin: op. cit., p. 223.

## ii) La provocación

Uno de los efectos que se derivan de los casos de exceso es la habilitación para el agresor original de la posibilidad de ejercer legítima defensa. Si para quien actúa en exceso se niega la justificación por esta causa de justificación, ya que está cometiendo una agresión antijurídica, se debiera considerar la acción de repeler o impedir esa reacción excesiva como permitida en tanto no supere los límites de la acción defensiva.<sup>75</sup> Con todo, si la acción del agresor original se considera como una provocación suficiente, a este se le ha de negar la posibilidad de apelar a la justificación de su conducta a título de legítima defensa.

Entonces, y de manera concordante con lo sostenido con anterioridad (*supra* 4 c), la solución aquí favorecida para los casos de provocación pasa por la negación de la justificación por ese título. No obstante concurrir los requisitos necesarios que admiten entender satisfecho el juicio objetivo de permisibilidad del hecho (la acción “defensiva” en contra de la agresión provocada), al provocador se le imputa el resultado de la propia actuación por referencia a la infracción de una incumbencia o carga (y, como ya se ha argumentado, no de una norma de comportamiento). Esta infracción habilita una estructura excepcional de imputación.<sup>76</sup> La provocación, entonces, se considera como un actuar precedente que constituye una infracción de una incumbencia, que tiene como consecuencia la negación de la imputación del comportamiento objetivamente permitido como justificado a título de legítima defensa.<sup>77</sup>

Por tanto, una vez más, es fundamental recordar que la solución correcta pasa por negar un cambio en el objeto de la imputación. En ningún caso la acción (precedente) de provocación cuenta como tal, por lo que su antijuridicidad no es aquí lo importante mientras pueda contar como una infracción de una incumbencia en los términos ya expuestos. Lo que cuenta como *excepcionalmente* antijurídico es la acción posterior del provocador (la acción en contra del agresor que reacciona frente a la provocación), a quien se le hace responsable de haber dado lugar (o al menos aprovechado de) a la situación de aplicabilidad de la norma permisiva que cuenta como causa de justificación.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Este caso constituiría el suceso paradigmático en que la falta de provocación suficiente tiene una importancia autónoma o independiente de los otros requisitos. Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales...” (nota 74), pp. 435 s.

<sup>76</sup> Hruschka, Joachim: *Strafrecht...* (nota 62), pp. 372 ss.

<sup>77</sup> Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales” (nota 74), p. 436. En la nomenclatura de la teoría de Neumann, la negación de la justificación procede por medio de la aplicación de una regla de segundo orden que se impone por sobre la instancia básica en la que la conducta cumplía con los requisitos de la legítima defensa. Citado en Roxin, Claus: *Derecho penal* (nota 37), p. 640, nota 107. Para Roxin, la “defensa” del provocador en estos casos es solo aparente, en tanto constituye una “agresión antijurídica enmascarada abusivamente” con el derecho de legítima defensa. *Ibid.*

<sup>78</sup> Hruschka, Joachim: *Strafrecht...* (nota 62), p. 382.

En definitiva, lo que aquí interesa es poner de manifiesto de manera general la manera en que el derecho opera alcanzando casos en que la imputación es burlada o sobrepasada, y por ello se puede hacer responsable al sujeto que se aprovechó de las condiciones en que no es posible un proceso de imputación justo. Lo que permite un modelo semejante es, en definitiva, alcanzar casos de comportamiento en que es, en mayor o menor medida, reconocible un déficit de fidelidad al derecho. Ello quizás es aún más transparentemente reconocible en casos de instrumentalización intencional del proceso de imputación, en donde quien, para saciar su sed de venganza o por algún otro motivo “ilegítimo”, aprovecha que su enemigo se encuentra atacando a otro sujeto, para así poder darle muerte o lesionarlo en un contexto en que salga impune por considerarse su conducta como justificada por legítima defensa de terceros extraños.

### **b) La exigencia especial de la legítima defensa de terceros extraños**

La situación con la que terminaba el anterior apartado es una de las que precisamente contempla el artículo 10 N° 6 del Código Penal chileno. La norma, aparte de hacer suyos los requisitos comunes a toda legítima defensa, dispone una condición adicional que ha de ser satisfecha para dar lugar a la imputación de la acción defensiva como justificada, a saber, no actuar impulsado por “motivos ilegítimos” como la venganza o el resentimiento. Aquí convergen al menos dos peculiaridades. En primer lugar, la inclusión legislativa de la consideración de los motivos del agente para dar o no lugar a la exclusión de la antijuridicidad por la aplicación de una causa de justificación, y en segundo lugar, una preocupación explícita sobre eventuales situaciones en donde se niegue la posibilidad de apelar a la legítima defensa cuando se instrumentalicen sus condiciones de aplicación en miras a salir impune luego de cometer un ilícito.

Los autores nacionales han discutido acerca de la relevancia y función de la exigencia especial.<sup>79</sup> Bajo una interpretación teleológica, algunos (Labatut, por ejemplo) han considerado que resulta preferible que un extraño “defienda” a un inocente agredido, con independencia de si actúa por resentimiento u otro motivo similar contra el agresor, a que no lo haga temiendo que su acto resulte en definitiva punible en virtud de la negación de la aplicación de la legítima defensa.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> En el contexto de una teoría objetiva de las causas de justificación, Eduardo Novoa Monreal le niega toda importancia y llegaría a afirmar que ella constituye una “veleidad legislativa”. Novoa, Eduardo: op. cit., p. 352. Enrique Cury, por su parte, estima que la interpretación correcta pasa por desestimar la noción de “motivo” por estar en contra del principio de que al derecho no le interesa el porqué los individuos actúan. Cury, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, 2005, pp. 365 s. Pero también hay opiniones contrarias extremas, como la de Cousiño, quien considera que no solo en los casos de legítima defensa de terceros extraños, sino en toda legítima defensa sería necesaria una motivación de defensa o un ánimo de defender a la víctima, por lo que si la justificación exigiese que la voluntad de defensa sea el motivo de la acción la exigencia especial resultaría redundante. Politoff, Sergio: op. cit., p. 87.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 85.

Sergio Politoff ha sido quien ha tratado el problema de manera más detenida en un artículo referente al rol de los elementos subjetivos en las causas de justificación. Para él sería suficiente que el sujeto sepa que con su acción está actuando en defensa de un tercero y que no la realice *exclusivamente* por un motivo ilegítimo para dar lugar a la justificación a título de legítima defensa.<sup>81</sup> En otras palabras, Politoff señala que no importa para la aplicación de la legítima defensa de terceros extraños que un motivo ilegítimo co-determine la acción, mientras se encuentre presente el factor subjetivo mínimo necesario para poder imputar el hecho como acción defensiva. Con todo, me interesa en lo que resta de este trabajo explorar una posibilidad que le conceda cierta funcionalidad a la exigencia en cuestión. Antes de entrar de lleno a ello, vale la pena detenerse brevemente en el concepto, utilizado por el legislador, de “motivo ilegítimo”.

### i) Excurso: motivos ilegítimos

Una de las cuestiones peculiarmente llamativas de la exigencia del art. 10 n° 6 radica en que para delimitar lo que ha de entenderse por acción defensiva se hace referencia a ciertos tipos de motivos que impulsaron al agente a realizarla.<sup>82</sup> Ejemplificando lo que entiende por aquellos “motivos ilegítimos” cuya concurrencia se requiere descartar para dar lugar a la justificación por legítima defensa de terceros extraños, dicha norma hace referencia a la venganza y al resentimiento. Ambos son instancias de lo que denominaré motivos “retrospectivos”, cuya característica principal es que para explicar o interpretar una acción presente que es valorada como buena o mala para la persona a quien está dirigida, presentan como su fundamento un hecho que ha ocurrido en el pasado.<sup>83</sup> En cualquier caso de explicación de una acción basada en motivos retrospectivos, la evaluación positiva o negativa del agente del evento pasado influye directamente en la consideración de su propia acción (reactiva, o en nuestro caso: defensiva) como positiva o negativa. Si el suceso pasado se valora por el agente como positivo, la acción presente será tenida por él como positiva (por ejemplo, en el

<sup>81</sup> “[L]a figura de defensa de extraños debiera operar como justificante, cualquiera [sic] que sean las pasiones que se muevan en la cabeza del hechor, si él, a lo menos, conoce la dirección objetivamente salvadora de su acción”. *Ibid.*, p. 86. Similar, Cury, Enrique: op. cit., pp. 365 s.

<sup>82</sup> Un motivo es una razón para la acción que interpreta a esta última de una determinada manera. Anscombe, G.E.M.: *Intention*, 2000, §§10-13. Para una interpretación de los motivos como razones para la acción en el contexto de la explicación de acciones y del razonamiento práctico, véase: Norman, Richard: “Practical reasons and the redundancy of motives”, *Ethical Theory and Moral Practice* 4 (N° 1), 2001, pp. 6 ss.

Por cierto, la inclusión de los motivos del agente en el derecho penal es de por sí problemática frente a, por ejemplo, el mandato de neutralidad del derecho. Para un tratamiento más detallado, véase Silva, Guillermo: *Motivos, imputación y causas de justificación*, 2012, pp. 26 ss., 77 ss.

<sup>83</sup> Es decir, el suceso pasado es tenido como negativo, desfavorable o malo por el agente, por lo que él entiende su acción presente como una reacción que considera negativa frente a tal suceso. Anscombe, G.E.M.: *Intention* (nota 82), §§ 13-14. Con todo, es imaginable que motivos que no son propiamente retrospectivos (como la codicia) puedan caer dentro del concepto de motivos ilegítimos.

caso de la gratitud). Si el suceso pasado es valorado por él de manera negativa, su reacción lo será también (como en las situaciones de venganza y resentimiento).<sup>84</sup>

Es interesante destacar que en esta particular caracterización de los motivos ilegítimos el lenguaje de los motivos retrospectivos parece hacer referencia al lenguaje de la consciencia de la antijuridicidad. Resulta razonable interpretar los casos ejemplares de los que nos provee el art. 10 n° 6 como situaciones en que por un suceso pasado que es tenido como negativo, el sujeto que realiza la acción presente defensiva “impulsado” por uno de esos motivos ilegítimos valora esta acción de manera negativa. De ello parece extraerse la consecuencia de que la concurrencia de tales motivos constituiría, al menos, un indicio de la consciencia de la antijuridicidad de la acción. Esto en tanto se asuma que la consciencia de la antijuridicidad solo requiere que el agente infiera el (específico) carácter antinormativo del hecho desde su representación de las circunstancias fácticas de las que depende la realización del tipo.<sup>85</sup> Con todo, ello no obsta a que pueda ser reconocible un error sobre el alcance de la causa de justificación de la legítima defensa.

## **ii) La exigencia especial del art. 10 N° 6 como garantía de la no instrumentalización de la justificación a título de legítima defensa**

En la exigencia especial de la legítima defensa de terceros extraños es reconocible una particular preocupación del legislador. Lo que le preocupa es que el sujeto utilice de manera instrumental la posibilidad de una justificación a título de legítima defensa de terceros extraños, aprovechándose de una situación objetiva de legítima defensa de un tercero extraño para, en realidad, mediante un supuesto acto de defensa llevar a cabo, por ejemplo, un acto de venganza. Hay algunas interesantes ideas detrás de esto.

La primera radica en la desconfianza del legislador liberal en las actuaciones altruistas o supererogatorias.<sup>86</sup> Los casos de legítima defensa de terceros extraños implican una actuación de alguien que no tiene vínculo alguno con el agredido, pero que de todas formas acude en su defensa, supuestamente por motivos desinteresados.<sup>87</sup> Como el legislador liberal desconfía de las actuaciones no

---

<sup>84</sup> En caso que la propia valoración de la acción presente difiera de la propia valoración del suceso pasado, es sensato pensar que estamos frente a un caso de error (al modo de un indicio), en donde la descripción del hecho presente no debiera considerarse como la descripción de una acción del sujeto, es decir, como aquella descripción bajo la cual la acción es intencional.

<sup>85</sup> Mañalich, Juan Pablo: op. cit. “El delito como injusto culpable”, *Revista de Derecho* (Valdivia) 24, 2011, p. 107. Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en VV. AA., *El error en el derecho penal*, 1999, p. 162.

<sup>86</sup> Mañalich, Juan Pablo: “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del art. 10 n° 11 del código penal chileno”, en Van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, 2013, p. 735, nota 52.

<sup>87</sup> Uno de los pocos casos que ha tratado la jurisprudencia nacional no trataría un caso “puro” de legítima defensa de terceros extraños en este sentido. Esto porque el “tercero” se trataba de la

realizadas en interés propio, establece aquí un requisito adicional para que se excluyan de la causa de justificación los casos de su instrumentalización por el autor, por la alta probabilidad que no estemos en la mayoría de los casos frente a acciones altruistas, sino realizadas en beneficio propio.

La segunda es la suposición de la concepción “objetivista” de la justificación del legislador, en los términos que ya se han tratado, o al menos de la legítima defensa. Esta suposición resulta particularmente adecuada debido a que parte del estado de cosas resultantes de la actuación bajo esta específica modalidad de la causa de justificación es tenido por positivo. Si con la supuesta acción de defensa se salva la integridad física de una dama que está siendo agredida, ¿qué importa si el defensor actuó impulsado por sed de venganza?<sup>88</sup> El que con la ejecución de una acción defensiva de terceros, y sobre todo de terceros extraños, se dé una situación positiva, que incluso puede ser calificada “objetivamente” como supererogatoria y por ende merecedora de elogio, constituye una anomalía en el derecho penal. Pero esto no debe desviar nuestra atención de que la cuestión se sigue tratando de la acción de un sujeto que debe satisfacer ciertas condiciones para que pueda ser calificada como permitida o no permitida y también para serle imputada como justificada.

En definitiva, la opción que deja abierto un cierto espacio en el que la exigencia especial de no actuar por motivos ilegítimos en casos de legítima defensa de terceros extraños no resulte redundante ni superflua, sería la de explorar su funcionalidad al modo de una forma especial y expresa de un criterio de solución de un caso de instrumentalización de las condiciones de la propia justificación. El supuesto defensor se pone a sí mismo en una situación en que las condiciones ordinarias de la constitución del injusto no se ven satisfechas, esta vez por la cancelación operada por la norma permisiva que constituye una causa de justificación. La exigencia especial precave el éxito de la utilización instrumental de la estructura y consecuencias de una causa de justificación para burlar un proceso justo de imputación del hecho que consistiría en la impunidad de su comportamiento por la exclusión del injusto. De esta forma, se consagra legislativamente al modo de un supuesto de la norma permisiva que constituye la causa de justificación por legítima defensa de terceros extraños. Esta consagración cuenta como una solución que, si bien no coincide estrictamente con un criterio de imputación extraordinaria, puede ser funcional en el contexto de una, si se le quiere poner un nombre, teoría general de la excepción.

Tal como lo ha destacado parte de la doctrina nacional al respecto, puede haber buenas razones para estar a favor de la solución que exige solamente el requisito mínimo de conocimiento de los presupuestos de la circunstancia

---

madre adoptiva del supuesto defensor y no de un extraño. Sentencia Rol 3898/2002, Corte Suprema, dictada el 27.07.2004.

<sup>88</sup> Resulta interesante destacar que la solución a la sentencia citada en la nota anterior parece hacer suyo este criterio. El redactor de la sentencia es el profesor Enrique Cury.

justificante para quedar justificado, sin tomar en cuenta estas excepciones. Pero si reconocemos que el derecho penal se trata de las reglas que establecen las condiciones para la construcción de un hecho punible y la imposición y ejecución de una pena (justificada retributivamente), el bien colateral que pueda provocar una acción debe al menos tener un lugar secundario frente a la cuestión de si esa acción del sujeto es merecedora o no de un reproche jurídico penal por ser demostrativa de un déficit de fidelidad al derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ANSCOMBE, G.E.M.: *Intention*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- ❖ ARISTÓTELES: *Ética Nicomaquea*, Del Nuevo Extremo/ Gredos, Barcelona, 2008.
- ❖ ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan: *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ❖ AUSTIN, J.L.: “A plea for excuses”, en Urmsom, J.O. y Warnock, G. J. (ed.), *Philosophical papers*, Oxford University Press, Oxford, 1970.
- ❖ BARON, Marcia: “Justifications and excuses”, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2, 2005.
- ❖ BERMAN, Michael: “Justification and excuse, law and morality”, *Duke Law Journal* 53 (n°1), 2003.
- ❖ BINDING, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, 2009.
- ❖ BURKHARDT, Björn y ESER, Albin: *Derecho penal: cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, COLEX, Madrid, 1995.
- ❖ BYRD, Sharon: “Wrongdoing and attribution: implications beyond the justification-excuse distinction”, *Wayne Law Review* 33, 1987.
- ❖ CORRADO, Michael: “Notes on the structure of a theory of excuses”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 82, 1991.
- ❖ COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores): *Código penal comentado. Parte general: doctrina y jurisprudencia*, AbeledoPerrot / LegalPublishing Chile, Santiago, 2011.
- ❖ CURY, Enrique: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- ❖ DAN-COHEN, Meir: “Decision rules and conduct rules: on acoustic separation in criminal law”, *Harvard Law Review* 97, 1984.
- ❖ DUFF, R. A.: “Rethinking justifications”, *Tulsa Law Review* 39, 2004.
- ❖ FLETCHER, George: “The right deed for the wrong reason: a reply to Mr. Robinson”, *U.C.L.A. Law Review* 23, 1975.  
     \_\_\_\_\_*Rethinking criminal law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- ❖ GREENAWALT, Kent: “The perplexing borders of justification and excuse”, *Columbia Law Review* 84 (n° 8), 1984.
- ❖ HERNÁNDEZ, Héctor: “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, *Revista de Estudios de la Justicia* 9, 2007.
- ❖ HERRMANN, Joachim: “Causing the conditions of one’s own defense: the multifaceted approach of German law”, *Brigham Young University Law Review*, 1986.
- ❖ HRUSCHKA, Joachim: “Imputation”, *B.Y.U.L. Review*, 1986.  
     \_\_\_\_\_*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, de Gruyter, Berlín / New York, 1988.  
     \_\_\_\_\_*“Reglas de comportamiento y reglas de imputación”*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVII (fasc. III), 1994.  
     \_\_\_\_\_*“Justification and excuse: a systematic approach”*, *Ohio State Journal of Criminal Law* 2, 2005.  
     \_\_\_\_\_*Imputación y derecho penal*, Buenos Aires: BdeF, 2009.
- ❖ HURD, Heidi: “Justification and excuse, wrongdoing and culpability”, *Notre Dame Law Review* 74, 1999.
- ❖ HUSAK, Douglas: “Justifications and the criminal liability of accessories”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 80, 1989.
- ❖ JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ❖ KINDHÄUSER, Urs: “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret* 4, 2008.  
     \_\_\_\_\_*“La lógica de la construcción del delito”*, en: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* 14, 2009.

- ❖ LOOS, Fritz: “Sobre el contenido del elemento subjetivo de las causas de justificación”, en Ambos, K. y Radtke, H. (coord.), *Estudios filosófico-jurídicos y penales del prof. Dr. Fritz Loos: homenaje a sus 70 años*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- ❖ LUZÓN, Diego-Manuel: “*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación”, en Silva, J. M. (ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- ❖ MAÑALICH, Juan Pablo: “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3, 2003.
  - \_\_\_\_\_ “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2, 2005.
  - \_\_\_\_\_ “Bases para una teoría comparativa del hecho punible”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 75, 2006.
  - \_\_\_\_\_ “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* 12, 2010.
  - \_\_\_\_\_ “El delito como injusto culpable”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 24, 2011.
  - \_\_\_\_\_ “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, *InDret* 1, 2013.
  - \_\_\_\_\_ “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del art. 10 n° 11 del código penal chileno”, en Van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2013.
- ❖ NORMAN, Richard: “Practical reasons and the redundancy of motives”, *Ethical Theory and Moral Practice* 4 (n° 1), 2001.
- ❖ NOVOA, Eduardo: *Curso de derecho penal chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica, Santiago, 2005.
- ❖ ORTIZ DE URBINA, Íñigo: “De moscas y agresores muertos”, *InDret* 3, 2008.
- ❖ POLITOFF, Sergio: “El papel del factor subjetivo en las causas de justificación”, en VV. AA. *Política Criminal y Reforma Penal*, Jurídica ConoSur, Santiago, 1996.
- ❖ ROBINSON, Paul: “A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability”, *U.C.L.A. Law Review* 23, 1975.
  - \_\_\_\_\_ “Causing the conditions of one’s own defense: a study in the limits of theory”, *Virginia Law Review* 71, 1985.
  - \_\_\_\_\_ “Rules of conduct and principles of adjudication”, *The University of Chicago Law Review* 57, 1990.
  - \_\_\_\_\_ “A functional analysis of the criminal law”, *Northwestern University Law Review* 88, 1994.
- ❖ ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997.
  - \_\_\_\_\_ “Las causas de justificación y de exculpación y su delimitación de otras causas de exclusión de la pena”, en del mismo, *Dogmática penal y política criminal*, Idemsa, Lima, 1998.
- ❖ SILVA, Guillermo: *Motivos, imputación y causas de justificación*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, prof. guía: Dr. Juan Pablo Mañalich, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.
- ❖ VON WRIGHT, G.H.: *Norma y acción*, Tecnos, Madrid 1970.
- ❖ VV. AA.: *El error en el derecho penal*, AD-HOC, Buenos Aires, 1999.