



Magíster en Derecho Penal, La Serena

Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFET):

“ASPECTOS JURÍDICOS PENALES RELEVANTES DEL ARTÍCULO 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL”

Alumno: Herbert Rohde Iturra, RUT N°: 10.575.088-9

Profesor Guía: Sr. Germán Ovalle Madrid

RESUMEN

La presente investigación propone un análisis de los tipos penales del inciso 1º y 2º del artículo 288 bis de nuestro Código Penal, especialmente en atención al elemento de la *—ausencia de—justificación razonable*, contenida en el inciso 2º del citado artículo; delito que ha sido objeto de casi nulo análisis por la doctrina y la jurisprudencia. Así, se analiza el sentido, alcance y consecuencias jurídico penales de esta expresión, exponiendo las distintas posiciones que existen al respecto y sus consecuencias dogmáticas en el ámbito penal, en el sentido de intentar establecer si se trata de un requisito del tipo objetivo, una causal de justificación, una condición objetiva de punibilidad o bien un requisito de procesabilidad, expresando así nuestra postura al respecto, según la cual estamos en presencia de una auténtica causal de justificación y no en presencia de las otras alternativas enunciadas, refiriendo las razones que esgrimimos para adoptar tal posición y las consecuencias jurídico penales que de ello se derivan.

También nos adentramos en nuestra investigación en la aplicabilidad —o no— de esta causal de justificación a la hipótesis del inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal; respecto del lugar, momento y cómo debe proporcionarse esta justificación razonable; el eventual conflicto que, en principio, pudiera existir y presentarse entre el derecho a guardar silencio y esta justificación razonable que, a nuestro juicio, siempre será de cargo de la defensa probar; revisando, por último, el escaso tratamiento que le ha dado la jurisprudencia a este delito.

Palabras claves:

- 1) Delitos de los incisos 1º y 2º del artículo 288 bis del Código Penal.
- 2) Porte de arma cortante o punzante.
- 3) *—Ausencia de—justificación razonable*.
- 4) Requisito del tipo objetivo o causal de justificación.
- 5) Derecho a guardar silencio.

SUMMARY

The following research proposes an analysis of the criminal types of paragraphs 1 and 2 of the article 288 bis of our Criminal Code, paying special attention to the element of "-lack of- reasonable justification", detailed in paragraph 2 of the aforementioned article; crime that has been the subject of almost no analysis by the legal doctrine and the jurisprudence. Therefore, the meaning, scope and criminal legal consequences of this expression are analyzed. The variety of existing views in the matter and their dogmatic consequences in the criminal field are examined, by trying to establish if it's an objective form of requirement, a causal of justification, an objective condition of punishability or a requirement to prosecute. Our position on the matter is expressed, according to which we are facing authentic grounds of justification and not in the presence of any of the other alternatives previously enunciated, describing the reasons to adopt such a position as well as the criminal legal consequences that derive from such a stance.

Our investigation also covers the applicability -or not- of the grounds of justification to the hypothesis of paragraph 1 of article 288 bis of the Penal Code; with regards of the place, time and how this reasonable justification should be administered; the eventual conflict that, in principle, could exist and appear between the right to remain silent and this reasonable justification that, in our opinion, will always be the responsibility of the defense to prove; reviewing, finally, the minimal attention that our jurisprudence has given to this crime.

Keywords:

- 1) Crimes of paragraphs 1 and 2 of article 288 bis of the Criminal Code.
- 2) Sharp or bladed weapon.
- 3) —Lack of— reasonable justification.
- 4) Objective kind of requirement or grounds of justification.
- 5) Right to remain silent.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ÍNDICE	4
I. INTRODUCCIÓN	5
II.JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
III.ASPECTOS GENERALES.....	7
3.1 HISTORIA DE LA LEY Nº 19.975, DE 05 DE OCTUBRE DE 2004. RAZÓN O JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN.	7
3.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	8
IV.ASPECTOS ESPECÍFICOS.....	14
4.1 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL TIPO OBJETIVO DE AMBOS INCISOS DEL ARTÍCULO 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL.....	14
4.2 DETERMINACIÓN DEL SENTIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “CUANDO NO PUEDA JUSTIFICAR RAZONABLEMENTE SU PORTE”.	43
4.3. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN RAZONABLE: REQUISITO DEL TIPO OBJETIVO, CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD, CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O REGLA DE PROCESABILIDAD, CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CADA UNA DE ESTAS TESIS Y FUNDAMENTACIÓN DE NUESTRA POSICIÓN AL RESPECTO	47
4.4 APLICABILIDAD DE ESTA EXIGENCIA DEL TIPO PENAL DEL INCISO 2º O CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN AL TIPO PENAL DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL.	52
4.5 SUJETO, FORMA Y OPORTUNIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN RAZONABLE DEL PORTE DE ARMAS CORTANTES O PUNZANTES	55
4.6 LA JUSTIFICACIÓN RAZONABLE Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE GUARDAR SILENCIO ...	56
4.7 JURISPRUDENCIA	58
BIBLIOGRAFÍA	66

I. INTRODUCCIÓN

Si bien, cuando se analiza un tipo penal todos los aspectos resultan ser relevantes, en este caso particular y luego de abordar el análisis del tipo penal del porte de arma cortante o punzante del artículo 288 bis del Código Penal en su integridad —en sus dos incisos—, nos abocaremos al estudio y análisis del mismo para desentrañar el sentido, alcance y las consecuencias jurídico penales de uno de los supuestos requisitos del tipo objetivo contenido —nominalmente— en el inciso 2º del referido artículo 288 bis, consistente en que el portador del arma cortante o punzante, es decir, el sujeto activo *“no pueda justificar razonablemente su porte”*. ¿Cuál es el sentido y alcance que debemos dar a esta expresión?; ¿se trata de un requisito del tipo objetivo, una causal justificación, una condición objetiva de punibilidad, o derechamente un requisito de procesabilidad?; ¿cuáles son las consecuencias jurídicas y prácticas de cada una de estas posibles soluciones?; ¿es posible aplicar este requisito o justificación¹ solo a la hipótesis del inciso 2º del artículo 228 bis Código Penal o, por el contrario, resulta también procedente aplicarla a la hipótesis del inciso 1º del mismo artículo?; ¿cómo debe producirse esa justificación razonable y qué aspectos deberían tomarse en cuenta para ello?; ¿quién debe proporcionar esa justificación razonable?; ¿en qué momento debe tener lugar esa justificación razonable?; ¿implica esa justificación razonable del porte una contradicción o derechamente una infracción al derecho a guardar silencio?; ¿cómo ha sido tratado este delito, desde el punto de vista de la Jurisprudencia, en nuestro país?.

¹ Empleamos la voz *“justificación”*, en este caso particular, no en sentido técnico-jurídico como sinónimo de causal de justificación, sino sólo en cuanto a voz equivalente a *“explicación”*.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Consideramos que la realización de una investigación de este tipo, de carácter dogmático formal, nos puede proporcionar antecedentes valiosos para resolver problemas prácticos reales que se derivan de la aplicación de este ilícito, máxime cuando se trata, en general, de un delito de peligro de menor entidad, y que pareciera requerir, según la práctica habitual de los operadores del sistema de justicia criminal, la mera acreditación del porte del arma cortante o punzante por parte del sujeto activo, sin que se haya profundizado en la investigación de este tipo delictivo y, especialmente en la anteriormente señalada —*ausencia de—justificación razonable*.

III. ASPECTOS GENERALES

3.1 HISTORIA DE LA LEY N° 19.975, DE 05 DE OCTUBRE DE 2004. RAZÓN O JUSTIFICACIÓN DE LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE PORTE DE ARMA CORTANTE O PUNZANTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

El legislador al promulgar este tipo penal mediante la Ley N° 19.975, de 5 de Octubre de 2004, que modificó el libro II, Título VI: “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, párrafo 8º: “De las infracciones de las leyes y reglamentos relativos a las armas prohibidas”, incorporando el artículo 288 bis, tuvo en consideración que la seguridad ciudadana y el control del delito, constituían ejes centrales de la agenda pública y en ese contexto, se tomó en cuenta el aumento que tuvo la utilización de armas cortantes o punzantes los años previos a la referida Ley 19.975, ya que hasta esa fecha el porte de arma cortante o punzante se había tratado de manera difusa, no contando con un tipo penal específico que reprimiera esas conductas delictivas.^{2 3}

² Así, el mensaje del entonces Presidente de la República Sr. Ricardo Lagos Escobar expresaba: “La seguridad ciudadana y el control del delito constituyen ejes de la agenda pública. El estudio y análisis de ella en su aspecto negativo, la inseguridad, requiere tener una visión interdisciplinaria que abarque la complejidad de este fenómeno.

[...] Según cifras que maneja la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior, en el año 2001, en un 5.5% de los delitos de mayor connotación social denunciados en la Región Metropolitana, se empleó arma de fuego, porcentaje que disminuye levemente en el 2002, alcanzando a un 4.6%. Por su parte, en un 5.6% de este tipo de delitos, denunciados durante el año 2001, se utilizó arma blanca, mientras que en el año 2002 el porcentaje fue de un 5.1%. Las cifras, si bien revelan una baja, no dejan indiferente al Gobierno. Esta es ciertamente una realidad preocupante, que pretendemos abordar a través de la presente iniciativa.

Por ello, independiente de otros proyectos legales, como por ejemplo el que pretende modificar la ley de control de armas que, una vez aprobado por el H. Congreso Nacional, permitirá restringir la tenencia y el porte de las armas de fuego, es esencial que los delitos que se cometan utilizando este tipo de armas sean sancionados con penas más altas que las existentes en la actualidad.

[...] Además, resulta necesario hacerse cargo de las armas blancas, que nuestra legislación regula de manera más bien difusa. El Código Penal en su artículo 494 N°4, establece multas para el que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y para el que riñendo con otro las sacare, como no sea motivo justo.

Con este proyecto se contempla una figura penal específica para sancionar el porte de este tipo de elementos cortantes o punzantes en ciertos lugares públicos, con lo que estamos respondiendo, además, a la inquietud manifestada en esta materia por el H. Diputado Pedro Muñoz, que se tradujo en una moción parlamentaria presentada en septiembre del año 2002.

3.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Ahora bien, establecido lo anterior, cabe preguntarse cuál es el bien jurídico protegido por la norma que contiene la prohibición de ejecutar la conducta en que consiste el tipo delictivo. Dilucidar esta cuestión no resulta tarea sencilla. En efecto, tal cual aparece descrito en nuestra legislación el tipo penal del artículo 288 bis del Código Penal, el primer escollo con que nos encontramos, consiste en la determinación de la categoría específica de delitos dentro de la cual, de acuerdo con los criterios de características de consumación y efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, nos encontramos.

De acuerdo a ello, los delitos se clasifican en delitos formales —o de simple o mera actividad— y de resultado, según si para su comisión se requiere la sola realización de la conducta prohibida por la ley, con prescindencia de cualquier resultado, habilitando en ese caso la penalidad la mera concurrencia de la acción incriminada (delitos formales); o bien sí, además de la concurrencia de la acción, debe verificarse un resultado determinado, verificable ya sea a través de los sentidos o mediante un procedimiento intelectual (delitos de resultado).⁴ Únicamente en relación a los delitos formales se prescinde de la relación de causalidad o imputación objetiva.⁵

Los delitos de resultado se clasifican, a su turno, en delitos de peligro y de lesión. En los primeros, la relación de causalidad debe establecerse entre la acción y el peligro del bien jurídico; mientras que, en los segundos, debe acreditarse la relación de causalidad entre la acción y la lesión efectiva o material del bien jurídico protegido.⁶

Los delitos de peligro se subclasifican, a su vez, en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.⁷ En los primeros, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido penalmente por la acción es presumido de derecho por el legislador penal, no admitiéndose prueba en contra, mientras que, en los delitos de peligro

[...] Con el numeral 2.- se incorpora un artículo 288 bis, nuevo, que castiga el porte de armas cortantes o punzantes en determinados lugares de reunión pública, con la pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo.”

³ Véase también Carrasco M., Jaime, *Armas y delito* (Chile: Librotecnia, 2008), 267-268.

⁴ Bullemore G., Vivian. Mackinnon R., John, *Curso de Derecho Penal, Tomo II, Parte General, 2ª Edición, aumentada y actualizada* (Chile: Lexis Nexis, 2007), 18-19.

⁵ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 19.

⁶ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 19.

⁷ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 19.

concreto, debe probarse que la acción ha puesto en peligro el bien jurídico protegido.⁸ De esta forma, en la práctica, los delitos de peligro abstracto no logran diferenciarse de los delitos formales o de mera actividad.⁹ La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto ha sido objeto de serios cuestionamientos doctrinarios. Así, según Cury “los delitos de peligro abstracto se perfeccionan mediante la sola ejecución de la acción típica porque ésta, generalmente, es hábil para crear una situación de peligro real. Con todo, como lo que la ley prohíbe es la ejecución de una acción peligrosa, falta la tipicidad cuando la que se realiza pierde ese significado porque fue orientada con cuidado, esto es, evidenciando una voluntad de evitación manifestada exteriormente. Los problemas planteados por los delitos de peligro abstracto, han provocado recientemente, una tendencia a sustituirlos por una clase de figuras a las que la literatura denomina delitos de peligro de nuevo cuño, en los cuales, la presunción de la existencia del peligro se vincula a la omisión por parte del autor de adoptar unas medidas de precaución predeterminadas por la ley”.¹⁰ “Antolisei, por su parte, critica esta distinción porque conlleva a un equívoco en el sentido que la concepción de delitos de peligro abstracto resulta inadmisibles por cuanto si el peligro es la posibilidad de concreción de un acontecimiento temido, no puede concebirse una especie de peligro en que esta probabilidad falte, por lo cual el peligro siempre es concreto.”¹¹ La crítica que subyace a este asunto es que la presunción de peligro que encierra la conducta no satisface los requisitos mínimos de lesividad, vulnerando las exigencias constitucionales. “En la búsqueda de una solución, la doctrina¹² los subclasificó en dos grupos: los delitos de peligro abstracto formales en los que se contienen conductas que no afectan a bien jurídico alguno que deben ser declarados inconstitucionales, como los consistentes en meras violaciones de reglas ético-sociales o religiosas, los delitos de desobediencia o de policía, y los delitos políticos, y los delitos de peligro abstracto materiales en los que la peligrosidad de la conducta justifica la intervención penal, siempre que se adecuen, por vía interpretativa, a los principios de un estado de derecho, como los delitos de abandono de menores, falso testimonio, y algunos delitos

⁸ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 19-21.

⁹ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 19-21.

¹⁰ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 21.

¹¹ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 21.

¹² Torio Lopez, A, *Los delitos de peligro hipotético*, en ADP y CP XXXIII, 1981, p. 827. Ver en Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 21.

contra la salud pública. En estos últimos, el rasgo distintivo se encuentra en la idoneidad o aptitud para crear el peligro prohibido por el tipo.”¹³

Además de los criterios de subsidiaridad, ultima ratio, intervención mínima, fragmentariedad, lesividad, como garantía de los criterios referidos por la doctrina para la configuración de bienes jurídicos protegidos penalmente y los límites del ius puniendi en relación con las corrientes de incriminación de conductas que comenzaron a proliferar en las legislaciones en general en la década de los años 80¹⁴ como los de proporcionalidad, necesidad de intervención penal, merecimiento de pena, dañosidad social, y afectación individual —directa— o supraindividual —indirecta—, se ha intentado establecer una correspondencia entre la Constitución y el catálogo de bienes jurídicos penalmente protegidos. En este sentido, Jesús María Silva Sánchez, señala que “la exigencia de una consagración constitucional, directa o indirecta, de los bienes penalmente protegidos me parece, pues, plenamente justificada, en la medida en que pone de relieve que una intervención tan intensa sobre el individuo como la penal, solo puede justificarse en caso de afectación de un elemento esencial de la vida en común, al que ha alcanzado el consenso plasmado en la Constitución.”¹⁵ Del mismo modo, el citado autor advierte, que “[...] debe quedar claro que, como principio general, el criterio de que la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de pena puede hacerlo. En cuanto a la despenalización, ésta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena.”¹⁶

Así puede entenderse que a propósito del delito que nos ocupa y en relación a las tendencias imperantes de criminalización que se trata de un delito con *victima difusa*, que expresa más bien, *objetivos de organización política, económica y social*; suponiendo entonces tal incriminación de algún modo una vulneración de la exigencia de afectación individual, violación que adquiere mayor gravedad al ir con frecuencia unida a una anticipación de la barrera de la protección penal, como ocurre con la técnica de los delitos de peligro abstracto y a formulaciones ambiguas, vagas e

¹³ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 21.

¹⁴ Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo* (España: Publicaciones Digitales S.A., 1992, Reimpresión 2002), 277. (Al respecto, Hassemer, en *Doctrina Penal*, año 12, abril- septiembre 1989, 277).

¹⁵ Silva Sánchez, *Aproximación...*, 273-274.

¹⁶ Silva Sánchez, *Aproximación...*, 291.

imprecisas.¹⁷ Frente a esto último, cobra especial relevancia, el principio de lesividad u ofensividad que puede estimarse parte de la fragmentariedad y que supone la oposición a la incriminación de hechos que no impliquen una lesión o al menos una puesta en peligro concreto de auténticos bienes jurídico penales.¹⁸

Conforme a lo expuesto, a nuestro juicio, teniendo en cuenta la historia de la ley, el tipo penal del artículo 288 bis del Código Penal participa de los caracteres de los delitos de peligro abstracto, en cuanto al inciso 1º, confundiéndose también, de acuerdo a lo señalado precedentemente, con los delitos de mera actividad, y de peligro concreto en cuanto a la hipótesis contenida en el inciso 2º.

Ambos incisos del tipo penal del artículo 288 bis del Código Penal, generan condiciones de peligro para el bien jurídico protegido que, adelantándonos un poco en este punto, nos parece que no es otro que la vida y/o integridad física de las personas, lo que se traduce en la tipificación de una conducta que afecta un bien jurídico penal de carácter supraindividual que implica una afectación indirecta del mismo que será merecedor de protección penal en la medida que ello constituya un medio importante para la autorrealización social del individuo.¹⁹ Así, no existe en la conducta incriminada una afectación directa de la vida y/o integridad física de las personas pero si indirecta en el sentido que el porte de tales armas cortantes o punzantes implica o puede implicar una afectación de la vida y/o integridad física de las personas.

Creemos, a partir de lo anterior, que es dable suponer que esos son los bienes jurídicos protegidos involucrados en la tipificación de este delito en sus dos incisos. Parece razonable también la tipificación penal de esta conducta en la medida que se vislumbra un bien jurídico protegido penalmente de carácter supraindividual que resulta ser digno de dicha intervención penal en la medida que constituye un medio importante para la autorrealización social del individuo. Existe entonces un adelantamiento de la intervención penal; y por ende, de la punibilidad de parte del legislador a etapas previas a la lesión efectiva del bien jurídico protegido²⁰. En este sentido, se sanciona por lo que podría, bajo determinados supuestos, ocurrir, es decir, lesionar el bien

¹⁷ Silva Sánchez, *Aproximación...*, 291.

¹⁸ Silva Sánchez, *Aproximación...*, 291.

¹⁹ Silva Sánchez, *Aproximación...*, 272-273.

²⁰ Kindhauser, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho penal», *In Dret Revista para el Análisis del Derecho* (Barcelona: Febrero de 2009), 7-14.

jurídico protegido que, como ya señalábamos, para nosotros es la vida o integridad física de las personas. Se trata en este caso, de una conducta —portar armas cortantes o punzantes— que si bien se encuentra vinculada de modo abstracto con el objeto de protección, esa vinculación no resulta ser del todo directa e inmediata, en el sentido que el porte de armas cortantes o punzantes *per se*, resulta ser inofensivo, pero una vez asociado al ámbito de protección del bien jurídico, se encuentra finalmente dirigido a su lesión.²¹

En este punto, nos parece que el tipo penal del porte de arma cortante o punzante resulta ser un delito denominado por la doctrina “de preparación”, en cuanto a que se sanciona penalmente la conducta delictiva por formar parte de la etapa inicial del desarrollo del delito, creando condiciones de peligro para el bien jurídico protegido y no necesariamente por ser esa conducta, por sí misma, peligrosa o por poner directamente en peligro el bien jurídico protegido.

El bien jurídico tutelado es, a nuestro entender, la vida y la integridad corporal del individuo, que se encuentran en trance de perecer y que subyacen a las ideas de seguridad y función asistencial, como objeto jurídico de estos tipos penales.

El tipo penal del inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal constituye, por su parte, a nuestro juicio, un delito de peligro abstracto, pues el legislador establece que, existiendo una conexión entre consumo de alcohol, determinado por el lugar de comisión, esto es, recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, y el porte de armas cortantes o punzantes, el peligro se presume de derecho, no admitiendo entonces prueba en contrario. En otras palabras, el resultado de peligro de la acción de portar armas cortantes o punzantes en lugares de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sería presumido de derecho —en este caso por el legislador penal— sin admitir prueba en contrario, cuestión muy discutida por la doctrina penal por contravenir la prohibición constitucional contenida en el artículo 19 N° 3 inciso 6 de la Constitución Política de la República, en cuanto dispone que no puede presumirse de derecho la responsabilidad penal. Por su parte, el tipo penal del inciso 2º, si asumimos que la justificación

²¹ Maldonado F., Francisco, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno Derecho Penal», *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7: 23-64 (Chile, Santiago, 2006), 44-47.

razonable constituye un requisito o elemento del tipo objetivo, resulta ser un delito de peligro concreto pues, de acuerdo a la descripción de la conducta típica, se requiere, en principio probar o acreditar que el sujeto activo, además de portar el arma cortante o punzante en los lugares a que hace referencia el tipo en comento,²² no ha podido además justificar razonablemente su porte, impidiendo de ese modo la configuración del tipo penal toda vez que el tipo objetivo no resulta satisfecho; por otra parte, si se admite la tesis de concebir la justificación razonable como causal de justificación, la posibilidad en este caso del agente de acreditar que el porte del arma cortante o punzante que se le atribuye está justificado de algún modo razonable, impedirá de ese modo la configuración del delito precisamente por la concurrencia de la causal de justificación que determina la licitud de la conducta por no configurarse la antijuridicidad.

En cuanto a Jurisprudencia, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, ha expresado en el fallo de los autos ROL 1924-2007, de 14 de septiembre de 2007, que dentro de la clasificación de los delitos, atendiendo a su tipicidad y efectos, el delito del artículo 288 bis del Código Penal que es un delito de peligro, de lo que se colige que para su configuración se requiere únicamente que se ejecute un hecho que ponga en riesgo o peligro, en forma cierta, un bien jurídico protegido que es, en concepto de la citada Corte, el orden y seguridad pública de los miembros de la comunidad.²³ Por su parte, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, en el fallo de un recurso de nulidad deducido a propósito de este delito en los autos ROL 375-2006 ha sostenido "(CUARTO) Que esta nueva figura constituye un delito de peligro, es decir, que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la

²² Como ya se expresó, la norma hace referencia a espectáculos públicos, establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos de áreas urbanas.

²³ *Código Penal, Códigos Profesional 2014, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas explicativas e Índice Temático, Elaboradas, corregidas y actualizadas por la Profesora Tatiana Vargas Pinto, 3° Edición actualizada* (Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014), 321. Véase también al efecto Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 2007, Rol 1924-2007 (N° Legal Publishing: 37289).

lesión (Derecho Penal parte General Tomo II Mario Garrido Montt Editorial Jurídica de Chile pág. 203).”²⁴

IV. ASPECTOS ESPECÍFICOS.

4.1 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL TIPO OBJETIVO DE AMBOS INCISOS DEL ARTÍCULO 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL.²⁵

De acuerdo con lo señalado precedentemente, distinguimos los requisitos del tipo penal del inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal de los requisitos del inciso 2º del mismo artículo:

1. Requisitos del tipo penal del inciso 1º:
 - a) que el sujeto activo porte armas cortantes o punzantes, y
 - b) que el porte ocurra en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local.
2. Requisitos del tipo penal del inciso 2º:
 - a) que el agente porte armas cortantes o punzantes,
 - b) que el porte se verifique en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas, y, por último,
 - c) que el sujeto activo no pueda justificar razonablemente su porte.²⁶

²⁴ Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, ROL 375-2006, «Ministerio Público con Patricio Andrés Avaria Flores», 22 de diciembre de 2006.

²⁵ El artículo 288 bis del Código Penal expresa: *“El que portare armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 1 A 4 UTM. Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza en vías o espacios público en áreas urbanas portaré dichas armas cuando no pueda justificar razonablemente su porte.”*

²⁶ Requisito que está contenido nominalmente al menos en el inciso 2º del art. 288 bis del Código Penal.

Conforme a lo expuesto, esta *ausencia de justificación razonable* descrita en el tipo penal del inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal podría concebirse o enmarcarse, en principio, como:

1.- Requisito del tipo objetivo, es decir, como elemento negativo del tipo que no debe confundirse con la denominada teoría de los elementos negativos del tipo.

2.- Causal de justificación, y a su vez, podría concurrir a través de dos variables. La primera, como *teoría de los elementos negativos del tipo*, en otras palabras, como teoría que, a grandes rasgos, engloba conjuntamente los elementos de tipicidad y antijuridicidad de la teoría del delito insertándolos precisamente en el plano de la tipicidad. La segunda alternativa es, considerarla una causal de justificación propiamente tal, contenida en este caso en forma expresa y excepcionalmente en el propio tipo penal. Primero, por su especial naturaleza y especificidad y, segundo, para efectos de claridad descriptiva y mejor entendimiento de los destinatarios de la norma penal.

3.- Condición objetiva de punibilidad.

4.- Requisito de procesabilidad.

Trataremos de modo conjunto las dos primeras tesis propuestas, precisamente porque constituyen los enfoques principales de este análisis, y también porque según la teoría que se acoja al respecto, pueden existir conexiones o vínculos metodológicos entre tipo y antijuridicidad que constituyen los elementos básicos de dichas tesis, aun cuando las consecuencias jurídicas y prácticas que se sigan de sostener, una u otra, sean diversas, especialmente en lo que se refiere a la carga de la prueba y en materia de error. A continuación, examinaremos las dos últimas tesis o soluciones posibles para esta *ausencia o falta de justificación razonable*.

Hacemos la prevención para los efectos del análisis y exposición que partimos de la base o sustento conceptual de la escuela final o finalismo. En forma sucinta, la escuela final o finalismo fue propugnada por Welzel y a partir de su irrupción al tiempo del término de la II Guerra Mundial, dejó prácticamente de lado la escuela causal o causalismo que dominaba hasta ese momento la teoría del delito en la dogmática

jurídico penal. Según la escuela causal, la acción es meramente naturalística, un concepto causal de acción distingue en consecuencia un proceso causal externo de un proceso volitivo interno, conteniéndose en consecuencia el dolo o la culpa a nivel de culpabilidad.²⁷

Para el finalismo, en cambio, la finalidad del sujeto activo forma parte de la acción y este elemento subjetivo se incluye a partir del finalismo en la tipicidad, incluyéndose por ello el dolo y la culpa en la tipicidad, abandonando la culpabilidad (en donde estaban insertos para la escuela causal), distinguiendo entonces a nivel de tipicidad entre elementos objetivos y subjetivos del tipo. Con la irrupción del finalismo, la culpabilidad pasa a estar conformada por la imputabilidad, la conciencia de la ilicitud —o conciencia de la antijuridicidad— y la exigibilidad de otra conducta.²⁸

En primer término, si consideramos la ausencia de justificación razonable como elemento del tipo objetivo, desde el punto de vista práctico, uno de los aspectos que nos parecen relevantes, es que la prueba de cargo de la Fiscalía deberá siempre y necesariamente, comprender esa falta o ausencia de justificación razonable. Dicho de otro modo, no debe existir o verificarse alguna forma o clase de justificación razonable por parte del sujeto activo para que el porte de arma cortante o punzante sea punible, pues de otra forma, el tipo penal resulta derribado, no configurándose precisamente por no resultar acreditada la tipicidad y en específico el elemento del tipo objetivo o faz objetiva del tipo, como prefieren referirse a ello algunos autores como Enrique Cury.²⁹ En efecto, para el citado autor, la tipicidad impone la exigencia de concurrencia tanto de elementos objetivos como los subjetivos, los cuales constituyen las dos caras de una misma moneda, por ende, no puede hablarse de hechos que siendo objetivamente típicos no lo sean subjetivamente o viceversa. *Lo que no es adecuado al tipo tanto objetiva como subjetivamente, no lo es en absoluto.* Por esto, resulta equivocada la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, que en la literatura se emplea con frecuencia.³⁰ Más exacto resulta hablar de la faz objetiva y subjetiva del tipo. Así, para esta tesis, en

²⁷ Medina Jara, Rodrigo, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Chile: Lexis Nexis, 2004), 184-193.

²⁸ Medina, *Manual...*, 184-193.

²⁹ Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda edición actualizada* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, tercera reimpresión 2001), 271.

³⁰ Véase, por todos, Bacigalupo, 26, a), p. 177; Cerezo, XVI, p. 390 y XVII, p. 407; Jakobs, 7, p. 152 y 8, p. 210). Ver en Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 271.

el supuesto de concurrir una justificación razonable por parte del sujeto activo, no se verificará el tipo objetivo o faz objetiva en cuestión, descartando entonces la comisión del delito y, por ende, la responsabilidad penal del sujeto, siendo inoficioso e improcedente indagar luego respecto de la concurrencia de los restantes elementos del delito, constituidos por la antijuridicidad y la culpabilidad.

Las consecuencias jurídico penales que se derivan entonces de asumir que la ausencia de justificación razonable del porte de arma cortante o punzante de parte del agente, constituye un requisito del tipo objetivo, es que implicará necesariamente exigir la concurrencia de ese y el resto de los requisitos del tipo objetivo descritos para la configuración del tipo penal, descartando entonces la existencia o configuración del delito en caso de verificarse tal justificación o explicación razonable, precisamente por no verificarse ese —*preciso y adicional*— requisito del tipo objetivo que determina, en definitiva, la atipicidad de la conducta. La segunda consecuencia que se puede observar de seguir esta tesis, es que el error del sujeto activo sobre este —*preciso y adicional*— requisito del tipo objetivo (*ausencia de justificación razonable*), conforme a la distinción entre error de tipo y error de prohibición, es que solo podrá constituir un error de tipo que recae sobre la tipicidad e incide en el elemento intelectual o cognitivo del dolo, suprimiendo precisamente el dolo y la culpa en caso de error invencible y, en caso de error vencible, dejará subsistente la incriminación a título de culpa en caso de existir el tipo correlativo culposo.

Así, de postular la tesis de la *ausencia de justificación razonable* como requisito del tipo objetivo o faz objetiva del tipo, debemos precisar que nos referimos más concreta y específicamente a lo que la doctrina denomina *elementos negativos del tipo*. En efecto, bajo el prisma de esta tesis, debemos distinguir entre los elementos positivos y elementos negativos del tipo, cuestión que dice relación con aquello que debe verificarse —elementos positivos del tipo— y lo que no —elementos negativos del tipo— en el caso concreto para que la conducta pueda ser penada. Cury, sostiene que usualmente la descripción típica se formula sirviéndose de *elementos positivos*, aludiendo a lo que tiene que concurrir en el hecho concreto para que este sea punible. De este modo, el homicidio requiere que se haya «matado» a un «hombre» y el hurto que el autor se haya apropiado de una «cosa mueble ajena» con «ánimo de lucro». En algunos casos, sin embargo, el tipo está integrado también por *elementos negativos*,

es decir, se refiere a algo que *no* debe darse en el caso concreto para que el hecho pueda ser sancionado. Así, el hurto sólo se perfecciona si la apropiación de la cosa ocurrió “*sin el consentimiento del dueño*” (art. 432 de C.P.); la violación de morada, sólo si se entró en ella «*contra la voluntad de su morador*» (art. 144 del C.P). En consecuencia, tanto la inconcurrencia de un elemento positivo como la concurrencia de uno negativo, determinan la atipicidad del hecho que se juzga.³¹

De esta forma, en el caso de la descripción típica que esencialmente nos ocupa, esto es, la hipótesis contenida en el inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal, si concebimos la *ausencia de justificación razonable* como elemento negativo del tipo y consecuentemente como requisito del tipo objetivo, para que proceda la punición de la conducta, deberían concurrir los siguientes elementos positivos del tipo: *a) porte armas cortantes o punzantes, y b) que el porte se verifique en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas; y, al mismo tiempo, no concurrir el siguiente elemento negativo del tipo: a) que el sujeto activo pueda justificar razonablemente su porte.* Dicho de otro modo, el sujeto activo no debe poder justificar razonablemente el porte del arma para que se verifique el tipo penal. Debemos precisar que cuando nos referimos a esta distinción entre elementos positivos y negativos del tipo penal, hablamos siempre insertos en el elemento de la tipicidad.

Reconocemos, en este punto, que se podría argumentar por contrapartida a propósito de los ejemplos citados por el Profesor Cury que lo que él considera como elementos negativos del tipo contenidos en los delitos de hurto y la violación de morada consistentes en que en el hurto se requiere que la apropiación de la cosa haya ocurrido “*sin el consentimiento del dueño*” (art. 432 de C.P.); y en la violación de morada que haya entrado en ella “*contra la voluntad de su morador*” (art. 144 del C.P.) serían o podrían considerarse como causales de justificación expresamente contenidas en el tipo penal, pero lo cierto a nuestro entender y también para un sector importante de la doctrina, es que el consentimiento del interesado constituye una causal de atipicidad de la conducta³² en el entendido que se trate de un bien jurídico disponible

³¹ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 271.

³² Autores españoles Enrique Bacigalupo, Beatriz de La Gandar Vallejo y Miguel Polaino Orts. Ver en Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 91.

—tal cual ocurre en los ejemplos citados— y que efectivamente concurra, por supuesto, el referido consentimiento del interesado.³³ Así, por ejemplo, si un sujeto entra en una morada ajena con el consentimiento de su morador, creemos que el tipo penal sencillamente no se perfecciona, y la conducta será derechamente atípica.

No debe confundirse la situación descrita relativa a que en el tipo se contienen comúnmente elementos positivos y algunas ocasiones también elementos negativos con la denominada *teoría de los elementos negativos del tipo*. Como vimos, los elementos negativos del tipo son precisamente formulaciones negativas que no deben verificarse o concurrir en la hipótesis de hecho para la configuración o perfeccionamiento del tipo y la mayor parte de tales requisitos negativos podrían estar contenidos o descritos en la descripción típica como elementos positivos, pero su inclusión negativa en las descripciones típicas responde a razones de economía legislativa y claridad descriptiva.³⁴

La *teoría de los elementos negativos del tipo* que fue formulada inicialmente por Merkel (1889) y Baumgarten (1913)³⁵ y desarrollada posteriormente en forma más amplia por Claus Roxin, supone, en cambio, una conexión o vínculo metodológico entre la tipicidad y la antijuridicidad como elementos que conforman el injusto de acuerdo a lo que se le ha denominado concepto unitario de injusto o ilícito³⁶ o también estructura o sistema bipartito del delito en oposición al sistema tripartito del delito, en el sentido que la *teoría de los elementos negativos del tipo*, en el caso de concurrencia de una conducta, solo distingue entre injusto típico —englobando en él, tanto el tipo en sentido estricto, como la antijuridicidad— y la culpabilidad.³⁷ De acuerdo a ello, para esta teoría “la afirmación de la tipicidad supone la de la antijuridicidad porque las causales de justificación —es decir, aquellas que excluyen la antijuridicidad—, se entienden incorporadas al tipo del cual serían elementos negativos implícitos. Por ejemplo, el tipo de homicidio no consistirá simplemente en matar a un hombre (art. 391 N° 2 del C.P.), sino en hacerlo *siempre que no concurren* los presupuestos de la legítima defensa (art. 10 N°s 4°, 5° y 6° del C.P.), del cumplimiento de un deber o del

³³ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 88-91.

³⁴ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 271-272.

³⁵ Náquira Riveros, Jaime, *Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Segunda edición* (Chile: Thomson Reuters, 2015), 141.

³⁶ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 14.

³⁷ Roxin, *Derecho Penal...*, 284.

ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio, cargo (art. 10 N° 10 del C.P.) o de la omisión por causa legítima (art. 10 N° 12 del C.P.).”³⁸

Por consiguiente, lo que es típico es también antijurídico. Así, la tipicidad pasa a ser *ratio essendi* (razón esencial) de la antijuridicidad, de la cual constituye el componente esencial; sólo está en general prohibido lo que satisface tanto los presupuestos positivos como negativos del tipo.³⁹ Para esta *teoría de los elementos negativos del tipo* “las causas de justificación se han sacado de los tipos de la Parte Especial y se les han antepuesto (en la Parte General), solo por razones de técnica legislativa —para no tener que repetirlas en cada precepto penal— pero materialmente ello no cambia el hecho de que hay que incluirlas en los tipos concretos según su sentido [...]”⁴⁰ Siguiendo con el ejemplo, el tipo de homicidio no consistirá simplemente en matar a un hombre (art. 391 N° 2 del C.P.), sino en hacerlo *siempre que no concurren* los presupuestos de la legítima defensa (art. 10 N°s 4°, 5° y 6° del C.P.) y de cualquier otra causal de justificación posible de verificar, lo que convierte a las causales de justificación en elementos negativos del tipo en cuanto a que su no concurrencia es presupuesto del cumplimiento del tipo del que la antijuridicidad forma parte, conteniéndose en él y conformando un solo injusto típico. Mientras que los elementos del tipo penal o descripciones típicas están contenidos ordinariamente en la parte especial de los Códigos Penales y han de verificarse positivamente, las causales de justificación están contenidas en la parte general de los Códigos Penales y no deben concurrir para que se configure o afirmar la realización del tipo. Así, las causales de justificación para esta teoría excluyen no solo la antijuridicidad, sino que ya el mismo tipo.⁴¹ “Tipo y antijuridicidad se funden en un tipo global (o total) de injusto (lang- Hinrichsen), que incluye dentro de sí la totalidad de los elementos sustanciales para el juicio de injusto (elementos positivos y negativos, escritos y no escritos, relevantes para la comisión y para la omisión)”.⁴²

En síntesis, para esta *teoría de los elementos negativos del tipo* —tanto la tipicidad como la antijuridicidad— deben confluír y analizarse metodológicamente en un

³⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 274.

³⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 274.

⁴⁰ Roxin, *Derecho Penal...*, 283.

⁴¹ Roxin, *Derecho Penal...*, 283 y 284.

⁴² Roxin, *Derecho Penal...*, 284.

solo momento valorativo, que corresponde precisamente a la tipicidad en la cual debe examinarse conjuntamente tanto la concurrencia de los elementos o requisitos del tipo objetivo como la ausencia de causales de justificación. Entonces, si, como postula esta teoría, el tipo supone ya una valoración inicial del injusto, cabe preguntarse por qué sólo contiene una parte determinante de las circunstancias para la valoración del injusto y en cambio la otra parte del injusto, es decir, la antijuridicidad —o la ausencia de causales de justificación—, quedan reservadas para ser examinadas metodológicamente a continuación, precisamente en sede de antijuridicidad. Esta interrogante cobra sentido en el entendido que los elementos del tipo —fundamentadores o sustentadores del injusto— y los elementos de las causales de justificación —excluyentes del injusto—, tienen la misma función en lo que se refiere a que sólo la conjunción complementadora de ambos elementos permitiría realizar un juicio definitivo del hecho, de forma que parece razonable y lógico reunirlos en una sola categoría o elemento del delito, incluyendo también en el tipo los presupuestos de las causales de justificación.⁴³ Así, tipo y antijuridicidad se confunden en un concepto unitario de tipicidad que engloba ambos elementos. Una consecuencia de esto es que al ser tipo y antijuridicidad una sola y misma cosa que debe analizarse en forma íntegra, el tipo —en sentido estricto o puro— pasa a ser *ratio essendi* (razón esencial) de la antijuridicidad como sostenía Mezger y ya no *ratio cognoscendi* (razón de conocimiento) de la antijuridicidad como proponía Welzel.^{44 45}

Por nuestra parte, consideramos que resulta consistente y adecuado establecer dos momentos valorativos y distinguir, por consiguiente, entre tipicidad y antijuridicidad, desechando consecuentemente la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Esto por varias razones:

Primero, siguiendo en este punto a Bullemore y Mackinnon,⁴⁶ la tipicidad en sentido estricto cumple, a lo menos, tres funciones determinantes: a) *función garantizadora*, que es expresión del principio de legalidad en lo que se refiere a la taxatividad reflejada en la exigencia de una descripción precisa de la conducta

⁴³ Roxin, *Derecho Penal...*, 279-280.

⁴⁴ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 13-14.

⁴⁵ Medina Jara, Rodrigo, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Chile: Lexis Nexis, 2004), 188 y 189.

⁴⁶ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 13-14. Ver también Bullemore G., Vivian. Mackinnon R., John, *Curso de Derecho Penal, Tomo I...*, 228-229.

incriminada; *b) función motivadora*, en el sentido que el tipo penal encierra una norma jurídica que contiene innegablemente un juicio de valor y que protege penalmente un bien jurídico, que debiera importar una motivación para el súbdito que lo insta —o debiera instarlo al menos— cumplimiento de la norma jurídica contenida en el tipo penal, que en el caso de aquel que nos ocupa, debiera traducirse en una motivación para que los destinatarios de la norma no porten armas cortantes o punzantes; y *c) función sistemática o indiciaria*, esto es, que la tipicidad es indicaría de la antijuridicidad o, lo que es lo mismo, es *ratio cognoscendi* (razón de conocimiento) de la antijuridicidad en el sentido que el tipo es una señal o alerta de antijuridicidad, un indicio denotador de la antijuridicidad, pero no son iguales; lo típico está prohibido en general y la antijuridicidad se ocupa del caso concreto, de lo excepcionalmente autorizado en la situación particular de que se trate. Lo típico, es decir, lo prohibido en general por el legislador penal, importa una función valorativa inicial y generalizadora. La regla general es que las conductas típicas sean además antijurídicas porque el tipo contiene el modelo general de lo prohibido y constituye un juicio provisional del desvalor de la conducta incriminada de modo abstracto y general expresada en el tipo penal; mientras que, la antijuridicidad aborda la hipótesis de hecho concreto y se ocupa del estudio de las causales de justificación, es decir, lo excepcionalmente autorizado en el caso concreto. En virtud de aquello se dice que la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad.⁴⁷

Basándonos especialmente en las dos últimas funciones descritas de la tipicidad, el tipo en sentido estricto se configura como prohibición general y abstracta, formulada para conocimiento global y tiene una función preventiva general al influir en la conciencia jurídica de las personas precisamente de modo general y operar intimidando en este caso concreto, mientras que la antijuridicidad que metodológicamente debe examinarse en el siguiente eslabón valorativo se distingue del tipo además del contenido o significado negativo para el injusto en otros dos aspectos, en principio, opera o puede operar más allá de la correspondiente clase de delito y son válidas para todos los tipos o al menos para un gran número de ellos y por esta razón adoptan sus regulaciones no describiendo fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de

⁴⁷ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*,13-14.

ponderación de bienes, principio de autoprotección, etc). A la luz de estos principios rectores, la aplicación del derecho ya no se trata de un proceso intelectual de subsunción como se hace a propósito del tipo, sino que hay que concretar los primeros al caso concreto que se trate, y por otra parte, pese a la mayor abstracción de las causales de justificación frente a los tipos penales, contienen siempre una valoración negativa inicial de la conducta del autor en el caso particular y no se refiere a la clase de delito, sino a la concreta dañosidad social del suceso único.⁴⁸

De esta forma, asimilar en un concepto unitario de injusto tanto la tipicidad como la antijuridicidad implica confundir dos cosas muy distintas como es aquello que resulta jurídicamente irrelevante —atipicidad o conducta atípica— con aquello que está excepcionalmente autorizado por el Derecho —causal(es) de justificación—. En este sentido, se ha sostenido, siguiendo el clásico ejemplo formulado por Welzel, que no es lo mismo matar una mosca, que constituye una conducta jurídicamente irrelevante y atípica, que matar a otro hombre en legítima defensa, que resulta ser una conducta relevante para el Derecho Penal y, por lo mismo, típica, que cuenta, en cambio, con una especial y excepcional autorización legal, es decir, se trata en este último caso de una conducta típica especialmente autorizada —y, por ende, lícita—. Son dos situaciones esencialmente distintas en el plano valorativo.

Roxin, por su parte, responde a esta crítica sosteniendo que existe una clara diferencia entre matar una mosca y matar a un hombre en legítima defensa, pero esa distinción solo atañe al plano o punto de vista social, sin embargo, ello no significa que esta distinción entre ambas conductas repercuta en el ámbito del juzgamiento jurídico-penal, sencillamente porque, desde este último punto de vista, ambas conductas no resultan ser desaprobadas por el Derecho Penal; en el caso de la mosca, porque la conducta es atípica y, en el caso de aquel sujeto que mata a otro en legítima defensa, simplemente porque su conducta si bien es típica no es antijurídica.⁴⁹ En otros términos, para Roxin, si bien ambas situaciones son distintas en el plano social, el resultado jurídico es idéntico y a esto último debe atenderse finalmente.

Cury, a su vez, sostiene que si bien es correcto el argumento de Roxin, desde el prisma del análisis de las consecuencias jurídicas de cada una de estas situaciones, no

⁴⁸ Roxin, *Derecho Penal...*, 280 -281.

⁴⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 275.

ocurre lo mismo con respecto a su fundamentación, por cuanto, si la conducta es atípica (dar muerte a una mosca), no es dable metodológicamente indagar respecto de la concurrencia de causales de justificación, lo cual solo tiene sentido en la situación inversa, esto es, si la conducta es típica, pero está justificada (matar a otro hombre en legítima defensa), por lo cual ambas situaciones se encuentran también diferenciadas en el ámbito de la apreciación jurídico-penal.⁵⁰

De esta forma, si se adhiere a la *teoría de los elementos negativos del tipo* y, por ende, que la *justificación razonable* constituye una causal de justificación que, de no concurrir (ausencia de justificación razonable), finalmente pasa a analizarse metodológicamente y confundirse con la tipicidad, según Bullemore, la tipicidad no sólo pierde la función indiciaria con respecto a la antijuridicidad, ya que de esta forma constituirían —tipicidad y antijuridicidad— una sola y misma cosa, conforme examinamos más arriba, sino que además pierde su función motivadora en el sentido que la norma jurídico penal no solo impondría, por ejemplo, para el tipo penal de homicidio, la obligación de *no matar*, sino que además, ordenaría que *se mate en legítima defensa*. Pero no tan sólo eso, se alteraría la relación lógico normativa que debe existir en materia penal, pues para el Derecho Penal, así como para el resto del ordenamiento jurídico, la regla general está constituida por normas prohibitivas —que precisamente prohíben una determinada conducta— e imperativas —que imponen la realización de una determinada conducta— lo que está determinado en la rama Penal del Derecho por la tipicidad comisiva u omisiva penal y la excepción por normas permisivas, que constituyen precisamente las causales de justificación, transformándose, en base a este argumento, la excepción en regla general.⁵¹

Por otra parte, si se postula la *teoría de los elementos negativos del tipo* y, por ello, que las causales de justificación están contenidas en la descripción típica ya sea en forma explícita —como podría concebirse que ocurre en el delito que nos ocupa— o implícita —como ocurrirá en la mayoría de los casos— la realización dolosa del tipo penal exigirá que el autor obre a consciencia que en el caso concreto no concurren causales de justificación. Así, por ejemplo, como acertadamente advierte Cury, “sólo cometería un hurto doloso quien no solo supiera que se está apoderando de una cosa

⁵⁰ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 275.

⁵¹ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 13-14.

ajena, sino, además, que en su caso no concurren los presupuestos del estado de necesidad, la legítima defensa, del estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho, etc. Este requisito es irreal, sobre todo si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los criterios prevalentes de la doctrina comparada actual, el catálogo de causales de justificación no es taxativo y experimenta continuas adiciones a medida que el flujo de las relaciones y los intereses sociales lo requieren de manera que solo los juristas mejor informados estarían en condiciones de cumplirlo.”⁵²

Por su parte, Bustos señala que los tipos penales tienen como función recoger valores absolutos en una determinada sociedad, mientras que la antijuridicidad no expresa valores absolutos, sino una relatividad valórica referida al ámbito del derecho en que nos encontremos y en relación con la conducta típica en concreto que se examine. Así, mezclar el tipo que es absoluto con la antijuridicidad que es relativa, no es correcto en atención a que el tipo representa y solo forma parte del Derecho Penal, mientras que la antijuridicidad no es propia solo de este derecho, sino que transversal al resto de los ámbitos del ordenamiento jurídico y es por ello que, existen conductas que no son típicas (propias del Derecho Penal), pero sí antijurídicas (como el incumplimiento contractual o no detener la marcha en un vehículo en un semáforo con luz roja).⁵³

Por último, la *teoría de los elementos negativos del tipo*, es criticable también y cobra relevancia en materia de error en el sentido que al incorporarse en el tipo negativamente los presupuestos de las causales de justificación quien crea equivocadamente que concurren los presupuestos de la causal de justificación incurrirá en error de tipo y no de prohibición, con consecuencias muy diversas de acuerdo al criterio prevalente en derecho comparado.⁵⁴ En efecto, las consecuencias “[...] exculpantes del error de prohibición se rigen por criterios distintos y más exigentes que los efectos excluyentes de la tipicidad del error de tipo. Ello no obedece a puras razones sistemáticas sino materiales. Quien, por ejemplo, cree estar disparando sobre un animal en lugar de un hombre, o apoderándose una cosa propia en lugar de ajena, tiene pocos motivos para esforzarse especialmente en verificar la exactitud de su

⁵² Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 275.

⁵³ Medina, *Manual...*, 193.

⁵⁴ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 276.

representación. La idea de ejecutar un acto inocente, provoca en el autor, una indiferencia natural por sus consecuencias. Por el contrario, el que sabe que realizará una conducta generalmente prohibida (o sea, típica, agregamos nosotros), como matar a un hombre o sustraer una cosa ajena, pero se imagina erróneamente que lo hará en una situación en la cual se encuentra excepcionalmente autorizado (es decir, amparado por una causal de justificación, agregamos nosotros), tiene buenas razones (y deben exigírsele desde el punto de vista normativo), para detenerse a reflexionar sobre la corrección de su apreciación y, si no lo hace, es justo sujetarlo a un tratamiento más riguroso que el anterior. Al incluir los presupuestos de las causales de justificación en el tipo, la teoría de los elementos negativos del tipo impide hacer esta diferenciación.”⁵⁵

Lo antes mencionado, es producto del mayor reproche social que merece una conducta típica, pero que está en el caso concreto *especialmente autorizada* versus aquella que derechamente es atípica. Del mismo modo, las causales de justificación en tanto operan sobre una conducta que resulta en principio desvalorada por el ordenamiento jurídico penal y que se materializa a través del tipo penal deben interpretarse en forma restrictiva.

En nuestro país, la distinción entre error de tipo y error de prohibición⁵⁶ que hace la doctrina, surge a mediados del siglo XX, imponiéndose actualmente en forma unánime. Así, se dejó de lado la doctrina clásica que distinguía entre error de hecho y de derecho y solo reconocía cierta eficacia liberatoria al error de hecho,⁵⁷ con la excepción concedida para el caso de error que recae sobre una situación fáctica que sirve de base para una causal de justificación, es decir, las denominadas justificantes putativas caso en el cual el error se considera como de hecho (Novoa, Etcheberry Labatut).⁵⁸

⁵⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I...*, 276.

⁵⁶ Etcheberry considera que resulta más exacta la expresión “error de licitud” en vez de “error de prohibición” por cuanto no siempre que se obra antijurídicamente se viola una “prohibición”, también se puede incumplir un “mandato”. En cambio la “ilicitud” es una voz que cubre tanto las acciones como omisiones contrarias a derecho. Véase Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 3ª Edición revisada y actualizada* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 333.

⁵⁷ Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Segunda edición* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 230.

⁵⁸ Náquira, *Derecho Penal...*, 583.

El error de tipo, es aquel en que incurre el sujeto activo y que recae en los elementos del tipo objetivo en el sentido de creer equivocadamente que no concurre uno o más de tales requisitos o elementos del tipo objetivo. El error de prohibición por su parte, puede referirse a que el sujeto activo cree equivocadamente que su conducta no está en general tipificada en la ley (error de prohibición de subsunción); que su conducta se encuentra cubierta por una causal de justificación que no existe en la legislación (error de prohibición directo), o bien, que existiendo dicha causal de justificación, yerra ya sea sobre las circunstancias fácticas que la habrían configurado en caso de concurrir real y efectivamente (error de prohibición indirecto), u otorgando a una causal de justificación contemplada efectivamente en la ley, efectos o alcances más amplios que los previstos por el legislador (error de prohibición de interpretación).

Las teorías que tratan sobre los efectos del error de prohibición, por su parte, se agrupan en dos grandes corrientes: las *teorías del dolo* y las *teorías de la culpabilidad*.

Las *teorías del dolo*, se clasifican a su vez, en *teoría extrema del dolo* y *teoría limitada del dolo*. Conforme a la primera —vinculada al causalismo—, la conciencia de la ilicitud forma parte del dolo y éste, a su turno, de la culpabilidad (teoría normativa compleja) por lo cual el error de prohibición afecta la conciencia de la ilicitud y excluye tanto el dolo como la culpa en caso del error inevitable —también denominado invencible o insuperable—, mientras que si se tratase de un error evitable —también denominado vencible o superable—, deja subsistente la incriminación a título de culpa si existe tipo culposo respectivo. Las críticas a esta teoría apuntan a que, desde el ámbito práctico, aceptar su procedencia importaría que se verifiquen inaceptables lagunas de punibilidad al no existir los tipos culposos correlativos en casos de especial gravedad como, por ejemplo, la situación que se produce a propósito de la violación o abusos sexuales que solo contemplan tipos dolosos de comisión. De otro lado, otras críticas son de carácter sistemático derivado precisamente de la teoría causalista en que tiene su origen y especialmente en lo que se refiere a la naturaleza y estructura de dolo y la culpabilidad. Esta teoría es sustentada por Etcheberry.⁵⁹

Para la segunda *teoría (limitada del dolo)*, conforme a los mismos supuestos de la teoría extrema del dolo, pero al mismo tiempo intentando efectuar correcciones a

⁵⁹ Etcheberry, *Derecho Penal...*, 340. Véase también al efecto Cury, *Derecho Penal, Parte General, Octava edición...*, 448.

dicha teoría, sólo difiere de ella en que, a propósito del error de prohibición evitable, es decir, en los casos en que la no superación del error parezca especialmente reprochable producto de una *especial ceguera jurídica*, podrá sancionarse igualmente al sujeto a título de dolo. Es una especie de correctivo de la teoría extrema del dolo para llegar a resultados aceptables desde el punto de vista ético que aquella teoría no podía sustentar. Las críticas a esta teoría se refieren a que, por una parte, no sólo no tiene ningún sustento normativo, sino que además pierde la sistematicidad que se puede esgrimir con la teoría extrema del dolo desde la lógica del causalismo.

Las *teorías de la culpabilidad*, por su parte, se clasifican a su vez en *teoría extrema o estricta de la culpabilidad* y *teoría limitada o moderada de la culpabilidad*. La primera tiene como base pura el finalismo ya que sitúa al dolo como elemento del tipo subjetivo, mientras que la conciencia de la ilicitud —que se escinde del dolo como lo concebía el causalismo—, se incluye bajo esta escuela ahora a nivel de culpabilidad. Según esta tesis, el error de prohibición puede recaer sobre la tipicidad o antijuridicidad de la conducta y, si es invencible, provoca la supresión de la conciencia de la ilicitud y, por ende, de la culpabilidad, mientras que el error de prohibición vencible o superable produce una atenuación la conciencia de la ilicitud y de la culpabilidad y, en consecuencia, también de la pena. Esta es la tesis que estimamos procedente en nuestra legislación conforme a lo dispuesto en el artículo 11 N° 1 del Código Penal, que se refiere a las eximentes incompletas. Esta posición es seguida por Welzel, Muñoz Conde⁶⁰ y en nuestro medio, entre otros, por Garrido Montt⁶¹, Bullemore⁶², Naquira⁶³ y Cury, inicialmente.⁶⁴

⁶⁰ Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; y Ramírez G., María Cecilia; *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2ª Edición* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017), 329.

⁶¹ Garrido Montt, *Derecho Penal...*, 233.

⁶² Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 139-140.

⁶³ Náquira, *Derecho Penal...*, 586-587.

⁶⁴ Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Segunda edición actualizada* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, tercera reimpression 2001), 75-76. Véase también al efecto la última parte de la letra a) del Considerando 12 de la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 23 de marzo de 1999, ROL 2133-98, cuyo redactor es precisamente el que era a la sazón Ministro del máximo Tribunal de la República, en donde se expresa lo siguiente: “como la conciencia del injusto es un componente independiente del dolo, el cual pertenece al tipo, por lo que su concurrencia se ha verificado ya precedentemente, el procesado deberá ser castigado por el correspondiente hecho doloso y, a lo sumo, si las circunstancias lo justifican, se le concederá una atenuación de la pena, de acuerdo a normas que no es del caso

Para la segunda teoría (*limitada o moderada de la culpabilidad*), el error de prohibición denominado indirecto —que recae sobre las denominadas justificantes putativas en el sentido que la causal de justificación que el sujeto cree que lo ampara existe en la legislación penal, pero se equivoca respecto de las circunstancias de hecho o fácticas que habrían configurado dicha causal de justificación en caso de verificarse realmente— debe tener un tratamiento jurídico más benigno que el común que postula la *teoría extrema o estricta de la culpabilidad*, verificándose concretamente la diferencia para el caso de error de prohibición vencible o superable que analizamos, y esto operará de modo tal, que se otorgarán para esta teoría los mismos efectos del error de tipo, eliminando el dolo y la culpa en el caso del error inevitable, en tanto para el caso de error vencible, quedará subsistente la sanción a título de culpa sólo si existe el tipo culposo correlativo. Esto bajo el supuesto o en el entendido que sería más beneficioso para el sujeto activo y otorgaría más laxitud concederle este tratamiento jurídico. Esta tesis es sustentada por Hippel⁶⁵, Roxin, y en nuestro país por Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez ⁶⁶, y por Cury en su última etapa ⁶⁷ pues, como se señaló, inicialmente acogía la tesis de la teoría extrema de la culpabilidad. En efecto, Cury, adhiere en su última etapa a esta tesis, señalando que se trata de una “*teoría de la culpabilidad dependiente*” o “*teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas*”⁶⁸ ya que señala que se trata de un auténtico error de prohibición que solo en cuanto a sus efectos debe ser tratado como error de tipo, lo que se traduce, en términos prácticos, en que la conducta de aquel autor que se equivoca sobre las denominadas justificantes putativas se considerará igualmente dolosa, pero también resulta posible concebir la participación punible de terceros en el hecho.⁶⁹

La *teoría limitada o moderada de la culpabilidad* que otorga, al menos en el caso del error de prohibición que recae sobre las denominadas justificantes putativas, es la

examinar aquí. De todas maneras, conviene advertir que esta sistematización evita indeseables lagunas de punibilidad”.

⁶⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Octava edición...*, 443.

⁶⁶ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones...*, 329.

⁶⁷ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Octava edición ...*, 443-444.

⁶⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Octava edición...*, 444.

⁶⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Octava edición...*, 444.

que domina la materia actualmente tanto en derecho comparado como nacional.⁷⁰ Tiene como sustento, en palabras de Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, un *sano sentimiento justicia* y, en definitiva, otorgar al sujeto activo un tratamiento más benigno de aquel que resulta de aplicar los efectos del error de prohibición conforme a la teoría estricta o extrema del dolo, por cuanto, tratándose de un error de prohibición evitable, según estos mismos autores, el sujeto ha actuado, o ha creído actuar más bien, de forma leal con el derecho.⁷¹ Esta es, precisamente la crítica, que se formula a la *teoría estricta o extrema de la culpabilidad*, es decir, que a propósito del error de prohibición vencible que recae sobre las justificantes putativas, sería injusto sancionar al autor a título doloso, pero con una atenuación de pena.⁷² Así, según la *tesis limitada o moderada de la culpabilidad*, no existirían buenas razones para otorgar un tratamiento diverso en lo que se refiere a efectos al error de tipo y al error de prohibición que recae sobre las denominadas justificantes putativas, por cuanto en el caso de un error evitable, que es donde se alojará, en definitiva, la posible diferencia de tratamiento en cuanto a sus efectos prácticos, el sujeto ha obrado conforme a derecho, según las circunstancias fácticas que creía concurrentes y que habrían configurado la causal de justificación existente para el ordenamiento jurídico en caso de haber concurrido realmente, por lo cual es dable eximirlo de responsabilidad penal, a menos que exista un tipo culposo para el delito en cuestión. Precisamos, que tanto para la *teoría extrema o estricta de la culpabilidad* y *teoría limitada o moderada de la culpabilidad* en el caso del error inevitable tanto de tipo como de prohibición, aunque por diversas razones, no subsistirá la incriminación por cuanto se eliminará el dolo y la culpa y, por ende, la tipicidad y la pena en el primer caso, y se suprimirá la conciencia de ilicitud en la culpabilidad y, por lo mismo, la culpabilidad y la pena en el segundo caso.

La *teoría limitada o moderada de la culpabilidad* para el tratamiento del error de prohibición sobre las denominadas justificantes putativas es la que también se acoge en el texto propuesto para el Anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno del año 2018 en los siguientes términos:

⁷⁰ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones...*, 329.

⁷¹ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones...*, 329.

⁷² Náquira, *Derecho Penal...*, 575.

Art. 14. Error sobre las circunstancias del hecho. No actúa u omite dolosamente quien por error desconoce una circunstancia exigida por la descripción legal del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud. Si el error hubiere sido vencible para el hechor se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente.

Art. 15. Error sobre la ilicitud del hecho. No es penalmente responsable quien actúa u omite desconociendo la ilicitud del hecho siempre que el error haya sido invencible para el hechor. En caso de ser vencible se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que el error fuere indicativo de suma indiferencia acerca de la ilicitud del hecho.⁷³

Por nuestra parte, como hemos referido, la *teoría extrema o estricta de la culpabilidad* es la tesis que estimamos procedente en nuestra legislación conforme al artículo 11 N° 1 del Código Penal, que se refiere a las eximentes incompletas, concediendo, en definitiva, una atenuación de responsabilidad para el caso de error de prohibición vencible, excusable o superable. Del mismo modo, consideramos procedente *teoría extrema o estricta de la culpabilidad*, ya que al postular la teoría limitada o moderada de la culpabilidad se producen, como señalábamos más arriba, inconsistencias sistemáticas para la teoría del delito que importan arribar a conclusiones que no resultan, a nuestro juicio, sustentables en los siguientes aspectos:

En lo que se refiere a los efectos de las propias causales de justificación; si se concibe al error de prohibición sobre las justificantes putativas conforme a la *teoría limitada o moderada de la culpabilidad*, conduce a que se suprima el dolo y la culpa en el caso de un error invencible, por lo cual en la hipótesis de la legítima defensa, esto es, en lo que se refiere al ejemplo más extendido en doctrina para dar cuenta del error de prohibición sobre las justificantes putativas, no cabría a su vez, legítima defensa respecto de aquel que resulta ser víctima del error, por cuanto la conducta de aquel que incurre en el error, al no ser dolosa ni culposa (hipótesis de error invencible), no sería constitutiva de delito y, por ello, no podría ser objeto de defensa, a su vez, por aquel que es víctima del error. Esta solución no es aceptable, por cuanto la conducta

⁷³ «Anteproyecto de Código Penal 2018», Ministerio de Justicia, acceso el 27 de noviembre de 2018, http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf

de aquel que incurre en el error debe considerarse igualmente dolosa y, por ende, típica, a lo sumo podrá señalarse que está justificada.

En cuanto a los efectos de la participación; por el carácter o naturaleza accesoria de la participación, si la conducta del autor que incurre en el error no es considerada dolosa (*teoría limitada o moderada de la culpabilidad*), no es posible, precisamente por el carácter accesorio de la participación, sancionar penalmente a terceros intervinientes, pero si la conducta del autor que yerra no afecta el dolo típico (*teoría estricta o extrema de la culpabilidad*), igualmente se podrá sancionar al tercero interviniente no obstante que el autor se le exima de responsabilidad penal por tratarse de un error invencible.

Por último, en lo que dice relación con la tentativa. En efecto, la tentativa conforme a la *tesis limitada de la culpabilidad* debiera ser impune no sólo a propósito del error de prohibición invencible, sino que también vencible; ello, porque si el resultado no se produce sería imposible punir la conducta al suprimirse el dolo, ya que no existe tentativa de delito imprudente.⁷⁴

Así, consideramos que, de algún modo, como sostiene Náquira, la *teoría limitada de la culpabilidad* importa adoptar una solución de política criminal que parte de un supuesto falso desde el punto de vista dogmático.⁷⁵

De esta forma, conforme a la tesis que sustentamos —*teoría extrema o estricta de la culpabilidad*— podemos observar que desde el punto de vista de la distinción que se hace del error de tipo y error de prohibición, entendiendo por el primero, el error en que incurre el sujeto activo y que recae en los elementos del tipo objetivo en el sentido de considerar que no concurre uno o más de tales requisitos del tipo objetivo y que afecta el elemento intelectual o cognitivo del dolo y que, en caso de ser inevitable, suprime o elimina el dolo y la culpa, y por ello la tipicidad, mientras que si es evitable, sólo elimina la incriminación a título doloso, pero subsiste la incriminación a título de culpa a condición de que exista el tipo culposo correspondiente.

El error de prohibición recae sobre la licitud de la conducta y, como señalamos previamente, puede sub-clasificarse en error de prohibición de subsunción y error de

⁷⁴ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 139-141.

⁷⁵ Náquira, *Derecho Penal...*, 582.

prohibición indirecto, directo y de interpretación.⁷⁶⁻⁷⁷ En el caso del error de prohibición de subsunción, el sujeto yerra sobre la circunstancia de encontrarse la conducta que despliega tipificada en general en la ley como delito en el sentido extremo que piensa que su conducta no está tipificada como delito, recayendo, por tanto, el error sobre la tipicidad y afectando la conciencia de la ilicitud en la culpabilidad, suprimiéndola o atenuándola según si se trata de un error invencible o vencible y consecuentemente suprimiendo o atenuando la pena respectivamente. Por su parte, en el caso del error de prohibición indirecto, la causal de justificación que el sujeto cree que lo ampara efectivamente existe en la legislación penal, pero el sujeto se equivoca respecto de las circunstancias de hecho que habrían configurado dicha causal de justificación, en caso de verificarse realmente. Los otros posibles errores de prohibición que, para Bullemore, serían respectivamente errores de prohibición directo y de interpretación, dicen relación con que el sujeto activo se equivoca, en el primer caso (directo), en cuanto creer concurrente una causal de justificación que no existe en la ley, o bien, en el segundo caso (interpretación), en el sentido de otorgar a una causal de justificación que efectivamente existe en el ordenamiento jurídico penal, alcances o efectos más amplios que los contemplados por el legislador penal. En estos tres últimos casos (indirecto, directo e interpretación), el error recae precisamente sobre la antijuridicidad de la conducta y afecta la conciencia de ilicitud en la culpabilidad, suprimiéndola o atenuándola según si se trate de un error inevitable o evitable y, por ende, suprimiendo o atenuando la pena, respectivamente. Los efectos o consecuencias jurídicas señaladas son el resultado de acoger la teoría estricta o extrema de la culpabilidad. Sustentamos esta *teoría extrema o estricta de la culpabilidad* para el tratamiento del error de prohibición en todas sus posibles formas de verificación (de subsunción, directo, indirecto y de interpretación), por cuanto a nuestro entender resulta ser sistemática con la teoría del delito, de acuerdo a la concepción del finalismo, lo que se traduce precisamente en una coherencia sistemática y consistencia argumentativa,⁷⁸

⁷⁶ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 134-136.

⁷⁷ Balmaceda, por su parte, distingue a efectos del error de prohibición entre error de prohibición directo (que para Bullemore sería un error de prohibición de subsunción) y error de prohibición indirecto o impropio (que Bullemore denomina error de prohibición directo, indirecto y de interpretación). Ver Balmaceda Hoyos, Gustavo, *Manual de Derecho Penal, Parte General, Primera Edición* (Chile: Librotecnia. 2014), 230.

⁷⁸ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 138-139.

especialmente con lo que postulamos a propósito de nuestro rechazo con la *teoría de los elementos negativos del tipo* que agrupa el tipo penal —por así decirlo, en sentido estricto o puro— y la antijuridicidad a nivel de tipicidad.

Este es uno de los aspectos relevantes en relación con la materia de nuestro análisis: si se admite o da cabida a la *teoría de los elementos negativos del tipo*, se abre la puerta también para acoger también la *teoría limitada o moderada de la culpabilidad* ya que resultan ser perfectamente compatibles. En efecto, como advierte Garrido Montt, “al integrar las justificantes el tipo penal como elementos negativos, los errores que se produzcan respecto de ellas repercutirían en el tipo, y como se sabe, el error de tipo margina el dolo. De no aceptarse la tesis de los elementos negativos del tipo (como sostenemos nosotros), resulta difícil explicar esta variante de la teoría de la culpabilidad normativa [...]”⁷⁹ En el mismo sentido, se pronuncia Cury, señalando que la teoría limitada o moderada de la culpabilidad será una consecuencia lógica para aquellos que postulan la teoría de los elementos negativos del tipo, añadiendo que “si, como postula esa teoría, las causales de justificación son elementos negativos de todo tipo, entonces el error que se refiere a sus presupuestos de hecho no puede sino ser un error de tipo.”⁸⁰

El error de prohibición indirecto que, como señalamos, recae sobre las denominadas justificantes putativas en el sentido que la causal de justificación que el sujeto cree que lo ampara existe en la legislación penal pero se equivoca respecto de las circunstancias de hecho o fácticas que habrían configurado tal justificación en caso de concurrir realmente, conforme a la *teoría limitada o moderada de la culpabilidad*, debe tener un tratamiento jurídico más benigno que el común para el error de prohibición que vimos a propósito de la teoría extrema de la culpabilidad, y esto se materializa para esta teoría (*limitada de la culpabilidad*), otorgándole los mismos efectos que el error de tipo, es decir, operará eliminando el dolo y también la culpa en el caso del error inevitable en tanto que para el caso de error evitable dejará subsistente la incriminación a título de culpa si existe el tipo culposo correlativo.

⁷⁹ Garrido Montt, *Derecho Penal...*, 235.

⁸⁰ Cury, *Derecho Penal, Parte General, Octava edición...*, 443.

Veamos algunos ejemplos para ilustrar esta situación a propósito del delito que es objeto de nuestro estudio y las consecuencias que se siguen de ello al suscribir la *teoría extrema o estricta de la culpabilidad*:

- a) Si un Campesino conociendo perfectamente la situación relativa a que la conducta de portar armas cortantes o punzantes está descrita por la legislación penal como delito, pero supone erradamente, en cambio, que la conducta de portar tales armas, en el tipo penal que nos ocupa, puede verificarse sólo en el sector central o céntrico de la ciudad y no, como efectivamente describe la norma, es decir, en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas, y producto de ello ingresa a la vía pública del área urbana y a la ciudad específicamente pero no al centro de la ciudad, habrá incurrido en un error de tipo que recae sobre el elemento del tipo objetivo que hemos precisamente descrito (referido al lugar de comisión) y afecta el elemento intelectual o cognitivo del dolo. En virtud de esto, si el error es inevitable o invencible se suprimirá precisamente el dolo y también la culpa transformándose la conducta en atípica, y si, por el contrario, el error es vencible o evitable se castigará a título culposo sólo si existe el tipo correlativo culposo. En el análisis del delito que nos ocupa a propósito de la hipótesis del inciso 2° del artículo 288 bis del Código Penal, como no existe tipo penal correlativo culposo, la conducta resultará atípica.
- b) Un ermitaño que ha vivido en esa condición desde siempre en lugar despoblado y alejado de la civilización concurre en alguna ocasión a la ciudad provisto de un cuchillo que utiliza en forma habitual y cotidianamente para los quehaceres de su vida, desconociendo que tal conducta está tipificada como delito. Consideramos que podrá esgrimir un error de prohibición de subsunción que recae sobre la tipicidad y afecta la conciencia de la antijuridicidad o ilicitud en la culpabilidad, ya que el sujeto en este caso desconoce que la conducta que despliega está en general tipificada en la ley como delito, ignora que la acción está tipificada penalmente como delito. En este caso, si el error es invencible se suprimirá la conciencia de la ilicitud y consiguientemente la pena; pero si el error es vencible, en cambio, se atenuará la conciencia de la ilicitud y por ello

también la pena. Esta última posibilidad es perfectamente posible de aplicar en relación al tipo penal del inciso 2° del artículo 288 bis del Código Penal.

- c) Un sujeto sale raudamente desde su domicilio hacia a la vía pública portando un cuchillo que extrae desde la cocina, ya que pocos momentos antes observó por la ventana a su cónyuge quien, llegando al domicilio de ambos, era abrazada en forma aparatosa y fuertemente por la espalda por otro sujeto, asumiendo que era asaltada (robo con violencia) en circunstancias que solo era una broma de su hermano, a quien el sujeto activo no pudo distinguir, asustando al sujeto (hermano de su cónyuge), con el cuchillo en sus manos con el preciso objeto que este se aleje del lugar impidiendo de ese modo el supuesto robo con violencia a su cónyuge, lo que en definitiva acontece, asustándose y alejándose el sujeto. Creemos que el sujeto que porta el cuchillo podrá invocar en esta situación un error en las circunstancias de hecho de la causal de justificación, ya que creía que su cónyuge era objeto de un robo con violencia en circunstancias que no lo era, esgrimiendo un error de prohibición indirecto que recae justamente sobre la antijuridicidad (causal de justificación), y que afecta la conciencia de la antijuridicidad o ilicitud en la culpabilidad. Consideramos que no podría invocarse un error respecto de la concurrencia de los elementos fácticos de la causal de justificación de legítima defensa de su cónyuge (art. 10 N° 5 del C.P) por cuanto no existió una agresión, en definitiva, por parte del sujeto activo en contra del sujeto respecto del cual creía, equivocadamente, que cometía un robo con violencia en contra de su cónyuge. Así, también en este caso, si el error es invencible se suprimirá la conciencia de la ilicitud y consiguientemente la pena; pero si el error es vencible, en cambio, se atenuará la conciencia de la ilicitud y por ello también la pena. Esta última posibilidad también es perfectamente posible de aplicar en relación al tipo penal del inciso 2° del artículo 288 bis del Código Penal.

El error de prohibición de subsunción recae sobre la tipicidad y afecta la conciencia de la antijuridicidad o ilicitud en la culpabilidad, ya que el sujeto se equivoca en el sentido que desconoce la circunstancia que la conducta que despliega está contenida y descrita como delito en un tipo penal. Por lo mismo, si el error era

invencible se suprime la conciencia de la ilicitud y por consiguiente, la culpabilidad y la pena, y si el error es vencible, se atenúa la conciencia de la ilicitud y la culpabilidad provocando que también se atenúe la pena.

El error de prohibición indirecto recae sobre la antijuridicidad y afecta la conciencia de la antijuridicidad o ilicitud en la culpabilidad, puesto que el sujeto en este caso yerra en el sentido que la causal de justificación que piensa que lo ampara está reconocida efectivamente por el Derecho, pero se equivoca en las circunstancias fácticas que la harían procedente en caso de concurrir efectivamente. En este caso, las consecuencias son las mismas del error de prohibición de subsunción, es decir, si el error es invencible se suprime la conciencia de la ilicitud y, por ello, la culpabilidad y la pena, mientras que si el error es vencible se atenúa la conciencia de la ilicitud y se atenúa por consiguiente la culpabilidad y pena. Estas soluciones son perfectamente compatibles con el delito de porte de arma cortante o punzante que nos ocupa.

Por otra parte, podemos también concebir la *justificación razonable* como causal de justificación propiamente tal contenida en este caso en forma negativa (“*cuando no pueda justificar razonablemente su porte*”), en el mismo tipo penal, pero diferenciado claramente el elemento de la tipicidad constituido —en esta tesis— por los requisitos del tipo objetivo, que serían: a) porte de armas cortantes o punzantes y, b) que este ocurra en los lugares que describe la norma, esto es, en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas; del elemento de la antijuridicidad constituida por la circunstancia que el sujeto activo *no pueda justificar razonablemente su porte*. Así, según esta tesis, al concebir esta *justificación razonable* como causal justificación propiamente dicha, ésta debe ser objeto de análisis a nivel de antijuridicidad,⁸¹ es decir, en forma absolutamente distinta de la tipicidad y no contenida en ella, de modo que esta causal de justificación —como todas las causales de justificación existentes, por lo demás—, deberá impetrarla siempre y necesariamente la defensa, teniendo además la carga de la prueba.

Creemos que esta solución resulta ser la tesis más razonable porque consideramos que la causal de justificación referida está descrita y contenida en forma

⁸¹ Orts Alberdi conceptualiza la antijuridicidad como “la violación de la norma jurídica contrariando el fin querido por el derecho.” Ver al efecto en Orts Alberdi, Francisco. *Las Causas de Justificación en el Derecho Penal* (Buenos Aires: Ghersi Editor, 1988), 28.

negativa y excepcional en el propio tipo penal, primero por los términos literales empleados por el legislador para referirse a ello (“*cuando no pueda justificar razonablemente su porte*”); segundo, por su especial naturaleza y especificidad y; tercero, para efectos de claridad descriptiva y mejor entendimiento de los destinatarios de la norma penal. De este modo, al sustentar esta tesis no se producen las inconsistencias sistemáticas que si se presentan de concebir la ausencia de justificación razonable como requisito del tipo objetivo, ya que se trata de un hecho negativo que depende del propio autor y, como sabemos, los hechos negativos en Derecho no son objeto de prueba sino que se prueba el hecho positivo que en este caso sería de cargo del sujeto activo⁸² y, además, porque, a nuestro entender, aparecería como un absurdo, de sustentar la tesis de concebirlo como elemento del tipo objetivo o como causal de justificación inserta en la tipicidad bajo los postulados de la *teoría de los elementos negativos del tipo*, que el sujeto activo pudiese eventualmente invocar como error de tipo, entre otras situaciones, aquella que de acuerdo a la propia descripción contenida en el tipo depende justamente de él, es decir, que *no pueda justificar razonablemente su porte*. Del mismo modo, de aceptarse esta tesis se excluyen todas las consecuencias que se siguen de otorgarle el tratamiento de causal de justificación que expusimos a propósito de la *teoría de los elementos negativos del tipo* que serían que la carga de la prueba de la circunstancia que el sujeto activo *no pueda justificar razonablemente su porte* sería de la Fiscalía y en relación al error de prohibición indirecto, no se producen las inconsistencias sistemáticas de la *teoría limitada de la culpabilidad* que postula en nuestro medio Cury y que propugna un tratamiento jurídico de esta clase de error idéntico al error de tipo — si es invencible eliminando el dolo y la culpa y, si es vencible, eliminando el dolo y dejando subsistente la culpa solo en el caso que exista el tipo correlativo culposo, cuyo no es el caso— y que resultan distintos en cuanto a sus efectos jurídicos conforme a la *teoría estricta o extrema de la culpabilidad* por cuanto para esta última tesis el error de

⁸² Véase al efecto la sentencia pronunciada por la I. Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 237-2011, de 29 de Junio de 2012 (N° Legal Publishing: 61743), contenida en *Código Penal, Códigos Profesional 2014, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas explicativas e Índice Temático, Elaboradas, corregidas y actualizadas por la Profesora Tatiana Vargas Pinto, 3° Edición actualizada*, (Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014), 321.

prohibición invencible acarreará la supresión de la conciencia de la ilicitud y consiguientemente la culpabilidad y la pena, mientras que si el error es vencible se atenúa la conciencia de la ilicitud y la culpabilidad atenuándose también la pena, lo que es perfectamente posible y procedente, a nuestro juicio, en relación al delito que analizamos.

En resumen, si concebimos la *ausencia de justificación razonable* como requisito del tipo objetivo o faz objetiva, importa sostener que se trata de un elemento negativo del tipo que, como vimos, no es lo mismo que la teoría de los elementos negativos del tipo. Por el contrario, si postulamos que se trata de una causal de justificación podremos —en una de las variantes que planteamos— estar adhiriendo a la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Las consecuencias prácticas de aquello, ya las señalamos, si se trata de un elemento negativo del tipo o requisito del tipo objetivo, la prueba corresponderá al persecutor penal y podría caber a su respecto error de tipo; y si, en cambio, constituye una causal de justificación inserta en el tipo penal en la variante de la *teoría de los elementos negativos del tipo*, la prueba de la *ausencia de justificación razonable* será de cargo de la Fiscalía y podría perfectamente concebirse bajo esta tesis tanto un error de tipo como de prohibición indirecto, en ambos casos con las consecuencias jurídicas que expusimos para el error de tipo, en el primer caso por tratarse precisamente de un error de tipo y en el segundo (error de prohibición indirecto), por la aplicación de los postulados de la *teoría limitada o moderada de la culpabilidad*.

Como sostenemos nosotros, distintas consecuencias ocurrirán en el caso de adherir a la tesis de la *justificación razonable* como causal de justificación propiamente tal, contenida en el tipo penal en forma excepcional y negativa (“*cuando no pueda justificar razonablemente su porte*”), pero diferenciado claramente tipicidad —constituida en esta tesis por los requisitos del tipo objetivo, que serían: a) porte de armas cortantes o punzantes y b) que este ocurra en los lugares que describe la norma, esto es, en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas— y antijuridicidad constituida por la circunstancia que el sujeto activo *no pueda justificar razonablemente su porte*. En este último caso, la prueba de la concurrencia de la causal de justificación deberá impetrarse y probarse siempre por la Defensa, pero por una parte se mantiene la

sistematicidad de la teoría del delito conforme a los postulados del finalismo diferenciando claramente entre tipicidad y antijuridicidad; concibiéndolos como dos escalas o eslabones valorativos que deben concurrir conjunta y sucesivamente para tornar en ilícita o injusta la conducta y, por otra parte, se diluyen los graves problemas que pudimos apreciar a propósito de la *teoría de los elementos negativos del tipo* que engloba en sede del elemento tipicidad, justamente la propia tipicidad en sentido estricto y la antijuridicidad. Por último, en el marco de esta tesis es posible concebir un error de prohibición indirecto bajo los postulados y consecuencias jurídicas tanto de la teoría extrema de la culpabilidad, que estimamos procedente y sustentamos nosotros conforme a lo ya referido, como de la teoría limitada de la culpabilidad, a la que no adherimos de acuerdo a lo ya señalado en forma pormenorizada más arriba.

Del mismo modo, podemos establecer como cuarta alternativa teórica que esta *ausencia de justificación razonable* constituye una condición objetiva de punibilidad. Para Garrido Montt, una condición objetiva de punibilidad “es aquella que no queda sujeta a la voluntad del actor, sino a las fuerzas de la naturaleza o la voluntad de terceros pero que necesariamente debe concurrir para que pueda imponerse una pena al hecho típico, antijurídico y culpable”.⁸³ Bullemore, por su parte, sostiene que verificada la existencia de un delito (conducta típica, antijurídica y culpable), la ley exige en algunos casos la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad a efectos de poder sancionar la conducta. Es decir, se verifica el delito pero la no concurrencia de la condición objetiva de punibilidad determina que no se configura o no nace la responsabilidad penal subsecuente del sujeto.⁸⁴ Para Etcheberry, en tanto, lo que caracteriza a la condiciones objetivas de punibilidad es que se trata de circunstancias que no forman parte de la acción del sujeto activo, ni son de las que se supone indispensables para la plena configuración del hecho, sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria para sancionar la conducta, lo que trae como consecuencia para este autor que la culpabilidad no requiere cubrir las condiciones objetivas de punibilidad y que si, por otra parte, ellas no concurren, no puede imponerse pena alguna; ni aun a título de delito imperfecto, esto es, tentativa o

⁸³ Garrido, *Derecho Penal...*, 249-250.

⁸⁴ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo I...*, 201.

frustración.⁸⁵ Se trata, en definitiva, de circunstancias que no integran el tipo penal precisamente porque son ajenas al comportamiento típico y, por ello, no requieren ser abarcadas por el dolo. Ejemplo clásico de condición objetiva de punibilidad es el de la muerte del suicida en el auxilio al suicidio (art. 393 del Código Penal). Podría concebirse en primera instancia que la *ausencia de justificación razonable* constituye una condición objetiva de punibilidad siempre que entendamos que la conducta típica está satisfecha con el mero porte armas cortantes o punzantes por parte del sujeto activo, y que tal porte se verifique en los sitios a que refiere la norma. El delito, de este modo, estaría configurado en el sentido que se ha verificado una conducta típica, antijurídica y culpable, pero que requiere, además de lo anterior, la ausencia de tal justificación razonable por parte del sujeto activo para poder punir la conducta, lo que de todos modos debería ser de cargo de la Fiscalía establecer y acreditar; de forma tal, que la no acreditación de esta circunstancia (no probar que el agente no proporcionó una justificación razonable), acarrearía un obstáculo o impedimento insalvable para poder punir la conducta. Las consecuencias prácticas de seguir esta tesis son parcialmente idénticas a la de concebirla como requisito del tipo objetivo; en buenas cuentas, para poder punir la conducta incriminada, será el Fiscal quien deberá probar que no existió por parte del agente una justificación razonable para el porte de armas cortantes o punzantes que se le imputa, y si, por el contrario, no logra hacerlo, ello se traducirá en términos procesales en la absolución del agente. Las razones, sin embargo, son distintas, en el caso de estimar que se trata de un requisito del tipo objetivo por constituir una causal de atipicidad, o sea, por falta de adecuación típica, descartándose en este caso la configuración de la tipicidad; y en el caso de considerar que nos encontramos en presencia de una condición objetiva de punibilidad, precisamente por no verificarse la condición objetiva requerida de *ausencia de justificación razonable* para poder punir la conducta típica y el delito, en definitiva, que ya se había verificado o configurado según vimos con anterioridad.

Se diferencia esta tesis respecto de concebir la *ausencia de justificación razonable* como elemento del tipo objetivo, en la situación relativa a que si se trata de

⁸⁵ Etcheberry, *Derecho Penal...*, 13.

una condición objetiva de punibilidad no resulta aplicable a su respecto el error de tipo, ya que de acuerdo al finalismo, el error de tipo afecta el elemento cognitivo o intelectual del dolo y al no constituir para esta tesis la *ausencia de justificación razonable* un requisito del tipo, éste estaría perfecto, configurado.⁸⁶ Del mismo modo, al ser la condición objetiva de punibilidad una circunstancia ajena a la conducta y no integrar los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no podría existir un error de prohibición respecto de tal condición por lo que tampoco no podría invocarse su concurrencia.

Descartamos en forma rotunda la procedencia de esta tesis por cuanto, por su propia naturaleza una condición objetiva de punibilidad depende de la naturaleza o de terceros, de ahí precisamente que se denomina *condición objetiva*, mientras que la *ausencia de justificación razonable* es una situación que depende única y exclusivamente del sujeto activo. Además, de acuerdo a la redacción del inciso 2° del artículo 288 bis del Código Penal, aparece que no se supedita a ninguna condición la punibilidad de la descripción típica.

Una última alternativa de tesis posible de postular es concebir esta ausencia de justificación razonable como requisito o condición de procesabilidad, también conocidas por la doctrina como condición objetiva de procedibilidad.⁸⁷ Una condición de procesabilidad “es un presupuesto procesal que debe darse previamente para que sea posible ejercitar la acción penal en relación a determinados delitos.”⁸⁸ Se trata de una regla de carácter procesal penal y su concurrencia permite la perseguibilidad o procedibilidad de la acción penal, mientras que en tanto no se verifique, provoca la suspensión del ejercicio de la acción penal.⁸⁹ En este caso, de concebir la *ausencia de justificación razonable* como requisito de procesabilidad, ella debería tener lugar en el mismo lugar y tiempo de comisión del delito. De seguir esta tesis debería ser de cargo del Persecutor Penal acreditar esta situación relativa a la *ausencia de justificación razonable* que revestiría una condición de procesabilidad y, al ser una circunstancia

⁸⁶ Bullemore y Mackinnon, *Curso de Derecho Penal, Tomo II...*, 42-44.

⁸⁷ Ver Mapelli Caffarena Borja, *Estudio jurídico-dogmático de las condiciones objetivas de punibilidad* (Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1990), 103.

⁸⁸ Garrido Montt, *Derecho Penal...*, 250.

⁸⁹ Mapelli, *Estudio jurídico-dogmático...*, 109.

ajena a la teoría del delito y a la concurrencia de los elementos que determinan la configuración de un delito, no sería susceptible de error de tipo ni prohibición. Descartamos esta tesis al igual que la anterior, ya que las condiciones de procesabilidad requieren precisamente la verificación de una condición ajena e independiente de la voluntad del autor, cuyo no es el caso que analizamos. Por otra parte, no sustentamos esta tesis, ya que, si así fuere, para poder ejercer la acción penal, necesariamente la justificación razonable debería verificarse en el momento y lugar en que el sujeto activo fuere sorprendido, pero aquello limita de modo inaceptable y sin ningún sustento jurídico-normativo el momento y sitio en que la justificación razonable debe proporcionarse. Puede, a nuestro juicio, en primer término, proporcionarse esa justificación razonable por parte del agente en el momento y lugar de ser sorprendido cometiendo el delito, pero también puede verificarse durante la investigación y en el juicio oral que eventualmente se lleve a cabo y puede acreditarse también por cualquier medio probatorio, no sólo a través de la declaración del imputado. De este modo, la prueba de la justificación razonable puede verificarse por cualquier medio probatorio y en cualquiera de los momentos procesales descritos, aun cuando dicha justificación debe haber tenido lugar necesariamente en el momento mismo de verificarse los hechos.⁹⁰

4.2 DETERMINACIÓN DEL SENTIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “CUANDO NO PUEDA JUSTIFICAR RAZONABLEMENTE SU PORTE”.

Qué es, en definitiva, lo que debemos entender por esta expresión que ha utilizado el legislador a propósito del tipo penal del inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala que la voz justificar proviene del latín *iustificâre* y, en sus diversas acepciones, significa:⁹¹

tr. Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos.

tr. Rectificar o hacer justo algo.

⁹⁰ Así, solo para ilustrar el punto, cuando un sujeto mata a otro y concurre a su respecto la justificante de la legítima defensa, ella debe haber tenido lugar al momento mismo o más precisamente en los momentos previos a la conducta homicida del hechor, pero ello podrá acreditarse o intentar acreditarse por el autor, en ese mismo momento, durante el curso de la investigación o, lo más común, en ese tipo de casos, en el propio de juicio oral.

⁹¹ «Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición», acceso el 29 de julio de 2011, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=justificacion.

tr. Probar la inocencia de alguien en lo que se le imputa o se presume de él. U. t. c. prnl.

tr. Dicho de Dios: Hacer justo a alguien dándole la gracia.

tr. Impr. Igualar el largo de las líneas según la medida exacta que se ha puesto en el componedor.

tr. p. us. Ajustar, arreglar algo con exactitud.

De todas estas acepciones, creemos que la que más se ajusta a lo pretendido por nuestro legislador penal al consagrar el tipo penal del inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal, son las acepciones 1 y 3, es decir, se trata de probar con razones — y/o explicaciones agregamos nosotros— convincentes, testigos o documentos, o bien probar la inocencia de alguien en lo que se le atribuye o se presume de él, también creemos, de manera convincente, satisfactoria, suficiente y bastante.

Ahora bien, qué significa que esa justificación sea razonable, cómo debe ser esa calidad —la razonabilidad— de la justificación. La palabra razonable deriva del latín *rationabilis*, y significa: ⁹²

adj. Arreglado, justo, conforme a razón.

adj. Mediano, regular, bastante en calidad o en cantidad.

adj. ant. racional.

Entonces, la justificación a que se alude en el tipo penal debe tener la virtud de ser ajustada a la razón, ser racional o lisa y llanamente ser justa. No basta, por ende, cualquier tipo justificación, sino solo aquella que reúne los requisitos de racionalidad o de ser ajustada a la razón.

En este sentido, no existen demasiados fallos en nuestra jurisprudencia que aborden esta problemática del exacto sentido o alcance de la justificación razonable, justamente creemos porque se trata de un delito cuya comisión arriesga penas de menor entidad, lo que le otorga, en buenas cuentas, escasa preocupación de los intervinientes. En efecto, apenas contamos en nuestra jurisprudencia con unos cuantos fallos que abordan muy escuetamente el tema del contenido de la justificación

⁹² «Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición», acceso el 29 de julio de 2011, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=razonable.

razonable. Así, por ejemplo, en causa RUC 0600142511-9, RIT 1582-2006, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó un fallo del Segundo Juzgado de Garantía de Santiago que absolvió al imputado quien, en la consulta de rigor en el desarrollo de una audiencia de procedimiento simplificado, admitió responsabilidad y luego, cuando se le dio la palabra para terminar con el debate y dictar sentencia, adujo que el sable que portaba, se lo había encontrado en la vía pública.⁹³

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que en caso de ser partidarios de la tesis que trata a la *ausencia justificación razonable* como un requisito del tipo objetivo del inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal, deberá siempre probarse por la Fiscalía que no existe por parte del sujeto activo una justificación o explicación convincente, razonable o satisfactoria para el porte de arma cortante o punzante, lo que se requiere, en definitiva, para tener por configurado el tipo penal. En este caso, también será procedente el error de tipo con sus respectivas consecuencias jurídicas, ya referidas.

Por otra parte, si creemos que esta ausencia de justificación razonable es, en cambio, una condición objetiva de punibilidad, las consecuencias prácticas son parcialmente las mismas que las descritas a propósito de la tesis del requisito del tipo objetivo, pero por razones diversas. El delito en el marco de esta tesis (condición objetiva de punibilidad), se verifica de todos modos, está perfeccionado o plenamente configurado, pero el sujeto activo sólo será sancionado penalmente a condición de que no concurra esa justificación razonable para el porte de armas. No resultan aplicables para esta tesis el error de tipo ni de prohibición, pues al considerarse la *ausencia de justificación razonable* como condición objetiva de punibilidad, ésta deberá concurrir solo para punir la conducta, pero supone previamente la configuración del delito.

Por su parte, si adherimos a la tesis de la *ausencia de justificación razonable* como causal de justificación, pero bajo los postulados de la *teoría de los elementos negativos del tipo* que engloba en la tipicidad tanto la tipicidad propiamente tal, como también la antijuridicidad, será la Fiscalía quien deberá acreditar la *ausencia de tal justificación razonable* para el porte y, como segunda consecuencia, serán aplicables las consecuencias jurídicas de la *teoría limitada o moderada de la culpabilidad* para el caso de error de prohibición indirecto que ya analizamos.

⁹³ La Gaceta Jurídica, N° 310, abril de 2006 (Santiago, Chile).

Ahora bien, si optamos por la tesis según la cual la justificación razonable constituye una causal de justificación propiamente dicha, que está descrita en el propio artículo 288 bis inciso 2° en forma excepcional y negativa (“*cuando no pueda justificar razonablemente su porte*”) por su especial naturaleza y especificidad, y para los efectos de claridad descriptiva y mejor entendimiento de los destinatarios de la norma penal, entonces tenemos que el agente deberá adoptar una actitud activa y acreditar o probar que no ha tenido lugar el delito precisamente porque concurre a su respecto una causal de justificación. Puede también, bajo esta tesis, invocarse la concurrencia de un error de prohibición.

Por último, si estimamos que estamos en presencia de una regla de procesabilidad, será el Fiscal quien deberá probar la *ausencia de una justificación razonable* por parte del sujeto activo en el momento mismo de la comisión del delito, al ser sorprendido, cuestión que deberá verificarse como requisito de índole procesal para poder ejercer la acción penal y, consecuentemente, poder punir la conducta y sancionar al hechor. Las diferencias con la tesis previa —de la causal de justificación propiamente tal— creemos que radican justamente en la carga de la prueba y el momento y lugar en que debe proporcionarse esta justificación y su prueba. Así las cosas, para esta tesis que concibe la *ausencia de justificación razonable* como requisito de procesabilidad, ello deberá acreditarse por el Fiscal, en tanto, que la eventual justificación razonable que se esgrima deberá tener lugar en el mismo momento y sitio de la comisión del delito y deberá proporcionarse tal justificación razonable por parte del agente, mientras que si la consideramos como una causal de justificación propiamente dicha, la justificación deberá ser de carga de la Defensa y podrá producirse en ese momento o en otro posterior o bien en mismo lugar u otro, durante el curso de la investigación o en el desarrollo del juicio oral mismo, sin perjuicio que en este último caso, la justificación debe haberse verificado necesariamente, como resulta evidente, en el momento mismo de la comisión del delito, lo que ocurre es que su acreditación puede quedar reservada a una etapa o momento posterior y probarse esta circunstancia por cualquier medio probatorio, no solo, estimamos, a través del propio imputado. No cabe la posibilidad de esgrimir en concepto de esta tesis (requisito o condición de procesabilidad), error de tipo o de prohibición, justamente también porque el delito se encuentra configurado.

4.3 AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN RAZONABLE: REQUISITO DEL TIPO OBJETIVO, CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD, CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O REGLA DE PROCESABILIDAD, CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CADA UNA DE ESTAS TESIS Y FUNDAMENTACIÓN DE NUESTRA POSICIÓN AL RESPECTO.

De todo lo expuesto en los apartados previos, ya se ha esbozado y adelantado el tema central que ahora nos convoca.

En efecto, hemos dicho previamente que tratándose del tipo penal del inciso 2º del artículo 228 bis del Código Penal y dependiendo de la postura que adoptemos al respecto, si la justificación y/o explicación razonable del porte del arma cortante o punzante corresponde proporcionarla al sujeto activo, nos encontramos ante una auténtica causal de justificación, que de concurrir suprimirá la antijuridicidad y, por lo mismo, enervará o impedirá la configuración del delito y, por el contrario, en caso de no concurrir y probarse esta justificación razonable, el delito necesariamente se verificará o, a lo menos, podremos afirmar que existe una conducta típica y antijurídica.⁹⁴ En este caso es posible la concurrencia de un error de prohibición.

Ahora bien, si estimamos que la ausencia de explicación o justificación razonable es o debe considerarse un requisito del tipo objetivo (elemento negativo del tipo), este requisito —naturalmente en forma conjunta con los restantes elementos del tipo objetivo— deberá probarse por el persecutor penal, en el sentido de establecer la *ausencia de justificación razonable* para el porte de armas que se le imputa, de suerte que, en caso de acreditarse este requisito, el tipo penal se configura, en tanto que, si el persecutor penal no puede o no logra acreditar aquello, implicará la atipicidad de la conducta, siendo innecesario o improcedente averiguar la concurrencia de los siguientes elementos del delito, es decir, la antijuridicidad y culpabilidad. Cabe la aplicación en este caso de error de tipo.

Si sostenemos la tesis de la *ausencia de justificación razonable* como causal de justificación, pero en el marco de la *teoría de los elementos negativos del tipo* que integra en la tipicidad tanto la tipicidad propiamente dicha como la antijuridicidad, el Fiscal deberá acreditar la *ausencia de tal justificación razonable* y también resultarán aplicables las consecuencias jurídicas de la *teoría limitada o moderada de la*

⁹⁴ Faltará determinar en este caso si concurre el elemento de la culpabilidad.

culpabilidad para el caso de error de prohibición indirecto. También será procedente el error de tipo.

Del mismo modo, si concebimos que la ausencia de justificación razonable es, por el contrario, una condición objetiva de punibilidad, los efectos o consecuencias prácticas son casi idénticas de las señaladas a propósito de la tesis del requisito del tipo objetivo, pero por razones diversas. El delito se ha configurado, está perfecto, pero sólo será punible o sancionable penalmente, a condición de que se verifique esa *ausencia de justificación razonable*. En relación a esta tesis no cabe la aplicación de error de tipo ni de prohibición.

Por último, si seguimos la tesis de la regla de procesabilidad, la *ausencia de justificación razonable*, deberá probarse por la Fiscalía y la situación inversa (justificación razonable), verificarse en el mismo momento y lugar de la comisión del delito, al ser sorprendido el sujeto activo. En este caso, la ausencia de esta justificación con carácter de razonabilidad por parte del agente en el momento y lugar de comisión del delito determinará el cumplimiento del requisito formal de carácter procesal para iniciar o ejercer la persecución penal estatal. No resulta susceptible para esta tesis el error de tipo, ni de prohibición.

Estas son las posiciones que existen en relación a este asunto.

Nuestra posición al respecto, es que la justificación razonable para el porte de armas cortantes o punzantes a que alude el inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal, es una auténtica causa de justificación y nos parece que ello es así, primero por el tenor literal de la disposición.⁹⁵ En efecto, si no lo entendemos de esta forma, desafiamos directamente la literalidad de la norma, por cuanto, no creemos posible mediante alguna interpretación que sea razonable, estimar que la Fiscalía deba acreditar tal *ausencia de justificación razonable* para el porte de armas. En segundo lugar, porque el legislador penal —como toda clase de legislación, por lo demás— debe abordar las conductas típicas de acuerdo a criterios de generalidad, lo que determinará que, en el caso concreto que analizamos, enfrentados a la hipótesis del artículo 288 bis inciso 2º del Código Penal, acreditándose por el órgano persecutor el porte de arma cortante o punzante en alguno de los lugares descritos por la norma, en principio, se configurará la tipicidad, precisamente porque se trata de una conducta que

⁹⁵ “[...] cuando no pueda justificar razonablemente su porte”.

para el legislador penal resulta ser peligrosa, a menos que, y esta es la situación excepcional, el sujeto activo demuestre por cualquier medio de prueba, ya sea durante el curso de la investigación —si es que ésta existe—⁹⁶ o derechamente durante el juicio oral simplificado efectivo que se lleve a cabo, que el porte del arma cortante o punzante que se le atribuye, está justificado de algún modo razonable. Lo normal entonces será que, quien porte un arma cortante o punzante en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos de áreas urbanas, sea sancionado penalmente, a menos que, el sujeto activo pueda explicar o justificar de algún modo razonable, satisfactorio y/o suficiente que el porte del arma cortante o punzante que se le imputa, lo que es una cuestión siempre excepcional y que, como toda causal de justificación, debe ser siempre de cargo del sujeto activo en lo que se refiere a impetrarla y probarla.

Además del tenor literal del artículo 288 bis inciso 2° del Código Penal, consideramos que se trata de una causal de justificación propiamente tal, por su especial naturaleza y especificidad, que está descrita en el propio tipo penal en forma negativa y excepcionalmente para efectos de claridad descriptiva y mejor entendimiento de los destinatarios de la norma penal. De esta forma no se verifican las inconsistencias sistemáticas que se presentan al sustentar la tesis de la *ausencia de justificación razonable* como requisito del tipo objetivo, ya que se trata de un hecho negativo que depende del propio autor y los hechos negativos en Derecho no se prueban sino que se prueba el hecho positivo inverso que en este tipo de casos será siempre de cargo del sujeto activo y, además, porque resultaría un contrasentido de seguir la tesis de concebirlo como elemento del tipo objetivo o como causal de

⁹⁶ No aludimos aquí a la existencia o inexistencia de investigación en sentido técnico-jurídico, pues bajo esta concepción, siempre deberá existir algún tipo de investigación; más bien nos referimos a la posible inexistencia de investigación en sentido temporal en cuanto a que el sujeto activo podrá, siendo detenido en situación de flagrancia, lo que es el caso de más ordinaria ocurrencia, ser sometido a un control de detención siendo en este caso puesto a disposición del Juez de Garantía respectivo dentro de las 24 horas siguientes a su detención, y será requerido por la Fiscalía, comúnmente en estos casos también, en un procedimiento verbal simplificado conforme al artículo 393 bis del Código Procesal Penal, lo que obviamente en este último caso, va a limitar sus posibilidades de defensa en términos de eventualmente poder justificar el porte de arma blanca que se le atribuye, lo que se reducirá, en la generalidad de los casos, a la mera declaración del imputado por el delito, en caso de allanarse a prestar tal declaración en forma voluntaria, renunciando a su derecho a guardar silencio, ya sea ante el Fiscal o ante los organismos policiales, con la autorización del Fiscal del caso.

justificación inserta en la tipicidad bajo los postulados de la *teoría de los elementos negativos del tipo*, que el sujeto activo pudiese eventualmente invocar como error de tipo, entre otras situaciones, aquella que de acuerdo a la propia descripción contenida en el tipo depende justamente de él, es decir, que *no pueda justificar razonablemente su porte*.

Así, la conducta incriminada por el legislador penal, determinada por el porte de armas cortantes o punzantes y el lugar de comisión, resulta suficiente, a nuestro entender, para satisfacer las exigencias del tipo penal que abordamos por cuanto se coloca en peligro el bien jurídico protegido que es —para nosotros— la vida o integridad física de las personas. Es aquí también donde cobra todo sentido la razón de conocimiento y el carácter de indiciario que, respecto de la antijuridicidad, tiene la tipicidad: el hecho de portar un arma cortante o punzante en espectáculos públicos, establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos de áreas urbanas es una conducta típica que será también antijurídica si no se invoca —y se prueba también— esta causal de justificación por parte del sujeto activo; causal de justificación amplia y genérica⁹⁷ establecida por el legislador constituida por esta *justificación razonable*. De este modo, se mantiene intacta la sistematicidad de la teoría del delito conforme al finalismo diferenciando entre tipicidad y antijuridicidad; concibiéndolos como dos escalas o eslabones valorativos que deben concurrir conjunta y sucesivamente para que la conducta se transforme en ilícita o injusta y, por otra parte, se derriban los graves problemas que acarrea la *teoría de los elementos negativos del tipo* que integra en la tipicidad, la tipicidad en sentido estricto y la antijuridicidad. Por último, en el marco de esta tesis es posible concebir un error de prohibición indirecto conforme a la teoría extrema o estricta de la culpabilidad, que estimamos procedente y sustentamos nosotros de acuerdo a lo señalado, como también de la teoría limitada de la culpabilidad, a la que no adherimos por las razones que explicamos previamente.

En todo caso y por supuesto, debemos dejar en claro que siempre el sujeto activo le cabe la posibilidad y podrá desvirtuar la prueba del Ministerio Público y

⁹⁷ Decimos que la causal de justificación consistente en la justificación razonable es amplia y genérica por cuanto tratándose de otras causales de justificación el legislador penal indica con claridad y precisión cual es exactamente el contenido de la causal de justificación, nominándola, y determinando sus requisitos, por ejemplo, legítima defensa o el denominado estado de necesidad.

acreditar o intentar probar, como cuestión previa a la justificación razonable que se le exige, que el porte del arma cortante o punzante que se le atribuye no existió o que el porte acaeció en lugares diversos de aquellos que expresa el legislador, por ejemplo, en un recinto privado, como podría ser en el interior un vehículo,⁹⁸ o en un sector rural, y en estos casos la prueba versará, tanto de parte del persecutor penal como de la Defensa (en los casos en que esta última decida asumir un rol activo), respecto de la existencia o no del porte del arma blanca y/o del lugar en este ocurrió, determinando obviamente en estas hipótesis que, en caso de acreditarse que no existió porte de arma cortante o que éste se verificó en lugares distintos de aquellos descritos por el legislador penal —en el citado sector rural, por ejemplo— la conducta será atípica.

Establecido lo anterior, nos parece que además de la razón de generalidad —y abstracción— que debe motivar la descripción típica de las conductas que el legislador decide erigir en tipos penales que resultan vinculantes para todos y que no resultan ser otra cosa más que la razón de conocimiento y el carácter de indiciario que, respecto de la antijuridicidad, tiene la tipicidad. Creemos que si se concibe a la *ausencia de justificación razonable* como elemento —negativo— del tipo objetivo y, por ende, parte integrante de la tipicidad, el persecutor penal se verá necesariamente forzado a acreditar un hecho negativo. Esta es precisamente una de las razones que invocamos para seguir esta tesis, esto es, que si en el caso que nos ocupa, el Ministerio Público es quien debe acreditar aquello, esto es, que no ha existido de parte del agente una justificación razonable para el porte del arma cortante o punzante que se le imputa, no resulta razonable, lógico, ni consistente, porque lo que se debe probar en el ordenamiento jurídico en general y en derecho penal en particular son hechos positivos, más allá de lo ya referido en torno al argumento de la literalidad de la disposición. De esta forma, el porte del arma cortante o punzante y el sitio en que este tiene lugar, son hechos positivos que, por formar parte del núcleo central de la conducta descrita por el legislador penal, deben ser siempre acreditados por el órgano persecutor; en cambio, la justificación razonable que eventualmente pueda existir para

⁹⁸ Al respecto ver las sentencias absolutorias del Juzgado de Garantía de Ovalle, RUC 1800415491-2, RIT 1.082-2018, «Ministerio Público con Yuri Antonio Rojo Rojas y Néstor Antonio Gallardo Rivera», 17 de noviembre de 2018; y del Juzgado de Garantía de Copiapó, RUC 0500676439-K, RIT 123-2006, «Ministerio Público con M.A.C.C.», 15 de febrero de 2006.

tal porte, es un hecho negativo para la Fiscalía que, a su turno, es un hecho positivo para el sujeto al cual se le imputa la conducta, siendo suya, entonces, la carga de la prueba, máxime cuando se trata, de una situación excepcional, por cuanto la situación normal o de ordinaria ocurrencia es que, atribuyéndose a un sujeto el porte de arma cortante o punzante en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas, se configure el delito, a menos que tenga lugar esta situación excepcional de la *justificación razonable* por el sujeto activo que nosotros le atribuimos el carácter de genuina causal de justificación.

4.4 APLICABILIDAD DE ESTA EXIGENCIA DEL TIPO PENAL DEL INCISO 2º O CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN AL TIPO PENAL DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL.

A nuestro entender, la *justificación razonable* establecida en el inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal, de una auténtica causal de justificación, dejando de lado la tesis que la trata como un requisito del tipo objetivo, corresponde ahora determinar si cabe o podría resultar aplicable a la hipótesis del inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal.⁹⁹ En una primera aproximación, parece ser que existe un desvalor más intenso de la conducta descrita en el inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal respecto de la conducta a que alude el inciso 2º del mismo artículo, por cuanto la hipótesis del inciso 1º trata del porte de armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, por lo que en esta situación nos encontramos no sólo en presencia del porte de armas blancas sino que además existe una vinculación con el consumo de alcohol que, dados sus efectos, resulta ser para el legislador un conducta en extremo y de suyo peligrosa.

Compartimos y nos parece razonable la apreciación del legislador penal en torno a considerar la conducta del inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal más desvalorada que aquella que consagra en el inciso 2º del mismo precepto, por cuanto, esa combinación de porte de armas blancas y alcohol, determinado por el especial lugar de comisión del delito, esto es, recintos de expendio de bebidas alcohólicas que

⁹⁹ Recordemos que el inciso 1º del artículo 288 bis del Código Penal expresa: “*El que portare armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 1 A 4 UTM.*”

deban consumirse en el mismo local, coloca, sin duda, en mayor grado de peligro la integridad física e incluso la vida de las personas que se encuentran en tales recintos. Reiteramos, en este punto, que la conducta de portar armas cortantes o punzantes no se vincula de manera directa e inmediata con el objeto jurídico de la protección penal, en este caso la integridad física y la vida de las personas, pero evidentemente la conducta de portar armas blancas que, en sí misma resulta ser inofensiva para el bien jurídico tutelado, ahora vinculada al ámbito de protección de la norma y ello asociado además al consumo de alcohol, consideramos que existirá un mayor peligro para el bien jurídico protegido y, por ende, un mayor desvalor de la conducta respecto de aquella descrita en el inciso 2º del mismo artículo de nuestro Código Criminal.

Creemos que esta es, en definitiva, la razón por la cual el legislador no consagró expresamente una causal de justificación a propósito de la conducta descrita en el inciso 1º del artículo 228 bis del Código Penal y, si lo hizo, en cambio, tratándose de la conducta que describe luego, en el inciso 2º. La conducta del inciso 1º resulta tener un mayor desvalor y, como señalábamos más arriba, en principio, parece no existir cabida para justificar un porte de arma blanca que ocurre en el interior de recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, desde el momento que el legislador penal no consagró esta causal de justificación. Sin embargo y, no obstante, las muy buenas razones que existen y que las compartimos en un principio por lo demás, debemos señalar que para concebir esta conducta —combinación de porte de armas cortantes o punzantes con alcohol— como más desvalorada que la hipótesis contenida en el inciso 2º del Código Penal, nos parece que de todas maneras puede esgrimirse siempre algún tipo de justificación razonable. En este caso y por supuesto, aun con mayor razón que en el caso de la conducta del inciso 2º del artículo 288 bis del Código Penal, la justificación que se esgrima y que evidentemente deberá no sólo probarse de algún modo, sino que deberá que ser razonable.

Las razones por la cuales creemos que la justificación razonable en cuanto causal de justificación también resulta ser aplicable a la hipótesis del inciso 1º del artículo 228 bis de nuestro Código Punitivo, son básicamente dos: primero, porque si consideramos la conducta descrita en el inciso 1º, como una conducta carente de esta causal de justificación, el tipo penal se transforma lisa y llanamente en un delito de peligro abstracto en que la responsabilidad penal se presume de pleno derecho, sin

admitir prueba alguna en contra, lo que es, a todas luces, contrario a todo Estado de Derecho y a nuestra Constitución Política de la República (art. 19 N° 3 inciso 6° de la C.P.R.) —que proscribe que se presuma de derecho la responsabilidad penal—¹⁰⁰. En base a esto, creemos que siempre podría impetrarse y acreditarse esta justificación razonable por parte del imputado, sobre todo, si se prueba además que no ha existido consumo de alcohol por parte del sujeto al que se le imputa la conducta; y, segundo, pues creemos que la *justificación razonable* también es aplicable al tipo penal del inciso 1° del artículo 288 bis del Código Penal, y ello por una razón práctica. En efecto, también consideramos que la justificación razonable tiene cabida respecto del caso del inciso 1° sencillamente porque si no lo entendemos de ese modo, y asumimos el hecho que nos encontramos en un sector urbano, si el sujeto activo previamente tuvo que ingresar al local de expendio de bebidas alcohólicas y posteriormente tuvo que salir del mismo, en ambos casos obviamente desde y hacia la vía pública, en cualquiera de las dos situaciones, incluso si se encuentra en manifiesto estado de ebriedad, siempre podrá tener aplicación la causal de justificación y de ese modo el sujeto activo justificar de modo razonable el porte de arma blanca que se le imputa, por cuanto se encontrará en la hipótesis del inciso 2° del artículo 288 bis del Código Penal, mientras que si es sorprendido en el interior recinto de expendio de bebidas alcohólicas le estaría vedado justificar razonablemente el porte de arma blanca. Así entonces, una cuestión de carácter meramente temporo-espacial como la descrita, no puede constituirse en impedimento para que exista la posibilidad —aun por poco probable que parezca en principio— de poder justificar razonablemente el porte de armas blancas en recintos de expendio de bebidas alcohólicas, sobre todo, creemos, cuando además de lo anterior se acredite, por parte del sujeto activo, que no existió consumo de alcohol de su parte.

¹⁰⁰ En efecto, nuestra Constitución Política de la República, en el Capítulo III, referido a Los Derechos y Deberes Constitucionales, establece que:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

[...]

[Inciso 6°] La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”

4.5 SUJETO, FORMA Y OPORTUNIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN RAZONABLE DEL PORTE DE ARMAS CORTANTES O PUNZANTES.

Establecido y sentado que la *justificación razonable* es, desde nuestra óptica, una causal de justificación, esta debe ser proporcionada y probada eventualmente por el propio imputado. Ahora bien, creemos que lo más común será que el propio imputado renuncie a su derecho a guardar silencio y explique de modo razonable, suficiente y bastante el porte de arma cortante o punzante que se le atribuye, pero ello no impide que, a través de otros medios de prueba como testigos y documentos, por ejemplo, pueda justificar su conducta. La declaración del sujeto activo para efectos de justificar el porte que se le imputa, tendrá lugar, en la generalidad de los casos, en el momento de iniciar la investigación, normalmente cuando el sujeto sea detenido en situación de flagrancia ante los propios órganos policiales, con autorización del Fiscal correspondiente o derechamente ante el mismo Persecutor Penal. Evidentemente creemos que, si esta justificación razonable no se proporciona desde un principio y por el propio imputado, que será la situación más común, renunciando de ese modo a su derecho a guardar silencio, prestando declaración y, en definitiva, explicando de modo razonable su conducta, sus posibilidades de resultar absuelto, en caso de ser llevado a juicio oral simplificado se verán, en general, progresivamente mermadas, pero es una cuestión de prueba y de credibilidad de la misma. La justificación puede proporcionarse, entonces, por el sujeto activo, durante la investigación, a través de su declaración y/u otros medios de prueba que se presenten y que deberán ser allegados a la investigación fiscal para intentar evitar que el Ministerio Público requiera al sujeto a través de un procedimiento simplificado, o bien, en caso de que el caso haya sido judicializado, sólo le quedará al imputado y su defensa, la situación relativa a que el Fiscal aplique principio de oportunidad o, lisa y llanamente, no aceptar responsabilidad en los hechos del requerimiento y, luego, en el juicio oral respectivo, presentar y probar alguna justificación razonable para la conducta típica de portar armas cortantes o punzantes en algunos de los sitios indicados en ambos tipos penales del artículo 288 bis del Código Penal.

4.6 LA JUSTIFICACIÓN RAZONABLE Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE GUARDAR SILENCIO.

El derecho a guardar silencio es un derecho alternativo¹⁰¹ y, por tanto, renunciable que está concebido y consagrado en el ámbito procesal penal chileno¹⁰² como medio de defensa del imputado y no para efectos atribución o imputación de responsabilidad penal o en buenas cuentas, constituir prueba de cargo de la Fiscalía.¹⁰³ Por otra parte, en caso que el imputado consienta en prestar declaración, no debe hacerlo bajo juramento. Del mismo modo, nuestro actual sistema procesal penal, proscribire que la mera declaración del imputado sea suficiente para que el Tribunal, ya sea de Juicio Oral en lo Penal o de Garantía, forme su convicción condenatoria, siendo necesaria entonces actividad probatoria de cargo; asimismo se consagra en nuestro sistema el principio de no autoincriminación consistente en que los testigos, durante el curso del juicio oral, y en igual medida, a nuestro parecer, durante la investigación, tienen el derecho a negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito o incluso si tales respuestas pudieran

¹⁰¹ Decimos que el derecho a guardar silencio es un derecho alternativo del imputado por cuanto si bien tiene derecho a guardar silencio, también tiene el derecho correlativo inverso consistente en prestar declaración y, en ese caso, a no hacerlo bajo juramento.

¹⁰² En efecto el Código Procesal Penal Chileno establece en el Párrafo 4º El imputado, referido a los l.- Derechos y garantías del imputado, el "Artículo 93.- *Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.*

En especial, tendrá derecho a:

[...]

g) *Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra."*

¹⁰³ Zapata García María Francisca, «*El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor*» Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, año 2005. <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/EL%20CINTURON%20DE%20SEGURIDAD%20DEL%20DERECHO%20A%20GUARDAR%20%20SILENCIO,%20PRESTAR%20DECLARACION%20DEL%20DETENIDO.%20LA%20INTERVENCION%20OPORTUNA%20Y%20EFECTIVA%20DEL%20DEFENSOR.pdf> [consulta: 05 de Junio de 2011]. pp. 257-272.

incriminar a algunos de sus parientes.¹⁰⁴ Sin embargo, como ya hemos dicho, la declaración del sujeto activo será comúnmente el medio, por excelencia, que le permita configurar una justificación o explicación razonable. De todas maneras, aun cuando lo más lógico e ideal desde el punto de vista de la oportunidad y de estrategia de Defensa es que esta justificación razonable se verifique en el inicio mismo de la investigación, cuestión que normalmente coincidirá con la detención del imputado, de todas maneras puede presentarse durante toda la investigación o incluso en el juicio oral simplificado efectivo que se lleve eventualmente a cabo, pero a medida que se avance en la investigación, judicialización del caso y la etapa culmine del proceso penal, constituida por el juicio oral que se celebre, serán probablemente mayores, en la práctica, las exigencias probatorias para el imputado y su defensa en orden a justificar de modo razonable el porte de armas que se le atribuye, pero eso es, reiteramos una vez más, una cuestión vinculada al valor y credibilidad de la prueba.

El derecho a guardar silencio es, entonces, un derecho renunciable para el imputado y, en el caso que nos ocupa, podrá —o no— ser renunciado por parte del sujeto activo para efectos de justificar de modo razonable su conducta, esto es, como medio de defensa y no para efectos de auto-incriminarse, aunque, por cierto, por esa misma vía puede también hacerlo. No existe en este caso, en consecuencia, ninguna infracción al derecho a guardar silencio de parte del imputado, desde el momento mismo en que, si lo hace —de manera voluntaria, por supuesto, y previa lectura de sus derechos— explicando razonablemente su conducta, su declaración constituirá para él una herramienta o medio de defensa y, por ende, favorable a sus pretensiones. Por contrapartida, si decide no declarar, tendrá que justificar razonablemente de otro modo su conducta, con testigos y documentos, por ejemplo. Así las cosas, no cabe hablar a nuestro juicio de infracción al derecho de guardar silencio pues el imputado siempre podrá hacer uso de su derecho a guardar silencio respecto de los hechos que se le imputan con lo cual el delito, no existiendo causal de justificación, se configurará de todos modos, desde que la conducta será típica y antijurídica, o bien, podrá, ya sea renunciado a su derecho a guardar silencio, que será lo más común, o a través de

¹⁰⁴ Guzmán Nicolás, «Prohibición de declarar, facultad de abstención y prohibiciones probatorias», *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* ». volumen 1:139-164 (Buenos Aires, Argentina: noviembre de 2000), 145-147.

otros medios de prueba que presentará en la etapa de investigación o del proceso penal —incluso negándose en este caso a prestar declaración—, explicar razonablemente su conducta.

4.7 JURISPRUDENCIA

Como hemos señalado previamente, no existen demasiados fallos en nuestra jurisprudencia que se introduzcan en el análisis dogmático formulado a propósito de la —ausencia de— *justificación razonable* y los pocos pronunciamientos judiciales que existen son bastante dispersos, no contienen una tesis uniforme al respecto y, la mayoría de las veces, las tesis dogmáticas contenidas en ellos se pueden apreciar no de manera directa, sino que se deben colegir. En efecto, apenas contamos en nuestra jurisprudencia con unos cuantos fallos que abordan muy escuetamente y normalmente no de manera precisamente directa las tesis que subyacen el asunto de la —ausencia de— *justificación razonable*.

No obstante lo anterior, en general, en ellos pueden verificarse dos formas de resolver el asunto; por un parte, una posición que entiende que la ausencia de justificación razonable es un elemento o requisito del tipo objetivo, pero se refieren a este asunto normalmente a propósito de la situación relativa a que el Fiscal en el requerimiento de procedimiento simplificado no hizo referencia o mención (omitió) en los hechos atribuidos al autor la situación relativa a que *no pudo justificar razonablemente el porte*, dictando, en definitiva, sentencias absolutorias o confirmando tales absoluciones, según si se trate de sentencias se hayan sido dictadas por Juzgados de Garantía o las diversas I. Cortes de Apelaciones del País.

Esta es la tesis que sustenta la sentencia del RUC 0710021510-6, RIT 11.207-2007 del Juzgado de Garantía de Concepción, de fecha 19 de Octubre de 2007¹⁰⁵, confirmado por la I.C.A. de Concepción en el ROL 586-2007 de fecha 6 de diciembre de 2007.¹⁰⁶ En este caso, pese a que el imputado admitió responsabilidad, igualmente se libró fallo absolutorio por el Juzgado de Garantía de Concepción por cuanto estimó que hechos imputados tal cual estaban contenidos en el requerimiento de

¹⁰⁵ Juzgado de Garantía de Concepción, RUC 0710021510-6, RIT 11.027-2007, «Ministerio Público con Héctor Alejandro Riffo Saldías», 19 de octubre de 2007.

¹⁰⁶ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 586-2007, «Ministerio Público con Héctor Alejandro Riffo Saldías», 6 de diciembre de 2007.

procedimiento simplificado no mencionaban o contemplaban todos los elementos del tipo penal de la norma que se dijo infringida (artículo 288 bis del Código Penal), específicamente referido a la situación que el imputado *no hubiese podido justificar razonablemente el porte*, por lo que aquellos hechos sobre los cuales el imputado admitió responsabilidad, esto es, portar un arma blanca en un lugar público y exhibírsela al público constituían un hecho atípico.

Del mismo modo, a propósito de una situación idéntica a la anterior (el imputado admitió responsabilidad, pero no se mencionó por el Fiscal en los hechos imputados contenidos el requerimiento de procedimiento simplificado la situación relativa a que el imputado *no pudiere justificar razonablemente su porte*), se libra sentencia absolutoria en el RUC 0800148971-3, RIT 446-2008, por parte del Juzgado de Garantía de Coronel de fecha 17 de Marzo de 2008,¹⁰⁷ y se confirma, luego dicho fallo por la I.C.A. de Concepción, conociendo de un recurso de nulidad deducido por la Fiscalía, en los autos ROL 131-08 de fecha 30 de abril de 2008.¹⁰⁸ Así, dicha Ilustrísima Corte de Apelaciones, al igual que en el caso anterior (ROL 586-2007), confirma fallo absolutorio por el delito de porte de arma blanca, ya que estima que el requerimiento omitió una circunstancia relevante en la descripción de los hechos constitutivos del tipo penal, por la cual se acusó al imputado, relativa a la circunstancia de no poder justificar razonablemente el porte del arma. La exigencia del art. 391 del C.P.P., en cuanto a que el requerimiento, en el procedimiento simplificado, debe contener, entre otras menciones, *la relación sucinta del hecho que se le atribuye, con indicación del tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes; y la cita de la disposición legal infringida*, en ningún caso puede importar la supresión de los elementos del tipo penal, porque de otro modo se conculca el derecho a la defensa. En este caso, se omitió la circunstancia de *no poder justificar razonablemente el porte del arma*, lo que, en concepto de la Corte, es un elemento del tipo.

¹⁰⁷ Juzgado de Garantía de Coronel, RUC 0800148971-3, RIT 446-2008, «Ministerio Público con J.P.C.R.», 17 de marzo de 2008.

¹⁰⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 131-2008, «Ministerio Público con J.P.C.R.», 30 de abril de 2008. El fallo establece al efecto que:

“6. Que los hechos descritos en el requerimiento (reseñados, según se dijo, en el motivo primero del fallo impugnado), sin duda, no satisfacen las exigencias del tipo previsto en la norma legal en comento; de manera que la conducta atribuida al imputado no es típica, ya que no encuadra en todos y cada de sus elementos.”

La misma posición dogmática referida de la I.C.A. de Concepción adopta, por su parte, la I.C.A. de La Serena en los autos ROL 375-2006, de fecha 16 de enero de 2007, estimando que, si no se menciona en los hechos del requerimiento por el Fiscal la circunstancia que el hechor *no pudiese justificar razonablemente su porte*, importa la atipicidad del hecho.¹⁰⁹ En este caso la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía ya que, en concepto de dicha Corte, la justificación razonable del porte de armas elimina la tipicidad del tipo del art. 288 bis C.P. También estima que constituye justificación razonable la adecuación social de la conducta; así el porte de armas en actividades que lo admiten es una conducta tolerada por la sociedad, siendo por ello atípica.

En la misma línea se enmarca el fallo absolutorio por el delito de porte de arma cortante o punzante, entre otros delitos imputados, dictado en el RUC 1200670303-6, RIT 317-2002 del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 26 de octubre de 2012.¹¹⁰ Dicho fallo señala que en cuanto al porte de arma cortante o punzante, no se estableció ningún hecho que fuese constitutivo de tal delito, puesto que aquel requiere, por un lado, el porte de un arma blanca en lugares abiertos al público y, por otro, que no se pueda justificar razonablemente su porte. Hubo

¹⁰⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, ROL 375-2006, «Ministerio Público con Patricio Andrés Avaria Flores», 22 de diciembre de 2006. Los considerandos Quinto y Sexto del fallo se refieren a ello en los siguientes términos:

“QUINTO:- Que el tipo penal del inciso 2º del artículo 288 bis exige además para su configuración que el sujeto activo no justifique razonablemente el porte de las armas en los lugares que indica, por ello esta figura contempla una causal de atipicidad: la justificación razonable en el porte de las armas que indica, que elimina el comportamiento típico, cuando el autor da razones justificadas del porte de las armas cortantes o punzantes. En este caso estamos ante una causal de atipicidad fundada en la adecuación social de la conducta, ello porque existen ciertas actividades que admiten el porte de armas, siendo esta conducta tolerada por la sociedad, no siendo socialmente lesivos los hechos habitualmente tolerados. (Guillermo Piedrabuena Richards Oficio N° 488 de 5 de Octubre de 2004 De Fiscal Nacional a Fiscales Regionales y Adjuntos, a propósito de la Ley N° 19.975)

SEXTO:- Que de lo expuesto se desprende que el señor juez de Garantía está en lo correcto al haber absuelto al imputado, por faltar un elemento del tipo delictivo de que se trata, razón por la cual el recurso deberá ser rechazado.”

¹¹⁰ Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1200670303-6, RIT 317-2012, «Ministerio Público con C.A.A.V.», 26 de octubre de 2012. Al efecto la sentencia establece que: *“NOVENO [...] Que por el contrario no se logró establecer el delito de porte de arma blanca, establecido en el artículo 288 bis del Código Penal, ya que el mismo requiere para su establecimiento dos elementos, el primero dice relación con el porte de un arma blanca en lugares o vías abiertos al público y el segundo que no pueda justificar razonablemente su porte.”*

discrepancias entre los funcionarios aprehensores, lo cual generó una duda razonable en los sentenciadores respecto de si efectivamente se le dio oportunidad al imputado para justificar dicho porte.

Por su parte, el Juzgado de Garantía de María Elena, en el RUC 0500341525-4, RIT 246-2005, de fecha 3 de noviembre de 2005,¹¹¹ resuelve condenar a la imputada por la comisión del delito de porte ilegal de arma, sancionado en el art. 288 bis CP, pues se cumplen todos elementos del tipo.

En otra línea es posible agrupar algunos fallos que se pronuncian en la vereda contraria de la anterior, es decir, en el sentido que concebir la justificación razonable como causal de justificación propiamente dicha, en la misma línea de nuestra postura.

Así se pronuncia el Juzgado de Garantía de Copiapó en el RUC N° 1200873733-7 RIT N° 5.656-2012, de fecha 19 de diciembre de 2012,¹¹² decidiendo absolver al

¹¹¹ Juzgado de Garantía de María Elena, RUC 0500341525-4, RIT 246-2005, «Ministerio Público con R.C.V.», 3 de noviembre de 2005. En tal sentencia se consigna lo siguiente:

“QUINTO: [...] Respecto del delito de porte de arma, estamos frente a un delito de peligro que se satisface no con la utilización propia o determinada del arma, sino que sólo se sanciona el porte sin una explicación clara y categórica de parte de la imputada, ya que, distinto sería el caso, a manera de ejemplo, si dentro de la mochila de la imputada se hubieran encontrado además utensilios que sirvan para alimentación, en circunstancias que se encontró un cuchillo y además, una chaqueta robada.

Todos estos antecedentes sirven para estimar que en este caso se cumplen los requisitos del tipo penal del porte de arma,...”.

¹¹² Juzgado de Garantía de Copiapó, RUC N° 1200873733-7 RIT N° 5.656-2012, «Ministerio Público con R.A.Q.B.», 19 de diciembre de 2012. En la resolución se expresa que:

“Decimoprimerro: *Que, configurada la tipicidad de la acción ejecutada por el imputado, corresponde analizar la antijuridicidad de la misma, que es en lo que se centra la controversia en esta causa y a lo que dedicaron sus mayores esfuerzos los intervinientes.*

Estudiada la historia de la ley, se colige que el legislador tras una ardua discusión, ha estimado valioso proteger mediante la creación del tipo penal un bien jurídico, que no es otro que la seguridad e integridad física de las personas, afirmando a través de la norma que las conductas que atenten contra estos bienes, aún de manera potencial, como lo es el mero porte de un arma cortante o punzante en determinados lugares, son contrarias al valor jurídicamente reconocido y las desvalora.

Reconociendo la discusión parlamentaria que establecer la vía o espacio público como uno de los lugares de prohibición de porte de estas armas complicaba la figura, pues significaba un permanente contraste de la realidad para percibir algún indicio que permitiera aplicar la figura penal, se estableció un correctivo que no es más que la consagración expresa, a juicio de esta juez, de una causal de justificación y exclusión de antijuridicidad y no un elemento negativo del tipo, tal es la justificación razonable del porte, que abre una vía de escape a un sinfín de situaciones que se pueden presentar francamente en pugna con un mínimo sentido de justicia, por lo que con un criterio de racionalidad se puede justificar el porte del arma sólo en vía o espacio público en área urbana, que era la hipótesis en la que surgió la mayor discusión en la

imputado, argumentando que si bien se configura la tipicidad de la acción ejecutada por él, corresponde analizar la antijuridicidad de la misma, que es en lo que se centra la controversia en esta causa y a lo que dedicaron sus mayores esfuerzos los intervinientes, señalando que el encartado acreditó con finiquito de trabajo que es un trabajador agrícola y que el arma punzante encontrada en sus vestimentas la utilizaba en las labores propia de su actividad, justificando el porte de una manera razonable, asimismo como cuestión previa el juez se refiere a la historia de la Ley tras la creación del tipo penal, señala que al no haberse acreditado en el juicio el delito endilgado al imputado, por encontrar amparada la conducta típica de éste, en una causal de justificación expresamente establecida por el legislador, que excluye la antijuridicidad de la misma y que torna improcedente analizar los restantes elementos del delito de porte ilegal de arma cortante o punzante en vía o espacio público en área urbana (Considerandos 7, 9, 10, 11 y 12).

En este sentido también falla el Juzgado de Garantía de San Bernardo en el RUC 0600258508-K, RIT 1925-2006, de fecha 16 de abril de 2006,¹¹³ resolviendo absolver al

creación de la norma, excluidas las zonas rurales del tipo penal, tras el debate entre las que se denominaron bancadas “campesina” y “urbana”.

[...]

Decimosegundo: *Que, las razones contenidas en los motivos que anteceden, llevan al Tribunal a dictar sentencia absolutoria en este caso, al no haberse acreditado en el juicio el delito endilgado al imputado, por encontrarse amparada la conducta típica de éste en una causal de justificación expresamente establecida por el legislador, que excluye la antijuridicidad de la misma y que torna improcedente analizar los restantes elementos del delito de porte ilegal de arma cortante o punzante en vía o espacio público en área urbana atribuido al requerido, para de este modo, arribar a la responsabilidad penal imputada en el requerimiento simplificado.”*

¹¹³ Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC 0600258508-K, RIT 1925-2006, «Ministerio Público con L.M.O.S.», 16 de abril de 2006. Al efecto las sentencia señala que:

“6° Que, a su turno la defensa del imputado ha solicitado a este Juez que proceda a la absolución de su representado en base principalmente a que, en su opinión, el imputado en esta audiencia de acuerdo a sus aseveraciones y dichos que se encuentran registrados en audio ha podido justificar en este momento el porte del arma blanca y no lo pudo hacer en otro momento, habida consideración que se encontraría en estado de ebriedad. En efecto, la defensa sostiene que como bien se indicó al momento de su individualización, es panificador y la herramienta o el arma, en los términos del requerimiento, está destinada exclusivamente a cumplir ese oficio, por lo que entonces no se daría el presupuesto normativo exigido en el inciso segundo del artículo 188 bis, esto es, cuando la persona “no pueda justificar razonablemente el porte”. En subsidio, la defensa pide coincidentemente con la Fiscalía la concurrencia de las atenuantes invocadas, es decir, las del artículo 11 N° 6 y N° 9 del Código Penal, lo que permitiría rebajar la pena, situando la sanción en tan sólo una pena de multa, la que solicita se regule en su mínima expresión, esto es 1 UTM y que sea pagadera en dos cuotas; que se exima a su representado del pago de las costas de la causa, por cuanto ha sido

imputado por el delito de porte de arma cortante o punzante. En este caso el sujeto no pudo justificar el porte al momento de su detención por encontrarse en estado de ebriedad, no obstante, en el procedimiento simplificado señaló, al individualizarse, que su oficio era panadero y el cuchillo con que fue encontrado era su herramienta de trabajo.

En esta misma línea podemos circunscribir la sentencia del Juzgado de Garantía de Santiago en el RUC 0600086626-K, RIT 1096-2006, de fecha 10 de febrero de 2006.¹¹⁴ En este caso, el Tribunal condena al imputado como autor del delito de porte ilegal de arma del art. 288 bis C.P., mediante el mecanismo de admisión de responsabilidad, pese a no haberse señalado en los hechos del requerimiento la circunstancia que el imputado no pudo justificar razonablemente su porte. En concepto del Tribunal es posible dar por establecido que los hechos contenidos en el requerimiento ocurrieron de la forma descrita en él, siendo constitutivos del delito del

asesorado por la Defensoría Penal Pública y ha admitido responsabilidad en la audiencia, con lo cual descongestiona el aparato jurisdiccional. También solicita que se conceda el beneficio de la remisión condicional de la pena y la omisión de la anotación en sus antecedentes penales de acuerdo al artículo 29 de la misma ley.

7° Que, consecuentemente, teniendo presente lo alegado por los intervinientes y sin perjuicio de la admisión de responsabilidad del imputado, habiendo la defensa esgrimido la absolucón del imputado, este Juez necesariamente debe pronunciarse en torno a ese asunto. En opinión de este sentenciador, la sola admisión de responsabilidad no genera por sí una decisión condenatoria, el tribunal debe llegar un grado de convicción suficiente para condenar –atendido este tipo de procedimientos-. La admisión de responsabilidad está limitada a las circunstancias fácticas que dicen relación con los hechos del requerimiento y no con su encuadre o ajuste o valoración normativa, asunto que está entregado sin duda al juzgador que debe tomar una decisión de absolucón o condena, asunto que además le fue advertido al imputado al momento de consultársele al tenor del artículo 395 del Código Procesal Penal. En ese orden de ideas, este Juez de Garantía, teniendo en consideración las justificaciones otorgadas por la defensa y su representado en la audiencia, para legitimar el porte del arma blanca objeto del requerimiento, ha pedido al Ministerio Público que se acompañe a estrado el arma en cuestión, y a ese respecto, este sentenciador ha podido observar que se trata de un arma de aproximadamente las dimensiones definidas en el requerimiento por el persecutor penal público, un arma blanca de empuñadura de madera con una hoja con lleva inscrita las palabras Tramontina como marca y lugar de procedencia Brasil, y está debidamente adjuntada con una cadena de custodia respecto de la cual no se ha observado ningún tipo de incidencia. Este Juez también puede observar que el arma en cuestión tiene adosada tanto en su empuñadura de madera como en su zona de metal restos de un elemento blanco que a este impresionan como masa o harina, de tal forma que para este sentenciador se ha podido en esta audiencia, con los dichos de la defensa, del imputado y con la evidencia material acompañada por el Fiscal al juicio, justificar razonablemente el porte del arma blanca que originó la detención de señor L.M.O., por lo que se le absolverá.”

¹¹⁴ Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0600086626-K, RIT 1096-2006, «Ministerio Público con H.H.M.M.», 10 de febrero de 2006.

artículo 288 bis del Código Penal, en grado de consumado, en atención a que el imputado fue sorprendido en la vía pública portando un arma cortante.

Esta misma postura se colige también de lo resuelto por la I.C.A. de Rancagua en los autos ROL 640-2015, de fecha 9 de noviembre de 2015,¹¹⁵ en donde rechaza un recurso de nulidad deducido por la defensa argumentando que, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, es posible advertir que el juez del fondo, en los considerandos sexto y séptimo, reprodujo los dichos de los testigos presentados por la defensa, J.D.O. y M.L.M., mientras que en el motivo noveno de la sentencia expuso de manera detallada las razones por las que tales probanzas fueron descartadas. En este último, el Juez se hizo cargo, además, de la versión del acusado, contrastándola con los antecedentes de cargo y con su propia prueba, analizándolos de acuerdo con los parámetros legales, haciendo alusión a la lógica y a la experiencia como fundamento para dar por establecidos los hechos materia de la acusación, a que se refiere en el considerando siguiente. De este modo, tras la lectura de tales fundamentos, se advierte que éstos son claros, lógicos y coherentes con las conclusiones a las que arribó el Tribunal a partir de las probanzas del juicio, de manera que el vicio invocado en la especie no concurre (Considerando 2º). En este caso, la defensa sostuvo que el sujeto activo renunció a su derecho a guardar silencio y declaró en el juicio, señalando que *el cuchillo lo traía desde la casa de su abuela a su casa, que el cuchillo era de su papá, que es carnicero, y que lo habían ocupado el día anterior en un asado*, rindiendo además al efecto prueba testimonial, consistente en los dichos del padre del enjuiciado, J.D.O. y una segunda testigo (que no individualiza), prueba que, en concepto de la defensa, no fue valorada correctamente por el sentenciador, al no dar por justificado el porte de arma blanca, lo que había producido un perjuicio sólo subsanable con la anulación de la sentencia impugnada.

En este sentido también se pronuncia la I.C.A. de Concepción en los autos ROL 237-2011, de fecha 29 de junio de 2012, señalando al efecto que la carga de la prueba de la justificación incumbe a quien pretende aprovecharse de ella y no al ente persecutor, porque de otra forma se encontraría en la imposible situación de probar un hecho negativo. Del mismo modo, frente a un hecho objetivo como es el porte de

¹¹⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, ROL 640-2015, «Ministerio Público con R.J.D.L.», 9 de noviembre de 2015.

armas cortantes o punzantes, si el que satisface el supuesto normativo no es capaz de justificar su presencia, no cabe por una parte, sino reprochar dicha conducta y, por otra parte, nadie puede, menos el Juez, sustituir dicha obligación por él o presumirla cumplida dado que la norma impone no solo una justificación sino que ella debe tener la cualidad de ser razonable, es decir, conforme a la razón lo que implica dar cuenta del motivo o causa, lo que en esencia demanda que dicho acto sea estrictamente personal.¹¹⁶

Por último, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia del Rol 7457-2008, de fecha 27 de marzo de 2008, también sostiene la tesis que la justificación razonable contemplada en el art. 288 bis del Código Penal es una referencia a la antijuridicidad. En efecto, “la referencia de la norma al hecho que el agente no pueda justificar razonablemente su porte no es otra cosa que una forma de señalar que este porte de arma blanca debe ser antijurídico.”¹¹⁷

¹¹⁶ *Código Penal, Códigos Profesional 2014, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas explicativas e Índice Temático, Elaboradas, corregidas y actualizadas por la Profesora Tatiana Vargas Pinto, 3ª Edición actualizada*, (Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters, 2014), 321. Véase también al efecto Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de Junio de 2012, Rol 237-2011 (Nº Legal Publishing: 61743).

¹¹⁷ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Penal y Leyes Complementarias, Tomo I, 3ª Edición*, (Chile: Editorial Jurídica, 2016), 298.

BIBLIOGRAFÍA

Balmaceda Hoyos, Gustavo. *Manual de Derecho Penal, Parte General, Primera Edición*. Chile: Librotecnia, 2014.

Baytelman A., Andrés. «“Tiene derecho a guardar silencio...” La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial». *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, año 4 (13)*. Chile: 2002.

Bullemore G., Vivian y Mackinnion R, Jhon. *Curso de Derecho Penal, Tomos I y II, Parte General, 2ª Edición, aumentada y actualizada*. Chile: Lexis Nexis, 2007.

Carrasco M., Jaime. *Armas y delito*. Chile: Librotecnia, 2008.

Chahuán S., Sabas. *Manuel del Nuevo Procedimiento Penal, 5ª Edición, actualizada y aumentada*. Chile: Lexis Nexis, 2007.

Código Penal, Códigos Profesional 2014, Concordancias, Historia de la Ley, Jurisprudencia, Notas explicativas e Índice Temático, Elaboradas, corregidas y actualizadas por la Profesora Tatiana Vargas Pinto, 3º Edición actualizada. Chile: Legal Publisinhg-Thomsom Reuters. 2014.

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1200670303-6, RIT 317-2012, Ministerio Público con CAAV, 26 de octubre de 2012.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General, 8ª Edición*. Chile: Ediciones Universidad Católica, Septiembre de 2005.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General, Tomos I y II, Segunda edición actualizada*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, tercera reimpresión 2001.

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General, Octava edición ampliada*. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

Etcheberry Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, Tomos I y II, 3ª Edición revisada y actualizada*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Delito y error*. Bogotá: Editorial Temis. 1990.

García Pablos, Antonio. *Derecho Penal, Introducción*. Madrid: Servicio de Publicación Universidad Complutense, 1995.

Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Segunda edición*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

Guzmán, Nicolás. «Prohibición de declarar, facultad de abstención y prohibiciones probatorias», *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? volumen 1:139-164*. Buenos Aires, Argentina: Noviembre de 2000.

Historia de la Ley N° 19.975. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas. Acceso el 05 de junio de 2011, <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19975/HL19975.pdf>.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 131-2008, Ministerio Público con J.P.C.R., 30 de abril de 2008.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 586-2007, Ministerio Público con Héctor Alejandro Riffo Saldías, 6 de diciembre de 2007.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, ROL 375-2006, Ministerio Público con Patricio Andrés Avaria Flores, 22 de diciembre de 2006.

Jiménez de Asúa, Luis. *La Ley y el Delito, Principios de Derecho Pena, Decimotercera edición*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1984.

Juzgado de Garantía de Concepción, RUC 0710021510-6, RIT 11.027-2007, Ministerio Público con Héctor Alejandro Riffo Saldías, 19 de octubre de 2007.

Juzgado de Garantía de Copiapó, RUC N° 1200873733-7 RIT N°5656-2012, Ministerio Público con R.A.Q.B., 19 de diciembre de 2012.

Juzgado de Garantía de Coronel, RUC 0800148971-3, RIT 446-2008, Ministerio Público con J.P.C.R., 17 de marzo de 2008.

Juzgado de Garantía de María Elena, RUC 0500341525-4, RIT 246-2005, Ministerio Público con R.C.V., 3 de noviembre de 2005.

Juzgado de Garantía de San Bernardo, RUC 0600258508-K, RIT 1925-2006, Ministerio Público con L.M.O.S., 16 de abril de 2006.

Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0600086626-K, RIT 1096-2006, Ministerio Público con H.H.M.M., 10 de febrero de 2006.

Kelly Frank. Traducción de Colapinto Jorge. *La libertad y sus garantías*. Argentina: Compañía General Fabril Editora. 1968.

Kindhauser, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro en el Derecho penal», *In Dret Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: Febrero de 2009.

La Gaceta Jurídica, Abril de 2006, N° 310. Santiago, Chile.

Ley N° 19.975, 05 de Octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas.

Maldonado F. Francisco. «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno Derecho Penal», *Revista de Estudios de la Justicia* N° 7: 23-64. Santiago, Chile: 2006.

Mapelli Caffarena, Borja. *Estudio jurídico-dogmático de las condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones. 1990.

Mañalich R., Juan Pablo. «Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la determinación sexual», en *Doctrina Procesal Penal 2011, Informes en Derecho*, N° 10, Octubre de 2012. Chile: Defensoría Nacional, Defensoría Penal Pública, 2012.

Medina Jara, Rodrigo. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Chile: Lexis Nexis. 2004.

Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Código Penal 2018. Acceso el 27 de nov. 2018, http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Anteproyecto_de_C%C3%B3digo_Penal_2018.pdf.

Mir Puig, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. España, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

Muñoz Conde, Francisco. *Teoría general del Delito*, 2° Edición. España, Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1994.

Náquira Riveros, Jaime. *Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Segunda edición*. Chile, Thomson Reuters, 2015.

Novoa Monreal, Eduardo. *Cuestiones de Derecho Penal y Criminología*. Chile: Ediar-Conosur Ltda., 1987.

Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Tercera Edición*. Chile: Editorial Jurídica, 2005.

Oficio N° 468. Ministerio Público de Chile. Ley N° 19.975 que modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas y deroga artículo 10 de la Ley 12.927. Acceso el 05 de Junio de 2011, www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/.../468%202004.doc.

Orts Alberdi, Francisco. *Las Causas de Justificación en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ghersi Editor, 1988.

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Penal y Leyes Complementarias, Tomo I, 3º Edición. Chile: Editorial Jurídica, 2016.

Riveros Barragán, Juan David. «El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano». Acceso el 05 de junio de 2011, http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13ELDERECH OAGUARDAR.pdf.

Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito, Traducción de la 2º edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*. España: Civitas Ediciones, Primera edición 1997, tercera reimpresión.

Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. España: Publicaciones Digitales S.A., 1992, Reimpresión 2002.

Zapata García, María Francisca. «El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor», *Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, 2005*. Acceso el 05 de Jun. 2011, <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/EL%20CINTURON%20DE%20SEG URIDAD%20DEL%20DERECHO%20A%20GUARDAR%20%20SILENCIO,%20PREST AR%20DECLARACION%20DEL%20DETENIDO.%20LA%20INTERVENCION%20OP ORTUNA%20Y%20EFECTIVA%20DEL%20DEFENSOR.pdf>.