



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**DOCTRINA PENAL CHILENA DEL SIGLO XXI: ESTUDIO DE LA
ESCUELA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (I). UNA ESPECIAL REFERENCIA
A LA TEORÍA ANALÍTICA DEL HECHO PUNIBLE DEL PROFESOR JUAN
PABLO MAÑALICH**

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

NICOLÁS PADILLA MOYA

Profesor Guía: Jean Pierre Matus

Santiago de Chile

2021

*En cualquier tarea se puede ganar o perder,
lo importante es la nobleza de los recursos utilizados*

Marcelo Alberto Bielsa Caldera

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	8
ABREVIATURAS	9
RESUMEN	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: ESCUELA PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE DEL SIGLO XXI	13
1. Descripción de la Escuela Penal de la Universidad de Chile	13
2. Autores contemporáneos de la Escuela Penal de la Universidad de Chile.....	17
2.1 Derecho Penal.....	18
2.1.1 Profesor Juan Pablo Mañalich Raffo	18
2.1.2 Profesor Lautaro Contreras Chaimovich	33
2.1.3 Profesor Jaime Winter Etcheberry.....	38
2.1.4 Profesor Javier Contesse Singh	42
2.1.5 Profesor Gonzalo Berríos Díaz.....	46
2.1.6 Profesor German Ovalle Madrid	51
2.1.7 Profesor Gonzalo Medina Schulz.....	55
2.1.8 Profesor Miguel Schürmann Opazo	59

2.1.9	Profesor Álvaro Castro Morales	63
2.2	Derecho Procesal Penal	67
2.2.1	Profesor Jonatan Valenzuela Saldías	67
2.2.2	Profesor Julián López Masle	71
2.3	Otros profesores que han realizado publicaciones	75
2.3.1	Profesor Miguel Soto Piñeiro	75
2.3.2	Profesor Eduardo Sepúlveda Crerar	78
2.3.3	Profesor Rodrigo Zegers Reyes	81
2.3.4	Profesor Javier Arévalo Cunich.....	83
2.3.5	Profesor Jorge Ferdman Niedmann	85
2.3.6	Profesor Guillermo Silva Olivares	87
2.3.7	Profesor Luis Felipe Abbott Matus	89
CAPITULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL HECHO PUNIBLE DEL PROFESOR JUAN PABLO MAÑALICH.....		91
1.	Teoría del delito y presupuestos de responsabilidad penal	92
1.1	Normas de comportamiento y normas de sanción.....	92
1.2	Normas de comportamiento y reglas de imputación	96
1.3	Modelo del silogismo práctico	101

1.4	Teorías de la justificación de la pena.....	103
2.	Delitos de omisión	112
3.	Antijuridicidad.....	116
4.	Consentimiento.....	122
5.	Causalidad	125
6.	Imputación penal	130
6.1	Primer nivel de imputación (Injusto subjetivo)	136
6.1.1	Dolo	138
6.1.2	Imprudencia.....	142
6.2	Segundo nivel de imputación (Culpabilidad).....	146
6.2.1	Estado de necesidad exculpante	154
6.2.2	Miedo insuperable	158
7.	Autoría y participación en la intervención delictiva.....	160
7.1	Autoría directa, autoría mediata y coautoría	162
7.2	Participación delictiva	168
7.3	Intervención delictiva en organizaciones	170
8.	Tentativa	177
8.1	Tentativa como hecho punible.....	177

8.2	Tentativa como error	183
8.3	Tentativa acabada y tentativa inacabada	185
8.4	Tentativa idónea y tentativa inidónea.....	192
8.5	Delito putativo.....	193
9.	Determinación de la pena	195
9.1	Concursos de hechos punibles.....	196
9.1.1	Concurso aparente	197
9.1.2	Concurso real.....	204
9.2	Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	211
9.2.1	Atenuantes relacionadas al comportamiento procesal del imputado..	215
9.2.2	Atenuante de arrebató y obcecación.....	218
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DOGMÁTICA DEL EROR DE PROHIBICIÓN EN LA PROPUESTA DEL PROFESOR JUAN PABLO MAÑALICH.....</p>		
1.	Cuestiones metodológicas	220
2.	Error de tipo y error de prohibición.....	220
3.	Teorías que fundamentan la eficacia del error como eximente de responsabilidad penal	225
3.1	Teoría del dolo.....	227

3.2	Teoría de la culpabilidad	231
3.3	Postura del profesor Juan Pablo Mañalich	237
3.3.1	El error como afectación de distintos niveles de imputación	238
3.3.2	Conexión funcional entre el dolo y la consciencia de antijuridicidad	242
3.3.3	Interpretación de los artículos 1º y 2º del Código Penal.....	246
3.3.4	El error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación 249	
4.	Algunas reflexiones finales en torno al debate.....	252
	CONCLUSIONES	265
	BIBLIOGRAFÍA	270

AGRADECIMIENTOS

La realización de esta tesis de pregrado no habría sido posible sin el apoyo incondicional de quienes me han rodeado a lo largo de este proceso de investigación y aprendizaje. Por ello agradezco particularmente a Francisca, mi compañera de vida quien en más de una ocasión se mostró dispuesta a hacer comentarios valiosos al desarrollo de este trabajo, a mi familia compuesta por Paola, Ivar y Maximiliano que estuvieron en todo momento para apoyarme y a mis amigos y amigas sin quienes esto sinceramente no hubiera sido posible. A todos ellos va dedicado este trabajo.

Por otra parte, agradezco al profesor Dr. Jean Pierre Matus, quien ha sido un pilar fundamental de formación en este proceso de redacción de la memoria, sin duda sus consejos, comentarios y enseñanzas perdurarán en un futuro profesional que se avecina.

Finalmente, mi mayor gratitud tanto al grupo de memoristas del taller sobre la doctrina penal en el siglo XXI con quienes desarrollamos conjuntamente este proyecto colectivo, como a cada uno de los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile con los que tuve oportunidad de conversar sobre esta investigación.

ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo/artículos. Si no tienen otra indicación, corresponden al Código Penal, salvo cuando aparezcan referidos a una ley especial o reglamento que se esté explicando.
CA	Corte de Apelaciones
CJM	Código de Justicia Militar
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
LRPJ	Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica
N.º/ n.º	Número
R.	Revista (de)
SCA/ SCS, etc.	Sentencia de Corte de Apelaciones / Sentencias Corte Suprema, etc.
TOP	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
UCH	Universidad de Chile
Vol.	Volumen

RESUMEN

Este trabajo propone la realización de una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que logre reunir y sistematizar los aportes que han hecho a la dogmática penal chilena los académicos del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, a lo largo del siglo XXI.

Para lograr los objetivos buscados por la investigación se hará una recopilación, primero, cuantitativa de las publicaciones realizadas por los profesores que abarca esta investigación desde el año 2000 en adelante. Así, se pretende advertir desde un punto de vista objetivo el impacto del trabajo de estos académicos en el estudio del derecho penal nacional.

Por último, se realizará un trabajo cualitativo de las obras más importantes del profesor Juan Pablo Mañalich en torno a su teoría analítica del hecho punible, para así determinar, finalmente, cuáles han sido sus principales aportes e influencia en el tiempo reciente y en el estudio del derecho penal en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

Dentro de un proyecto general de estudio sobre el desarrollo de la doctrina penal chilena del siglo XXI, esta memoria busca, en particular, sistematizar los aportes dogmáticos en materia penal realizados por los académicos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile (UCH), con la pretensión de describirla como una “escuela de derecho penal”, en el sentido de:

Grupos de trabajo bajo un mismo alero institucional dedicados a la investigación y publicación de resultados, general, pero no necesariamente, de manera conjunta o alrededor de un mismo tema o con un mismo punto de partida teórico o forma de aproximarse a la materia¹.

Para lograr el objetivo propuesto se realizará una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que permita reunir y sistematizar las publicaciones e investigaciones con que, durante el presente siglo, los académicos de dichos establecimientos han contribuido al desarrollo de la doctrina penal chilena.

En cuanto a la parte cuantitativa, se presentará a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, individualizando a sus respectivos miembros y detallando los antecedentes académicos de cada uno y sus correspondientes publicaciones, con especial consideración de los profesores que más han publicado y que más han influido en la práctica del Derecho con sus respectivas obras. No se incluyen las profesoras mujeres, a cargo de otra memorista del proyecto general en que se enmarca esta memoria, ni a su profesor guía.

Para tal estudio se realizarán entrevistas estándar a cada académico y revisiones cruzadas de las revistas de derecho existentes en Chile, teniendo cada miembro del grupo de investigadores asignada una revista o grupo de revistas a cuya revisión debe avocarse

¹ Definición de “escuela de derecho” formulada exclusivamente para efectos del proyecto general de investigación “Doctrina Penal Chilena del Siglo XXI”.

para luego compartir la información obtenida en una base de datos grupal. Asimismo, como complemento a los métodos de recopilación de información antes señalados, se utilizarán otros recursos de búsqueda, tales como Academia, Dialnet, Google Académico, Researchgate, Scielo, Scopus, Web of Science, entre otros.

Además, se evaluará la productividad de los investigadores de cada escuela en base a los criterios de evaluación curricular para el concurso regular 2020 de FONDECYT, los cuales constituyen una medida estándar y objetiva para atribuir un puntaje a cada autor que dé cuenta de su mérito investigativo.

En atención a dicha valoración, en la segunda parte de la memoria, correspondiente a un análisis cualitativo, se continuará con un examen descriptivo de las publicaciones más influyentes desarrolladas por el profesor Juan Pablo Mañalich en lo que ha sido el desarrollo de su teoría analítica del hecho punible, con el objeto de sistematizar su posición doctrinal y su influencia en la dogmática penal a nivel nacional.

En el último capítulo se analizará críticamente, a la luz de la doctrina nacional y comparada, una de las principales temáticas desarrolladas por el profesor Mañalich relativa a la dogmática del error de prohibición y se expondrán las conclusiones personales de este memorista.

CAPÍTULO I: ESCUELA PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE DEL SIGLO XXI

1. DESCRIPCIÓN DE LA ESCUELA PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

El estudio que se propone hacer este trabajo, llevando a cabo un análisis cuantitativo de las publicaciones de los profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, resulta imprescindible para un estudio sistemático y completo de la doctrina penal chilena en el siglo XXI dada la contribución de esta institución a la ciencia penal desde los inicios de su estudio en nuestro país. Así es como, desde la creación de la Universidad de Chile, en 1842, ha habido un amplio desarrollo doctrinal por parte de los grandes juristas que han pasado por esta institución de educación superior.

Durante el proceso de codificación penal chileno la Universidad de Chile ejerció una influencia relevante, que terminó con la promulgación del primer Código Penal en nuestro país el día 12 de noviembre de 1874, la comisión redactora fue integrada por Alejandro Reyes Cotapos – quien dictó la primera cátedra “pública” de derecho penal en la Universidad de Chile en el año 1875 – y José Clemente Fabres, ambos eran miembros del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en esa época (Matus, 2006, pág. 35).

Posteriormente, en la primera parte del siglo pasado existió sin duda una dedicada labor por la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Chile, las cátedras se caracterizaban por un estudio exegético y positivista de las normas penales, sin una aproximación científica técnica y filosófica a la explicación de los fundamentos de los aspectos penales, como lo hace propiamente lo que conocemos como dogmática jurídica. Dentro de los profesores penalistas destacados durante el primer cuarto del siglo XX es posible mencionar a la enseñanza exegética de Ricardo Cabieses y el positivismo criminológico de Raimundo del Río.

En ese contexto, se fue produciendo paulatinamente un cambio relevante en el estudio del derecho penal en la Universidad de Chile, surgiendo así la primera generación de penalistas caracterizados por dar un paso desde el análisis exegético y positivista de las normas penales hacia un estudio dogmático de la ciencia penal, con marcadas influencias provenientes fundamentalmente de las obras de la doctrina alemana (Matus, 2011, págs. 45-47). Sin duda fue trascendental para este proceso de cambio el soberbio aporte del jurista español Luis Jiménez de Asúa con la introducción en Chile de algunas discusiones modernas propias de la dogmática penal para esos tiempos (Matus, 2011, págs. 52-53). En esta primera generación de dogmáticos sobresalieron los profesores Luis Cousiño Mac Iver, Pedro Ortiz Muñoz, Rafael Fontecilla Riquelme, entre otros docentes que se iniciaban en el estudio del derecho penal desde una mirada eminentemente dogmática.

Una extraordinaria significación para la formación y enseñanza dogmática del derecho penal en dicha época tuvieron la creación en 1934 del Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile – antecesor del Departamento de Ciencias Penales y Criminología creado en 1970 en un proceso de reforma universitaria – y la Revista de Ciencias Penales, cuya entidad editora pasó a ser el Instituto de Ciencias Penales desde su “Segunda Época”, integrado principalmente por profesores de la Universidad de Chile. Ambas instituciones fueron un gran aporte a la investigación y creación de conocimiento científico jurídico penal a lo largo del siglo pasado (Matus, 2011, págs. 57-60).

Dentro de los grandes penalistas dogmáticos de la Escuela de Derecho del siglo pasado destacan Álvaro Bunster Briceño, quien fue el formador de varios profesores que integraron la generación que el profesor Matus denominó “Nueva Dogmática Penal” (Matus, 2011, pág. 74)² y cuyo pensamiento doctrinal se orientaba a un sistema neoclásico con ciertos matices de la teoría finalista del alemán Edmund Mezger; Eduardo Novoa

² Cuya particularidad no solo estribaba en haberse formado al alero de la enseñanza del profesor Bunster, sino que también se caracterizaron por desarrollar sus Memorias de Grado en aspectos dogmáticos de derecho penal, dejando de lado el marcado carácter autodidacta de los penalistas chilenos hasta ese entonces y también por haber cursado estudios de postgrado en Europa.

Monreal, quien fue presidente del Instituto de Ciencias Penales cumpliendo una tarea sustancial en pos de su consolidación como espacio de discusión (Matus, 2011, págs. 77-78) y aportando su conocimiento a través de una dogmática penal influenciada por un sistema neoclásico de teoría del delito; Mario Garrido Montt, con su concepción finalista del hecho punible y su gran contribución en los delitos contra el honor; Juan Bustos Ramírez, con la dogmática del funcionalismo post finalismo y su original teoría del bien jurídico; y Alfredo Etcheberry Orthusteguy, con su comprensión de un finalismo matizado como sistema dogmático para el derecho penal, entre otros sobresalientes profesores que dedicaron incasablemente su tiempo e intelecto al cultivo de la dogmática penal en nuestro país.

Después del golpe de Estado que tuvo lugar el 11 de septiembre de 1973, en nuestro país se produjo una decadencia de la producción dogmática de publicaciones en materias penales, principalmente por el exilio político de varios de los grandes penalistas de la Universidad de Chile que pertenecían a la Nueva Dogmática Penal y eran los grandes impulsores de la generación de conocimiento penal. En palabras del profesor Matus, “este fue, antes que el natural reemplazo generacional tuviese lugar, el fin traumático que, como generación, padeció la Nueva Dogmática Penal” (Matus, 2011, pág. 89)³.

En el siglo actual, se ha continuado con la contribución a la investigación jurídico penal. Prueba de esto, son las numerosas publicaciones existentes en revistas de la misma Facultad, de otras facultades de derecho de las universidades chilenas y de instituciones de investigación. Las principales revistas científicas de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, al día de hoy, son: *Revista Estudios de la Justicia*⁴, *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* y *Revista Derecho y Humanidades*.

³ Dada la destacada labor política que ejercieron algunos penalistas de la época del gobierno del Ex Presidente de la República Salvador Allende, con ocasión de la dictadura cívico-militar liderada por Augusto Pinochet, tuvieron que partir al exilio los profesores de la UCH Álvaro Bunster, Eduardo Novoa, Juan Bustos y Sergio Politoff, entre otros.

⁴ Esta revista ha tendido a una especialización en materias penales.

El Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, cuenta con más de veinte profesores y profesoras, algunos académicos de jornada completa y otros dedicados también al ejercicio de la litigación penal, por lo que el enfoque es variado y equilibrado. Se ha reforzado la investigación desde el 2016, con el establecimiento de académicos de jornada completa. El Departamento está dedicado a la enseñanza, investigación y extensión del derecho penal, la criminología y la política criminal. El profesor Juan Pablo Mañalich es el actual Director y el profesor Javier Arévalo Cunich su Subdirector. Ellos son las principales autoridades del Departamento.

El cuerpo docente del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, se conforma por las profesoras y profesores Javier Emilio Arévalo Cunich, Antonio Bascuñán Rodríguez, Gonzalo, Patricio Berríos Díaz, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Álvaro Esteban Castro Morales, Lautaro Camilo Contreras Chaimovich, Jorge Eugenio Ferdman Niedmann, María Inés Horvitz Lennon, Rocío Lorca Ferreccio, Juan Pablo Mañalich Raffo, Jean Pierre Matus Acuña, Gonzalo Andrés Medina Schulz, Eduardo Valentín Morales Robles, Germán Luis Ovalle Madrid, Patricio Humberto Rosas Ortiz, Miguel Antonio Schürmann Opazo, Eduardo Nicolás Sepúlveda Crerar, Guillermo Alonso Silva Olivares, Francisco Miguel Soto Piñeiro, Ernesto Vásquez Barriga, Myrna Roxana Villegas Díaz, Jaime Alfredo Winter Etcheberry, Gabriel Alejandro Zaliasnik Schilkrut y Rodrigo Enrique Zegers Reyes⁵.

No obstante, de la lista precedente, dado el tema en que se centra esta investigación, se considerarán solo los profesores que han realizado publicaciones durante el siglo XXI y que también tienen un vínculo contractual con la Universidad de Chile mayor que con otras universidad, por incorporarse, en este último caso, a las memorias de pregrado correspondientes a las otras universidades chilenas en las cuales tienen comprometido un

⁵ En la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile existen otros profesores dedicados al estudio del Derecho Penal, particularmente a sus aspectos procesales, como los profesores Jonatan Valenzuela Saldías y Julián López Masle, adscritos precisamente al Departamento de Derecho Procesal, por lo que también que se incluirán en la parte cuantitativa de este trabajo.

mayor tiempo de dedicación horaria y que, por cierto, integran el proyecto general de investigación sobre la doctrina penal en el siglo XXI.

Sin duda, sistematizar y analizar críticamente, los contenidos de las publicaciones hechas por los profesores penalistas de la Universidad de Chile, es importante, primero, para tener en consideración cuales son las líneas investigativas más desarrolladas de la Facultad, y, segundo, para estimar la magnitud del aporte jurídico y cultural de la universidad al estudio y progreso de la ciencia jurídica penal en nuestro país, por parte de esta nueva generación de penalistas en la casa de estudios más antigua de nuestra historia institucional.

2. AUTORES CONTEMPORÁNEOS DE LA ESCUELA PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE

La información personal de cada profesor está estructurada para contribuir al entendimiento de sus investigaciones jurídicas, es decir, para permitir hacer un análisis objetivo de las publicaciones que hayan hecho todos ellos. Se indican los datos personales relacionados con sus formaciones académicas de pregrado, postgrado, las influencias de sus profesores en su carrera académica y profesional, como también antecedentes laborales de todos.

Para los efectos de este trabajo, en la sección correspondiente a las publicaciones de cada uno de los profesores, solo se incluyen libros, capítulos de libros y artículos de revista, publicados hasta diciembre de 2019. En cuanto a los libros, solo se agregan si el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se comprenderán los comentarios de jurisprudencia, reseñas, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

2.1 Derecho Penal

2.1.1 Profesor Juan Pablo Mañalich Raffo

(a) Reseña Biográfica

Profesor Titular. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, con Distinción Máxima. Tuvo como profesores de derecho penal en sus estudios de Pregrado a Miguel Soto Piñeiro y Antonio Bascuñán Rodríguez, adicionalmente, cursó los electivos de Criminología con Loreley Friedmann Volosky y Derecho Penal Internacional con Alfredo Etcheberry Orthusteguy. Su Tesis de Licenciatura de Pregrado se titula “La autotutela del crédito: el delito de realización arbitraria del propio derecho”, cuyo profesor guía fue Antonio Bascuñán Rodríguez.

Posteriormente, realizó sus estudios de Doctorado en la Universidad de Bonn, Alemania, en el cual obtuvo del grado de doctor con nota *summa cum laude*. Su tesis doctoral se titula “Coacción y responsabilidad. Investigaciones de teoría del derecho acerca del concepto prescriptivo y adscriptivo de coacción en el derecho penal”. En este trabajo el profesor a cargo fue el jurista alemán Urs Kindhäuser. El Profesor Mañalich eligió abordar esto en su tesis doctoral porque se trataba de un problema que en uno de sus ángulos ponía en una cierta perspectiva histórica algunos trabajos que, primero, Miguel Soto, y, luego, Antonio Bascuñán, habían estado realizando, y con los que se vio familiarizado al final de sus estudios de pregrado, con el añadido de que le permitió enfocarlo desde la teoría de las normas. Además, cuenta un estudio de Becario Postdoctoral, realizado en la Fundación Alexander Von Humboldt, Alemania.

En cuanto a sus actividades académicas, además de desempeñarse como docente de la Universidad de Chile, también fue Profesor de Derecho Penal en la Universidad Adolfo Ibáñez, Profesor Visitante de las Universidades de Puerto Rico y de la Autónoma de Madrid. Además, como se mencionó *supra*, es el actual Director del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, por lo cual, cumple un papel fundamental, en razón de su cargo, en el desarrollo académico y doctrinal del derecho penal en la Facultad.

La motivación del Profesor para dedicarse al área penal tiene que ver, principalmente, con que en sus estudios de pregrado encontró en el derecho penal la disciplina más desafiante y elaborada intelectualmente, lo cual hizo que se interesara por esta área del derecho hasta el día de hoy. Reconoce que sus estudios en la Universidad de Chile y la Universidad de Bonn indudablemente han influenciado, tanto en los temas investiga, como en la forma que lo hace⁶.

El Profesor Mañalich se ha destacado en su carrera por sus labores como docente e investigador del derecho, funciones que también incluyen su labor como profesor guía de gran cantidad trabajos de memorias de estudiantes de Pregrado y Postgrado en la Universidad de Chile.

La contribución al derecho penal chileno que busca plasmar el profesor Mañalich está orientada a poner el instrumental de la filosofía analítica al servicio de la dogmática del derecho penal, que es algo que el profesor ha intentado hacer en su carrera académica, a partir de la influencia que Kindhäuser tuvo en él, combinando esto con obtener respuestas satisfactorias y coherentes a problemas de la dogmática penal, distintas de las que aprecia la doctrina en la lectura tradicional del Código Penal Chileno.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

En relación a su línea de pensamiento dogmático, es importantísimo destacar lo que contemporáneamente se denomina “teoría analítica del hecho punible”, cuyo principal precursor en la dogmática hispano parlante es el profesor Mañalich, a raíz también, de la influencia que tuvo del profesor alemán Urs Kindhäuser, como puede desprenderse de sus publicaciones, proyectos de investigaciones, comentarios jurisprudenciales, informes en derecho, en general, de sus trabajos académicos, a través del estudio de la teoría de las normas y una enseñanza de la dogmática penal desde la teoría analítica, para lo cual, hay

⁶ Esto fue declarado por el profesor Mañalich en una entrevista concedida a este memorista.

una variada temática de problemáticas planteadas por el profesor en todos los segmentos de la ciencia jurídica penal.

(c) Proyectos de investigación

Tabla 1: Proyectos de Investigación de Juan Pablo Mañalich

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
11110274	01/10/2011 01/10/2014	La ontología del hecho punible. Fundamentos de teoría de las normas y teoría de la acción para la dogmática de la parte general del derecho penal.	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Investigador Responsable
1140040	01/03/2014 01/03/2017	Terrorismo, derecho penal y democracia. Bases para un concepto jurídico de terrorismo en el derecho penal chileno y examen de núcleos problemáticos en su actual regulación.	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Co-Investigador junto a la Profesora Myrna Villegas
1160147	01/04/2016 01/04/2019	La tentativa de delito como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Investigador Responsable

(d) Publicaciones

Tabla 2: Publicaciones de Juan Pablo Mañalich

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT ⁷
2003	Consideraciones acerca del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación	Revista de Estudios de la Justicia	N.º3, 147-163	Artículo de revista	0,1
2004	La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales	Revista de Estudios de la Justicia	N.º4, 137-175	Artículo de revista	0,1
2004	Determinación de la pena	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º1, 243-270	Artículo de revista	0,1
2004	Delitos contra intereses personalísimos	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º1, 271-289	Artículo de revista	0,1
2004	Leyes especiales	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º1, 347-362	Artículo de revista	0,1
2004	El derecho penal de la víctima	Revista Derecho y Humanidades	N.º10, 253-283	Artículo de revista	0,1
2005	Pena y ciudadanía	Revista de Estudios de la Justicia	N.º6, 63-83	Artículo de revista	0,1
2005	Condiciones generales de la punibilidad	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º2, 383-481	Artículo de revista	0,1

⁷ Nota: Puntaje basado en los Criterios de Evaluación Curricular para el concurso regular 2020 en materia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Disponibles en: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>

2005	Determinación y ejecución de la pena	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º2, 483-529	Artículo de revista	de	0,1
2005	Delitos contra intereses colectivos	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º2, 619-634	Artículo de revista	de	0,1
2005	La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas ¿Protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?	Revista Derecho y Humanidades	N.º11, 245-258	Artículo de revista	de	0,1
2005	El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía	Revista de Estudios de la Justicia	N.º5, 11-33	Artículo de revista	de	0,1
2005	¿La comisión de delitos mediante la imputación de delitos? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales	N.º6, 193-243	Artículo de revista	de	0,1
2005	El concurso de delitos. Bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico.	Revista Jurídica (Universidad de Puerto Rico)	Vol. 74, N.º 4, 1021-1211	Artículo de revista	de	0,1
2006	Bases para un teoría comparativa del hecho punible	Revista Jurídica (Universidad de Puerto Rico)	Vol. 75, N.º 2, 561-695	Artículo de revista	de	0,1
2006	El hurto-robo frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión	Revista de Estudios de la Justicia	N.º7, 65-93	Artículo de revista	de	0,1
2006	La protección del medio ambiente bajo el nuevo Código Penal de Puerto Rico	Revista Jurídica (Universidad de Puerto Rico)	Vol. 75, N.º2, 503-527	Artículo de revista	de	0,1
2007	La pena como retribución	Revista Estudios Públicos	N.º 108, 117-205	Artículo de revista	de	0,1
2008	Miedo insuperable y obediencia jerárquica	Revista de Derecho (Universidad Austral)	Vol. 21, N.º1, 61-73	Artículo de revista	de	0,75

2009	Aporías del derecho penal internacional en el espejo del Estatuto de Roma	Revista Jurídica (Universidad de Puerto Rico)	Vol. 78, N.º3, 767-779	Artículo de revista	de	0,1
2009	Autotutela del acreedor y protección penal del deudor	Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago	134 pp.	Libro		0,1
2009	<i>Nötigung und Verantwortung. Rechts-theoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht</i> ⁸	Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden	393 pp.	Libro		1,0
2010	Terror, Pena y Amnistía. El derecho penal frente al terrorismo de Estado.	Editorial Flandes Indiano, Santiago	256 pp.	Libro		0,1
2010	<i>A Anistia: O Terror e a Graça. Aporias da Justiça Transicional no Chile Pós-ditatorial</i> ⁹	<i>Revista Anistia. Política e justiça de transição</i> ¹⁰	N.º4, 56-76	Artículo de revista	de	0,1
2010	El concepto de delito bajo el Código Penal de Puerto Rico	Revista Jurídica (Universidad de Puerto Rico)	Vol. 79, N.º4, 1115-1128	Artículo de revista	de	0,1
2010	Retribución como coacción punitiva	Revista Derecho y Humanidades	Vol. 16, N.º1, 49-67	Artículo de revista	de	0,1
2010	Norma e imputación como categorías del hecho punible	Revista de Estudios de la Justicia	N.º12, 169-190	Artículo de revista	de	0,1
2010	La estructura de la autoría mediata	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	Vol. 34, N.º1, 385-414	Artículo de revista	de	0,3

⁸ Traducción: Coacción y Responsabilidad. Investigaciones de teoría del derecho acerca del concepto prescriptivo y adscriptivo de coacción en el derecho penal

⁹ Traducción: Amnistía, Terror y Gracias. Aporías de la justicia transicional en el Chile Postdictatorial

¹⁰ Traducción: Revista Amnistía Política y Justicia de transición

2010	¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?	Revista Política Criminal	Vol. 5, N.º10, 341-351	Artículo de revista	de 0,75
2010	¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal? ¹¹	V.V.A.A., <i>Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2009</i> , Defensoría Penal Pública, Santiago	41-67	Capítulo de libro	de 0,1
2010	<i>Determinism, free will and criminal responsibility</i> ¹²	Friedrich Toepel (Ed.), <i>Free Will in Criminal Law and Procedure</i> ¹³ , Editoriales Nomos Verlagsgesellschaft y Franz Steiner, Baden-Baden y Stuttgart.	49-61	Capítulo de libro	de 0,4
2011	<i>Die Struktur der mittelbaren Täterschaft</i> ¹⁴	V.V.A.A., <i>Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag</i> ¹⁵ , Editorial Duncker & Humbolt, Berlín	709-728	Capítulo de libro	de 0,4
2011	El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos ¹⁶	Revista Derecho y Humanidades	N.º18, 163-178	Artículo de revista	de 0,1
2011	El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la	Revista de Derecho (Universidad Austral)	Vol. 24, N.º1, 87-115	Artículo de revista	de 0,75

¹¹ Véase también: MAÑALICH, J. (2013). ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?, *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, vol. 2, N.º4, pp. 137-171.

¹² Traducción: “Determinismo, libre albedrío y responsabilidad penal”

¹³ Traducción: “Libre albedrío en derecho penal y proceso”

¹⁴ Traducción: “La estructura de la autoría mediata”

¹⁵ Traducción: “La justicia penal como análisis y construcción. Homenaje a Ingeborg Puppe con motivo de su 70 aniversario”

¹⁶ Véase también: MAÑALICH, J. (2011). El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos, *Revista de Criminología e Ciências Penitenciarias*, Conselho Penitenciário do Estado, Año 1, N.º2, Sao Paulo, 30 pp.

	consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno ¹⁷				
2011	<i>A Padronização do Terror por meio do Direito: Aporias da Justiça de Transição no Chile Pós-ditatorial</i> ¹⁸	<i>Revista Anistia. Política e justiça de transição</i> ¹⁹	N.º5, 76-90	Artículo de revista	0,1
2011	El principio <i>ne bis in idem</i> en el derecho penal chileno ²⁰	Revista de Estudios de la Justicia	N.º15, 139-169	Artículo de revista	0,1
2011	Capítulo XXV. Destierros y confiscaciones	Jean Pierre Matus (Dir.), <i>Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios</i> , Editorial B de F, Buenos Aires	285-290	Capítulo de libro	0,3
2011	Capítulo XXVIII. De la pena de muerte	Jean Pierre Matus (Dir.), <i>Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios</i> , Editorial B de F, Buenos Aires	325-344	Capítulo de libro	0,3
2011	Organización delictiva: Bases para elaboración dogmática en el derecho penal chileno	Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)	Vol. 38, N.º2, 279-310	Artículo de revista	0,75
2011	Justicia, propiedad y prevención ²¹	<i>Revista de Estudos Criminais</i> ²²	N.º41, 9-30	Artículo de revista	0,1
2011	Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho. Junto a Urs Kindhäuser	Editorial B de F, Buenos Aires	290 pp.	Libro	0,75

¹⁷ Véase también: MAÑALICH, J. (2012). Sobre la conexión funcional entre dolo y consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno, *Revista Estudios de la Justicia* (16), pp. 15-30.

¹⁸ Traducción: “La estandarización del terrorismo a través del derecho. Aporías de la justicia de la transición en el Chile Post Dictadura”.

¹⁹ Traducción: “Revista Amnistía. Política y justicia de transición”.

²⁰ Véase también: MAÑALICH, J. (2013). El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno, *Revista Peruana de Ciencias Penales* (26), pp. 351-386.

²¹ Véase también: MAÑALICH, J. (2013). Justicia, propiedad y prevención. En: *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*, V.V.A.A, Universidad de Chile, Santiago, pp. 167-187.

²² Traducción: “Revista de Estudios Criminales”

2012	La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales	Revista Política Criminal	Vol. 7, N°14, 357-377	Artículo de revista	de	0,75
2012	El concepto de acción y el lenguaje de la imputación ²³	Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho	N.º35, 663-690	Artículo de revista	de	0,75
2012	Reglas primarias de obligación. Las 'reglas del derecho penal' en El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik</i> ²⁴	Vol. 7, N.º11, 571-585	Artículo de revista	de	0,1
2012	Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual	Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2011, Defensoría Penal Pública, Santiago	23-77	Capítulo de libro	de	0,1
2013	Las reglas de prescripción de la ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art. 369 quáter del Código Penal	Informes en derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil IV, Defensoría Penal Pública, Santiago	213-232	Capítulo de libro	de	0,1
2013	El principio de ejecución del hecho y la vigencia de la ley procesal en el tiempo	Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2012, Defensoría Penal Pública, Santiago	203-214	Capítulo de libro	de	0,1
2013	La exculpación como categoría del razonamiento práctico ²⁵	InDret. Revista para el Análisis del Derecho	N. °1, 29 pp.	Artículo de revista	de	0,1
2013	El estado de necesidad exculpante: una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno	Alex van Weezel (Ed.), <i>Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury</i> , Thomson Reuters Chile, Santiago	715-742	Capítulo de libro	de	0,3
2013	Merecimiento, distribución y teodicea: el	<i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i> ²⁷	N°102, 45-69	Artículo de	de	0,1

²³ Véase también: MAÑALICH, J. (2016). El concepto de acción y el lenguaje de la imputación. En: Acciones, razones y agentes, Juan Ormeño (Coord.), LOM Ediciones, Santiago, pp. 55-95.

²⁴ Traducción: "Revista de Dogmática Penal Internacional"

²⁵ Véase también: MAÑALICH, J. (2016). La exculpación como categoría del razonamiento práctico. En: Acciones, razones y agentes, Juan Ormeño (Coord.), LOM Ediciones, Santiago, pp. 289-326.

	derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia ²⁶			revista	
2013	Condiciones de punibilidad	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º3, 253-287	Artículo de revista	0,1
2013	Determinación y ejecución de la pena	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)	N.º3, 289-317	Artículo de revista	0,1
2014	Normas permisivas y deberes de tolerancia ²⁸	Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)	Vol. 41, N.º2, 473-522	Artículo de revista	0,75
2014	El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio	Revista Política Criminal	Vol. 9, N.º18, 543-563	Artículo de revista	0,75
2014	Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Vol. 21, N.º2, 225-276	Artículo de revista	0,3
2014	La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas	Revista Ius et Praxis	Vol. 20, N.º2, 21-70	Artículo de revista	0,75
2014	La permisibilidad del aborto como problema ontológico	Revista Derecho y Humanidades	N.º23, 305-333	Artículo de revista	0,1
2014	Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de	Editoriales Marcial Pons, Madrid	173 pp.	Libro	1,0

²⁷ Traducción: “Revista Brasileña de Ciencias Criminales”

²⁶ Véase también: MAÑALICH, J. (2014). Merecimiento, distribución y teodicea: el derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia. En: Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al Profesor Antonio Bascañán Valdés, V.V.A.A., Thomson Reuters, Santiago, pp. 389-415.

²⁸ Véase también: Mañalich, J. (2013). Normas permisivas y deberes de tolerancia. En: La antijuridicidad en el derecho penal, V.V.A.A, Editorial B de F, Buenos Aires, pp. 177-283.

	resultados puros				
2015	Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva	InDret. Revista para el Análisis del Derecho	N.º2, 32 pp.	Artículo de revista	0,1
2015	La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena ²⁹	Revista Política Criminal	Vol. 10, N.º20, 498-525	Artículo de revista	0,75
2015	El terrorismo ante el derecho penal: la propuesta legislativa del gobierno como retroceso	Javier Couso (Ed.), <i>Anuario de Derecho Público</i> , Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.	154-171	Capítulo de libro	0,3
2015	La imprudencia como estructura de imputación	Revista de Ciencias Penales	Vol. 42, N.º3, 13-36	Artículo de revista	0,1
2015	<i>Erlaubnismormen und Duldungspflichten</i> ³⁰	RphZ Rechtsphilosophie - Zeitschrift für Grundlagen des Rechts ³¹	N.º3, 288-323	Artículo de revista	0,1
2015	El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad ³²	Revista de Derecho (Universidad Austral)	Vol. 27, N.º2, 227-250	Artículo de revista	0,75
2015	La negociación incompatible como delito de corrupción: estructura típica y criterios de imputación	Revista de Estudios de la Justicia	N.º23, 93-105	Artículo de revista	0,1
2016	Terror, memoria y archivos	Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)	N.º12, 173-	Artículo de	0,1

²⁹ Véase también: MAÑALICH, J. (2016). La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena, en: Reincidencia y Concurso de delitos, Francisco Maldonado (Coord.), Editorial B de F, Buenos Aires, pp. 181-233.

³⁰ Traducción: “Normas permisivas y deberes de tolerancia”

³¹ Traducción: “Filosofía Jurídica - Revista de Fundamentos del Derecho”

³² Véase también: MAÑALICH, J. (2015). Las circunstancias modificatorias del N° 8 y el N° 9 del Art. 11 del Código Penal como atenuantes por comportamiento procesal supererogatorio del imputado. Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2014, Defensoría Penal Pública, Santiago, pp. 87-116.

			189	revista	
2016	¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?	Revista de Estudios de la Justicia	N.º25, 247-258	Artículo de revista	0,1
2016	La violación como delito de propia mano	Revista de Ciencias Penales	Vol. 43, N.º4, 39-50	Artículo de revista	0,1
2016	El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles	Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (Eds.), <i>El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy</i> , Thomson Reuters Chile, Santiago.	501-547	Capítulo de libro	0,3
2017	Intervención "organizada" en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador	Jaime Couso y Gerhard Werle (Dirs.), <i>Intervención delictiva en contextos organizados</i> , Editorial Tirant lo Blanch, Valencia	23-50	Capítulo de libro	0,4
2017	Terrorismo y organización	Revista Ius et Praxis	Vol. 23, N.º1, 367-418	Artículo de revista	0,75
2017	La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica	Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)	Vol. 44, N.º2, 461-493	Artículo de revista	0,75
2017	Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff,	Revista Discusiones	Nº17, 167-219	Artículo de revista	0,1
2017	¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual?	Revista de Estudios de la Justicia	N.º27, 171-182	Artículo de revista	0,1
2017	El principio <i>ne bis in idem</i> en el derecho sancionatorio chileno	Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia. Informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica, Fiscalía Nacional Económica, Santiago.	457-527	Capítulo de libro	0,1
2018	¿Presupone la <i>applicatio legis ad factum una</i>	Enfoques Penales de Crimint – Revista En Letra Derecho	22-26	Artículo de	0,1

	<i>imputatio facti?</i>	Penal		revista	
2018	<i>The structure of criminal attempts. An analytic approach</i> ³³	Revista Revus	26 pp.	Artículo de revista	0,75
2018	Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal	Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)	Vol. 25, N.º1, 153-180	Artículo de revista	0,3
2018	El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales	Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho	N.º41, 249-280	Artículo de revista	0,75
2018	Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho	Revista de Derecho (Universidad Austral)	Vol. 31, N.º2, 321-337	Artículo de revista	0,75
2018	Respeto y retribución: la pena jurídica en la Metafísica de las Costumbres	Revista de Ciencia Política (Pontificia Universidad Católica de Chile)	Vol. 38, N.º3, 507-526	Artículo de revista	0,75
2018	El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)	Vol. 51, N.º2, 95-122	Artículo de revista	0,3
2018	El principalismo político-criminal como fetiche	Revista de Estudios de la Justicia	N.º29, 59-71	Artículo de revista	0,1
2018	El procesamiento transicional del terrorismo de Estado a veinte años del caso Pinochet	Revista Anales de la Universidad de Chile	Séptica Serie, N.º15, 73-85	Artículo de chile	0,1
2018	El ‘causalismo’ metodológico de Eduardo Novoa Monreal ³⁴	Kai Ambos y José Luis Guzmán (Eds.), <i>Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal</i> , DER Ediciones y Editorial EDEVAL,	87-112	Capítulo de libro	0,3

³³ Traducción: “La estructura de la tentativa criminal. Una aproximación analítica”

³⁴ Véase también: MAÑALICH, J. (2019). *Il ‘causalismo’ metodologico di Eduardo Novoa Monreal*. Revista *Diritto penale XXI secolo*, Año XVIII, N.º34, pp. 71-93

		Santiago.			
2018	Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena	Thomson Reuters Chile, Santiago	336 pp.	Libro	0,75
2018	Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico ³⁵	Daniel González y Sebastián Figueroa (Eds.), <i>Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G. H. von Wright a cien años de su nacimiento</i> , Palestra Editores, Lima	89-122	Capítulo de libro	0,1
2018	La estructura típica de la asociación ilícita: el 'caso Prats'	Tatiana Vargas (Dir.), <i>Casos Destacados Derecho Penal. Parte Especial</i> , DER Ediciones, Santiago.	303-334	Capítulo de libro	0,1
2018	<i>Verallgemeinerung als Pathos. Zu Günther Jakobs' Beitrag zur Dogmatik des Besonderen Teils</i> ³⁶	Urs Kindhäuser, Claus Kleb, Michael Pawlik y Carl-Friedrich Stuckenberg (Eds.), <i>Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs</i> ³⁷ , Editorial Mohr Siebeck, Tubinga	613-646	Capítulo de libro	0,4
2019	<i>Erfolg und Handlung</i> ³⁸	Martin Böse, Kay Schumann y Friedrich Toepel (Eds.), <i>Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag</i> ³⁹ , Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden	245-262	Capítulo de libro	0,4
2019	Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal	Mario Maraver y Laura Pozuelo (Coords.), <i>La Culpabilidad</i> , Editorial B de F, Buenos Aires	201-227	Capítulo de libro	0,3
2019	<i>Volenti non fit iniuria</i> . Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal ⁴⁰	V.V.A.A., <i>Libro homenaje al profesor Dr. Jorge Agustín Barreiro</i> , UAM Ediciones, Madrid	Vol. 1, 595-608	Capítulo de libro	0,3

³⁵ Véase también: MAÑALICH, J. (2017). Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (32), Santiago, pp. 83-108.

³⁶ Traducción: “Generalización como Pathos. Sobre la contribución de Günther Jakobs a la dogmática de la parte especial”

³⁷ Traducción: “Derecho Penal y Sociedad. Un comentario crítico sobre el trabajo de Günther Jakobs”

³⁸ Traducción: “Éxito y acción”

³⁹ Traducción: “Conmemoración para Urs Kindhäuser en su 70º cumpleaños”.

2019	Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo	Revista Política Criminal	Vol. 14, N.º27, 296-375	Artículo de revista	0,75
2019	<i>The Grammar of Imputation</i> ⁴¹	Jan Joerden y Jan Schuhr (Eds.), <i>Jahrbuch für Recht und Ethik</i> ⁴² , Editorial Duncker & Humblot, Berlín	Vol. 27, 411-428	Capítulo de libro	0,4
2019	Inicio de la tentativa y oportunidad para la acción	Revista Chilena de Derecho Pontificia (Universidad Católica de Chile)	Vol. 46, N.º3, 821-844	Artículo de revista	0,75
2019	Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción	Revista de Teoría y Filosofía del Derecho -Isonomía	N.º51, 29-64	Artículo de revista	0,3

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 3: Puntuación de Juan Pablo Mañalich

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT ⁴³		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020 ⁴⁴	
Total	29,35	Total	17,4
Promedio	0,305	Promedio	0,395

⁴⁰ Véase también: MAÑALICH, J. (2019). *Volenti non fit iniuria*. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal. Tendencias actuales del derecho penal, Allen Marti Flores y Anthony Romero (Coords.), Editorial Moreno, Lima, pp 35-49.

⁴¹ Traducción: “La gramática de la imputación”

⁴² Traducción: “Anuario de Derecho y Ética”

⁴³ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones.

⁴⁴ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT.

2.1.2 Profesor Lautaro Contreras Chaimovich

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asociado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, con Distinción Máxima. Realizó sus estudios de derecho penal en Pregrado con el profesor Juan Bustos Ramírez. Su Tesis de Licenciatura fue “La aplicación de los Convenios números 87, 98 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo a los funcionarios públicos chileno”, cuyo profesor guía fue Rolando Pantoja Bauzá.

Luego, realizó sus estudios de Máster y Doctorado en la Universidad de Friburgo, Alemania, que aprobó con Distinción Máxima. En primer lugar, su Magíster en Derecho Penal estaba orientado al desarrollo investigativo del principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto, dirigido el profesor alemán Wolfgang Frisch.

En segundo lugar, su Tesis Doctoral, que fue dirigida por el mismo profesor del Magíster, consistió en un estudio investigativo orientado a los criterios para determinar los deberes jurídicos del fabricante, trabajo por el cual recibió el Premio a Mejor Tesis Doctoral por la Fundación Alemana Rössler, en 2013. El Profesor Contreras eligió abordar este tema en su tesis, porque es un aspecto específico de la ciencia penal que se denomina la responsabilidad penal por el producto y al abordar esta línea investigativa le permitió estudiar muchos aspectos de la parte general y especial del derecho penal.

El profesor Contreras, también ha tenido un rol destacado en la práctica profesional, principalmente, como Abogado del Ministerio Público en la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos, como Abogado Asesor de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte y como Abogado Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte.

Sin duda el principal aspecto de la dogmática penal que ha investigado el Profesor Contreras tiene relación la responsabilidad penal del fabricante (o por el producto), en la cual se ha constituido como experto en la materia en el debate dogmático nacional.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

Como resultado de la influencia del profesor alemán Frisch con quien escribió sus trabajos de Magíster y Doctorado, su pensamiento doctrinal está orientado a lo que él denomina una “visión integral” del sistema penal, esto es, una teoría orientada a una visión integral del derecho penal sustantivo y derecho penal procesal, llevado al derecho chileno.

(c) Proyectos de investigación

Tabla 4: Proyectos de investigación de Lautaro Contreras

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
11160021	01-10-2016 01-10-2019	La determinación del deber de cuidado en los delitos culposos de resultado.	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Investigador Responsable

(d) Publicaciones

Tabla 5: Publicaciones de Lautaro Contreras

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2001	Algunos alcances sobre la agravante de ser dos o más los malhechores en los delitos de robo y hurto	Boletín del Ministerio Público	N.º1, 71-78	Artículo de revista	0,1
2003	Las acciones civiles en el Código Procesal Penal. Junto a Sonia Rojas	V.V.A.A, <i>La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal</i> , Ministerio Público, Editorial Fallos del Mes, Santiago.	Páginas 241-299	Capítulo de libro	0,1
2013	<i>Normative Kriterien zur bestimmung der sorgfaltspflichten des produzenten. Eine rechtsvergleichende analyse aus der perspektive deutschlands und spaniens</i> ⁴⁵	Editorial Duncker & Humblot, Berlín	280 pp.	Libro	1,0
2014	Hacia una normativización del principio de confianza en el tránsito vehicular	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal. Relevancia jurídica del tráfico vial. Principales problemas y guías de solución. (Universidad de los Andes)	Año 5, 23-45	Artículo de revista	0,1
2015	La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada	Revista Política Criminal	Vol. 10, N.º19, 266-296	Artículo de revista	0,75
2015	Caso “Atropello de Johnny H.” Rendimiento del principio de confianza. Junto a Gonzalo García	Tatiana Vargas (Dir.), <i>Casos Destacados, Derecho Penal, Parte General</i> , Thomson Reuters, Santiago	77-102	Capítulo de libro	0,3
2017	La posición de garante del fabricante en el Derecho penal	Revista Política Criminal	Vol. 12,	Artículo de	0,75

⁴⁵ Traducción: “Criterios normativos para determinar los deberes de cuidado del fabricante. Un análisis del derecho comparado desde la perspectiva de Alemania y España”.

	alemán		N.º23, 1-55	revista	
2017	Principio de confianza y responsabilidad por el producto	Revista de Ciencias Penales	Sexta Época, Vol. 45, N.º3, 11-20	Artículo de revista	0,1
2018	Productos defectuosos y derecho penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto	RIL Editores, Santiago	168 pp.	Libro	1,0
2018	Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones	Revista Política Criminal	Vol. 13, N.º25, 387- 443	Artículo de revista	0,75
2018	Alimento para regímenes especiales	Monografías. Tatiana Vargas (Dir.), <i>Casos Destacados Derecho Penal. Parte Especial</i> , DER Ediciones, Santiago.	365-382	Capítulo de libro	0,1
2019	Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado	Revista de Estudios de la Justicia	N.º30, 95-110	Artículo de revista	0,1
2019	La prohibición de colocar en el mercado productos que sean peligrosos en caso de utilización conforme a su finalidad o racionalmente previsible	Revista Ius et Praxis	Año 25, N.º2, 19-66	Artículo de revista	0,75
2019	El principio de confianza como criterio delimitador de la responsabilidad penal de los médicos	Revista Acta Bioethica	Vol. 25, N.º1, 35-43	Artículo de revista	0,75
2019	La autorización administrativa como pauta para determinar la conducta típica en los delitos culposos de homicidio y lesiones: una cuestión de orden primario de comportamiento ejemplificada a través del otorgamiento de registros sanitarios	Revista Política Criminal	Vol. 14, N.º28, 411- 440	Artículo de revista	0,75

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 6: Puntuación de Lautaro Contreras

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	7,4	Total	6,2
Promedio	0,493	Promedio	0,516

2.1.3 Profesor Jaime Winter Etcheberry

(a) Reseña Biográfica

Profesor Instructor. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su memoria de pregrado se titula “La Responsabilidad de los Superiores en Derecho Penal Internacional”, cuyo profesor guía fue Miguel Soto Piñeiro. Sus profesores de Derecho Penal en Pregrado fueron Luis Ortiz, Gabriel Zaliasnik y Alfredo Etcheberry.

Respecto de sus estudios de Postgrado, el Profesor Winter realizó un Diplomado de Postítulo en Derecho Procesal Penal en la Universidad Alberto Hurtado. Con posterioridad, realizó sus estudios de Doctorado en la Universidad de Giessen de Alemania, su tesis, actualmente en proceso de entrega, tratará sobre el derecho penal y *compliance*, debido a que para el Profesor Winter este es un tema actual e importante en el derecho penal. Este trabajo doctoral está a cargo del profesor alemán Thomas Rotsch.

La principal motivación del Profesor Winter para dedicarse al área penal tiene que ver con que es el área del derecho en que se dan las más interesantes discusiones dogmáticas y, además, se presentan conflictos sociales de gran envergadura⁴⁶.

El Profesor Winter se ha destacado en la investigación jurídica y en el ejercicio de la profesión. Respecto de lo primero, ha escrito, principal, pero no exclusivamente, sobre derecho penal económico y su regulación en Chile como en el derecho comparado, asimismo, ha escrito múltiples comentarios de jurisprudencia en las Revistas de Ciencias Penales y Gaceta Jurídica. Como docente, realiza clases en la Universidad de Chile en Pregrado y Postgrado, y, además, ha impartido diversas capacitaciones y seminarios para la Academia Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, entre otras instituciones.

Por otro lado, actualmente es Abogado Asociado *Senior* del área de Litigios del Estudio Jurídico Albagli Zaliasnik, en donde se desempeña, principalmente, en materias penales y de *criminal compliance*.

⁴⁶ Esto fue declarado por el profesor Winter en una entrevista concedida a este memorista

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

El Profesor Winter reconoce no sentirse parte de ninguna escuela de pensamiento doctrinal⁴⁷.

(c) Proyectos de Investigación

El Profesor Winter no registra proyectos de investigación por alguna institución a la fecha del presente trabajo.

⁴⁷ Así lo manifestó el profesor Winter en una entrevista concedida a este memorista.

(d) Publicaciones

Tabla 7: Publicaciones de Jaime Winter

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2012	Situaciones actuales en la frontera del principio de culpabilidad	Revista de Estudios de la Justicia	N.º17, 105-143	Artículo de revista	0,1
2013	Derecho Penal e impunidad empresarial en Chile ⁴⁸	Revista de Estudios de la Justicia	N.º19, 91-125	Artículo de revista	0,1
2014	Prisión preventiva y delitos empresariales en Chile. Junto a Carlos Correa Robles	Perspectiva Penal Actual. Revista de Investigaciones Jurídico-Penales. (Universidad Mayor)	N.º3, 209-234	Artículo de revista	0,1
2014	Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación ⁴⁹	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal (Universidad de los Andes)	N.º17, 39-64	Artículo de revista	0,1
2015	La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo	Dino Caro, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (Coords.), <i>Lavado de Activos y Compliance: perspectiva internacional y derecho comparado</i> , Jurista Editores, Lima	91-142	Capítulo de libro	0,1
2015	Panorama del Derecho Penal Empresarial en Chile	Jean Pierre Matus, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gustavo Urquizo y Jaime Winter (Coords.), <i>Reformas Penales</i> , DER Ediciones, Santiago	87-119	Capítulo de libro	0,1

⁴⁸ Véase también: WINTER, J (2018). Derecho Penal e impunidad empresarial en Chile, En: Dino Caro (Ed.) *Anuario de derecho penal económico y de la empresa* (4), Ideas Solución Editorial, pp. 153-194.

⁴⁹ Véase también: WINTER, J (2017). Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación, En: *Revista de Ciencias Penales* (2), Vol. XLIV, Thomson Reuters Chile, Santiago, pp. 71-98.

2016	El “principio” de legalidad como regla incompleta	Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (Eds.), <i>El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy</i> , Thomson Reuters, Santiago	121-148	Capítulo de libro	0,3
2018	Delitos contra la indemnidad sexual	DER Ediciones	98 pp.	Libro	0,1
2018	Eduardo Novoa Monreal y la tutela penal del orden público económico. Junto a Luis Varela Ventura	Kai Ambos y José Luis Guzmán (Eds.), <i>Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal</i> , DER Ediciones y Editorial Edeval, Santiago	247-268	Capítulo de libro	0,3

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 8: Puntuación de Jaime Winter

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	1,3	Total	1,1
Promedio	0,144	Promedio	0,157

2.1.4 Profesor Javier Contesse Singh

(a) Reseña Bibliográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Sus profesores de Derecho Penal en Pregrado fueron Miguel Soto Piñeiro, Antonio Bascuñán Rodríguez y Juan Pablo Mañalich. Su tesis de licenciatura de pregrado se tituló “La punibilidad de las acciones prenatales con resultados lesivos: un análisis desde la teoría de las normas”, cuyo profesor guía fue Miguel Soto Piñeiro.

Realizó, primero, sus estudios de Magíster en Derecho, en la misma Universidad de Chile. Su tesis fue dirigida por el profesor Juan Pablo Mañalich, trabajo que lleva por nombre “La modificación del estatus del objeto de la acción en delitos de resultado”. Luego, llevó a cabo sus estudios de Doctorado en la Universidad de Bonn. El tema de su tesis doctoral es el mismo de la tesis de magíster, pero su profesor guía en la investigación doctoral es Urs Kindhäuser. Este trabajo se encuentra en proceso de entrega. Principalmente, decidió abordar este tema en sus tesis de estudios de posgrado, porque con ocasión de su tesis de pregrado al tratar el problema de las lesiones al feto, se planteó el problema de la modificación del estatus del objeto de la acción como un problema general, y se dio cuenta de que el problema estaba subteorizado en nuestra doctrina, por lo que le resultó interesante de investigar.

El Profesor Contesse, pese a ser un académico muy joven, ha dedicado gran parte de su carrera al desarrollo de la dogmática jurídica y la producción de conocimiento en el área, que le ha permitido abarcar distintas dimensiones del quehacer intelectual, como cuestiones dogmáticas, de política criminal y filosóficas. Además, él cree que nuestro país cuenta hoy en día con una comunidad académica dedicada a la investigación, lo cual hace atractivo dedicarse a la investigación jurídica, pero que aún sigue siendo pequeña⁵⁰.

El principal aporte que espera poder lograr en su carrera tiene que ver con, por un lado, poder acercar a la comunidad jurídica la discusión dogmática relativa a la teoría

⁵⁰ Esto fue declarado por el profesor Contesse en una entrevista concedida a este memorista.

analítica del hecho punible, y, por otro lado, seguir investigando en el corto plazo sobre los problemas de parte especial que se relacionan con la protección penal de la vida.

Actualmente, sus investigaciones están orientadas a la protección penal de la vida, ámbito en el que ha guiado varios proyectos de tesis con anterioridad.

Respecto de sus actividades laborales, ha trabajado también como Investigador del Centro de Estudios de la Justicia y también como docente de las universidades Adolfo Ibáñez y de O'Higgins.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

Su escuela de pensamiento está vinculada a la teoría de las normas y la filosofía analítica, dadas las influencias del profesor Urs Kindhäuser, con quien realizó sus estudios de doctorado, al igual que del profesor Mañalich, en el caso de su pregrado y magíster.

(c) Proyectos de Investigación

En la actualidad el Profesor Contesse no registra proyectos de investigación por alguna institución, pero ejerce su labor como académico de tiempo completo en la Facultad, por lo cual está continuamente trabajando en diversos temas de investigación jurídico-penal, sobre todo en lo que tiene que ver con la protección penal de la vida.

(d) Publicaciones

Tabla 9: Publicaciones de Javier Contesse

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2007	Consideraciones acerca de la relación entre pena y reproche penal: el caso del " <i>shaming punishment</i> " en la práctica punitiva norteamericana	Revista de Estudios de la Justicia	N.º9, 241-274	Artículo de revista	0,1
2013	Cambios del estatus del objeto de la acción y lesiones al feto	Juan Pablo Mañalich (Coord.), <i>La Ciencia Penal en la Universidad de Chile</i> , Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago	374-404	Capítulo de libro	0,1
2017	La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados “delitos de omisión impropia” en el Anteproyecto de nuevo Código Penal.	Jean Pierre Matus, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gustavo Urquiza y Jaime Winter (Coords.), <i>Reformas Penales</i> , DER Ediciones, Santiago	11-49	Capítulo de libro	0,1
2018	Tentativa y concurso de personas en la obra de Eduardo Novoa Monreal	Kai Ambos y José Luis Guzmán (Eds.), <i>Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal</i> , DER Ediciones y Editorial Edeval, Santiago.	113-139	Capítulo de libro	0,3
2019	<i>Wert und Tatsache Sprachanalytische Anmerkungen zu normativen Tatbestandsmerkmalen</i> ⁵¹	Martin Böse, Kay Schumann y Friedrich Toepel (Eds.), <i>Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag</i> ⁵² , Editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden	35-48	Capítulo de libro	0,4

⁵¹ Traducción: “Valoración del objeto y objeto de valoración en la aproximación analítica a los elementos normativos del tipo”.

⁵² Traducción: “Conmemoración para Urs Kindhäuser en su 70º cumpleaños”.

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 10: Puntuación de Javier Contesse

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	1,0	Total	0,8
Promedio	0,2	Promedio	0,266

2.1.5 Profesor Gonzalo Berríos Díaz

(a) Reseña Bibliográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su tesis de licenciatura lleva por nombre “Necesidad de proteger penalmente el medio ambiente: una discusión abierta”, cuyo profesor guía fue Eduardo Sepúlveda Crerar.

En cuanto a sus estudios posteriores, el Profesor Berríos cuenta con un Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, con una especialización en Derecho Penal Juvenil, en la Universidad Diego Portales. El Profesor destaca como las grandes influencias a nivel nacional en su interés por el derecho penal a Juan Bustos Ramírez, María Inés Horvitz, Jaime Couso Salas y Miguel Cillero Bruñol⁵³.

La motivación del profesor está en los temas penales y criminológicos relacionados con los adolescentes, por lo tanto, su labor investigativa tiene una línea muy clara, se destaca notablemente en el área del derecho penal juvenil, imparte dicho curso electivo en Pregrado desde el 2008 a la fecha. Su principal motivación para escribir sobre esto tiene que ver con generar conocimiento y masa crítica respecto de esta área del derecho que hace unos años atrás no contaba con una gran cantidad de publicaciones como en la actualidad.

Cuenta con varias publicaciones en el tema. Además, ha dirigido muchas investigaciones para trabajos de memoria y tesis de magíster relacionados con los adolescentes y las consecuencias jurídicas del sistema que rige en nuestro país. Sin duda, su aporte a nuestra doctrina penal está relacionado con el derecho penal juvenil.

Por otro lado, en cuanto a sus actividades laborales, se ha desempeñado como Abogado Jefe del Gabinete del Defensor Nacional y Abogado Jefe de la Unidad de Defensa Penal Juvenil- de la cual fue su fundador-, ambos cargos de la Defensoría Penal Pública y con anterioridad fue Abogado Jefe del Departamento de Menores del Ministerio de Justicia.

⁵³ Lo anterior fue declarado por el profesor Berríos en una entrevista concedida a este memorista.

Actualmente, es Consejero de la Academia Judicial y Subdirector de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

En cuanto a pensamiento doctrinal, el Profesor Berríos reconoce influencias en sus estudios de distintas teorías y autores, como el enfoque político-criminal, retribucionismo en sus distintas variantes moderadas, derecho penal mínimo y el garantismo penal. Entre los autores, por tanto, que más han influido en su pensamiento se encuentran Claus Roxin, Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Andrew Von Hirsch y Juan Bustos Ramírez. En el ámbito del Derecho Penal Juvenil sus principales influencias las reconoce en Jaime Couso, Miguel Cillero, Mauricio Duce, Beatriz Cruz y Peter-Alexis Albrecht.

(c) Proyectos de Investigación

El Profesor Berríos entre 2018 y 2019 participó en un proyecto colectivo de investigación dirigido a elaborar una propuesta de Estándares Comunes para Iberoamericana sobre Determinación y Revisión Judicial de Sanciones Penales de Adolescentes, para lo cual se efectuaron previamente diversos estudios nacionales y temáticos en países como Brasil, Chile, Costa Rica, España y Perú.

(d) Publicaciones

Tabla 11: Publicaciones de Gonzalo Berríos

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2000	Imputabilidad penal, sanciones y justicia en jóvenes y adolescentes	Revista Iberoamericana de Juventud	N.º1, 26-31	Artículo de revista	0,1
2002	El examen de discernimiento en el nuevo proceso penal	Desafíos de la Reforma Procesal Penal, Boletín Jurídico, Ministerio de Justicia	N.º2/3, 167-175	Artículo de revista	0,1
2003	Responsabilidad penal del adolescente ⁵⁴	V.V.A.A., <i>Responsabilidad Penal de Adolescentes</i> , Corporación Opción y Embajada Británica, Santiago.	59-74	Capítulo de libro	0,1
2005	El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes	Revista de Estudios de la Justicia	N.º5, 161-174	Artículo de revista	0,1
2006	Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención	Revista de Estudios de la Justicia	N.º7, 121-161	Artículo de revista	0,1
2008	Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia	V.V.A.A., <i>Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia del Ministerio Público de la Defensa. 1º Edición, Defensoría General de la Nación</i> , Buenos Aires.	401-408	Capítulo de libro	0,1
2009	Justicia militar y adolescentes: un nuevo escenario tras la vigencia de las Ley 20.084. Junto a Alejandra Díaz y Alejandro Gómez	Informes en derecho. <i>Estudios de Derecho Penal Juvenil I, Defensoría Penal Pública</i> , Santiago.	267-275	Capítulo de libro	0,1

⁵⁴ Véase también: BERRÍOS, G (2003). Responsabilidad Penal del Adolescente, en *Jóvenes a la Vista*, INTERJOVEN.

2011	3 años de vigencia, Ley de responsabilidad penal del adolescente. 8 de junio de 2007 a 7 de junio de 2010. Junto a Luis Vial	Defensoría Penal Pública y UNICEF, Santiago	46 pp.	Capítulo de libro	de	0,1
2011	La ley de responsabilidad penal del adolescente: análisis y desafíos	Revista Política Criminal	Vol. 6, N.º11, 163-191	Artículo de revista	de	0,75
2011	Experiencia en mediación en materia de responsabilidad penal adolescente	V.V.A.A., <i>Congreso Internacional Mediación y Resolución Colaborativa de Conflictos: un Aporte a la Cohesión Social</i> , Ministerio de Justicia, Santiago.	93-114	Capítulo de libro	de	0,1
2012	Los adolescentes mapuches y las reformas a la Ley 18.134 sobre conductas terroristas	Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)	N.º12, 147-154	Artículo de revista	de	0,1
2012	El derecho de defensa penal y la Convención sobre los Derechos del Niño: una exigencia de especialización	Ernesto Blanck (Coord.), <i>Una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires: justicia penal especializada para personas menores de edad</i> , Editorial EUDEBA, Buenos Aires.	99-109	Capítulo de libro	de	0,3
2013	Justicia penal juvenil: jurisprudencia que contribuye a su especialidad	Revista 93	Nº9, 43-46	Artículo de revista	de	0,1
2018	Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica	Elisa Piña y Gabriela Lara (Eds.), Observatorio Legislativo, Centro UC Políticas Públicas, Santiago.	N.º36, 16 pp.	Artículo de revista	de	0,1
2018	Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Junto a Fabiola Lathrop y Miguel Cillero	Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)	N.º14, 15-31	Artículo de revista	de	0,1
2019	Uso de la información personal sobre el adolescente para la determinación de la sanción en los Estados Unidos de América	Jaime Couso, Miguel Cillero y Myriam Cabrera (Eds.), <i>Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica</i> , Thomson Reuters,	225-238	Capítulo de libro	de	0,3

		Santiago			
--	--	----------	--	--	--

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 12: Puntuación de Gonzalo Berríos

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	2,65	Total	0,5
Promedio	0,165	Promedio	0,166

2.1.6 Profesor German Ovalle Madrid

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile con Distinción Máxima. Su tesis de licenciatura de pregrado lleva por nombre “La extradición”, trabajo que fue guiado por los profesores Diego Guzmán Latorre y Miguel Soto Piñeiro. Sus profesores de derecho penal en pregrado fueron Antonio Bascuñán, Miguel Soto Piñeiro y Vivian Bullemore.

En cuanto a sus estudios de postgrados, cuenta con dos Diplomados, uno en Derecho Procesal Penal en la Universidad de los Andes y otro en Litigación Oral en la *California Western School of Law*, Estados Unidos. Sumado a esto, realizó sus estudios de Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en las Universidades Pompeu Fabra y de Barcelona a cargo de los académicos Santiago Mir Püig y Jesús Silva Sánchez.

Realizó su doctorado en la Universidad de Barcelona, que aprobó con Distinción Máxima, su tesis doctoral se titula “El delito de contrato simulado. Reconstrucción dogmática y jurisprudencial del artículo 251.3 del Código Penal Español”. Los profesores que dirigieron este trabajo investigativo fueron Jesús Silva Sánchez y Nuria Pastor Muñoz. Eligió este tema por la interesante discusión doctrinal respecto de este tipo delictivo, con el objeto de plantear la adecuada solución a este problema doctrinal.

El Profesor Ovalle, además de su carrera académica como docente de la Facultad, tiene un desempeño importante en la práctica profesional y actualmente trabaja como Abogado Socio en el Estudio Jurídico Montt y Cía.

El principal aporte a la doctrina penal que el Profesor Ovalle espera lograr tiene que ver con el daño que generan los ilícitos relativos a las relaciones contractuales y al correcto funcionamiento del mercado, dada la marcada influencia que tuvo de las instituciones en

que realizó sus estudios de postgrado, sobre todo la Universidad Pompeu Fabra que se ha especializado en materias de criminalidad económica⁵⁵.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

No se identifica con una escuela de pensamiento doctrinal en particular por cuanto estima que la práctica del derecho está más cercana a posiciones dogmáticas eclécticas, en esta línea reconoce las influencias de diversos planteamientos de autores alemanes y españoles, poniendo hincapié en la necesidad de tener un derecho penal que respete las garantías procesales y los derechos fundamentales.

(c) Proyectos de Investigación

El Profesor Ovalle no registra adjudicación de proyectos de investigación por alguna institución a la fecha de este trabajo.

⁵⁵ Esto fue declarado por el profesor en una entrevista *online* concedida a este memorista.

(d) Publicaciones

Tabla 13: Publicaciones de Germán Ovalle

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2003	La tentativa inidónea en los delitos de omisión propios en el Código Penal Español ⁵⁶	Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)	Vol. 30, N.º1, 23-37	Artículo de Revista	0,75
2004	Delito contra el medio ambiente y delito de daños en el Código Penal Español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado	Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)	Vol. 31, N.º1, 105-113	Artículo de Revista	0,75
2010	La habitualidad en el delito de malos tratos en el ámbito familiar en el Código Penal español de 1995	Revista Jurídica Leyes & Sentencias, Editorial Thomson Reuters, Punto Lex	N.º101, 1-14	Artículo de revista	0,1
2011	Imprudencia y Cognición	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal. La imprudencia (Universidad de los Andes)	Año 2, N.º 1, 31-44	Artículo de revista	0,1
2011	<i>Criminal liability of legal entities in Chile</i> ⁵⁷ . Junto a Ana Morell y Omar Morales	<i>Latin American Law & Business Report</i> de Thomson Reuters	18 y ss.	Artículo de revista	0,1
2019	El delito de otorgamiento de contrato simulado en perjuicio de otro –art. 251.3 del Código Penal español– como un supuesto particular de gestión del patrimonio ajeno específicamente tipificado.	Revista de Ciencias Penales	Vol. 46, 19-102	Artículo de revista	0,1

⁵⁶ Véase también: OVALLE, G. (2004). La tentativa inidónea en los delitos de omisión propios en el Código Penal Español, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N°211, Año LXX, pp. 179-200.

⁵⁷ Traducción: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 14: Puntuación de Germán Ovalle

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	1,9	Total	0,1
Promedio	0,316	Promedio	0,1

2.1.7 Profesor Gonzalo Medina Schulz

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile con Distinción Máxima. Su profesor de derecho penal en pregrado fue Luis Ortiz Quiroga. Su tesis de licenciatura de pregrado se titula “La desaparición forzada de personas: como forma calificada de detención ilegal cometida por funcionario público”, cuyo profesor guía fue Antonio Bascuñán Rodríguez. Comenzó sus estudios de doctorado en la Universidad de Friburgo de Alemania, que finalmente no terminó.

El profesor Medina ha tenido una destacada labor docente e investigativa, fue Director del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile en el período anterior al del profesor Mañalich. A lo largo de su carrera académica ha impartido clases en diversas instituciones públicas como el Ministerio Público, la Academia Judicial y la Defensoría Penal Pública.

En cuanto a su desempeño laboral ha trabajado como Abogado Jefe del área del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública y como defensor privado en diversos estudios jurídicos. Actualmente, se desempeña como Abogado Socio en el Estudio Jurídico Harasic, Medina, Dal Pozzo, especializándose en el área del derecho penal económico y corporativo, específicamente en litigios penales de alta complejidad y de programas de cumplimiento y prevención de riesgos corporativos.

El aporte a la doctrina chilena que espera poder plasmar tiene relación con la valorización de la categoría del bien jurídico y el trabajo dogmático sobre este, orientados a los diversos problemas de la parte especial del derecho penal.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

Una de las escuelas de pensamiento doctrinal con las cuales se siente identificado el profesor Medina, dado los temas que estudió y que ha investigado, es el funcionalismo moderado.

(c) Proyectos de Investigación

El profesor Medina no registra proyectos de investigación por alguna institución a la fecha de este trabajo.

(d) Publicaciones

Tabla 15: Publicaciones de Gonzalo Medina

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2003	La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio	Rodrigo Coloma (Ed.), <i>La Prueba en el Proceso Penal Oral</i> , Editorial Lexis Nexis, Santiago	35-68	Capítulo de libro	0,3
2006	La captación no autorizada de imágenes en el derecho penal alemán: el § 201a StGB	Revista Estudios Penales y Criminológicos (Universidad de Santiago de Compostela)	Vol. 26, 425-455	Artículo de Revista	0,1
2006	Principales reformas en la legislación penal y procesal 2003-2006	Revista Penal (Universidad de Huelva), Sistemas Penales Comparados	N.º18, 249-305	Artículo de Revista	0,1
2006	La calidad de adicto como presupuesto de la impunidad del consumo compartido	Base de Datos de Bibliografía El Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid	-	Artículo de Revista	0,1
2008	Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad	José Ángel Fernández (Ed.), <i>Estudios de Ciencias Penales, Hacia una Racionalización del Derecho Penal</i> , Editorial Legal Publishing, Santiago.	241-262	Capítulo de libro	0,3
2009	Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente	Revista de Estudios de la Justicia	N.º11, 201-234	Artículo de Revista	0,1
2013	El injusto de la asociación ilícita como problema de la estructura de afectación del bien jurídico	Juan Pablo Mañalich (Coord.), <i>La Ciencia Penal en la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile</i> , Santiago.	481-504	Capítulo de libro	0,1
2014	Estructura típica del delito de intromisión informática	Revista Chilena de Derecho y Tecnología	Vol. 3, N.º1, 79-99	Artículo de Revista	0,75
2015	Algunas notas sobre el delito de estafa	V.V.A.A., <i>Informes en derecho. Derecho Procesal Penal 2014</i> , Defensoría Penal Pública, Santiago.	65 y ss.	Capítulo de libro	0,1

2015	Principio de precaución y su rendimiento en derecho penal	Pilar Moraga, Mathilde Boutonnet y Jean-Cristophe Saint-Pau (Coords.), <i>El principio precautorio en derecho comparado</i> , Ediciones Gráfica LOM, Santiago	-	Capítulo de libro	0,3
-------------	---	---	---	-------------------	-----

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 16: Puntuación de Gonzalo Medina

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	2,25	Total	1,15
Promedio	0,225	Promedio	0,383

2.1.8 Profesor Miguel Schürmann Opazo

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile con Distinción Máxima. Realizó sus estudios de derecho penal en Pregrado con los profesores Miguel Soto Piñeiro y Antonio Bascuñán Rodríguez. Su tesis de licenciatura se titula “Dogmática jurídica y racionalidad científica: análisis de los presupuestos epistémicos de las teorías dogmáticas a la luz del debate sobre la sanción de la tentativa inidónea en el derecho penal alemán”, cuyo Profesor Guía fue Antonio Bascuñán Rodríguez.

Respecto de sus estudios de Postgrado, el Profesor Schürmann realizó un Magíster en la Universidad de Bonn, que aprobó con el grado de Distinción Máxima. Su tesis de Magíster trata sobre el problema de la complicidad a través de las denominadas acciones neutrales desde una perspectiva de la teoría de las normas, a cargo del académico Urs Kindhäuser. Actualmente, se encuentra cursando sus estudios de doctorado en la misma universidad.

Es importante destacar que, además de su desempeño como docente en la Universidad de Chile, el Profesor Schürmann se ha dedicado a la práctica profesional, principalmente en las áreas de derecho penal económico y libre competencia. Actualmente, trabaja como Abogado Socio en el Estudio Jurídico BACS. En este sentido, cuenta con un reconocimiento en el año 2019 con su inclusión en el ranking internacional *Best Lawyers*.

En cuanto a la academia, además de las publicaciones que más adelante se individualizan, el profesor Schürmann ha realizado variados comentarios de jurisprudencia en las Revistas de Ciencias Penales y Gaceta Jurídica, en materias de derecho penal sustantivo y procesal penal.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

El Profesor Schürmann reconoce que la Escuela que ha influenciado su pensamiento dogmático penal es la relacionada a la filosofía analítica del derecho penal, en parte por sus estudios de postgrado en la Universidad de Bonn⁵⁸.

(c) Proyectos de Investigación

El Profesor Schürmann no registra proyectos de investigación por alguna institución a la fecha de este trabajo.

⁵⁸ Lo anterior fue señalado por el profesor Schürmann en entrevista concedida a este memorista.

(d) Publicaciones

Tabla 17: Publicaciones de Miguel Schürmann

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2011	<i>The regulation of White collar crime in Chile</i> ⁵⁹ . Junto a Miguel Chaves Pérez.	Revista <i>Financier Worldwide</i>	-	Artículo de revista	0,1
2011	El control de la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación	Revista Gaceta Jurídica	N.º376, 14-24	Artículo de revista	0,1
2013	Proceso Penal. Junto a Alejandro Awad y Marcos Contreras	Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez). Comentario de Jurisprudencia del año 2005 de la Corte Suprema	N.º3, 381-429	Artículo de revista	0,1
2016	Proceso Penal. Junto a Alejandro Awad y Marcos Contreras	Revista de Derecho (Universidad de la Adolfo Ibáñez). Comentario de la Jurisprudencia del periodo 2009-2011 Corte Suprema	N.º4, 445-524	Artículo de revista	0,1
2016	¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune? Una revisión de la doctrina y jurisprudencia chilena	Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (Eds.), <i>El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy</i> , Thomson Reuters, Santiago	411-453	Capítulo de libro	0,3
2019	¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal	Revista Política Criminal	Vol. 14, N.º27, 549-598	Artículo de revista	0.75

⁵⁹ Traducción: “La regulación del crimen de cuello blanco en Chile”

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 18: Puntuación de Miguel Schürmann

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	1,45	Total	1,15
Promedio	0,241	Promedio	0,383

2.1.9 Profesor Álvaro Castro Morales

(a) Reseña Bibliográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales. Su Tesis de Licenciatura versó sobre el bien jurídico en los delitos militares, guiada por el profesor Jorge Mera, con quien también cursó su ciclo de derecho penal en el pregrado.

En cuanto a sus estudios de postgrado, cuenta con un Máster en Derecho Penal y Procesal Penal realizado en la Universidad de Diego Portales, a cargo de los académicos Jaime Couso y Mauricio Duce. Además, realizó sus estudios de doctorado en la Universidad de Greifswald en Alemania. Su tesis doctoral se titula “Justicia juvenil y derecho juvenil en Chile, Perú y Bolivia con especial atención a los mecanismos de control nacionales e internacionales: regulaciones legales, práctica, reformas y perspectivas”, guiada por el profesor alemán Frieder Dünkel.

Se ha dedicado en gran parte de su carrera profesional a la investigación jurídica del derecho penal. Actualmente, el profesor Castro es director de la Revista Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile. Anteriormente, ha trabajado como profesor investigador en el Centro de Criminología y Derecho Penal de la Universidad de Greiswald y en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Sus investigaciones se centran en diversos temas del área penal como ejecución de la pena, derecho penal juvenil y derecho penal comparado.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

El profesor Castro reconoce identificarse con cualquier escuela que ponga énfasis en la protección judicial de los privados de libertad, tanto adultos como jóvenes, en relación

con las condiciones carcelarias y con una mirada de análisis centrada en los derechos fundamentales de los ciudadanos ante la intervención punitiva del Estado⁶⁰.

(c) Proyectos de Investigación

En Chile, ha participado en diversos proyectos de investigación ligados a la ejecución de las sanciones penales, estándares internacionales en materia de condiciones carcelarias de la población privada de libertad – tanto adulta como joven – y sobre derechos fundamentales de personas privadas de libertad. De igual forma, participó de un proyecto relacionado con la ejecución de sanciones penales juveniles, justicia penal juvenil y justicia restaurativa durante su estadía en Europa.

Tabla 19: Proyectos de investigación de Álvaro Castro

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
11190355	01-10-2010 01-10-2022	El principio de especialidad en la ejecución de la sanción de régimen cerrado de adolescentes. Entre el discurso y la realidad	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Investigador principal

⁶⁰ Esto fue señalado por el profesor Castro en una entrevista telefónica concedida a este memorista.

(d) Publicaciones

Tabla 20: Publicaciones de Álvaro Castro

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2007	Jurisprudencia penal de la Corte Suprema. Junto a Jorge Mera	Editorial Lexis Nexis, Santiago	453 pp.	Libro	0,75
2010	Derechos fundamentales de los privados de libertad: Guía práctica con los estándares internacionales en la materia. Junto a Jorge Mera y Miguel Cillero	Ediciones Diego Portales, Santiago	288 pp.	Libro	0,75
2010	Delincuencia medioambiental en Chile: Alcances de una normativa inaplicable. Junto a Mario Garrido Montt	Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago	125-158	Capítulo de libro	0,1
2012	Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas. Junto a Frieder Dünkel	Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales (Universidad de Costa Rica)	N.º4, 93-122	Artículo de revista	0,1
2014	Sistemas de justicia juvenil y política criminal en Europa. Junto a Frieder Dünkel	Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia)	Tercera Época, N.º12, 261-306	Artículo de revista	0,1
2016	<i>Jugendstrafvollzug und Jugendstrafrecht in Chile, Peru und Bolivien unter besonderer Berücksichtigung von nationalen und internationalen Kontrollmechanismen Rechtliche Regelungen, Praxis, Reformen und Perspektiven</i> ⁶¹	Editorial Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach	249 pp.	Libro	0,1

⁶¹ Traducción: “Justicia juvenil y derecho penal juvenil en Chile, Perú y Bolivia con especial consideración de los mecanismos de control nacionales e internacionales: normativa legal, práctica, reformas y perspectivas”.

2017	Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Junto a Sebastián Salinero y Ana María Morales	Revista Política Criminal	Vol. 12, N.º24, 786-864	Artículo de revista	de	0,75
2018	Estándares de la corte interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad	Anuario de Derechos Humanos (Universidad de Chile)	N.º14, 35-54	Artículo de revista	de	0,1
2019	Ejecución de la pena de prisión de adultos en Alemania: análisis de las leyes estatales a la luz de la Ley Federal de 1976 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG)	Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Perú)	N.º82, 281-313	Artículo de Revista	de	0,75
2019	Ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y mecanismo de protección de derechos de los privados de libertad en Chile: ¿Bajo la maldición de Sísifo?	Javier Contesse y Lautaro Contreras (Coords.), <i>La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos</i> , Editorial Jurídica de Chile, Santiago	89-120	Capítulo de libro	de	0.3

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 21: Puntuación de Álvaro Castro

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	3,8	Total	2,1
Promedio	0,38	Promedio	0,35

2.2 Derecho Procesal Penal

Los siguientes profesores son integrantes del cuerpo docente del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ellos formarán parte de la investigación objetiva dado que han realizado variados aportes a la doctrina procesal penal chilena del siglo XXI

2.2.1 Profesor Jonatan Valenzuela Saldías

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su tesis de licenciatura se tituló “El tercer nivel de protección a la vida humana, cuestiones político criminales”, cuyo profesor guía fue Miguel Soto Piñeiro. Sus profesores de derecho penal en pregrado fueron Miguel Soto Piñeiro y Antonio Bascuñán Rodríguez.

Entre sus estudios de postgrado se destaca, por un lado, un Diplomado de Postítulo en Derecho Procesal Penal en la Universidad de Chile y un Diplomado en Estudios Avanzados en la Universidad de Girona. Además, realizó sus estudios de Doctorado en la misma Universidad de Girona, su trabajo de tesis doctoral se titula “Compartir el mal. Sobre la justificación política del mandato de impedir determinados delitos en el derecho penal español”, este trabajo fue dirigido por los profesores Jordi Ferrer y Daniel Varona.

El Profesor Valenzuela ha desarrollado una destacada carrera académica como investigador y docente de la Facultad, además, dentro de su labor en la Facultad ha ocupado los cargos de Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Director del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile.

Igualmente, ha trabajado como profesor en la Universidad Austral de Chile y como profesor consultor en la Universidad Oberta de Catalunya. En cuanto al ejercicio de la profesión, trabajó como Abogado del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

Su labor investigativa lo ha llevado a desarrollar diversos artículos sobre el derecho procesal penal y derecho penal. La escuela de pensamiento doctrinal que puede asociarse a sus trabajos ligados al derecho procesal es la denominada “teoría racional de la prueba”, lo cual se explica por sus estudios de doctorado.

(c) Proyectos de Investigación

Tabla 22: Proyectos de investigación de Jonatan Valenzuela

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
UI-004-15	01-04-2015 01-04-2017	Alternativas para la formulación de estándares probatorios respecto a medidas cautelares en los ámbitos civil y penal	Fondo Central de Investigación Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Investigador principal
1191634	01-04-2019 01-04-2021	Error y proceso judicial	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Co-Investigador. Junto a la Profesora Flavia Carbonell
11190442	01-10-2019 01-10-2022	La arquitectura probatoria del derecho de daños: hacia una conceptualización del derecho de daños desde el derecho probatorio	FONDECYT Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile	Investigador principal

(d) Publicaciones

Tabla 23: Publicaciones de Jonatan Valenzuela

Año	Título	Editorial/ Revista	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2003	Algunas consideraciones sobre el estatuto del embrión preimplantacional en Chile	Revista de Estudios de la Justicia	N.º3, 163-175	Artículo de revista	0,1
2005	Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile	Revista de Estudios de la Justicia	N.º6, 191-209	Artículo de revista	0,1
2007	Aproximación a la regulación de la ley 20.120: cuestiones generales sobre la protección penal del embrión no implantado en el derecho chileno	Revista de Estudios de la Justicia	N.º9, 121-148	Artículo de revista	0,1
2008	La imposición de la pena en el ámbito del derecho chileno y el concepto de derecho fundamental	Revista de Derecho y Humanidades	N.º14, 74-89	Artículo de revista	0,1
2008	El tratamiento del inimputable enajenado mental en el proceso penal chileno. Junto a María Inés Horvitz y Luppy Aguirre	Revista de Estudios de la Justicia	N.º10, 105-139	Artículo de revista	0,1
2009	La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil	Revista de Estudios de la Justicia	N.º11, 235-261	Artículo de revista	0,1
2010	La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena	Revista de Derecho (Universidad Austral)	Vol. 23, N.º1, 255-268	Artículo de revista	0,75
2011	Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno	Revista de Estudios de la Justicia	N.º14, 53-70	Artículo de revista	0,1
2012	Sobre el derecho penal y las decisiones políticas	Revista Razonamiento Penal	N.º1, 135 y ss.	Artículo de revista	0,1

2013	Inocencia y razonamiento probatorio	Revista de Estudios de la Justicia	N.º18, 13-23	Artículo de revista	de	0,1
2013	Ciudadanía transnacional y derecho penal: a propósito del caso europeo	Revista de Derecho Escuela de Postgrado (Universidad de Chile)	N.º4, 57-68	Artículo de revista	de	0,1
2014	La narrativa del deber de ayudar a otro: Samaritanos, héroes y superhéroes	Revista Ius et Praxis	Año 20, N.º2, 555-574	Artículo de revista	de	0,75
2015	Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal	V.V.A.A., <i>Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2014, Defensoría Penal Pública</i> , Santiago.	117-145	Capítulo de libro	de	0,1
2017	Hecho, pena y proceso. Ensayos sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno	Rubicón Editores, Santiago	180 pp.	Libro		0,1
2018	Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva	Revista Política Criminal	Vol. 13, N.º26, 836-857	Artículo de Revista	de	0,75

(e) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 24: Puntuación de Jonatan Valenzuela

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	3,45	Total	1,7
Promedio	0,23	Promedio	0,425

2.2.2 Profesor Julián López Masle

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asociado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su Tesis de Licenciatura fue “Bases para una teoría de la inoponibilidad en el derecho procesal chileno”, dirigida por el Profesor Davor Harasic Yaksic. Su profesor de Derecho Penal en Pregrado fue Luis Ortiz Quiroga.

Además, cuenta con estudios de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, en la Universidad de Harvard de Estados Unidos.

Como docente de la Facultad, se ha dedicado a la enseñanza del Derecho Procesal Penal y la Litigación Oral.

Sin duda el profesor Julián López siempre ha estado ligado al desarrollo jurídico de políticas públicas en nuestro país, principalmente en materias de la reforma procesal penal y de actualización del sistema de justicia penal de nuestro país, para lo cual ha sido invitado a exponer al Congreso, como también, a numerosos seminarios, cursos de capacitación y de diplomados.

Su principal aporte a la dogmática penal se plasma en su gran obra “Derecho Procesal Penal Chileno”, que junto con la profesora María Inés Horvitz, estructuran un libro que ha tenido relevancia práctica importante para la resolución de conflictos penales en nuestros Tribunales de Justicia desde la entrada en vigor de la reforma procesal penal a principios de este siglo.

Actualmente, es abogado socio del Estudio Jurídico López, Escobar, Del Río. A lo largo de su carrera profesional ha participado en casos de alta connotación pública y se le ha destacado con distinciones importantes por su habilidad como abogado litigante, por parte de prestigiosos ránquines internacionales como *Leading Lawyers*, *Best Lawyers*, *Chambers and Partners* y *The Legal 500*.

(b) Escuela de Pensamiento Doctrinal

El Profesor López no adscribe a un pensamiento doctrinal en particular.

(c) Proyectos de Investigación

El Profesor López no registra proyectos de investigación a la fecha de este trabajo.

(d) Publicaciones

Tabla 25: Publicaciones de Julián López

Año	Título	Editorial/ Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2000	Formas alternativas de solución del conflicto penal	Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile. En Seminario “Las Reformas del Proceso Penal”	41-69	Capítulo de libro	0,1
2002	Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Junto a María Inés Horvitz	Editorial Jurídica de Chile, Santiago	638 pp.	Libro	0,75
2003	El rol del abogado en el proceso penal y la defensa del cliente impopular	<i>Seminario: “La ética en el nuevo proceso penal”</i> , Defensoría Penal Pública, Santiago	62-67	Capítulo de libro	0,1
2004	Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Junto a María Inés Horvitz	Editorial Jurídica de Chile, Santiago	659 pp.	Libro	0,75
2006	Debido Proceso en Chile. Hacia un principio generador de reglas	Andrés Bordalí (Coord.), <i>Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales</i> . Editorial Lexis Nexis, Santiago	181-207	Capítulo de libro	0,3
2009	Sobre la prohibición de la ‘reformatio in peius’ y la nulidad parcial de las sentencias en el procedimiento penal	Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal, Defensoría Penal Pública, Santiago	N.º6, 63-87	Capítulo de libro	0,1
2013	La defensa del ‘culpable’ en la ética profesional del defensor penal	Pablo Grez, Javier Wilenmann y Pablo Fuenzalida (Coords.), <i>Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés</i> , Thomson Reuters, Santiago	499-537	Capítulo de libro	0,3

(e) Puntaje total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 26: Puntuación de Julián López

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	2,4	Total	0
Promedio	0,342	Promedio	0

2.3 Otros profesores que han realizado publicaciones

Estos profesores son parte de un grupo de docentes que han contribuido a la labor investigativa de la dogmática penal de la Universidad de Chile, sin embargo, no han realizado un número importante de publicaciones en este siglo, ya sea por su poco tiempo en el ámbito de investigación; por su corta carrera académica; por su distante relación con la investigación académica; por una mayor relación con una Universidad distinta a la sujeta a estudio; o por tener una gran cantidad de publicaciones anteriores al año 2000.

La metodología ocupada en esta sección del trabajo, no consistió en la realización de entrevistas estándar, sino que para la recopilación de información y confección de una breve reseña bibliográfica las bases de datos ocupadas fueron la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que mantiene disponibles los Currículum Vitae de cada uno de los profesores y las páginas de las instituciones y estudios jurídicos en que se han desempeñado laboralmente los docentes que forman parte de este listado. Respecto de las publicaciones y la valoración de su productividad según los criterios FONDECYT, me remito a lo señalado para las secciones anteriores.

2.3.1 Profesor Miguel Soto Piñeiro

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asociado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su tesis de licenciatura de pregrado se titula “Sistema del error evitable sobre la antijuridicidad en el Código Penal Chileno, en los delitos de acción”, guiada por la profesora María Karelovic Car.

En cuanto a sus estudios de postgrado, realizó un Magíster en la Universidad de Chile desarrollando su trabajo de tesis que se titula “Sistema del error evitable de prohibición en los delitos dolosos de acción en el Código Penal Chileno”.

El Profesor Soto ha tenido una carrera docente e investigativa muy importante, con una gran variedad de publicaciones, en su gran mayoría antes del año 2000. Sin duda ha sido un profesor que ha marcado una importancia dogmática relevante en el estudio del

derecho penal en la Universidad de Chile, lo cual se manifiesta tanto en sus publicaciones como en su labor como profesor formador de la mayoría de los académicos más jóvenes del Departamento de Ciencias Penales, según lo que se ha indicado *supra*, y en esta misma línea, también, siendo el profesor guía de varios trabajos de memoria de algunos profesores actuales de la Facultad.

Respecto a su desempeño laboral, ha participado como destacado litigante en varios casos penales de connotación pública en nuestro país. En la actualidad, es Abogado Consultor del Estudio Jurídico Horvath, Daza, Farachi y Orthusteguy.

(b) Publicaciones

Tabla 27: Publicaciones de Miguel Soto

Año	Título	Editorial/ Revista/ Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2001	Derecho y política en el Estado Constitucional de Derecho: el caso del Derecho Penal	V.V.A.A, <i>Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law</i> , Editores del Puerto, Buenos Aires	63-74	Capítulo de libro	0,1
2002	En torno a los denominados "estándares básicos que debe cumplir la defensa penal pública"	Revista de Estudios de la Justicia	N.º1, 215-231	Artículo de Revista	0,1
2002	El principio de la discrecionalidad en el nuevo sistema penal	Revista de Derecho (Universidad Finis Terrae)	N.º6, 167-170	Artículo de Revista	0,1
2007	Consideraciones críticas sobre la regulación del delito de aborto en el anteproyecto de nuevo código penal elaborado por el foro del ministerio de justicia. Junto a María Inés Horvitz	Revista de Estudios de la Justicia	N.º9, 75-120	Artículo de Revista	0,1

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 28: Puntuación de Miguel Soto

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	0,4	Total	0
Promedio	0,1	Promedio	0

2.3.2 Profesor Eduardo Sepúlveda Crerar

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asociado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su memoria de pregrado lleva por nombre “Las nuevas formas de protección jurídica en contra del individuo en sus condiciones físicas”, que fue guiada por el profesor Francisco Grisolía. Cuenta, además, con un Magíster en Gerencia Social y Políticas Públicas en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Ha tenido una larga carrera como docente de la Facultad de la Universidad de Chile, complementándola con una labor investigativa a lo largo de los años dedicada en gran parte a materias de ejecución de la pena, además en su rol como docente ha sido profesor guía en muchos trabajos de memoria de pregrado en la Facultad.

En cuanto a su desempeño laboral, dentro de las labores importantes que ha ejercido destacan su tarea como Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública durante los años 2006 a 2008 y como abogado asesor de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema.

(b) Publicaciones

Tabla 29: Publicaciones de Eduardo Sepúlveda

Año	Título	Editorial/ Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2000	Las asociaciones ilícitas en la ley 19.366 sobre tráfico ilícito de drogas	Cuadernos Judiciales, Instituto de Estudios Judiciales. Drogas y Derecho Penal	N.º4, 63-78	Artículo de revista	0,1
2002	Las iniciativas actuales para la reforma penal en Chile	Cuadernos Judiciales, Instituto de Estudios Judiciales. Reforma Penal Sustantiva, en el camino hacia un nuevo código	N.º6, 126-146	Artículo de revista	0,1
2004	La jurisdiccionalización de la ejecución de las penas en Chile	Cuadernos Judiciales, Instituto de Estudios Judiciales	N.º8	Artículo de revista	0,1
2005	El ordenamiento penitenciario chileno. sus reformas más urgentes	María Inés Horvitz y Jorge Stippel (Coords.), <i>Estado de Derecho y reformas a la justicia</i> . Centro de Estudios de la Justicia y Heidelberg Center para América Latina, California Western School of Law, Santiago.	121-140	Capítulo de libro	0,1
2008	A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿Un beneficio desaprovechado? Junto a Paulina Sepúlveda	Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios	Año 8, N.º13, 85-110	Artículo de revista	0,1

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 30: Puntuación de Eduardo Sepúlveda

Puntuación total de las publicaciones según	Puntuación para concurso FONDECYT
--	--

critérios FONDECYT		regular 2020	
Total	0,5	Total	0
Promedio	0,1	Promedio	0

2.3.3 Profesor Rodrigo Zegers Reyes

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile con Distinción Máxima. Su trabajo de tesis de pregrado se titula “Datos para un estudio de la participación del clero en las primera etapas del Congreso 1811-1834”, guiada por la profesora María Angélica Figueroa. Respecto de sus estudios de postgrado, realizó un Magíster en la Universidad de Chile que trató sobre Derecho Penal Económico.

El Profesor Zegers se ha destacado como un reconocido abogado en el ejercicio de la profesión, siendo uno de los abogados litigantes expertos en juicios de materia penal en nuestro país, con participación en delitos de alta complejidad, lo que le ha traído un reconocimiento importante en 2019 de la Revista *Chambers and Partners* por su labor en la resolución de conflictos en la categoría de *White-Collar Crime*.

Entre su experiencia laboral más relevante, destaca su labor como Abogado del Consejo de Defensa del Estado y de la Comisión Rettig, en la actualidad se desempeña como Abogado Socio en el Estudio Jurídico Rivadeneira, Colombara y Zegers.

(b) Publicaciones

Tabla 31: Publicaciones de Rodrigo Zegers

Año	Título	Editorial/ Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2004	Alcances Jurídicos de la Mentira	Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile	N.º32, 24-27	Artículo de revista	0,1
2011	Incidencia de sentencias penales en posesión inscrita ⁶²	Revista Fojas de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral	N.º28	Artículo de revista	0,1

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 32: Puntuación de Rodrigo Zegers

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	0,2	Total	0
Promedio	0,1	Promedio	0

⁶² Disponible en: <http://fojas.conservadores.cl/articulos/fraude-inmobiliario>

2.3.4 Profesor Javier Arévalo Cunich

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su memoria de pregrado se llama “Contribución al estudio del carácter jurídico del derecho internacional” guiada por el profesor Rodrigo Díaz Albónico.

Ha tenido una importante carrera docente en la Universidad de Chile y la Universidad Alberto Hurtado como profesor de derecho penal, en esta último fue miembro del equipo creador de la Facultad de Derecho y posteriormente su Director Académico. Actualmente, es el Subdirector del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

En cuanto a su desempeño en el ejercicio de la profesión ha trabajado como abogado en estudios jurídicos teniendo una destacada labor como abogado litigante, participando de algunos casos con relevancia pública.

(b) Publicaciones

Tabla 33: Publicaciones de Javier Arévalo

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2000	Algunas consideraciones en relación a la igualdad de los sexos ante la ley penal	Revista Persona y Sociedad	Vol. 14, N.º3, 37-46	Artículo de revista	0,1
2000	Nueva regulación de los delitos sexuales	Revista Persona y Sociedad	Vol. 14, N°3	Artículo de revista	0,1
2013	Las consecuencias jurídicas del delito. Junto a Luis Ortiz.	Editorial Jurídica de Chile, Santiago.	608 pp.	Libro	0,75
2014	La reforma procesal penal en el caso chileno	V.V.A.A, <i>La instrucción penal ¿juez inquisitivo o juez de garantías? El papel del fiscal</i> , Editorial Fundación Walter Kluver, Madrid	-	Capítulo de libro	0,1

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 34: Puntuación de Javier Arévalo

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	1,05	Total	0,1
Promedio	0,262	Promedio	0,1

2.3.5 Profesor Jorge Ferdman Niedmann

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asociado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Su memoria de Pregrado lleva por nombre “Vida jurídica práctica del siglo XVIII”, cuyo profesor guía fue Sergio Martínez Baeza.

El profesor Ferdman, cuenta con una larga experiencia como profesor de derecho penal de la Universidad de Chile desde 1996, asimismo, también ha sido docente de la Universidad Austral. Respecto de la investigación jurídica, trabajó como coordinador de libro homenaje para el profesor Alfredo Etcheberry Orthusteguy.

En cuanto a su experiencia laboral, se ha destacado en el ejercicio de la profesión como abogado litigante, representando a algunos clientes en casos de connotación pública. Actualmente, es Abogado Socio del Estudio Jurídico Domper, Ferdman y Navarrete.

(b) Publicaciones

Tabla 35: Publicaciones de Jorge Ferdman

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2013	¿De qué puede hacerse responsable al <i>extraneus</i> , concurrente a la comisión de un delito que requiere autor calificado? Comentario a propósito de algunos pronunciamientos jurisprudenciales chilenos en el ámbito de los delitos con sujeto activo calificado	Alex van Weezel (Ed.), <i>Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury</i> , Thomson Reuters Chile, Santiago	677-690	Capítulo de libro	0,3
2014	El aprovechamiento de órganos y tejidos humanos en el derecho chileno. Regulación y evolución normativa. Tensiones, conflictos y principios inherentes	Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (Eds.), <i>El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy</i> , Thomson Reuters Chile, Santiago	655-702	Capítulo de libro	0,3

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 36: Puntuación de Jorde Ferdman

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	0,6	Total	0,3
Promedio	0,3	Promedio	0,3

2.3.6 Profesor Guillermo Silva Olivares

(a) Reseña Biográfica

Profesor Instructor. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Su tesis de Pregrado se titula “Motivos, imputación y causas de justificación”, fue dirigida por el profesor Juan Pablo Mañalich, de quien también fue ayudante.

En cuanto a sus estudios de postgrado, cuenta con un Magíster en la Universidad de Halle-Wittenberg de Alemania, misma institución en que está desarrollando sus estudios de doctorado. Es un profesor muy joven que está iniciando su carrera como investigador. Actualmente, realiza la cátedra llamada Fundamento Moral de la Práctica Punitiva del Estado.

(b) Publicaciones

Tabla 37: Publicaciones de Guillermo Silva

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2013	Imputación y causas de justificación	Revista de Estudios de la Justicia	N.º18, 25-58	Artículo de revista	0,1
2014	La justicia ausente. El sistema penitenciario y el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad en Chile. Junto a Isabel Arriagada	Gustavo Arocena (Dir.), <i>El control judicial de la cárcel en América Latina</i> , Editorial Ediar, Buenos Aires	101-166	Capítulo de libro	0,1

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 38: Puntuación de Guillermo Silva

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	0,2	Total	0,1
Promedio	0,1	Promedio	0,1

2.3.7 Profesor Luis Felipe Abbott Matus

(a) Reseña Biográfica

Profesor Asistente. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Su tesis de pregrado lleva por nombre "Manifestaciones de algunos temas fundamentales de la ciencia criminológica presentes en la obra dramática de William Shakespeare", esta fue guiada por la profesora Loreley Friedmann.

El Profesor Abbott ha realizado varios Diplomados de Postítulo, en particular, sobre Relaciones Exteriores y sobre Diseño de Políticas Públicas para enfrentar el delito en Democracia, ambos en la Universidad de Chile, sobre Policía y Derecho Penal en la Universidad de Barcelona y sobre Estudios Avanzados en la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, este último perteneciente al programa de Doctorado en Derecho Penal de dichas instituciones. Como docente de la Facultad imparte talleres de tesis sobre estudios criminológicos y los electivos Medicina Legal y Castigo y Sociedad, como investigador se ha centrado principalmente en el estudio de la justicia, seguridad pública y política criminal.

En cuanto a su desempeño laboral, ha trabajado como abogado asesor del Ministerio Público, como coordinador del Programa de Perfeccionamiento de la Academia Judicial y como Coordinador Académico de la Universidad de Chile. Actualmente, es Profesor Investigador y Subdirector del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

(b) Publicaciones

Tabla 39: Publicaciones de Luis Felipe Abbott

Año	Título	Editorial/Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Puntaje FONDECYT
2002-2003	Medios de comunicación y sistemas de justicia criminal. Aproximación estético-criminológica a tal relación y sus implicancias	Revista Derecho y Humanidades	N.º9, 111-123	Artículo de revista	0,1
2007	En torno a la enseñanza de la Criminología y las ciencias jurídicas en España: una coyuntura y un desafío en el fondo y en la Forma	Revista Sobre la Enseñanza del Derecho	Año 5, N.º9, 13-54	Artículo de revista	0,1
2019	Personas con discapacidad intelectual, cognitiva y/o psicosocial y privación o restricción de libertad	Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop (Eds.), <i>Discapacidad intelectual y derecho</i> , Editorial Thomson Reuters, Santiago	399-417	Capítulo de libro	0,3

(c) Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT

Tabla 40: Puntuación de Luis Felipe Abbott

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	0,5	Total	0,3
Promedio	0,166	Promedio	0,3

CAPITULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL HECHO PUNIBLE DEL PROFESOR JUAN PABLO MAÑALICH

Como se pudo dar cuenta en el primer capítulo de este trabajo, existe una gran producción de dogmática penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con diferentes visiones interpretativas por parte de los profesores, en relación con los distintos problemas que se discuten a nivel nacional y comparado en la parte general y especial del derecho penal.

En este sentido, tomando en consideración que el estudio de cada una de las publicaciones de los profesores que integran el análisis cuantitativo es un trabajo que escapa de una memoria de pregrado, en lo sucesivo, esta investigación se centrará en la revisión de la obra del profesor Juan Pablo Mañalich quien es el académico más productivo de los estudiados, con una línea de pensamiento doctrinal bastante clara, a propósito de su formación académica con el profesor alemán Urs Kindhäuser.

Sumado a esto, es importante mencionar que dentro de la misma universidad existen otros profesores que comparten la línea de pensamiento del profesor Mañalich. Por un lado, están los profesores Javier Contesse y Guillermo Silva quienes se formaron directamente con él; y, por otro lado, el profesor Miguel Schürmann y la profesora María Inés Horvitz que también adhieren a la comprensión del derecho penal a través de la filosofía analítica, coincidiendo, de esta manera, en algunos planteamientos con el profesor Mañalich.

Por todo ello, se procederá a continuación con el estudio particular de las principales publicaciones del profesor Mañalich relacionadas a la denominada teoría del delito (o hecho punible). Para efectos del análisis descriptivo de las publicaciones del autor, estas se van a separar en distintas secciones según los temas que ha tratado en sus trabajos, presentando al lector las distintas categorías que presenta su pensamiento dogmático en lo que sería la construcción de su teoría analítica del hecho punible.

1. TEORÍA DEL DELITO Y PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

El profesor Mañalich defiende lo que podríamos llamar una construcción analítica del hecho punible a través de la teoría de las normas. Por tanto, para hacer una reconstrucción racional de sus aportes a la dogmática penal chilena resulta necesario comenzar por sus ideas esenciales relativas a este modelo, cuyos fundamentos los podemos encontrar a lo largo de todas sus publicaciones.

Un modelo de teoría del delito basada en la filosofía analítica, cuyas bases históricas se pueden encontrar en la obra de Binding, como también más recientemente en publicaciones ya ampliamente conocidas en el debate nacional de Kaufmann y Kindhäuser, supone desde la perspectiva de Mañalich una separación categorial fundamental entre el contenido y la función que desempeña la norma de comportamiento a partir de la cual se construye la teoría del hecho punible. En la doctrina chilena, algunas referencias al respecto se encuentran en la sistemática propuesta por Bustos quien reconoció la idea de que el desvalor del resultado pertenecía a un nivel distinto al quebrantamiento mismo de la regla de comportamiento (Mañalich, 2010c, pág. 170).

1.1 Normas de comportamiento y normas de sanción

La estructura que sigue un modelo de teoría del hecho punible bajo la teoría de las normas supone hacer algunas distinciones importantísimas, partiendo por la separación entre reglas de comportamiento y reglas de imputación. Así, el profesor Mañalich indica que la legitimación de la pena en tanto reproche jurídico-penal se debe a la realización de un comportamiento jurídicamente desaprobado por parte de un sujeto, por lo cual dicha desaprobación jurídica no puede obtenerse de la realización del supuesto de hecho que contiene la descripción típica de la parte especial, porque lo que ocurre con ese comportamiento es más bien dar cumplimiento a la norma de sanción penal que establece un determinado supuesto de hecho, entonces, si dicha conducta es incorrecta o genera desaprobación jurídica, esto debe buscarse en un estándar anterior que se denomina norma de comportamiento. En efecto, en este sentido es indispensable argumentar que el hecho

delictivo especifica su valor declarativo en la contradicción de una norma, a consecuencia de lo cual dicho comportamiento resulta punible⁶³.

Por lo tanto, este estándar que denomina norma de comportamiento es uno que determina lo que es jurídicamente esperable del agente en el momento de la ejecución u omisión de una acción de cierta clase, de ahí su caracterización como “estándares de evaluación del comportamiento por parte del adjudicador”⁶⁴. En este mismo nivel lógico, cabría integrar no solo aquellas normas cuyo operador deóntico fundamenta una obligación en la forma de una prohibición o un requerimiento⁶⁵, sino que también aquellas que corresponden a permisiones o liberaciones, las cuales en la dogmática penal reciben el nombre de causas de justificación (Mañalich, 2010c, pág. 171).

Las normas jurídicas que se establecen en la parte especial del Código Penal son denominadas normas de sanción penal, lo cual quiere decir que se componen por un supuesto de hecho que en caso de verse realizado se asocian a una determinada sanción o consecuencia jurídica, por ejemplo, el artículo 391 que indica “el que mate a otro recibirá una pena de presidio (...)”⁶⁶. La construcción de la llamada norma de comportamiento se consigue con la formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción, siguiendo el mismo ejemplo, dicha regla de conducta podría enunciarse como la “prohibición de matar a otro”. Así, puede indicarse que todo comportamiento que realiza el supuesto de hecho de una norma de sanción penal es uno que resulta discordante con la correspondiente norma de comportamiento, de manera tal que es la norma de

⁶³ Véase (Mañalich, 2010c, pág. 171), señalando que en esto radica la idea de que el hecho punible pueda ser descrito como un constructo interpretativo constituido por reglas.

⁶⁴ Al respecto, (Mañalich, 2014a, pág. 19 y ss.), particularmente interesante la idea de que “ejecución” y “omisión” son entendidos por el autor como verbos transitivos, esto en atención a el favorecimiento de una posición monista en el modelo de teoría de las normas sostenido, lo cual supone que “prohibición” y “requerimiento” solo se diferencian en el operador deóntico, pero no en su contenido semántico que refiere a un determinado tipo de acción. Asimismo, en (Mañalich, 2005a, pág. 388).

⁶⁵ Será una norma de requerimiento si lo exigido por la norma es un tipo de acción activa, en cambio, será prohibitiva si lo exigido es la abstención de realización de un tipo de acción.

⁶⁶ Esto supone que la estructura de una norma de sanción se corresponde con la de una norma condicional, ya que el cumplimiento del supuesto de hecho es una condición necesaria para la aplicación de la sanción penal (Mañalich, 2010c, pág. 171 y ss.).

comportamiento quebrantada por la conducta desplegada lo que provee el fundamento de la ilicitud de la correspondiente realización del supuesto de hecho de la norma de sanción, en atención a que las normas de comportamiento deben ser consideradas bajo esta perspectiva como razones excluyentes para la omisión o ejecución de un cierto tipo de acciones (Mañalich, 2014a, pág. 17 y ss.) (Mañalich, 2010c, págs. 173-174).

Así, en términos bindingianos, Mañalich favorece una comprensión dogmática del “delito” como un quebrantamiento imputable de una determinada norma de comportamiento, por un lado, y del “hecho punible” como aquel delito que además del quebrantamiento imputable de la regla de comportamiento satisface aquellas condiciones ulteriores de las cuales depende el merecimiento y posterior imposición de una pena, las cuales se fijarán en una determinada norma de sanción (o en las reglas que la complementan), por otro lado⁶⁷. Es decir, un hecho delictivo no llegará a constituir un hecho punible necesariamente, pero un hecho punible siempre será delictivo al mismo tiempo (Mañalich, 2011a, págs. 92-93). Esto quiere decir que el derecho penal asegura, a través de determinadas normas de sanción, la vigencia de sus correspondientes normas de comportamiento, que a su vez protegen determinados bienes jurídicos, de allí que las normas de comportamiento deben configurarse como una razón para la acción en pos de la evitación del menoscabo del bien jurídico que protegen (Mañalich, 2011a, pág. 92).

La distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción penal, se puede explicar también a través de las categorías, acuñadas por Hart, de normas primarias y normas secundarias⁶⁸. En ese sentido, el profesor Mañalich señala que “el complejo de

⁶⁷ Véase (Mañalich, 2017a, págs. 174-175), para una explicación de la necesidad de dejar de lado una noción de “dolo de parricidio”, dado que, bajo esta mirada, el quebrantamiento de la norma de comportamiento viene dado por los componentes de la antinormatividad, respecto de los cuales no deberían considerarse las condiciones de punibilidad del delito de parricidio, como “conociendo las relaciones que lo ligan”, pertenecientes al nivel del hecho punible, siendo relevante para el dolo solo la norma de comportamiento “está prohibido matar a otro” para que en caso de verse infringida y concurriendo en el agente la representación de las circunstancias relevantes, se satisfaría el dolo de homicidio común a este “género-delictivo”.

⁶⁸ En lo que aquí interesa, las normas que imponen un determinado estándar de comportamiento se dejan reconstruir como normas primarias, que se ven aseguradas por reglas secundarias que se distinguen por fijar

reglas identificado a través de la expresión “reglas del derecho penal” representa más bien un entramado de reglas primarias de obligación reforzadas por reglas secundarias de adjudicación” (Mañalich, 2012b, pág. 581). Con esto se refiere a que las normas de sanción aluden a normas secundarias de adjudicación, en tanto que las normas primarias de obligación aluden a las normas de comportamiento, es decir, las reglas de adjudicación habilitan al juez secundariamente a imponer una sanción penal sobre la persona que realiza una conducta que quebranta la norma primaria de comportamiento, en cuanto contraviene la obligación que ella impone. Concretamente, las normas de comportamiento pertenecen a un nivel de referencia que es anterior a las normas de sanción, dado que son las normas de sanción las que fijan la punibilidad de un hecho que ya contraviene una norma de comportamiento (Mañalich, 2014b, pág. 501).

A su vez, esta caracterización da cuenta de otra diferenciación que es aplicable a las normas de comportamiento y normas de sanción, aquella que se corresponde con la terminología planteada por Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Así, una determinada norma de comportamiento se deja entender como una regla regulativa, ya que la forma de comportamiento que regula, esto es, el tipo de acción, es ontológicamente anterior a la construcción de dicha regla (Mañalich, 2010c, pág. 172)⁶⁹; en cambio, una norma de sanción se configura como una norma secundaria institucionalmente mediada en cuanto el reproche jurídico penal ante el quebrantamiento de la norma de comportamiento constituye un hecho institucional que habilita a los adjudicadores a aplicar la respectiva pena prevista como consecuencia del cumplimiento del supuesto de hecho, ahora en la forma de una regla constitutiva⁷⁰.

condiciones funcionales para la auto-constatación, la auto-conservación y la auto-realización del correspondiente sistema jurídico que componen también dichas normas primarias. La auto-realización implica reglas secundarias de adjudicación que determinan cuando existe un quebrantamiento de la norma primaria y la imposición de una sanción, (Mañalich, 2012b, pág. 580).

⁶⁹ Esto no impide que determinadas situaciones de reglas regulativas pueden estar en relación con reglas constitutivas (o institucionales) en su estructura, por ejemplo, la prohibición de hurto requiere de normas del derecho privado que definan la propiedad privada (Mañalich, 2010c, pág. 172 y ss.).

⁷⁰ Fundamental al respecto, (Mañalich, 2012b, pág. 582 y ss.), ya que a partir de esto se construye lo que el autor denomina la “dimensión institucional del hecho punible”.

Por otra parte, desde una mirada práctica, las normas de comportamiento se constituyen como razones excluyentes para la omisión o ejecución de una determinada acción, según sean prohibiciones o requerimientos, respectivamente, esto supone que eficazmente el agente las considere para la omisión o ejecución de una acción, en desmedro de otras razones conflictivas con ese determinado tipo de acción⁷¹.

Por último, en lo referente a esta crucial distinción entre dos tipos de normas, es significativa la descripción de las normas de comportamiento como normas “del” derecho penal en tanto forman parte de su objeto de referencia, mas no del ordenamiento jurídico penal propiamente tal, es decir, establecen un estándar de comportamiento correcto cuyo criterio de reconocimiento institucional estaría dado por su reforzamiento a través de determinadas normas de sanción, las cuales reciben aplicación allí donde existe una contravención de este estándar (Mañalich, 2014b, pág. 501).

1.2 Normas de comportamiento y reglas de imputación

La teoría de las normas de Wittgenstein, clara influencia del profesor Mañalich, supone que el quebrantamiento de la norma no puede ser autoreferencial, es decir, que no puede encontrarse en la norma de sanción misma. Por lo tanto, para la fundamentación de una eventual responsabilidad penal personal por una conducta que contraviene una norma de comportamiento se requiere de reglas adicionales que se denominan reglas de imputación, cuya finalidad es establecer los presupuestos que fundamentan la imposición de un reproche jurídico-penal sobre una determinada persona. De esta forma, estas reglas especifican el valor declarativo del hecho punible como un déficit de fidelidad al derecho,

⁷¹ Véase (Mañalich, 2010c, pág. 173 y ss.), con particular relevancia en este sentido, lo que sostiene Raz, respecto de la consideración de razones excluyentes como razones protegidas. Esto sería de igual manera aplicable a las normas permisivas que son entendidas así como causas de justificación penalmente relevantes.

en cuanto desconocimiento de la norma como razón para la acción, cuyo quebrantamiento complementa a las normas de sanción⁷².

Entonces, por un lado, tenemos un objeto de imputación que es aquello que puede resultar, valga la redundancia, imputable a una persona en tanto contraviene objetivamente una norma de comportamiento que, a su vez, protege un determinado bien jurídico, fijando de esta manera las condiciones de la antinormatividad de una conducta y dando paso a la constitución de un injusto objetivo. Y, por otro lado, tenemos las reglas de imputación que son los criterios que fundamentan la adscripción de responsabilidad personal por ese déficit de reconocimiento práctico de la norma de comportamiento en atención a su capacidad física y psíquica de seguimiento de la norma, posibilitando la constitución de un injusto culpable (Mañalich, 2011a, pág. 95 y ss.).

En tales circunstancias, cobra relevancia la determinación de la noción de antinormatividad. Mañalich defiende la idea de que la antinormatividad de una norma de comportamiento solo puede determinarse en un juicio *ex post*, dado que lo que se evalúa es la satisfacción o no del contenido proposicional de la norma, sea esta de requerimiento o de prohibición, en la medida que su destinatario la reconoció o no como razón eficaz para la acción. Al mismo tiempo, a propósito de la antinormatividad se identificaría la función pragmática retrospectiva de la regla de comportamiento como evaluación de la conducta de su destinatario. Este análisis de la antinormatividad es independiente de los criterios que permiten imputarle ese comportamiento a una persona, lo cual quiere decir, sin tomar en consideración las capacidades y los conocimientos que tenía el destinatario situacional de la norma jurídico-penal⁷³⁻⁷⁴.

⁷² De esta manera, las reglas de imputación se encuentran previstas en la parte general del CP, las cuales son aplicables a toda forma de comportamiento prescrita en la parte especial. Sin embargo, como fue indicado anteriormente, las causas de justificación pertenecen bajo esta mirada al mismo nivel lógico de las reglas de comportamientos, su ubicación en la parte general se debería a una técnica legislativa que recalcaría la prioridad del tipo permisivo sobre el tipo delictivo. Sobre ello en (Mañalich, 2010c, págs. 173-174, 186 y ss.).

⁷³ De ahí que el autor sostenga que la antinormatividad es una propiedad “superviviente” de la conducta que exhibe las propiedades primarias fijadas en un tipo penal. Así también, puede describirse el establecimiento

Por esa razón, el profesor Mañalich se hace cargo de la crítica de que la cuestión así planteada implicaría una noción “objetiva” de las normas, señalando que lo que prescribe una norma de comportamiento debe resultar identificable con independencia de lo que puedan indicar sobre su contenido proposicional las consideraciones pragmáticas de seguimiento de sus posibles destinatarios, ya que solo así es posible determinar cuándo se produce la contravención de la norma, distinguiendo entre un seguimiento correcto e incorrecto, es decir, si la norma fue tomada o no como una razón para la ejecución u omisión de una acción de cierto tipo (Mañalich, 2010c, pág. 178).

Igualmente, Mañalich propone una concepción de tipo de delito genérico, combinando la noción de delito-género de Binding con el concepto de tipo de Beling. Lo que generaría como resultado que se excluyan, por un lado, los presupuestos de imputación del quebrantamiento mismo de la norma de comportamiento y, por otro parte, que resulten excluidos los requisitos de la punibilidad establecidos en el nivel de la norma de sanción, estableciéndose así un concepto estricto de tipo delictivo, correspondiendo a una determinada acción de cierta clase (Mañalich, 2014a, pág. 18).

Por todo ello, el autor señala que es posible diferenciar entre la capacidad personal de seguimiento de la norma y la adecuación de un comportamiento a la norma, respecto de esto último es necesario un análisis de conformidad o falta de conformidad, en cambio, en la primera habrá que considerarse la vinculación subjetiva del agente con la norma (Mañalich, 2010c, pág. 179).

De este modo, cabría hablar de las reglas de imputación en esta teoría analítica, con el objeto de determinar si existía una capacidad personal de seguimiento de la norma por

de la antinormatividad como un juicio de subsunción realizado por el adjudicador. (Mañalich, 2010c, págs. 176 y ss..)

⁷⁴ El objeto de referencia para la acción del destinatario de la norma queda establecido en virtud de la correlación entre un operador deóntica (prohibición o requerimiento) y un contenido proposicional, que está dado, como ya se dijo, por el supuesto de hecho de la norma de sanción penal. Desde luego, puede ocurrir que un tipo penal tenga elementos subjetivos, pero ellos en ningún caso serán entendidos en la forma de un criterio de imputación, sino que siempre como un componente que integra este juicio de antinormatividad (Mañalich, 2010c, pág. 176).

parte del sujeto en el momento relevante en que realizó una conducta objetivamente antijurídica. Es decir, estas reglas de imputación “son (positivamente formuladas) aquellas bajo las cuales el destinatario se encuentra en posición de seguir intencionalmente la norma” (Mañalich, 2010c, pág. 178). El seguimiento de una norma supone que el destinatario de ella pueda formarse una intención de evitar el comportamiento antinormativo, esto quiere decir, que quien puede seguir la norma queda vinculado personalmente a actuar de determinada manera y en la medida que decide no seguirla, pudiendo hacerlo, le resulta imputable su conducta, que se especifica como una contrariedad a la misma.⁷⁵

A este respecto distingue dos niveles de imputación⁷⁶, cuyos contenidos sustantivos serán desarrollados pormenorizadamente *infra*, pero de los cuales es menester precisar algunas consideraciones iniciales. El primer nivel de imputación dice relación con la capacidad de acción intencional, en ella radican dos elementos que pragmáticamente pudieran advertir al destinatario la necesidad de evitar intencionalmente una determinada conducta antinormativa: por un lado, se vincula con la aptitud física de evitación intencional del comportamiento y, por otro lado, con un elemento cognoscitivo que alude al conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes para la realización de la descripción típica. En la medida que estas condiciones se satisfacen puede imputarse al agente la conducta antijurídica como una infracción de deber, en vista de la vinculación personal del destinatario a la norma, cuya denominación dogmática es de un injusto personal o subjetivo de la acción (Mañalich, 2010c, pág. 180)

⁷⁵ Véase (Mañalich, 2010c, pág. 179 y ss.), para quien en esto descansa el principio de contrafacticidad de la imputación penal. Esto se encuentra en estrecha relación con que la imputación jurídico-penal sea para el profesor Mañalich un modelo de intenciones de primer orden y segundo orden, dado que solo podrá adecuar su conducta a lo normativamente esperable (primer orden), quien se encuentra capacitado para formarse la intención de tener como razón excluyente para la acción una determinada norma de comportamiento (segundo orden).

⁷⁶ La diferenciación entre dos niveles de imputación y dos formas de imputación, ordinaria y extraordinaria, fundamental para la teoría analítica se encuentra en la obra de Hruschka y de Kindhäuser, respecto de las cuales el autor extrae dicha terminología. Se ahondará sobre ella, *infra*, 6.

En cambio, el segundo nivel de imputación supone examinar la capacidad de motivación conforme a la norma, es decir, resolver la pregunta referida a si el destinatario podía en el caso concreto formarse una intención de evitar el comportamiento antinormativo. Entonces, si pudiendo hacerlo decide no actuar motivado por la norma respetando lo normativamente esperable, esto es, no reconociendo la norma como premisa vinculante para actuar, se atribuye la imputación “definitiva” del injusto ya constituido ahora como culpable (Mañalich, 2010c, págs. 180-181).

Esta reconstrucción dogmática del hecho punible da cuenta de que la imputación jurídico-penal para el profesor Mañalich requiere de un análisis *ex ante* que tiene relación con las capacidades individuales del destinatario de la norma en las que radica la función pragmática de la norma. Por lo tanto, solo en la medida que se cumplan los presupuestos que subyacen a ambas capacidades podrá hacerse efectiva la configuración del hecho punible como una infracción de deber culpable imputable a un sujeto en que se reflejaría un déficit de fidelidad al derecho.⁷⁷

De ahí que siendo perfectamente posible distinguir entre antinormatividad e infracción de deber en dos momentos analíticamente distintos – en virtud de la ya explicada diferenciación entre adecuación y seguimiento –, Mañalich explique la punibilidad de la tentativa como una infracción de deber entendida como contradicción de una norma en tanto desconocimiento de ella como premisa vinculante, pero sin que de hecho llegue a consumarse la antinormatividad de la conducta por no concurrir las circunstancias de hecho que componen la antinormatividad, en palabras del autor “el injusto de la tentativa punible ha de ser entendido exclusivamente como injusto de la acción” (Mañalich, 2010c, pág. 182), en atención a que su carácter de injusto se relaciona desde esta mirada con la infracción de un deber por parte del agente, mas no con la antinormatividad.⁷⁸

⁷⁷ De esta manera se haría operativa la máxima “*ultra posse nemo obligatur*”, esto es, deber implica poder. Véase (Mañalich, 2010c, pág. 181).

⁷⁸ Fundamental, (Mañalich, 2010c, pág. 182 y ss.), sin embargo, esto será desarrollado con detención más abajo, 8. Para lo que en esta sección importa, lo que el autor señala es que la premisa de que la

1.3 Modelo del silogismo práctico⁷⁹

La teoría del delito, así planteada, diferenciando estructuralmente entre la antinormatividad de la conducta y la infracción de deber por parte del agente en el momento relevante, es posible ilustrarlo, según Mañalich, a través de modelo del silogismo práctico, sugerido por Von Wright. Este modelo serviría como un método de comprobación de los componentes de la descripción típica, tomando para ello en consideración la no-omisión (delito comisivo) o la no-ejecución (delito omisivo) de una determinada acción, fundamentándose como una necesidad práctica, un deber de abstención o de acción, según sea una norma de prohibición o de requerimiento, en el momento relevante.⁸⁰

De esta manera, como la función pragmática de las normas de comportamiento radica en proveer de razones al agente para la omisión o ejecución de una acción, la premisa mayor del silogismo práctico quedaría conformada por la norma de comportamiento respectiva en tanto tiene que ser la razón vinculante para la acción del destinatario. Como bien se señaló, esta norma de comportamiento se corresponde con una vinculación de un tipo de acción y un determinado operador deóntico – prohibición o requerimiento – (Mañalich, 2014a, pág. 21).

En cambio, la premisa menor del silogismo haría referencia a los conocimientos del agente en el momento relevante los cuales deberían permitir que realizara la intención de la premisa mayor, esto quiere decir que, a modo de una inferencia práctica, el destinatario debe advertir (o concluir) que es necesaria la omisión o ejecución de una acción, siendo

antinormatividad se establezca *ex post* es distinto a que la antinormatividad de una forma de comportamiento se prohíba *simpliciter*, es decir, ni *ex post* ni *ex ante*. Por ello, que la antinormatividad se establezca *ex post* no sería incompatible con al función pragmática de determinación de la norma como constatable *ex ante*.

⁷⁹ La construcción del modelo esbozado por el autor tomará en consideración solo aquellos delitos cuya descripción típica involucra una acción por parte del destinatario, sin considerar aquellos en que la delictuosidad de la conducta está dada por la realización de una cierta actividad, por la constitución de un cierto estado o de pertenencia a una organización. Para ello, véase (Mañalich, 2014a, pág. 28 y ss.).

⁸⁰ Para el estudio pormenorizado del modelo, véase (Mañalich, 2014a, pág. 17 y ss.). Este instrumento permitiría reflejar la negatividad del objeto de imputación jurídico-penal, según lo que el sujeto debe hacer o no hacer para ajustar su conducta al derecho.

físicamente capaz de ello, para que no se vea realizado el determinado tipo de acción prohibida o requerida.⁸¹

A modo de ejemplo de un silogismo práctico tenemos el siguiente que propone el profesor Mañalich,

“Si (premisa mayor) A reconoce la prohibición de matar a otro como razón vinculante; y si (premisa menor) A advierte que tanto empujando a B al río como disparando un arma de fuego sobre B él (A) habrá de producir la muerte de B; entonces (conclusión), A tiene que abstenerse tanto de empujar a B al río como disparar un arma de fuego en contra B”.⁸²

Ahora bien, el autor señala que para que pueda fundamentarse la respectiva conclusión práctica del silogismo es crucial, primero, que este sea construido en primera persona dada la necesidad de formalización y realización de una intención por el destinatario en la situación concreta y, en segundo lugar, que la norma de comportamiento sea “subjetivamente reconocida” por su destinatario, de forma tal que pueda sustentarse la idea de que el agente cuenta con una premisa práctica que lo vincula subjetivamente para adecuar su conducta conforme a derecho, siempre y cuando haya sido físicamente capaz para ello⁸³, por ejemplo, si “A” a raíz de la prohibición de matar a otro, no omitió dispararle directamente al tórax de “B”, causándole la muerte, ello sería indicativo de que “A” no

⁸¹ Sobre la consideración de una acción como instancia de un tipo de acción, lo cual depende de que la acción exhiba los componentes constitutivos del respectivo tipo de acción (Mañalich, 2010c, pág. 182). También en (Mañalich, 2014a, pág. 21).

⁸² (Mañalich, 2014a, pág. 22 y ss.), con especial importancia para la distinción entre el carácter potencialmente conjuntivo de la conclusión del silogismo práctico cuya premisa mayor se identifica con una norma de prohibición, a diferencia de aquel que se identifica con una norma de requerimiento, en cuyo caso, el carácter de la conclusión es necesariamente disyuntivo.

⁸³ Véase (Mañalich, 2014a, pág. 23 y ss.), quien en caso de que fallara un presupuesto de la imputación como la capacidad de acción, pero subsista la responsabilidad bajo un criterio de imputación extraordinaria, argumenta sobre la existencia de un “silogismo secundario” que tendría como premisa mayor el asegurar la capacidad para omitir o realizar las acciones previstas en la norma de comportamiento del “silogismo primario” y una conclusión relativa a las medidas de cuidado para asegurar la premisa mayor. De la misma forma en (Mañalich, 2017c, págs. 469-470).

reconoció subjetivamente la norma como premisa vinculante del silogismo práctico, por lo cual la conclusión esperada del silogismo no tuvo lugar.⁸⁴

1.4 Teorías de la justificación de la pena

La justificación de la pena ha tenido diversas respuestas en la dogmática penal, ya que los autores han intentado entregar las razones que permiten al Estado fundamentar el conjunto de acciones involucradas en el ejercicio del *ius puniendi* que, eventualmente, se materializa en una pretensión punitiva estatal en contra de una persona acusada de cometer un determinado delito. En todas estas teorías, sean monistas o mixtas, se involucran diferentes posturas filosóficas de justificación del castigo jurídico que se estructura a través de la institución de la pena como una reacción coactiva del Estado que reclama legitimación jurídica. De esta manera, Mañalich indica “determinar la función que cabe atribuir a la sanción penal es el objeto de disputa tradicional entre las diferentes teorías de justificación de la pena” (Mañalich, 2010e, pág. 54).

En efecto, en la discusión más tradicional se han planteado las teorías prevencionistas y retribucionistas de justificación de la pena, las cuales, por cierto, en su forma más pura ya no encuentran tantos seguidores por los constreñimientos que implica el principio de culpabilidad. A este respecto, el autor indica que sería conveniente empezar la construcción de esta teoría no por una definición que incorpore semánticamente los elementos del término “pena”, sino que “como una determinación preliminar de los elementos que todavía intuitivamente, en un estadio pre-reflexivo, parecen estar asociados a la institución pena”.⁸⁵

⁸⁴ Por lo cual no basta la existencia objetiva de dicha norma, lo que se correspondería meramente con la efectiva creación de un tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁵ Así en (Mañalich, 2010e, pág. 55 y ss.). De esta forma para Mañalich se haría reconocible lo que ya advirtiera Beling, en el sentido de que comenzar por una definición semántica de pena supondría que cada una de las teorías justificativas de la pena haría alusión a ella desde su punto de partida que sería distinto, sin que efectivamente se pueda llegar a una justificación unitaria de la pena misma. Lo mismo habría sido advertido por Hart en lo que denomina el “problema de la barrera definicional”. En esto se encontraría la virtud para el

En otras palabras, Mañalich sugiere comenzar el estudio de la pena como un ejercicio pre-reflexivo que incorpore al menos tres elementos que señala Kindhäuser, los cuales podrían ser considerados pre-comprensivos de sus elementos institucionales, esto son: (i) la irrogación coercitiva de un mal; (ii) que expresa desaprobación; (iii) por una conducta previa defectuosa. Por lo tanto, que ellos finalmente no sean constatables de una u otra teoría de justificación de la pena, es algo que habría que resolver reflexivamente si “es posible modificar o suprimir la cláusula de la definición que resulta incompatible con la teoría en cuestión sin que se venga abajo nuestra precomprensión mínima acerca de lo que cuenta como una pena”⁸⁶. Continúa señalando respecto de esta pre-concepción de pena que ella asumiría una teoría correcta de justificación de la práctica punitiva cuyo eje central sería que no es posible construir una teoría de la pena sin considerar la exigencia de culpabilidad como condición de imposición de la misma (Mañalich, 2007, pág. 125).

Para el autor, las teorías prevencionistas descansan en una moral utilitarista, sean de prevención general o especial, positiva o negativa⁸⁷, en cuyo caso la imposición de una sanción penal tendrá un problema cada vez que la utilidad de condenar a un inocente se vea compensada por una utilidad social mayor, lo cual llevaría a una disyuntiva de difícil solución para las teorías prevencionistas⁸⁸. Así, rechaza la teoría de justificación prevencionista de Rawls, según la cual habría que distinguir entre justificación de la práctica punitiva y justificación de las acciones particulares que tienen lugar bajo esa práctica. Rawls, basándose en el principio de utilidad (restringido), sostiene que en el caso de las acciones particulares habría que aplicar un principio retributivo, de manera tal de evitar las condenas de un no-culpable y honrar la justificación prevencionista. Según indica Mañalich, esta posición no quedaría exenta de una objeción concluyente en virtud de la

autor de concebir a la pena como un artefacto ideológico. Para esta comprensión del problema, véase (Mañalich, 2018b, pág. 30 y ss.).

⁸⁶ Al menos el primer elemento señalado sería estructuralmente común a todas las teorías que intentan justificar la pena, lo cual parecería no predicarse de las consideraciones funcionales de los siguientes elementos mencionados en las teorías prevencionistas. Fundamental, (Mañalich, 2007, pág. 121 y ss.).

⁸⁷ Respecto de las teorías prevencionistas como inocuización del condenado, véase (Mañalich, 2010e, págs. 86-87).

⁸⁸ Así, la condena del inocente sería entendida como una externalidad negativa del modelo de práctica punitiva preventivamente justificada, al respecto (Mañalich, 2010e, pág. 59).

cual no podría evitar que en un determinado caso sea más útil la punibilidad del inocente en un análisis costo-beneficio, no pudiéndose salvar de la objeción kantiana por la cual a través de la pura prevención, el condenado sería tratado como una cosa (Mañalich, 2010e, págs. 60-62, 64).

También, rechaza la teoría de prevención general positiva de Jakobs en atención a que “resultaría demasiado “psicologizante”, en tanto la referencia a la confianza en la vigencia de la norma parecería encerrar una referencia a estados mentales de la generalidad de los individuos que pueden orientar su comportamiento con arreglo a esa norma” (Mañalich, 2010e, pág. 71).

Respecto de las teorías mixtas o combinatorias, que pretenden entregar una justificación de la pena a través de la invocación de distintos principios como plantean Hart o Roxin, Mañalich explica que estas no harían reconocible que la culpabilidad fundamenta la imposición de la pena y no meramente una condición, dado que podría imaginarse un caso concreto en que se cumplan las exigencias de culpabilidad pero no las de prevención general o positiva, tal como sostienen estas teorías combinando principios.⁸⁹

Por ello, el autor sostiene que la justificación de la pena no puede encontrarse en la prevención, ya que estas teorías confundirían que el delito sea explicado como presupuesto de la pena y no como su razón jurídica⁹⁰. Al contrario, ha desarrollado latamente sus argumentos dogmáticos en lo que corresponde a las teorías de justificación de la pena, teniendo una postura bastante clara a través de una reconstrucción de la justificación de la pena como retribución (Mañalich, 2007, pág. 117 y ss.). Partiendo, por de pronto, en que una teoría basada en el principio de retribución se identifica en “que en ella la culpabilidad

⁸⁹ Para el análisis de esta crítica en base a un caso de laboratorio que haría ineficaz una postura mixta, véase (Mañalich, 2010, págs. 65-66).

⁹⁰ No obstante, el autor sosteniendo una posición a favor de la pena como retribución respecto de los fines preventivos, arguye “que la imposición de la pena pueda de hecho producir tales efectos no supone, en modo alguno, que la imposición de la pena se justifique en atención a ellos. Pues la justificación de la pena retributiva solo descansa en juicio de merecimiento”, agregando que “estos efectos no pueden ser conceptualizados, sin que se distorsione el sentido retributivo de la pena, como fines de la imposición y ejecución” (Mañalich, 2010e, págs. 84, 86).

desempeña una función bilateral, en el sentido de que la culpabilidad es condición necesaria y suficiente para la imposición de la pena” (Mañalich, 2010e, págs. 62-63), entonces, la pena sería aquella merecida conforme a las exigencias de culpabilidad, en virtud del quebrantamiento de una norma que debió ser considerada como premisa vinculante para la acción que haría posible la materialización de un reproche por la conducta delictiva (Mañalich, 2010e, pág. 72).

Para Mañalich que la punición bajo un principio retributivo pueda ser descrita como una teoría absoluta radica en que ella “no es meramente instrumental, sino un bien en sus propios términos” (Mañalich, 2010e, pág. 103) a través de las exigencias de culpabilidad por la infracción de deber, que la harían correcta en sí misma y no por referencia a finalidades posteriores, como las teorías prevencionistas.

Como primera aproximación desde esta teoría analítica es que la norma de comportamiento debe ser legítima, para que una vez sea constatado un quebrantamiento imputable al destinatario pueda fundamentarse el reproche. Por tanto, la legitimación de esa norma, según Mañalich, concordando con Kindhäuser, se encuentra en un principio de “estricta universalización”, es decir, que resulta ventajosa para todos puesto que asegura la compatibilidad de la libertad de un sujeto con la libertad de los demás, por lo tanto, una persona que decide no considerarla como vinculante reflejaría una falta del sentido de justicia para con los demás en que se manifiesta el reproche de culpabilidad como falla personal, cuya materialización es la imposición de una pena como irrogación de un mal. Que ello lleve a advertir a los demás ciudadanos fieles al derecho considerar estas conductas incorrectas para que continúen estos espacios de libertad, se debería precisamente a esa connotación de la sanción penal (Mañalich, 2010e, págs. 74-75).

Es decir, que se siga una concepción de la pena como materialización de un reproche jurídico-penal que expresa desaprobación por la conducta, no quiere decir para el profesor que con ello se busque una finalidad prospectiva de evitación de delitos. Así, bajo la teoría de los actos de habla, Mañalich sostiene que el reproche jurídico-penal puede ser entendido como un acto de habla ilocucionario institucionalmente ligado, sujeto, por un

lado, a una pretensión de verdad sobre el contenido proposicional del reproche y, por otro lado, a una protección de corrección en torno a una norma de comportamiento que representa un estándar de conducta correcta, en virtud de su tipificación legal en una norma de sanción (Mañalich, 2010e, pág. 76 y ss.).

Por otra parte, que a partir de un reproche se siga la irrogación de un mal constitutivo de una sanción, estriba, para el autor, en que así se expresa la reprobación de la conducta desplegada por el agente, en sus palabras, “la irrogación de un mal es el modo en que se hace efectiva la expresión del reproche (...) una mera declaración de reproche no alcanza a materializar un reproche” (Mañalich, 2010e, pág. 82), esta irrogación de un mal por cierto debe basarse en cuanto a su magnitud y naturaleza en una estricta proporcionalidad.⁹¹

Solo la reacción retributiva del Estado ante la comisión de un delito implicaría un reconocimiento del condenado como agente racional y autónomo, respecto del cual su aceptación del reproche sería solamente contingente, lo importante sería la materialización de un reproche personalísimo merecido, en cambio, la prevención conllevaría una actitud objetivante del condenado, instrumentalizándolo como “objeto de práctica social” en que el reproche sería pura ficción, ya que se buscarían otras funciones con la pena (Mañalich, 2010e, págs. 85-86).

El juicio de merecimiento personalizado de una condena radica en este sentido, por un lado, en la incorrección del comportamiento conforme a la norma y, por otro lado, en la responsabilidad jurídica personal por ese comportamiento, de ahí que el autor argumente que la retribución se apoya en un principio más general de merecimiento.⁹²

⁹¹ Acerca de una vinculación de la estricta proporcionalidad retributiva de la punición y la subsistencia de la autoridad estatal, véase (Mañalich, 2018b, págs. 42-43).

⁹² Así continúa el autor, que entre todas las razones para la punición de una conducta “el merecimiento es condición necesaria y suficiente para la legitimidad de la imposición de la pena” (Mañalich, 2007, págs. 151-152).

El profesor Mañalich indica que cuando se sostiene una teoría retribucionista de la pena nos debemos situar en un momento que es posterior a la comisión de un delito, por cuanto el agente no consideró la norma de comportamiento como una razón eficaz para la acción, es decir, una norma del derecho penal se vio quebrantada en aquello que realizó un determinado agente, en lo que se denomina injusto criminal, mermando la validez de dicha norma (Mañalich, 2010d, pág. 51) (Mañalich, 2010e, pág. 89). De ahí que el reproche jurídico-penal sea una actitud estatal reactiva, reconociendo su *status* de persona condenada cuya pena impuesta es merecida en tanto fue declarado culpable por un hecho delictivo.⁹³

Por tanto, para Mañalich, la punición se presenta como una forma de realización de la validez jurídica de una norma que se vio quebrantada, lo cual es posible a través de una acción coercitiva, esto debido a que el injusto criminal representa la negación del derecho en cuanto derecho que es coercitiva⁹⁴, entonces la manera de restablecer esta negación es también a través de una manera coercitiva que impugna esta actuación delictual y constituye lo que se denomina retribución, es decir, se restablece la vigencia de la norma quebrantada mediante la cancelación coercitiva que provoca este quebrantamiento por medio de la punición estatal, cancelando la pretensión de validez que reclama el actuación delictiva (Mañalich, 2010d, pág. 52). Por lo tanto, la función que cumple la retribución en la comisión de un delito es reafirmar la validez del derecho frente a un quebrantamiento de sus normas, en lo que el profesor denomina concepción confrontacional de la retribución coercitiva.⁹⁵

Lo anterior entonces se manifiesta en que el restablecimiento de la autoridad del derecho para el profesor Mañalich,

⁹³ Aquí se deja ver la estructura relacional de la responsabilidad penal, Mañalich sostiene que “el condenado no solo es hecho (penalmente) responsable, sino que es hecho responsable por algo y frente a alguien” (Mañalich, 2010e, págs. 87-88).

⁹⁴ De este modo, según se indicó *supra*, el delito constituye su valor declarativo como una negación del derecho, (Mañalich, 2010e, pág. 90)

⁹⁵ Al respecto, véase (Mañalich, 2010e, pág. 91). Más recientemente, Mañalich en concordancia con Beling indica que la punición retributiva se constituye como un interés *sui generis* consistente en preservar la propia autoridad del Estado (Mañalich, 2018b, pág. 40).

“se trata de una prestación cuya realización se encuentra constitutivamente determinada por la satisfacción de las condiciones institucionales de las cuales depende que la respectiva reacción al quebrantamiento imputable del derecho exhiba el estatus de una punición merecida” (Mañalich, 2018b, pág. 52)

Un importante fundamento que está detrás de esto tiene que ver con Hegel, particularmente, con el sentido que tiene para una determinada comunidad política reconocer como vinculantes las normas jurídicas que la estructuran en tanto son miembros de esa comunidad política. Esto se refiere a la institucionalización del reproche de culpabilidad que manifiesta la pena, por el cual el derecho penal restablece la vigencia de normas que son comunes para los miembros de una comunidad (Mañalich, 2010e, pág. 92). Entonces, el Estado estará practicando justicia punitiva en la medida que la infracción de una norma penal sea imputable a un ciudadano que como tal es parte de una comunidad política y, por lo tanto, dichas normas pueden ser descritas como “suyas” (Mañalich, 2010d, pág. 53)⁹⁶. Por tanto, para el profesor Mañalich existe un vínculo constitutivo entre la legitimidad del castigo y el ciudadano, que fundamenta el reproche estatal sobre la persona que incurrió en una conducta delictiva a través de la sentencia condenatoria dictada por un juez, quien es el funcionario llamado a restablecer la validez del derecho. Por lo mismo, este vínculo institucional permite diferenciar a la práctica punitiva del Estado de la venganza, por cuanto la segunda coerción que realiza el Estado sobre el condenado es una que encuentra su fundamento en el restablecimiento del derecho penal quebrantado de una comunidad política (Mañalich, 2010e, pág. 91 y ss.).

Para el profesor Mañalich, la objeción de que el reproche no podría, entonces, fundamentarse respecto de un extranjero de esa comunidad política debiera ser dejada de lado, si se propone como solución “la aceptación de un cierto espacio para la gradualidad de la distinción entre ciudadano y extranjero (...) que resulte susceptible de mediación a

⁹⁶ Para una explicación del rechazo de considerar al delincuente como un enemigo, véase (Mañalich, 2007, pág. 171 y ss.). En el reconocimiento del significado de la pena por parte de un “nosotros”, como comunidad política de individuos, advierte Beling y sigue Mañalich, que habría que entender que esta intencionalidad colectiva permite descartar algo así como una *poena naturalis*, véase (Mañalich, 2018b, pág. 35).

través del momento irreductiblemente jurisdiccional de la atribución definitiva de responsabilidad jurídico-penal” (Mañalich, 2010e, págs. 93-94).

En ningún caso esto quiere decir que el condenado debe aceptar el reproche jurídico materializado en la pena, esto para el autor es circunstancial, lo importante es el reconocimiento del sujeto como un agente racional y autónomo en quien se materializa la imposición de una determinada pena, basando el reproche de culpabilidad en la conducta desplegada por el autor, que es constitutiva de un determinado delito⁹⁷⁻⁹⁸. Por lo tanto, la idea de que la autonomía agencial del sujeto fundamentaría el juicio de culpabilidad – y posterior reproche punitivo – significa que “el comportamiento del agente pueda ser interpretativo como expresivo – y potencialmente: redefinitorio – de su propia identidad” (Mañalich, 2018b, pág. 48).

La pena es la respuesta merecida por la comisión de un hecho delictivo, en tanto delito y pena se manifiestan como hechos institucionales correspondientes, puesto que el delito tiene un determinado significado institucional – contradicción del derecho – que hace operativa una sanción penal manifestada en la pena, a saber, el restablecimiento del derecho a través de la contradicción de la contradicción del derecho, que en ningún caso para el autor sería equiparable a un *ius talionis*, dados los presupuestos de merecimiento dispuestos por la punición retributiva (Mañalich, 2010e, págs. 94-95) (Mañalich, 2010d, pág. 56).

La pena comprendida de esta forma sería una coacción jurídica, que en concordancia con Binding se dejaría entender como una coacción física y psíquica. En esta línea, por un lado, el profesor Mañalich entiende que el comportamiento que se espera de un ciudadano según lo que describe una norma de comportamiento no es exigible de

⁹⁷ La imposición de una pena de muerte, entonces, no podría ser una pena retributivamente justificada. Para esta discusión, véase (Mañalich, 2007, pág. 174 y ss.). Respecto de la autonomía agencial como presupuesto del merecimiento del reproche penal, véase (Mañalich, 2018b, pág. 45 y ss.)

⁹⁸ Esto habría que vincularlo con el denominado “mandato de neutralidad del derecho”, según el cual el derecho debe ser neutral a las motivaciones que tuvo el ciudadano para actuar conforme a derecho, de manera tal de que el reproche penal de culpabilidad sea un reproche jurídico y no moral, basado en el quebrantamiento de una norma de comportamiento legítima. Al respecto, latamente (Mañalich, 2007, pág. 183 y ss.)

manera coercible, ya que eso queda en su voluntad libre, pero en el momento en que la persona no estima a la norma como una razón eficaz para su actuar, imputándose la comisión de un determinado delito, se impone una pena que debe ser tolerada como prestación retributiva. Es esta prestación la que permite el restablecimiento del derecho en términos hegelianos y que debe ser soportada por el condenado. Entonces, la coacción que ejerce el Estado es coacción retributiva, que se manifiesta como una subrogación del incumplimiento del deber que tenía el condenado al momento de cometer un delito, el cual consistía en seguir la norma de comportamiento, de ahí que el Estado interviene cuando el cumplimiento del deber ya se torna imposible para su destinatario – esto es, una vez el delito se cometió – (Mañalich, 2010d, pág. 60) (Mañalich, 2010e, pág. 98 y ss.).

Por otro lado, la imposición de una pena podría perfectamente motivar al mismo destinatario u otros a actuar conforme a las normas en un futuro, lo cual sería una “coacción psicológica”, en los términos de una teoría prevencionista general negativa como la plantea Feuerbach, pero lo que pretende ilustrar el profesor Mañalich es que aun cuando esto fuese posible, la imposición de la pena se justifica en una racionalidad retributiva para restablecer la vigencia del derecho.⁹⁹

Para Mañalich que las normas de comportamiento se legitimen en la evitación de la afectación a un determinado bien jurídico, según se indicó más arriba, no permite asumir que la retribución que se concreta con la aplicación de normas condicionales de sanción, las cuales refuerzan las normas de comportamiento respectivas que se ven quebrantadas¹⁰⁰, haya que comprenderla orientada a fines preventivos, tal como fue indicado la protección de bienes jurídicos para el profesor sería una labor indirecta del derecho penal, de forma tal que la tarea intrínseca al derecho penal sería la identificación de conductas cuyo quebrantamiento imputable sea merecedor de punición, que como tal solo puede

⁹⁹ De este modo, explicando lo planteado Binding sobre que sería infundado señalar que estamos ante una prevención general negativa, indica que confundiría este “efecto reflejo” de la punición de una conducta, con la finalidad misma de ella (Mañalich, 2010e, págs. 99-100).

¹⁰⁰ Sobre la necesidad de reforzamiento de las reglas de comportamiento, a través de normas de sanción, dada la inestabilidad del seguimiento de las primeras, véase (Mañalich, 2007, págs. 123-124)

encontrarse para él en el modo de producción institucional de leyes estatales (Mañalich, 2010e, pág. 105) (Mañalich, 2010d, págs. 61-62).

Además, la punición de un hecho delictivo no se genera solamente por el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, a su vez, el legislador puede establecer condiciones objetivas de punibilidad o causas que extingan la responsabilidad penal, con esto el profesor explica que no es una labor mecánica de aplicación y que tampoco existe un deber estatal de castigar cuando se determina la existencia de un injusto culpable – delito –, por lo que el injusto si bien permite al Estado ejercer el *ius puniendi*, eso no quiere decir que el Estado tenga un deber de imponer una pena, lo que sí se genera es una necesidad de restablecimiento del derecho por la realización de un no-derecho que es el injusto. En este sentido, entonces, la retribución del delito es lo que pretende la punición misma como restablecimiento del derecho y no un fin ulterior a esta.¹⁰¹

2. DELITOS DE OMISIÓN

La aplicación de la teoría de las normas a los delitos de omisión impropia puede construirse a partir de un trabajo del profesor Mañalich, cuyo principal objetivo es desentrañar la que él considera la mejor explicación dogmática de los fundamentos de una posición de garantía relacionándolo a las múltiples formas de intervención delictiva que pueden venir en consideración respecto de un hecho punible (Mañalich, 2014c, pág. 225 y ss.).

Como primera precisión a la dogmática de los delitos de omisión impropia el autor indica que hay fundamentalmente dos posturas frente a estos delitos. Por un lado, quienes señalan que se quebranta la misma norma de prohibición prevista para el delito comisivo, es decir, comete un homicidio omisivo quien quebranta la “prohibición de matar a otro”,

¹⁰¹ En esto radica que el Estado pueda renunciar a la imposición y ejecución de una pena, como potestad soberana de gracia a través, por ejemplo, del indulto o de la amnistía (Mañalich, 2010d, págs. 64-65). Para un análisis de la amnistía como una forma jurídica de gracia estatal, véase (Mañalich, 2010e, pág. 109 y ss.).

esta tesis fundamentalmente permite dar paso a lo que se conoce como los delitos de “comisión por omisión” (Mañalich, 2014c, págs. 227-228).

Respecto de esta concepción, Mañalich señala que hay ciertos problemas en las premisas que fundamentan esta proposición dogmática, por un lado, está el problema de la adecuación típica y, por otro lado, establecer el momento en que el derecho penal entiende que se puede requerir el actuar de alguien en tanto garante de ciertos bienes jurídicos.

Es para el autor, al menos, contra intuitivo sostener que quien, siendo garante, omite una acción de salvamento que termina con resultado de muerte haya de hecho “matado” a quien debía proteger. La solución que plantea a esto, basándose en la teoría analítica de la acción de Von Wright, es que quien es autor de la acción “matar a otro” solo puede ser quien se encuentra situacionalmente posibilitado para ejecutar una acción que produzca la muerte de otro, en la forma de una transformación de su estado de vivo en muerto, esto quiere decir que quien no realiza una acción impeditiva de un resultado, por esa vía no es posible señalar que está realizando una acción que produce dicho resultado (Mañalich, 2014c, pág. 230).

La segunda postura para explicar la estructura de los delitos de omisión impropia entiende que son “delitos constituidos por el quebrantamiento imputable de normas de requerimiento” (Mañalich, 2014c, pág. 231), es decir, de normas que requieren una actuación por parte del agente que impida un determinado resultado. Esta es la tesis defendida por el autor, según la cual estima que hay que hacer una distinción analítica en el sentido de señalar que las normas de requerimiento que fundamentan los delitos de omisión impropia, comprenden el mismo contenido semántico que la norma de prohibición que exige la omisión de cierto tipo de acción eventualmente constitutiva de un delito comisivo, en palabras del profesor Mañalich, los operadores son interdefinibles en el sentido de un modelo monista del contenido semántico, es decir, “lo sometido a prohibición o a requerimiento es siempre, en el ámbito que aquí interesa, un determinado tipo de acción, especificado a través de una descripción” (Mañalich, 2014c, pág. 232).

Con ello, la impropiedad que suele tratarse en la doctrina respecto de los delitos de omisión impropia se relaciona según Mañalich con la técnica legislativa a la cual se recurre para la tipificación de estos delitos, dada la necesidad de transformación de los tipos penales en delitos omisivos para la realización del ejercicio de subsunción en un determinado caso concreto, de ahí su caracterización como delitos de omisión impropriamente tipificados (Mañalich, 2014c, pág. 234).

Hay dos objeciones que usualmente se esgrimen respecto de esta segunda teoría. Por un lado, que no puede haber vínculo causal auténtico en la omisión, ante lo cual el autor sostiene que es necesario dejar de lado la noción de “causalidad productiva”, adoptando un modelo de “causalidad explicativa”¹⁰², esto permitiría ilustrar que existe un hecho negativo constatable cada vez que una persona no realiza o no omite una determinada acción, lo cual es un argumento que permite explicar el acaecimiento (o no) de un determinado evento (Mañalich, 2014c, págs. 235-236).

Por otro lado, se presenta una objeción “normológica” cuyo núcleo sería para el autor una errada comprensión de las condiciones causalmente relevantes para la determinación del resultado especificado en una norma, en atención a un déficit en el entendimiento de la distinción entre el contenido y la función de las normas de comportamiento, lo cual conlleva a su vez diferenciar, como ya se sostuvo, entre las condiciones de antinormatividad de una norma de las condiciones de imputación de la misma. Hechas estas precisiones, el profesor Mañalich señala que de la delimitación *ex ante* de la función de determinación de una norma de prohibición o de requerimiento no se sigue que la configuración de su contenido prescindiera absolutamente de condiciones que deben ser constatadas *ex post*, por lo mismo, esto está en consonancia con la idea de que el carácter prohibido o requerido de una norma es relativo a una determinada descripción que precisamente debe ser comprobada *ex post*, en atención a las condiciones de aplicación que

¹⁰² Sobre ello se ahondará *infra*, 5.

prevea la misma norma para determinar si una acción está prohibida o requerida (Mañalich, 2014c, págs. 236-237).

Adicionalmente a esto, señala que la transformación de la formulación de un delito comisivo en un delito omisivo también requiere un análisis en relación con la equivalencia material que deben exhibir dichas conductas en atención a un determinado resultado. Entonces, indica un detalle que considera suele confundirse en la discusión, la pregunta por la configuración de un delito de omisión impropia no es una pregunta por la imputación de dicho delito, como lo sería en caso de la determinación de la autoría y participación, en tanto estructuras de imputación. Lo que implica esta configuración, más bien, es comprobar un eventual quebrantamiento atribuible a un garante de “una norma que requiere el impedimento de un resultado de cierto tipo, formulada por vía de transformación a partir de la correspondiente norma prohibitiva de la producción de semejante resultado” (Mañalich, 2014c, pág. 241).

La otra mirada que puede darse a este tema tiene que ver con la caracterización, también, de los delitos de omisión impropia como delitos especiales de garante. Esto es relevante dado que el autor esgrime que la posición de garantía es lo que permite concebir a una persona como destinataria de la norma de requerimiento, de ahí su denominación como delitos especiales propios¹⁰³.

Respecto de ello, entonces, sostiene que la posición de garantía debe ser situacionalmente concretizada, esto quiere decir que tratándose de un garante por vigilancia o aseguramiento, lo importante en el caso concreto será determinar el bien jurídico que puede ser eventualmente menoscabado, para impedir dicho menoscabo, en cambio, en el caso de un garante por protección, será reconocer la fuente de peligro “potencialmente desencadenante del menoscabo a ser impedido por el garante” (Mañalich, 2014c, pág. 243). Esto conlleva lo que él denomina una “relación de garantía” (Mañalich, 2014c, pág. 243).

¹⁰³ Esto quiere decir, que solo podrá ser autor de un delito de omisión impropia quien ostente una determinada posición de garantía frente a determinados bienes jurídicos (Mañalich, 2014c, pág. 242).

Esto permite dar paso a otra conclusión, la relación de garantía a la que alude el autor se constituye como un presupuesto del requerimiento que prevé la norma, es decir, solo podrá resultar autor de un determinado delito de omisión impropia quien exhiba un estatus de garante por ser destinatario de la norma, por lo tanto, quien no tenga relación de garante alguna solo podrá venir en consideración a título de participación en el hecho delictivo. Ahora bien, esto nada dice todavía de la imputación misma de la autoría o participación en un delito, para lo cual resultarán aplicables los criterios generales de adscripción de las estructuras de imputación de la intervención delictiva (Mañalich, 2014c, pág. 244).

3. ANTIJURIDICIDAD

Una vez aclarados los presupuestos generales que dan sustento al modelo analítico del hecho punible, es necesario entrar en los planteamientos que el profesor Mañalich esgrime en torno a la antijuridicidad de un hecho delictivo, es decir, encontrándonos situados en el injusto objetivo mismo, dado que el carácter antinormativo de un hecho, entendido como contravención objetiva de la norma de comportamiento, podrá resultar excluido por cumplirse los presupuestos establecidos en una causa de justificación.

Esto supone realizar un análisis de la teoría de las normas permisivas que en la dogmática del derecho penal se denominan causas de justificación. Como primera apreciación Mañalich indica, según ya advirtiera el alemán Bierling, en esta lógica habría que partir señalando que el *status* de las normas de prohibición y de requerimiento, por un lado, y las normas permisivas y liberatorias, por otro, tienen que ser entendidas como excluyentes, respectivamente¹⁰⁴. Lo que esto sugiere, es la identificación de la función “negativa” de las permisiones en este lenguaje, en tanto operan excluyendo normas prohibitivas. En esta línea, resulta importantísima para el profesor Mañalich la separación entre “permisión en sentido débil” y “permisión en sentido fuerte”. En el primer caso lo característico es que la permisión se obtiene al no existir prohibición alguna, de ahí su

¹⁰⁴ Centrándose para el análisis solo en las normas prohibitivas y normas permisivas.

carácter de permisión “débil”, en cambio, en el segundo caso, existiendo una prohibición, esta se encontrará desplazada por una norma permisiva expresa¹⁰⁵, con ello el “resultado” será el mismo en ambos casos, dado que los operadores deónticos de la permisión y la prohibición son interdefinibles¹⁰⁶, no obstante, la diferencia pragmática entre ambos casos se deja entender por la existencia explícita de una norma de permisión en sentido fuerte, que operará como una base o causa de justificación cuando una conducta dé cumplimiento a sus presupuestos.¹⁰⁷

Bajo esta lógica, que una norma permisiva opere excluyendo una o más normas prohibitivas no implica en ningún caso que la primera modifica el contenido de la segunda, porque es precisamente el contenido semántico de una norma lo que la individualiza, de manera tal que resultará aplicable el carácter excluyente de la norma permisiva en atención a ese contenido, cuando exista superposición entre ambas, generándose así una colisión de normas. Por consiguiente, la aplicación de la causa de justificación de legítima defensa¹⁰⁸, por ejemplo, no modifica el contenido de la prohibición del homicidio de matar a otro ser humano, es en consideración de esa descripción que resulta aplicable la permisión y, en ese sentido, situacionalmente inaplicable la prohibición¹⁰⁹. Por esta razón, entre otras de lógica deóntica, es que el profesor Mañalich adhiera a la posición de que las normas permisivas debieran ser caracterizadas como normas dependientes, en tanto que las prohibiciones

¹⁰⁵ Los ejemplos clásicos en este materia serían, por un lado, la acción matar a un mosquito se encuentra permitida en sentido débil, mientras que la acción de matar a alguien actuando bajo legítima defensa se encuentra permitida en sentido fuerte.

¹⁰⁶ Esto quiere decir que “permitido” siempre será “no prohibido”, y viceversa (Mañalich, 2014c, pág. 476).

¹⁰⁷ Por lo tanto, una permisión en sentido fuerte no será contradictoria a una prohibición en la medida que no siendo prohibida una acción no conllevará necesariamente su permisión en sentido fuerte, del mismo modo que no serán contrarios ya que una determinada acción podrá contar como prohibida y permitida en sentido fuerte a la vez existiendo una colisión entre ambas normas, lo cual no ocurrirá en el caso de la permisión en sentido débil debido a que esta será siempre contradictoria y contraria a la prohibición. Acá estaría el déficit crucial en la teoría de los elementos negativos del tipo, según el autor, dado que desconocerían esta diferencia pragmática trascendental. Véase (Mañalich, 2014b, págs. 476-477). También críticamente sobre esta teoría, véase (Mañalich, 2005a, pág. 422 y ss.)

¹⁰⁸ Para un análisis de los presupuestos de la legítima defensa en torno a algunas decisiones jurisprudenciales, véase (Mañalich, 2005a, pág. 418 y ss.).

¹⁰⁹ Así, una acción podrá ser descrita como matar a otro ser humano y a la vez como una defensa racional ante una agresión antijurídica, siendo desplazada la prohibición que subyace a la primera descripción, dada la aplicación de la norma permisiva de legítima defensa que fundamenta a la segunda conducta. Al respecto, (Mañalich, 2014b, págs. 479-480).

serían normas independientes, dada la función que desempeñan en este esquema (Mañalich, 2014b, pág. 481 y ss.).

De esta forma, para que exista la colisión de normas es necesario que ambas resulten aplicables, es decir, que se cumplan con los presupuestos de su aplicación, por ello, quien da muerte al autor de una agresión antijurídica actual sin emplear un medio racional en su acción defensiva no provoca con ello un desplazamiento de la prohibición del homicidio en razón de la aplicación de la norma permisiva, esto quiere decir que solo resultará excluida la prohibición allí donde una misma acción satisfaga las propiedades de uno y otro tipo de acción – prohibitiva y permisiva -, de ahí que la colisión de normas sea relativa a una descripción que determina un tipo de acción (Mañalich, 2014b, págs. 490, 493).

Esto trae consigo, según señala el autor, distinguir que la relación en que se encuentran las normas prohibitivas y ciertas normas permisivas, como la legítima defensa, es una de “interferencia” y no de “inclusión” o “subordinación”, en lo que sería una *lex specialis*, ya que eso implicaría elaborar una norma permisiva de legítima defensa para cada tipo penal en que resultase aplicable, lo cual sería contrario al “principio de economía ontológica”, aunque, si podrán existir normas de permisión cuya relación con la norma de prohibición sea de inclusión o subordinación, eso sucederá cuando el contenido semántico total de una permisión se corresponda con una parte del contenido semántico de una prohibición¹¹⁰, como por ejemplo ocurre con las tres causales justificantes de permisión del aborto, reguladas en el art. 119 del Código Sanitario, resolviéndose la colisión, ahora sí, bajo un criterio de especialidad (Mañalich, 2010c, págs. 490-492)¹¹¹⁻¹¹².

¹¹⁰ Así, toda conducta constitutiva de la norma permisiva será subsumible (colisionará) bajo la descripción de la prohibición, pero no sucederá al revés.

¹¹¹ El profesor indica como ejemplo la regulación de las causales de permisión del aborto en el derecho alemán, dado que el trabajo en que desarrolla estos argumentos es anterior a la entrada en vigencia de Ley N° 21.030 que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales en nuestro país, por ello creo pertinente indicarlo como ejemplo en este análisis.

Aun así, explica el profesor Mañalich, en virtud del principio de “división de la valoración del injusto” queda abierta posibilidad de que una determinada acción defensiva puede resultar permitida a raíz de la aplicación de una causa de justificación, pero prohibida bajo otra norma distinta de la prohibición que colisiona con la permisión, esto podrá ocurrir en un caso que con la acción defensiva puedan afectarse bienes jurídicos de un tercero (no involucrado), distinto del agresor (Mañalich, 2014b, págs. 494-495)¹¹³.

Ahora bien, el autor señala que la función “negativa” de las normas permisivas incluye explicitar las siguientes cuestiones analíticas para efectos de sostener que las normas permisivas no fundamentan correlativamente deberes de tolerancia, más bien, en el sentido de que una norma permisiva no sustenta un “derecho de intervención” de parte del sujeto agredido. Dicho esto, primero, poniéndolo en relación con los términos hohfeldianos, el análisis de un derecho (subjeto) se entiende como una posición deóntica correlativa a una posición constitutiva de un deber, diferenciándola de la relación jurídica que se establece entre un privilegio (o libertad) como correlativo de un “no-derecho”, por lo cual un privilegio cuenta como una posición opuesta a un deber, siendo las normas permisivas en esta terminología un privilegio (o libertad), dado que su función sería excluir determinados deberes que subyacen a ciertas normas prohibitivas, ante lo cual analíticamente la estructura de la norma permisiva no implicaría, por lo pronto, un deber correlativo de no impedir la acción permitida (Mañalich, 2014b, págs. 495-497).

De ese modo, continúa destacando que habría que hacer una precisión adicional. Dado que existen posturas que indican que toda norma impondría un deber como correlativo de un derecho, dentro de las que se encontrarían también las normas permisivas, como sostiene Hruschka, ello para el profesor Mañalich sería inconsistente si uno entiende

¹¹² Agrega Mañalich, que en este segundo caso las normas permisivas se encontrarían – no exclusivamente – en la parte especial del Código Penal, y, a la inversa, lo que hablaría a favor de la preferencia en el caso de las causas de justificación establecidas en la parte general del cuerpo normativo sería precisamente que su ubicación sería interpretado como criterio de fijación de prioridad por el legislador (Mañalich, 2014b, págs. 490-491).

¹¹³ Esto deja abierta la posibilidad de que esta afectación de bienes jurídicos también pueda resultar justificada, ahora ya, bajo otra norma permisiva.

que existen diferencias entre las normas permisivas y las normas prohibitivas¹¹⁴, ya que normológicamente habría que obtener por “implicación” su carácter permitido, en el sentido de que el que una persona tuviera derecho a ejecutar una determinada acción, llevaría consigo que ella estaría permitida, volviéndose insostenible comprender a las normas permisivas como excepciones (excluyentes) de normas prohibitivas, esto porque quien tiene un derecho a realizar una acción, no puede a su vez contarle como prohibida, encontrándose en ese sentido una inconsistencia (Mañalich, 2014b, págs. 499-500). En esta línea, sería incoherente la existencia de un “derecho de intervención” como correlativo a un “deber de tolerancia”, ya que, siendo las normas permisivas condicionadas por normas prohibitivas, según lo explicado, habría que estar dispuesto a explicar que estos deberes no necesariamente serían correlativos a un derecho cuya titularidad fuera concordante con la titularidad de quien actúa bajo una norma permisiva (Mañalich, 2014b, pág. 503).

En virtud de lo anterior, el profesor Mañalich expone la estructura y fundamentación de los deberes de tolerancia que deben ser entendidos, según argumenta, como deberes de abstención, dado que solo pueden ser identificados como la omisión de una acción de cierta clase en tanto se relacionan con una norma prohibitiva. De esta manera una causa de justificación permite una acción cuyo objetivo es salvaguardar ciertos bienes jurídicos ante una agresión o una situación de peligro. En atención a esto, la infracción del deber de tolerancia siempre estaría vinculada a una “interrupción de un curso causal salvador” (Mañalich, 2014b, pág. 504).

Lo que esto plantea es definir para el profesor, entonces, es que debe entenderse por tolerancia en dicho contexto. Esta solo podrá configurarse bajo la permisión en la medida que se cuente con una oportunidad para la ejecución de dicha acción defensiva, por ejemplo¹¹⁵, en el caso de la legítima defensa supondrá una agresión antijurídica “actual”, ya que no cumpliéndose esto último, el supuesto agresor no estará obligado a “tolerar” la

¹¹⁴ Lo contrario significaría seguir una tesis unificadora, en virtud de la cual una norma establecería una obligación y una autorización al mismo tiempo (Mañalich, 2014b, pág. 499).

¹¹⁵ Esto es meramente explicativo, ya que vale de igual forma para una situación permisiva constitutiva de un estado de necesidad.

acción defensiva que puede eventualmente menoscabar sus bienes jurídicos. Además, es importante que el deber de abstención no solo recaiga en el agresor que es destinatario de una prohibición, sino en cualquier tercero que pueda impedir la ejecución de dicha acción defensiva, esto solo puede afirmarse respecto de una norma prohibitiva, ya que, bajo la terminología explicada, este deber solo puede ser correlativo de una prohibición, y nunca de una permisiva que se entiende un privilegio, siendo, por lo tanto, el deber de tolerancia uno contingente, dada su vinculación relativa a la descripción de una norma prohibitiva y no su concepción como el mero impedimento de una acción que busca salvaguardar bienes jurídicos amenazados (Mañalich, 2014b, págs. 505-506).

Esto último, quiere decir que la acción impeditiva de un curso causal de salvamento debe ser subsumible bajo una norma prohibitiva (sin que esta sea desplazada por una norma permisiva), para así fundamentarse el concreto deber de abstención. Es decir, si un tercero interviene impidiendo la ejecución de una acción defensiva dañando corporalmente al agredido, existirá un deber de tolerancia infringido en virtud de la prohibición de lesionar a otro, a la vez que existirá un deber de tolerancia que recaiga en el agresor, el cual podrá estar fundamentado en una prohibición distinta, así como también, una misma conducta podrá subsumirse bajo más de una norma de prohibición, resultando compatibles para la fundamentación del deber de abstención (o tolerancia) (Mañalich, 2014b, págs. 508-509).

Finalmente, el autor desarrolla lo que sería la “clausura normológica de la permisiva de acciones defensivas”, de manera que no sea un infinito de acciones justificadas. En el caso de la legítima defensa, el argumento que clausura la permisiva estará dado por el carácter jurídico o antijurídico de la agresión, ya que no siendo ilegítima la agresión (y cumpliéndose los otros supuestos) no existirá razón justificante para a quien se le presenta un eventual menoscabo de sus bienes jurídicos pueda impedir que se puedan salvaguardar los de bienes jurídicos de otro¹¹⁶, dada la exclusión de una prohibición ya hecha por una

¹¹⁶ Es relevante la determinación de la clausura, dado que la acción defensiva puede ser a su vez una acción agresiva de bienes jurídicos de otro, con la importancia de que su carácter prohibido resulta excluido por la aplicación de la norma permisiva, tal como ha sido explicado en esta sección.

norma permisiva, por ejemplo, por un estado de necesidad agresivo (Mañalich, 2014b, pág. 512 ss). Lo mismo tendría que ser predicable de una acción defensiva realizada bajo la justificación de un estado de necesidad defensivo, con la salvedad de que esta causa de justificación sería una menos exigente pero más estricta que la legítima defensa, porque la condición de aplicación de esta justificante supone una situación de peligro para los bienes jurídicos salvaguardados¹¹⁷ que provenga de la esfera de titularidad de bienes jurídicos menoscabados por la acción defensiva, situación que deberá ser antijurídica para que pueda resultar aplicable la norma permisiva, fundamentándose así la prohibición de regreso al infinito (Mañalich, 2014b, págs. 515-516).

4. CONSENTIMIENTO

La consideración del consentimiento como categoría dogmática del derecho penal ha llevado a la discusión en la doctrina sobre su estatus como causa de exclusión de la tipicidad o causa de justificación. Ante ello, el profesor Mañalich sostiene que el consentimiento constituye un ejercicio autónomo de libertad de disposición de un determinado bien jurídico individual por parte de su titular, a través de una declaración de voluntad imputable al mismo (Mañalich, 2019d, pág. 36 y ss.).

El autor menciona que existe una equivalencia funcional entre el consentimiento y la “autolesión” como modalidades que vienen en consideración bajo el ordenamiento jurídico chileno de disposición de bienes jurídicos propios. Sin embargo, estructuralmente, la operatividad de esta última reside en disponer de “mano propia”, es decir, por el propio titular, de aquellos bienes jurídicos personalísimos en que el sujeto mediante el consentimiento no puede disponer “por delegación” a un tercero. Mientras que la autolesión para Mañalich sería un obstáculo objetivo de la punibilidad, por otra parte, la categorización dogmática del consentimiento es objeto de disputa argumentativa en la doctrina (Mañalich, 2019d, págs. 37-38).

¹¹⁷ Y no una agresión, como exige la legítima defensa.

Como fue señalado más arriba, la fundamentación bajo la teoría de las normas de una causa de justificación reside en la aplicación situacionalmente preferente de una norma permisiva que opera excluyendo una norma prohibitiva determinada, es decir, en atención a que se ven cumplidas las condiciones de aplicación de la norma permisiva el conflicto práctico con la norma de prohibición quebrantada se ve resuelto a través condiciones de preferencia de la permisión. En cambio, para Mañalich, la justificación del consentimiento del titular del bien jurídico no se encontraría en un conflicto práctico, más bien, habrían razones que operarían cancelando el conjunto de razones en el cual se encuentra apoyada la validez situacional de la norma como razón eficaz para la acción, esto es, como norma de prohibición o requerimiento¹¹⁸.

Entonces, bajo esta mirada, cancelación es semánticamente distinto de exclusión, como indica el profesor, “la cancelación de una razón la priva su carácter de tal” (Mañalich, 2019d, pág. 41). Con ello, no quiere decir que el sujeto situacionalmente puede disponer de la validez de una norma comportamiento, ya que estas son reglas publicamente vinculantes que no están a su disposición, sino que argumenta que ante el consentimiento del menoscabo, la norma de comportamiento quedará situacionalmente inaplicable en atención a que la legitimidad de ella “puede identificarse con la promoción de intereses de quienes, como titulares del bien protegido, se ven directamente beneficiados por esa misma protección” (Mañalich, 2019d, pág. 42), en consecuencia, si los bienes jurídicos individuales son entendidos como presupuestos o medios para el libre desarrollo de la personalidad de su titular, la persona para cuyo libre desarrollo el bien jurídico individual recibe protección estandarizada a través de una norma de comportamiento puede impedir esta protección allí donde el interés en su libre desarrollo ya no habla en la situación respectiva a favor de esa protección, lo cual ocurrirá a través de una declaración de voluntad imputable a ella misma, como un ejercicio autónomo de su libertad de

¹¹⁸ Véase (Mañalich, 2019d, págs. 41 y ss.), señalando que las causas de justificación no explican la totalidad de motivos por cuales una razón protegida como norma de prohibición o requerimiento puede verse situacionalmente derrotada.

disposición. Esa inaplicabilidad es lo que Mañalich, en lenguaje de teoría de las normas, llama “condición de cancelación situacional de la norma”¹¹⁹.

Lo interesante de lo anterior es que Mañalich se decide favorablemente por la interpretación del consentimiento como una causa de atipicidad penal, dado que la cancelación situacional de la regla de comportamiento explicaría la falta de antinormatividad del comportamiento bajo la norma primaria, lo cual conllevaría una falta de tipicidad bajo el esquema de subsunción del tipo de delito que establece la norma de sanción (Mañalich, 2019d, pág. 44).

Las condiciones que serían constitutivas de esta exclusión situacional deberán ser construidas dogmáticamente, según el autor, dada su falta de consagración legislativa. Bajo esta mirada, el comportamiento consentido es visto como uno que se encuentra permitido en sentido débil, según la terminología esbozada más arriba, cuyas componentes serán fijados en una meta-regla dogmáticamente construida “en la cual deberían verse reflejadas las preferencias axiológicas del respectivo orden jurídico” (Mañalich, 2019d, págs. 44-45), esto haría conciliable para el autor que un poder de disposición sobre determinados bienes jurídicos individuales a través del consentimiento no permite sostener sin más que se le otorga al agente un poder de disposición sobre las normas de comportamiento que protegen esos determinados bienes jurídicos¹²⁰.

La definición que el autor sostiene sobre el consentimiento como causa de atipicidad se fundamenta desde una mirada distinta a aquella que sugiere Roxin, ya que este señala, haciendo suya esta premisa liberal según la cual los bienes jurídicos individuales se protegen en atención a la contribución que hacen al desarrollo de la personalidad de quien sea su titular, que no tendría lugar lesión alguna del bien jurídico protegido allí donde su titular dispone de ese bien jurídico vía consentimiento porque las preferencias del individuo

¹¹⁹ El autor indica que si no aceptara esta inaplicabilidad la norma se transformaría en un impedimento del libre desarrollo de la personalidad como objeto del bien jurídico, véase (Mañalich, 2019d, págs. 42-43).

¹²⁰ Al respecto, (Mañalich, 2019d, pág. 45), en esto radicaría que la libertad de disposición de bienes jurídicos, como consentimiento o autolesión, sea una libertad jurídicamente configurada.

están en conformidad con las del sujeto que menoscaba el bien jurídico, esto sería para Mañalich una forma de negación interna de la tipicidad que debería ser rechazada. En cambio, él señala que el menoscabo de un bien jurídico es algo que no puede desconocerse porque este es el objeto mismo del consentimiento, esto quiere decir, en sus palabras,

“el consentimiento no modifica el hecho de que tenga lugar la manipulación de la situación del objeto que exhibe la correspondiente propiedad positivamente valorada, sino solo el hecho de que esa misma manipulación haya de ser considerada ilícita bajo la respectiva norma de comportamiento” (Mañalich, 2019d, pág. 46)

Por lo cual, lo que ocurre en estos casos, para el profesor Mañalich, es que siendo un comportamiento subsumible bajo el tipo, es decir, exhibiendo los componentes típicos de la norma, ante el carácter consentido de dicho comportamiento se fundamenta una cancelación situacional de la norma de comportamiento y, por lo mismo, una inaplicabilidad de la norma de sanción, sosteniéndose de su parte una negación externa de la tipicidad del comportamiento (Mañalich, 2019d, pág. 45 y ss.).

Esto no es lo que ocurriría para el profesor tratándose de situaciones constitutivas de un “acuerdo”, puesto que en ellas precisamente habría una negación interna de la tipicidad toda vez que faltaría algún elemento del contenido semántico mismo de la norma de comportamiento, de ahí que sostenga que “acuerdo en la sustracción”, bajo la tipificación del hurto, sería una contradicción dado que la sustracción implica ruptura de custodia que no puede tener lugar en un acuerdo que supone la voluntad conforme del sujeto que condiciona la falta de realización del tipo (Mañalich, 2019d, pág. 47 y ss.).

5. CAUSALIDAD

Solo aquellos delitos cuyo determinado tipo de acción resultativa especifique una estructura que describa la vinculación de la ejecución u omisión de una acción de ese tipo y el acaecimiento o no-acaecimiento de un resultado relevante a través de un

condicionamiento causal y no constitutivo, tendrá relevancia para el análisis de subsunción de ese comportamiento bajo el tipo penal en virtud de una relación causal (Mañalich, 2019c, pág. 340 y ss.).

La forma tradicional que la dogmática ha entendido la causalidad en materia penal se relaciona con la denominada “*conditio sine qua non*”, entendida como condición necesaria de un determinado resultado, cuya funcionalidad podría entenderse a través del método de la supresión mental hipotética. El profesor Mañalich señala que la condición *sine qua non* no resulta operativa para explicar los cursos causales con relevancia jurídico-penal en aquellos casos de “causalidad alternativa”, los cuales quedarían determinados por la existencia de dos o más condiciones que individualmente consideradas serían suficientes para producir un determinado resultado (Mañalich, 2014a, pág. 39 y ss.).

Esto quiere decir que ante un caso en que dos sujetos disparan a un tercero, siendo ambos disparos suficientes para causar la muerte del tercero, fallaría la *conditio sine qua non* dado que si las dos acciones individualmente consideradas son suficientes para producir el resultado, cada disparo no podría ser considerado una condición necesaria de ese mismo resultado, lo cual pareciera un sin sentido (Mañalich, 2014a, pág. 41).

Sin embargo, Mañalich sugiere que es necesario abandonar la definición de causa como *conditio sine qua non*, o sea, abandonar la definición de causa como condición necesaria para el acaecimiento del resultado y asumir una definición que para todos los casos lleve a resultados correctos. Eso lo logra, en opinión del profesor, la fórmula de la condición mínima suficiente la cual quedaría definida como “todo componente necesario de una condición compleja a su vez mínimamente suficiente, *ceteris paribus*, para el acaecimiento del evento identificado con el respectivo resultado, conforme a leyes causales”¹²¹. La diferencia entre ambas teorías radicaría en lo que definen como condición

¹²¹ Véase (Mañalich, 2014a, pág. 42), para quien esta última cláusula “conforme a leyes causales” es indicativa del contexto argumentativo explicativo de la causa así planteada. También (Mañalich, 2019c, pág. 341), indicando que estos términos: “causa” y “leyes causales”, son meta-conceptos que permiten identificar la aplicación de los componentes del tipo de delito.

para realizar el análisis causal de un evento, es decir, en el caso recién indicado sobre causalidad alternativa, bajo esta propuesta, habría que señalar que cada uno de los disparos son componentes necesarios de una condición mínima suficiente para explicar el resultado de muerte del tercero que fue impactado por las balas, es decir, se explicaría el respectivo curso causal sin prescindir de ninguno de los dos disparos (Mañalich, 2014a, pág. 43).

El profesor Mañalich haciéndose cargo de la objeción de Kindhäuser según la cual la condición mínima suficiente en casos de causalidad alternativa llevaría a un absurdo porque la muerte del tercero no podría explicarse por dos condiciones que serían suficientes recíprocamente independientes, es decir, como si la muerte del tercero fuera causación de los dos disparos al mismo tiempo, sostiene que este yerra en la estructura de las condiciones complejas que podrían venir en consideración como causas alternativas en este caso, en sus palabras, “la alternatividad de las dos o más condiciones coexistentes no es una propiedad intrínseca a cada una de ellas, sino una propiedad puramente relacional” (Mañalich, 2014a, pág. 45), en otras palabras, para el autor la renuncia a comprender la causa como una condición necesaria permitiría que no exista problema alguno, dado que, más bien, cuando existen dos o más cursos causales alternativos para explicar un resultado, siguiendo con el caso, que este pueda ser explicado como el disparo de “A” sobre un tercero, forma parte de la condición suficiente que explica la muerte de ese tercero solamente, que ello sea puesto en relación con la condición suficiente que explica que el disparo de “B” también causó la muerte del mismo tercero, es la cualidad relacional a la que alude Mañalich, en el sentido de que un mismo resultado puede ser explicado alternativamente por una u otra condición, pero nada sugeriría que nos encontraríamos ante un conflicto entre ambas alternativas, ya que eso es lo que supondría sostener una causa como condición necesaria¹²².

¹²² Para este argumento, véase (Mañalich, 2014a, págs. 45-46, 93), señalando que lo que sin embargo puede predicarse para el autor de las condiciones mínimas suficientes es que en casos de causalidad alternativa, aun cuando cada evento sea analizado por separado y prescindiendo de la otra, deben ser tratados como componentes necesarios de una condición (compleja) mínimamente suficiente para el acaecimiento de un resultado típicamente relevante.

Por último, en torno a esta discusión, el profesor Mañalich señala que en ningún caso que exista dos o más cursos causales alternativos conllevaría tener en cuenta las mismas circunstancias para una y otra explicación, dado que para él cada condición mínima suficiente que pueda explicar el resultado relevante acarrea un contexto lógico diferente (Mañalich, 2014a, pág. 47).

Ahora bien, para el autor la fórmula de la condición mínima suficiente resultaría operativa también en casos de “causalidad cumulativa”, por ejemplo, si A y B suministran una dosis de veneno a C, las cuales solo conjuntamente pueda producir la muerte de C, entonces, ambas acciones pueden ser descritas como componentes necesarias de una condición mínima suficiente, conforme a leyes causales, que explican el acaecimiento de un resultado delictivo, en esta situación la muerte de C por envenenamiento, de ahí que ambas sean calificadas como condiciones “parciales” de una condición mínima suficiente (Mañalich, 2014a, pág. 98 y ss.).

Por esto, Mañalich señala que el contenido de la condición mínima suficiente, es decir, la relevancia causalmente explicativa de una condición antecedente puede identificarse a partir de las descripciones alternativas que resultan verdaderas de dicha condición, ya que si una descripción resulta mínimamente suficiente para explicar un evento que sea constitutivo de un resultado típicamente relevante y no se puede predicar lo mismo de una condición alternativa, entonces ella se torna en superflua¹²³.

Por otro lado, para la explicación del acaecimiento o no acaecimiento de un evento causalmente condicionado que pueda resultar en la comprobación de las condiciones de aplicación de un determinado delito resultativo Mañalich defiende el llamado “modelo de las leyes de cobertura”, este consiste en que un determinado evento se explica en virtud de

¹²³ Véase (Mañalich, 2014a, págs. 100 y ss., 105), para su análisis en relación al caso de la cantimplora, con especial importancia para la distinción entre una acción que como tal causa la reducción de expectativa de vida de una persona de aquella cuya relevancia causal es explicar la muerte de esa misma persona. En tal medida, la acción que causa finalmente la muerte, interrumpe un curso causal que pueda ser descrito como de reducción de expectativa de vida, en tanto ya no causalmente relevante para la explicación del efectivo resultado.

una inferencia deductiva de un conjunto de premisas que se componen, por un lado, por leyes causales de cobertura explicativamente pertinentes y, por otro lado, por aquellas condiciones iniciales en cuya importancia radica que sean subsumidas bajo estas leyes causales sirviendo de base para el argumento causalmente explicativo de un evento con relevancia jurídico-penal¹²⁴.

Los elementos de esta condición mínima suficiente en tanto “relación causal” pueden ser explicados ontológicamente desde dos miradas distintas. Por una parte, como una “causalidad productiva” por ella habrá que entender aquella cuyos términos quedan fijados por un evento, es decir, la modificación de un estado de cosas ocurrido en un momento temporal determinado. En cambio, por otra parte, como “causalidad explicativa” habrá que entender aquella relación causal cuyos elementos correspondan a hechos, entendidos, bajo esta mirada, como proposiciones verdaderas o como un estado de cosas existente. Concretizado, el autor pone como ejemplo la explicación de la muerte de un sujeto por un infarto, bajo la causalidad productiva esto podrá ser descrito como una relación de causación de dos eventos: el infarto del sujeto y la muerte del mismo, al contrario, en el caso de causalidad explicativa el mismo caso será reconstruido como un argumento explicativo en la siguiente forma: el hecho de que el sujeto haya sufrido un infarto explica el hecho de que este muriera (Mañalich, 2014a, pág. 52 y ss.). La importancia de lo anterior, es que Mañalich indica que un resultado típico es uno que se corresponde con un determinado evento, el cual queda definido por la noción transformación del mundo en un estado de cosas que es típicamente relevante (Mañalich, 2014a, pág. 56).

Sin embargo, el profesor da cuenta de lo problemático que puede ser la aplicación de la noción de causalidad productiva para explicar la causalidad “negativa” en los delitos omisivos, por lo cual la cuestión cambia si en vez de trabajar con un concepto de causalidad

¹²⁴ Las “leyes causales” son entendidas para el autor como deterministas, por oposición a probabilísticas. Además, las premisas deben constituirse como proposiciones verdaderas, es decir, como hechos. Aunque también sostiene que si la premisa se basa en una ley probabilística, ya no podría tener lugar una inferencia deductiva, sino que tendría que ser de carácter inductiva-probabilística. Así, (Mañalich, 2014a, pág. 48 y ss.).

productiva se trabaja con un concepto de causalidad explicativa, en sus palabras “es claro que la constatación de que una persona no ha ejecutado una acción de cierto tipo no es sino la constatación de hecho negativo” (Mañalich, 2014a, pág. 57), agrega Mañalich haciéndose cargo de las objeciones que señalan que cualquier hecho negativo podría formar parte de la explicación causal así formulada, indicando que solo se comprenderán aquellos hechos que “en atención al interés cognitivo que guía la construcción del argumento explicativo, representen una diferencia por contraste con el conjunto de circunstancias que se asumen como dadas” (Mañalich, 2014a, pág. 58).

Todo esto implica que desde el derecho penal el análisis causal para el autor puede ser concebido como una herramienta para el juicio de subsunción, es decir, su importancia radica en permitir establecer una relación entre una determinada forma de comportamiento del agente y su adecuación al contenido semántico de una norma de comportamiento que establece un resultado típicamente relevante. Esto no es indicativo en caso alguno de que la causalidad misma sea integrante del tipo penal, su función, más bien, para Mañalich radica en “clarificar las condiciones de cuya satisfacción depende la consumación del delito en cuestión” (Mañalich, 2019c, pág. 340 y ss.).

6. IMPUTACIÓN PENAL

Tal como fue adelantado, las reglas de imputación definen los criterios conforme a los cuales puede hacerse responsable penalmente a un sujeto en virtud de una infracción de deber culpable que se materializa a través de una conducta la cual para estos efectos implica la contravención de una norma de comportamiento, por esto, son reglas que el adjudicador debe tomar en consideración (Mañalich, 2005a, pág. 388).

Según plantea el profesor Mañalich la teoría de la imputación se basa en el llamado “principio de contra-facticidad”. Esto quiere decir que la imputación penal se sustenta en la consideración (contra-factual) de que los presupuestos que fundamentan la atribución a un sujeto del quebrantamiento de una norma de comportamiento como propio, se encontrarán constituidos en la medida de que siendo este capaz de formarse la intención de omitir o

realizar la acción que exige la norma de comportamiento decide no hacerlo, por lo tanto, son estas capacidades exigidas, en cuya configuración, se conduce a lo que Mañalich llama una “falsación de la hipótesis de fidelidad al derecho a su respecto”¹²⁵. Por supuesto, todo esto supone que la norma de comportamiento debe ser una razón vinculante para la ejecución u omisión de acciones de cierto tipo¹²⁶.

Es decir, debe comprobarse si el destinatario era intencionalmente capaz de dar seguimiento a la norma en el situación concreta, esto es, evitar o realizar y motivarse a evitar o realizar un comportamiento prohibido o requerido (Mañalich, 2005a, pág. 389). En la medida que pueda sostenerse que era capaz y, por lo tanto, que falló la conclusión práctica que él debió materializar en la omisión o ejecución de un determinado tipo de acción, se puede concluir que no reconoció a la norma de comportamiento como razón vinculante para su actuar, pudiendo imputársele la conducta (Mañalich, 2017c, pág. 469).

Entonces, bajo el modelo del silogismo práctico, esto implica, primero, que estando el destinatario de la norma de comportamiento situacionalmente capacitado para realizar la inferencia práctica correspondiente, esto es, la omisión de la acción prohibida o la ejecución de la acción requerida, lo cual, en efecto, no tiene lugar, se vuelve posible imputar esa conducta subjetivamente al agente como infracción de deber, bajo la hipótesis de que no fue reconocida la norma de comportamiento como premisa mayor vinculante. En tanto no exista razón alguna que excluya la capacidad del destinatario para motivarse conforme a ella o que le sea inexigible en el momento concreto, esta infracción de deber podrá declararse también como culpable (Mañalich, 2014a, pág. 27).

Aquí, según el profesor Mañalich, se concretiza lo que Binding llamara “la psicología esotérica del derecho”, en el sentido de que esta idea de déficit de fidelidad al derecho que se manifiesta en la constitución de un injusto culpable, proviene de que al

¹²⁵ Así en (Mañalich, 2013c, pág. 8), en base a esto se explicaría el reproche de culpabilidad por el hecho.

¹²⁶ Véase (Mañalich, 2011a, pág. 93 y ss.), señalando que en esto se encuentra lo central del delito como injusto culpable ya que el sujeto no reconoce a una norma que reclama validez jurídica como premisa vinculante para su acción.

derecho penal subyace la afirmación de que cualquier persona con cierta capacidad mínima se encontrará en condiciones de dar cumplimiento a la exigencia jurídica que se fija en las normas de comportamiento (Mañalich, 2013b, págs. 721-722)¹²⁷.

La idea central de este modelo analítico de culpabilidad por el injusto nos lleva a tener que advertir cómo diferenciar estos componentes que configuran lo que se denomina dogmáticamente “injusto culpable”.

Por un lado, el injusto será entendido como un comportamiento cuyo valor declarativo expresado se concretiza en una contravención del derecho, en lo que ya se ha señalado como “una falta de reconocimiento de la respectiva norma de comportamiento como razón eficaz para la acción” que resultaría imputable al agente (Mañalich, 2011a, pág. 93)¹²⁸. En todo caso, Mañalich indica que el delito no es una mera declaración, sino que es una conducta contraria a la prohibición o el requerimiento establecido en la norma de comportamiento. Por lo anterior, para que un hecho conlleve este valor declarativo en la comisión u omisión delictiva, es necesario que resulte imputable, conforme a los criterios que establece el derecho penal, ya que solo una vez se cumplan estas condiciones podrá decirse que la conducta puede ser atribuida a su destinatario, de quien se esperaba que actuara conforme a derecho (Mañalich, 2011a, pág. 94).

Estas reglas de imputación suponen dos distintos niveles específicos que explican la capacidad de seguimiento de una norma de comportamiento por el destinatario, dado que su análisis entraña una diferenciación entre evitar o realizar y motivarse a evitar o realizar el comportamiento prohibido o requerido (Mañalich, 2011a, pág. 95) (Mañalich, 2005a, pág. 389). La comprobación de esos criterios, como se ha reiterado, implica un juicio distinto de

¹²⁷ Lo cual, por lo pronto, implica sostener que las motivaciones que hayan llevado al agente a comportarse de un modo contrario a la prohibición o requerimiento de la norma primaria de comportamiento, en un principio, no tienen importancia. Ahora bien, posteriormente, en el nivel de la norma de sanción, estas motivaciones pueden tener relevancia para efectos de la determinación de la sanción, finalmente, aplicable.

¹²⁸ Aquí es donde la pena, en tanto reacción punitiva del Estado ante esta contradicción con el derecho vigente, reclamaría su justificación retributiva como la comprende el profesor Mañalich, según fue explicitado en el apartado correspondiente de este trabajo. Por supuesto, siempre y cuando un hecho delictivo resulte punible, dada la diferenciación dogmática entre delito y hecho punible.

la subsunción que amerita la constitución del injusto objetivo, como conducta (no justificada) que exhibe los componentes de la antinormatividad fijados en la regla de comportamiento (Mañalich, 2011a, pág. 95).

De ahí que lo central en este ámbito de la teoría del delito sea, como Mañalich advierte, que la capacidad de seguimiento de una norma de comportamiento es una capacidad de intencionalidad compleja, esto quiere decir que nos encontramos ante una capacidad de formarse y realizar intenciones relativas a intenciones (de segundo orden), dado que quien se comporta respetando la prohibición o el requerimiento de la norma primaria, realiza con ello la intención (de segundo orden) de adecuar su comportamiento a ella (Mañalich, 2013b, pág. 723)¹²⁹.

De este modo, dividida la imputación o capacidad de seguimiento de la norma en dos niveles tenemos, por un lado, la capacidad formarse y realizar una intención de primer orden relacionada directamente con la ejecución u omisión de una determinada acción, cuya denominación a esta respecto será “capacidad de acción o de evitación intencional”, esta se encontrará en el primer nivel de imputación donde se analiza la constitución del injusto subjetivo en consideración de la capacidad física y cognitiva de evitación del sujeto, cuya importancia fundamental dice relación con el conocimiento de los hechos relevantes para la norma de comportamiento en el momento concreto (Mañalich, 2005a, pág. 389) (Mañalich, 2013c, pág. 9). Si la conducta resulta imputable en este primer nivel se constituye el hecho como infracción de deber que se fundamenta en que el sujeto pudiendo físicamente evitar la realización del comportamiento y conociendo la situación fáctica relevante decide no reconocer la norma de comportamiento como premisa vinculante para la acción, en esto radica que ese hecho sea imputable a título de dolo (Mañalich, 2011a, pág. 95).

¹²⁹ Esto quiere decir que quien realiza una acción de abstenerse de matar a otro ser humano, por no querer realizar ejercicio físico alguno, no está prestando seguimiento a la prohibición de matar a otro.

Por otro lado, una vez se encuentra constituido el injusto, sostiene el autor que estaría la capacidad de formarse y realizar una intención de segundo orden, cuyo núcleo se ubica en dar preeminencia a la intención de primer orden, esto es, omitir o ejecutar intencionalmente la acción que la norma de comportamiento prohíbe u ordena, adecuando de esta forma su intención de comportarse conforme a la norma, por ello se habla de “capacidad de motivación” conforme a la regla de comportamiento. Esta capacidad, a diferencia de la primera, la encontraremos en el segundo nivel de imputación donde corresponde analizar la culpabilidad por un injusto ya constituido, es decir, si puede efectuarse un reproche por la infracción de deber en atención a que existía un motivo vinculante para omitir o realizar aquello que proscribe o prescribe la norma, por lo cual esta capacidad ya no está relacionada estrictamente a los hechos relevantes para la norma, sino que más bien tiene estrecha relación con la consciencia de la antijuridicidad del hecho (Mañalich, 2013c, pág. 9)¹³⁰. De este modo, la imputación de culpabilidad por el injusto requiere esencialmente que el sujeto haya podido motivarse a evitar intencionalmente la conducta prohibida o requerida y que esa motivación en el momento relevante le sea exigible (Mañalich, 2011a, págs. 96-97).

Adicionalmente, en concordancia con Hruschka, el profesor Mañalich distingue no solo entre dos niveles de la imputación penal que aluden, como ya se ha dicho, a diferentes niveles del conocimiento – fáctico y jurídico – exigidos al agente en el momento relevante, sino que también diferencia entre dos formas de imputación, las cuales se denominan ordinaria y extraordinaria. La idea de una imputación ordinaria quiere decir que se satisfacen los criterios para imputar un hecho antijurídico, sin que exista razón para excluir dicha imputación, en otras palabras, que es posible sostener en el momento concreto que el destinatario era capaz de evitar (o realizar) y motivarse a evitar (o realizar) el comportamiento que establece la norma. En cambio, esta será extraordinaria si existiendo una razón que excluya la imputación ordinaria, subsiste la imputación penal por el

¹³⁰ En este nivel se reflejaría que existiendo una premisa de fidelidad al derecho por parte de sus destinatarios debería ser una razón eficaz para evitar un comportamiento prohibido. (Mañalich, 2005a, pág. 389).

respectivo comportamiento dado que el déficit que fundamenta esta exclusión es imputable al mismo destinatario (Mañalich, 2005a, pág. 390) (Mañalich, 2011a, pág. 93 y ss.).

Por lo tanto, cuando en el primer nivel de imputación el destinatario de la norma se encuentra incapacitado físicamente de evitar la conducta delictiva o posee un déficit cognitivo que no le permite comprender correctamente las circunstancias fácticas, se ve afectada su capacidad de acción evitacional, sin embargo, podrá fundamentarse una infracción de deber como una imputación extraordinaria por imprudencia cuando el déficit de esta capacidad de evitabilidad intencional provenga de una falta de observancia del cuidado jurídicamente exigible al mismo sujeto. Al igual como ocurre con la imprudencia en el primer nivel, puede imputarse extraordinariamente una conducta en el segundo nivel, ello ocurrirá cuando sea imputable al mismo agente una situación de incapacidad de motivación conforme a derecho, por ejemplo, en los denominados casos de *actio libera in causa* y en los casos de error de prohibición vencible (Mañalich, 2010c, págs. 180-181).

Bajo este modelo de culpabilidad por el injusto que plantea Mañalich existiría lo que él denomina una conexión funcional entre el injusto y la culpabilidad, toda vez que solo existirá un reproche jurídico-penal por un déficit de fidelidad al derecho, allí donde pueda constituirse al injusto como uno culpable, esto quiere decir, definitivamente imputable al sujeto¹³¹..

De esta forma, es importante señalar que dichas capacidades individuales – de acción y de motivación – entendidas como condiciones positivas de imputación de una conducta, no establecen como destinatario de una norma de comportamiento a una persona, más bien, lo que posibilita este entendimiento de la imputación es que, primero, en el nivel del injusto subjetivo, la capacidad de acción determina cuando se materializa, situacionalmente, un deber personal para cualquiera de sus destinatarios y, segundo, en el nivel de la culpabilidad, cuando la infracción de ese deber resulta reprochable penalmente

¹³¹ Véase (Mañalich, 2011a, pág. 98 y ss.), con esto manifiesta que solo ante la posibilidad de declarar un conducta como reprochable es que se puede imponer una sanción penal, paradigmáticamente una pena privativa de libertad.

en atención a la consciencia de la antijuridicidad del sujeto en el momento concreto, ya que solo en la medida que se cumpla lo anterior podrá imponerse y ejecutarse una pena¹³². De ahí que existan dos niveles diferenciados de imputación, cuyos contenidos particulares pasaremos a revisar.

6.1 Primer nivel de imputación (Injusto subjetivo)

Cuando el profesor Mañalich se refiere a un primer nivel de imputación, constituido por la capacidad de acción evitacional, nos tenemos que situar en el nivel de conocimiento fáctico del sujeto respecto de las circunstancias relevantes para un determinado tipo de acción. Dicha circunstancias son aquellas que permiten configurar alguno de los criterios de imputación que nuestro derecho penal prevé como indispensables para fundamentar la constitución de un injusto subjetivo como infracción de deber¹³³.

En estos términos, el dolo es la exigencia por defecto en nuestro Código Penal, es decir, si la ley nada dice la conducta debe ser dolosa. En cambio, la imprudencia en nuestro sistema está sometida a un régimen de *numerus clausus*, en palabras del profesor Mañalich “una imputación a título de imprudencia presupone una falta de imputabilidad (del mismo hecho) a título de dolo” (Mañalich, 2015b, pág. 14).

La legitimación de una imputación a título de dolo pasa porque el agente en el momento de comisión u omisión de un hecho delictivo, se encuentra en posición de evitar intencionalmente su realización siendo física y cognitivamente capaz para ello, es decir, pudiendo hacerlo decide actuar de todas maneras infringiendo una determinada norma de comportamiento con relevancia jurídico penal. Esto, como ya se ha indicado en este trabajo, se asocia a una imputación ordinaria en los términos de Hruschka. En cambio, la

¹³² Al respecto, (Mañalich, 2011a, págs. 98-99), con particular importancia acá lo que tiene que ver con el argumento del autor sobre la existencia de una conexión funcional entre el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes – dolo – y la consciencia de la antijuridicidad, como puede apreciarse esta aseveración tiene vital importancia para el tratamiento de la teoría del error en nuestro ordenamiento jurídico vigente, sobre ello se volverá más adelante en el capítulo final de este trabajo.

¹³³ Es decir, los elementos “normativos” del tipo penal, no se analizan a propósito de este nivel de imputación, sino que ellos forman parte del objeto de imputación, dada la diferenciación ya hecha en este trabajo.

imprudencia en este esquema es un criterio de imputación extraordinaria y, también, un criterio de subrogación del dolo (Mañalich, 2015b, pág. 15).

Las consecuencias que se pueden extraer de lo anterior para el profesor Mañalich son tres. Primero, que siendo el dolo y la imprudencia criterios alternativos permite sostener que sus estructuras delictivas son idénticas desde el punto de vista del objeto de imputación. Segundo, que imputándose una conducta a título imprudente evidentemente presupone que dicha conducta no sea imputable a título de dolo. Tercero, que una imputación imprudente alude a la inevitabilidad de la conducta delictiva en el momento que tuvo lugar el determinado hecho (Mañalich, 2015b, págs. 15-16).

Poniendo esta discusión dogmática en relación con la teoría de las normas, el autor sostiene, siguiendo a Kindhäuser, que es necesario dejar de lado la distinción entre “tipo objetivo” y “tipo subjetivo”, adoptando mejor la diferenciación entre el tipo de delito (que puede contener elementos subjetivos como el ánimo de lucro, por ejemplo), entendiendo por tal la descripción que constituye el objeto de imputación, por un lado, y los criterios de imputación subjetiva que constituyen el dolo y la imprudencia, que permiten imputar una conducta como infracción de un deber a una persona, en la medida que se vea infringida la norma de comportamiento respectiva, por otro. Así, critica la tesis de la identidad de tipo objetivo por ser incompatible con la comprensión de la imprudencia como criterio de imputabilidad subjetiva subrogante del dolo, dado que el objeto de imputación debe ser identificable independiente de si el delito es imputable a título de dolo o imprudencia, por eso mismo diferencia entre objeto de imputación y criterios de imputación (Mañalich, 2015b, pág. 17).

La consecuencia que se sigue de que un determinado hecho no sea imputable a título de dolo y, subsidiariamente, si a título de imprudencia, implica que al momento del hecho, este era intencionalmente inevitable para el agente (Mañalich, 2015b, pág. 18), en tal medida resulta imputable un tipo delictivo por imprudencia en razón de que la exigencia

de cuidado que se infringe es tal que de haberla observado en el momento del hecho por el autor, podría haber quedado en posición de evitar la conducta¹³⁴. De esta forma, Mañalich sostiene que no hay nada problemático en establecer un concurso ideal en unidad de hecho entre delitos imprudentes, dado que el carácter doloso o imprudente tiene que ver con los criterios de imputación y no con la realización de un tipo de delito. Como también, menciona que es posible que exista autoría mediata, co-autoría y alguna forma de participación en el hecho que le sea imputable a alguien a título de imprudencia por existir una infracción de cuidado infringida en el momento que realizan su contribución respectiva en el hecho (Mañalich, 2015b, págs. 18-20).

6.1.1 Dolo

En este elemento de la imputación penal descansa una de las más significativas posturas del profesor Mañalich, dado que difiere sustancialmente de la doctrina tradicional y dominante en torno a la concepción del dolo. Con ello me refiero a que sostiene una teoría “cognocitivistá” o “representacional” del dolo, es decir, prescindiendo de un elemento volitivo para su configuración. Lo central de esta consideración del dolo consiste en que este se entiende como una creencia predictiva del sujeto sobre las condiciones de aplicación de una norma de comportamiento, esto es, de los componentes de la antinormatividad de una conducta fijados en la norma de prohibición o de requerimiento¹³⁵.

En estos términos, el dolo puede ser definido como la adscripción de una determinada creencia predictiva de las circunstancias fácticas que objetivamente fundamentan la antinormatividad de una conducta, esto es, aquellas condiciones en vista de las cuales resulta contradicho el operador deóntico de la norma de comportamiento, fundándose la respectiva antinormatividad. Por lo tanto, el conocimiento de la antinormatividad misma queda relegado a otro presupuesto de la responsabilidad, en el segundo nivel de imputación relativo a la culpabilidad, no obstante, el conocimiento de las

¹³⁴ Así, puede sostener que la imprudencia es la inevitabilidad evitable de la realización de un tipo penal.

¹³⁵ Fundamental para esta postura (Mañalich, 2019c, pág. 303 y ss.).

circunstancias fundantes de dolo posibilita el conocimiento mismo de la antinormatividad, en la forma de una conexión funcional (Mañalich, 2019c, pág. 304).

En tal sentido, para el autor el contenido preciso del elemento “representacional” del dolo, a propósito de la discusión sobre los elementos normativos de los tipos penales y su solución a través de la noción de la valoración en la “esfera paralela del lego”, queda comprendido por el exacto conocimiento de la antinormatividad de la conducta descrita en el tipo de delito, de tal manera que la propuesta de la valoración paralela del lego debería descartarse sin más ya que no se correspondería con aquello que semánticamente se encuentra establecido en el tipo de delito. Esto quiere decir, entonces, que bajo la hipótesis de que el autor en las circunstancias concretas hubiese tenido el conocimiento exacto de la norma habría podido “representarse” que debía formarse la intención de omitir o ejecutar la acción requerida por la norma de comportamiento (Mañalich, 2019c, pág. 305 y ss.).

La justificación de esto estaría en que, como señala también Kindhäuser, el objeto de referencia para la comprobación del dolo se encuentra en la adecuación a la descripción abstracta prevista en la premisa mayor del silogismo, esto es, la norma de comportamiento, a través del reconocimiento de las circunstancias fácticas previstas por el agente en la situación concreta en el nivel de la premisa menor, las cuales deberían, en caso de cumplir con los componentes de la premisa mayor, llevar a advertirle a realizar una inferencia práctica de seguimiento de la norma. Por lo tanto, la premisa mayor define aquello que debe conocer el agente para actuar conforme a derecho. En consecuencia, bajo esta perspectiva sostenida por Mañalich, habría que atribuir una imputación dolosa del hecho allí donde el agente tiene por existente un conjunto de circunstancias o estado de cosas que satisfacen o satisfarían conceptualmente los componentes de la norma de comportamiento,

siendo crucial lo siguiente que señala “con independencia de que la representación que tiene por existente ese mismo estado cosas resulte ser acertada o no”¹³⁶.

Por otra parte, el profesor Mañalich al sostener lo ya indicado sobre que “la adscripción de dolo no se ve alterada por el hecho de que el estado de cosas, tenido por existente por el potencial autor, en efecto no exista” (Mañalich, 2019c, pág. 310), quiere decir que el dolo no puede identificarse con la noción de conocimiento de las circunstancias que realizan el tipo penal desde el enfoque tripartito del conocimiento, esto es, como creencia justificada y verdadera de un estado de cosas, ya que sugiere que es más idóneo considerar a la creencia predictiva relacionada al elemento cognitivo o “informativa” de la capacidad de acción evitacional del tipo de acción, de tal manera que ello permitiría entender la punibilidad de la tentativa como un título de una imputación en que radica una falta de verdad de la creencia predictiva del sujeto¹³⁷.

De esta manera, una vez expuestos los presupuestos que fundamentan al dolo, es importantísimo delimitar el grado de exigencia precisa que satisface una imputación por dolo eventual, dado su carácter de imputación por defecto en nuestro ordenamiento jurídico. Como primer acercamiento, el autor sostiene que “esta es un pregunta irreductiblemente normativa” (Mañalich, 2017c, pág. 473), en contraposición, a una visión psicológica, mental o volitiva del dolo. Desde luego, gran parte de los sistemas jurídicos occidentales, establecen una exigencia menor a la certeza de que el agente se represente cumplir con todas las propiedades que exige la antinormatividad de un determinado tipo de acción.

En efecto, el profesor Mañalich, siguiendo a Kindhäuser, argumenta que solo es necesario, para la adscripción de dolo eventual, una creencia por parte del agente de que

¹³⁶ Véase para esta postura, (Mañalich, 2019c, pág. 308 y ss.). Por ello quien no tiene un cabal conocimiento de estos componentes se encontraría en alguna de las modalidades de error que tienen relevancia para la exclusión de la imputación penal.

¹³⁷ Véase al respecto (Mañalich, 2019c, pág. 310 y ss.), para una crítica al concepto tripartito de conocimiento, indicando la irrelevancia de la justificación y de la verdad para la creencia predictiva.

con un cierto grado de probabilidad su comportamiento dará cumplimiento a los presupuestos de una determinada norma de comportamiento. Este grado de probabilidad debe ser establecido en torno a un estándar que le sería exigible a “una persona racional y razonable que practica fidelidad al derecho” (Mañalich, 2017c, pág. 473)¹³⁸. Lo anterior, manifiesta, según el autor, que la idea de probabilidad en este contexto es totalmente práctica, desde la mirada del agente, a quien se le exige ser una persona que presta fidelidad al derecho.

En ello es importante recalcar que el proceso de adscripción de dolo, es decir, de una creencia predictiva, para el profesor Mañalich, es uno irreductiblemente objetivo, que en ningún caso se encuentra a disposición del agente, ya que está estrechamente relacionado con el contenido semántico que se establece en los componentes de la norma de comportamiento, lo cual es enteramente independiente, como se ha sostenido latamente, de las consideraciones subjetivas del destinatario en el momento relevante (Mañalich, 2019c, pág. 335 y ss.). Así, pragmáticamente, esta concepción del dolo eventual se concretiza aludiendo a los denominados “indicadores” de dolo eventual, los cuales serían aquellos “descriptores (doctrinal y jurisprudencialmente) codificados de síndromes de riesgo” (Mañalich, 2017c, pág. 473), cuya función principal estaría dada por determinar la probabilidad de que un determinado comportamiento sea considerado antinormativo en atención a sus propiedades exhibidas, lo que esto implica, en palabras del autor, es que estos indicadores “no dependen de datos internos del agente, sino del sometimiento de la correspondiente operación de imputación a la regla (...) que especifica el concepto de dolo”¹³⁹.

En ningún caso, bajo esta concepción, los determinados síndromes de riesgo deben verse concretizados, de ahí también que la imputación por dolo eventual se vea satisfecha

¹³⁸ Esto quiere decir que si X ejecuta la conducta “a” en circunstancias que cree con cierta probabilidad que su conducta exhibirá las propiedades constitutivas del delito “b”, en cuyo caso una persona que manifiesta regularmente fidelidad al derecho hubiera omitido realizar “a”, entonces le será imputable a título de dolo eventual la conducta “a”.

¹³⁹ Por ello la creencia predictiva fundante de dolo quedaría determinada por el significado que exhiben los componentes de la norma, (Mañalich, 2019c, pág. 337).

cuando ante el respectivo comportamiento del agente pueda describirse que este se representa conscientemente adoptar el riesgo, esto es, con un grado de probabilidad mínimamente relevante de lo que se espera de una persona que adopta a la norma como una premisa vinculante, aun cuando de hecho el resultado típicamente relevante no tenga lugar, es decir, que no llegue a consumarse el delito (Mañalich, 2017c, pág. 474)¹⁴⁰.

Por último, el aspecto situacional de adscripción del dolo resulta trascendental, dado que solo en la medida que el destinatario se encuentre en la oportunidad-para-la-acción podrá constituirse la imputación subjetiva, eso ocurrirá, precisamente, cuando el agente se encuentre situacionalmente dispuesto a omitir o ejecutar lo exigido por la respectiva norma de comportamiento (Mañalich, 2017c, pág. 474).

6.1.2 Imprudencia

La única gran diferencia que hay entre los dos criterios de imputación (dolo e imprudencia) se encuentra, en palabras del profesor Mañalich, en “el respectivo juicio de evitabilidad – actual o potencial, respectivamente – de la realización del tipo” (Mañalich, 2015b, pág. 21), esto quiere decir que en el caso de la imprudencia, la imputación tiene que ver con que el déficit de capacidad de acción en el momento relevante que le es exigido al agente omitir o ejecutar una acción que requiere la respectiva norma de comportamiento, dicho déficit podría haber sido evitado por el respectivo autor. En ese sentido la imputabilidad nace de una respectiva exigencia de cuidado esperable de un ciudadano fiel al derecho que es infringida, fundamentada este criterio de “evitabilidad individual secundaria” (Mañalich, 2015b, pág. 22)¹⁴¹.

De esto, extrae cuatro conclusiones. En primer lugar, la exigencia de cuidado tiene que ser entendida como un criterio puramente auxiliar, que establece el estándar para hacer

¹⁴⁰ En esto estriba la idea de que los indicadores de dolo exhiben una medida de generalización en torno a la incertidumbre de las circunstancias causalmente relevantes para la producción de un resultado representadas por el agente predictivamente. Para este argumento, véase (Mañalich, 2019c, págs. 342-343).

¹⁴¹ Es decir, esta exigencia de cuidado tiene sentido si esta situación de inevitabilidad, a su vez, era individualmente evitable.

responsable a una persona por su incapacidad de evitación. Así identifica la exigencia de cuidado con una “incumbencia”, en el sentido de que es una exigencia secundaria de comportamiento comparado al “deber” mismo de la norma de comportamiento, que representa su exigencia central (Mañalich, 2015b, pág. 22).

En segundo lugar, la imputación a título de imprudencia encuentra legitimación bajo el principio de culpabilidad, porque es en atención a las capacidades y conocimientos del potencial autor del delito que se explica la infracción del cuidado exigible por el derecho como fundamento de su responsabilidad jurídico-penal, por oposición a lo que sería una medición generalizada como lo esperable del “buen padre de familia”, así tanto la evitabilidad como la previsibilidad conforme a cuidado deben ser determinadas en relaciones a las capacidades del potencial autor (Mañalich, 2015b, pág. 23)¹⁴².

En tercer lugar, señala que es un error asociar la variante omisiva de realización del tipo objetivo de un delito a una imputación a título de imprudencia, puesto que analíticamente son cuestiones distintas, la primera está asociada al respectivo objeto de imputación que define la estructura del tipo penal, en cambio, la segunda tiene que ver con los criterios de imputación en un ámbito distinto (Mañalich, 2015b, pág. 23).

Por último, sostiene que la determinación de la exigencia de cuidado tiene que ver estrictamente con la situación concreta en que ocurre. Esto lo ejemplifica, con las normas de seguridad de la Ley del Tránsito, la simple contravención de una de esas normas no acarrea inmediatamente una imputación jurídico-penal a título de imprudencia, es decir, lo importante es el análisis que se haga respecto de si el potencial autor cumpliendo el cuidado exigido habría podido ponerse en situación de evitar el comportamiento delictivo, así se compatibiliza con los requerimientos del principio de culpabilidad (Mañalich, 2015b, pág.

¹⁴² De ahí que distinga entre cuidado externo (u objetivo) y cuidado interno (o subjetivo). Entendiendo por el primero la adopción de medidas de precaución con el objeto de asegurar su capacidad de actuar conforme a derecho, en cambio, por segundo refiere a las capacidades cognitivas del agente las cuales permitirían hacer reconocibles un eventual riesgo de quebrantamiento de la norma de comportamiento (Mañalich, 2015b, pág. 23).

24)¹⁴³. Esto quiere decir que, si teniendo una situación en que un conductor A conduce sobre el límite máximo urbano y atropella a B con resultado de muerte, en la medida que podamos sostener que aun cuando A hubiese tenido un comportamiento conforme a la exigencia de cuidado (o límite máximo) la muerte se habría producido de todos modos, entonces, hay un fallo en la relación de riesgo (o nexo de contrariedad a deber), no pudiendo imputársele el hecho a título de imprudencia. La razón que subyace a esta cuestión tiene que ver con que “la exigencia de cuidado ha de encontrarse objetivamente delimitada en atención a márgenes de riesgo socialmente tolerado” (Mañalich, 2015b, pág. 27), así este riesgo permitido en el ejemplo recién expuesto es el límite máximo de velocidad que establece la ley.

No obstante, bajo este esquema, si el sujeto en el momento de realización del hecho no pone efectivamente su capacidad de evitación al servicio del seguimiento de la norma de comportamiento, entonces su conducta le puede ser imputada a título de dolo sin que pueda argumentar que actuó dentro del riesgo permitido, esto en razón de que existía una exigencia de cuidado para la persona en tanto era capaz de evitar intencionalmente la realización de la conducta que infringe la norma. En el ejemplo, sería un caso de un conductor que va manejando dentro del límite legal de velocidad y reconociendo a una persona en medio de la calle, decide atropellarlo causándole la muerte, no hay duda para Mañalich de que esa conducta es dolosa (Mañalich, 2015b, pág. 28).

El profesor Mañalich rechaza la solución que propone la llamada “teoría del incremento del riesgo”, respecto de los casos en que no se puede establecer con certeza sobre si “el potencial autor habría podido efectivamente asegurar su capacidad de evitar la realización del tipo-de-delito” (Mañalich, 2015b, pág. 29), basado en que los que siguen esta teoría – sostiene – creen que el aumento del riesgo de acaecimiento de un resultado es suficiente para imputar dicho resultado y que es un problema de imputación objetiva, por tanto común a delitos dolosos e imprudentes, lo cual le parece incorrecto dado que señala

¹⁴³ Pero eso nada obsta a que pueda haber una norma de sanción que se establezca en la forma de un delito de peligro abstracto.

que es un problema restringido a la punibilidad a título de imprudencia, dado que la respuesta a la pregunta sobre si la infracción de cuidado que explica la inevitabilidad de la realización del tipo al momento del hecho es positiva, entonces, habrá delito imprudente, al contrario, si esto no está probado más allá de toda duda razonable, no habrá imputación imprudente, así se hace conciliable con el principio *in dubio pro reo* (Mañalich, 2015b, pág. 30).

Finalmente, indica que la distinción entre imprudencia consciente (con representación) e inconsciente (sin representación) es poco afortunada. Lo ilustra a través de un caso: El conductor A ve el letrero que indica a continuación el camino presenta una curva peligrosa, pero no reduce la velocidad, confiando en su habilidad como conductor. Al entrar en la curva, A pierde el control del vehículo, chocando de frente con otro vehículo, a consecuencia de lo cual muere B, el acompañante de A (Mañalich, 2015b, pág. 32). Ante este caso indica que la imputación a título de dolo eventual se descarta debido a que bajo un criterio de evitabilidad intencional actual del comportamiento anti-normativo no corresponde imputar dolo sino cuando el agente se encuentra situacionalmente en posición de realizar u omitir la determinada acción (Mañalich, 2015b, pág. 32)¹⁴⁴. Esto deja abierta la punibilidad a título de imprudencia, en tanto de criterio de imputación subrogatorio del dolo, por cuanto existió una representación del riesgo al observar la señalética de tránsito, que fundamenta la exigencia de cuidado infringida por el derecho¹⁴⁵, esto le permite describirlo como un análisis en un paso anterior al que ocurre en la imputación dolosa dada la incapacidad de evitación actual de realización del tipo, lo cual estaría representado por la exigencia de cuidado inmediata de la señalética apreciada por A (Mañalich, 2015b, pág. 33).

En este sentido, entonces, propone que cuando hablamos de imprudencia inconsciente estaríamos haciendo el análisis a más de un paso de la imputación por dolo. Si

¹⁴⁴ Esto tiene relación con la punibilidad de la tentativa, de otra manera habría que imputar tentativa de homicidio desde el momento en que decide realizar la maniobra arriesgada en la curva.

¹⁴⁵ En atención a que el conductor A debe haber sido capaz de realizar una medida de precaución que lo hubiese puesto en posición de evitar la acción que dio muerte a B.

en el caso antes reseñado, se especifica que el conductor A nunca vio la señalética de tránsito, podría imputársele responsabilidad jurídico-penal solo en la medida que “haya contado con una representación de las circunstancias bajo la cual haya podido adoptar la medida de precaución que a su vez lo habría dejado en posición de asegurar, a través de la adopción de otra medida de precaución, su capacidad de omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida por la norma” (Mañalich, 2015b, pág. 34), lo cual en el caso estaría dado por algo así como la exigencia de “prestar atención al camino y las señaléticas del tránsito”, por lo tanto, podría fundamentarse la punibilidad de esta imprudencia “inconsciente” (Mañalich, 2015b, págs. 34-35).

6.2 Segundo nivel de imputación (Culpabilidad)

Como ya se ha explicitado en este trabajo, el profesor Mañalich sostiene que la frustración de la expectativa jurídico-penalmente relevante esperable de un agente, no está constituida por el quebrantamiento de una norma, sino que por el seguimiento de dicha norma, la que será defraudada cuando el destinatario no preste seguimiento a ella, pudiendo haberlo hecho (imputación ordinaria) o siendo capaz de asegurar su capacidad de seguirla (imputación extraordinaria), determinando con ello su falta de motivación conforme a la derecho. Esta frustración de la expectativa de seguimiento es lo que apoya el reproche de culpabilidad del derecho penal, al cual subyace un déficit de fidelidad al derecho por no reconocer una norma heterónomamente dictada¹⁴⁶ como razón excluyente para la acción, sea en la forma de una norma de prohibición o de requerimiento (Mañalich, 2013c, pág. 2).

Por ello, la culpabilidad es definida por el autor como,

“El conjunto de presupuestos de cuya satisfacción depende la imputabilidad definitiva de una infracción personal de deber como un comportamiento que expresa un déficit reprochable de fidelidad al derecho” (Mañalich, 2011a, pág. 98)

¹⁴⁶ A contrario de una norma autónoma, es decir, quien la dicta es alguien distinto al destinatario de la misma, en el caso del derecho esto queda definido por el proceso de formación de la ley que establece la Constitución Política de la República.

De este modo, manifiesta que existe una conexión funcional entre el injusto ya constituido y la culpabilidad por ese injusto, ya que solo en la medida que este último pueda ser calificado como culpable, será objeto de un reproche penal que se materializa en la imposición de una pena (Mañalich, 2011a, pág. 98).

Por otra parte, el profesor Mañalich sostiene que existen tres dimensiones constitutivas de la culpabilidad jurídico-penal: ontológica, ideológica y psicológica, las cuales se encontrarían en una relación de primacía explicativa (Mañalich, 2018a, pág. 5 y ss.). En primer lugar, la dimensión ontológica alude a la idea misma de una distinción entre “reproche” y “reprochabilidad”, el autor afirma un carácter relacional de la ontología de la culpabilidad que se manifestaría en una comprensión de ella como un juicio de reprochabilidad fundamentado por la modificación de la relación institucionalizada entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del reproche penal en tanto el comportamiento delictivo del sujeto pasivo muestra una intención que menoscaba las relaciones con otros, por el cual se le hace responsable ante un Estado democrático, dado que esta comprensión para el autor, en concordancia con Duff, supone que el juicio de reprochabilidad estaría mediado por la calidad de ciudadano que debe exhibir el sujeto pasivo (Mañalich, 2018a, pág. 6 y ss.).

Por tanto, en segundo lugar, la dimensión ideológica es más bien una dimensión democrática de la culpabilidad (Mañalich, 2018a, pág. 9 y ss.). Esto quiere decir que solo la legitimación democrática de producción de normas jurídico-penales puede justificar el reproche de culpabilidad por una conducta delictiva, es decir, que el argumento de que las normas puedan ser tomadas como premisas vinculantes para sus destinatarios situacionales se explica en función de que un órgano legislativo democrático establece razones cuya intención es que sean generalmente seguidas por sus destinatarios, lo cual podrá ocurrir cuando estos destinatarios reconozcan pragmáticamente la autoridad de ese órgano constitutivo de razones perentorias para la acción¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Puesto en teoría de las normas: la intención de X en cuanto a que Y haga ϕ podrá constituirse como razón para que Y haga ϕ , en la medida en que Y reconozca autoridad de X. Véase (Mañalich, 2018a, pág. 12)

Lo anterior, estaría dado para Mañalich por el procedimiento democrático de formación de una ley, ya que este aseguraría que el “desacuerdo” entre los representantes de los ciudadanos sea “constitutivo del sentido que adquiere la decisión concerniente al estatus normativo de tal o cual tipo de acción, en cuanto decisión democráticamente legitimada”, resultando que en ese proceso pueda “participar públicamente” cada uno de los ciudadanos de esa comunidad democrática de diversos intereses, agregando, pues, que la regla así generada pretenderá vincular pragmáticamente a todos quienes pudieron ser entendidos como “parte” de ese proceso de formación, aun cuando no hayan estado de acuerdo (Mañalich, 2018a, págs. 13-14)¹⁴⁸.

Por último, la tercera dimensión ya fue mencionada *supra*, y se conoce como la psicología esotérica de la culpabilidad, quiere decir básicamente, por oposición a la psicología del sentido común según la cual un agente realiza una acción en base a las razones con las que cuenta, en palabras de Mañalich, que

“el derecho penal reconoce como su situación específica de pertinencia aquella en que el agente no omite o no ejecuta aquella acción para cuya omisión o ejecución cuenta con una razón (jurídicamente) protegida, constituida por la respectiva norma de comportamiento” (Mañalich, 2018a, págs. 16-17)

Concretamente, entonces para analizar la culpabilidad bajo este modelo analítico, tenemos que situarnos en el segundo nivel de imputación, cuyo examen central es la capacidad de motivación con arreglo a la norma del agente, según lo explicado *supra*. Así, conforme al principio de contra-facticidad de la imputación puede entenderse la psicología esotérica de la culpabilidad, ya que, quien realiza un comportamiento que no da

¹⁴⁸ A este respecto, el profesor Mañalich en relación al reproche personal sobre quienes no exhibirían la calidad de ciudadano, como extranjeros o menores de edad, y, por lo tanto, no son considerados dentro de este proceso público de formación de la norma, argumenta que la solución sería “articular ese reproche de un modo que refleje la distancia que separa a tal persona del paradigma de persona jurídico-penalmente responsable” (Mañalich, 2018a, pág. 15). Véase también sobre esta discusión en (Mañalich, 2005b, págs. 68-69), indicando que en esto radica la mayor plausibilidad de invocación de un error de prohibición directo por parte del extranjero.

seguimiento a la norma, encontrándose en posición de evitarlo intencionalmente, puede imputársele como infracción de deber en el primer nivel, posterior a ello, con un injusto objetivo y subjetivo ya conformado, pasamos al análisis de los motivos conforme a los cuales se produjo este quebrantamiento, en este ámbito, si podemos afirmar – en virtud del supuesto contra-fáctico – que el autor debía motivarse conforme a la norma de comportamiento dada su capacidad para ello¹⁴⁹ y que decidió no seguir la norma, entonces, esa infracción de deber puede ser reprochable dado que el autor no convirtió la norma en motivo vinculante (Mañalich, 2018a, pág. 17).

De forma que cumpliéndose las premisas que fundamentan esta capacidad y no habiéndose dado seguimiento por el destinatario, nos encontraríamos, según Mañalich, ante una ya aludida “falsación” de la hipótesis de fidelidad al derecho a su respecto, que apoya el reproche de culpabilidad jurídico-penal (Mañalich, 2013c, pág. 8). Ahora bien, la específica motivación que haya llevado al agente a infringir el deber situacional de omitir o realizar la acción establecida en la norma, no debería tener implicancia alguna para la imputación de esta conducta, en consideración del mencionado mandato de neutralidad del derecho¹⁵⁰.

En este nivel de imputación sobre la capacidad de motivación con arreglo a la norma, una distinción fundamental a propósito del “género” causas de exclusión de la culpabilidad por un hecho delictivo, supone hablar dos “especies”: causas de inculpabilidad y causas de exculpación. La diferencia entre ambas la encontramos en el fundamento que exhiben para la exclusión de la culpabilidad por el hecho (Mañalich, 2013b, pág. 727) (Mañalich, 2018a, pág. 19).

Respecto de las primeras, el profesor Mañalich señala que se refieren a los presupuestos mínimos de la capacidad de motivación con arreglo a la norma (Mañalich, 2013c, pág. 10), es decir, la exclusión de la culpabilidad se manifiesta en que

¹⁴⁹ O bien, de asegurar su capacidad para motivarse, en el caso de la imputación extraordinaria.

¹⁵⁰ Posterior a ello, pondrán venir en consideración para la magnitud del reproche en el nivel de la norma de sanción. Para ello, véase (Mañalich, 2018a, pág. 18).

situacionalmente el agente no es capaz de motivarse conforme a la norma y, por lo mismo, no le es posible dar seguimiento intencionalmente a la omisión de una acción prohibida o la realización de una acción requerida, según corresponda. Esta situación se produce por “un déficit en alguno de los presupuestos de la capacidad de razonamiento práctico que el derecho asume como indispensable para una motivación con arreglo a la norma”, por lo cual dicho agente no puede formarse la intención de motivarse conforme a ella, por no tener una capacidad psíquica suficiente para formarse esa motivación (Mañalich, 2013c, pág. 10) (Mañalich, 2011a, pág. 97).

Esto ocurrirá respecto de personas que, en razón de su estado, nuestro derecho considera incapaces de motivarse conforme a la norma. Como ocurre con los que se encuentran privados de razón (art. 10 N°1 CP) o los menores de edad (art. 10 N°2 CP). A estos se agrega el error de prohibición (o mandato), cuyo núcleo está constituido por el desconocimiento de la antinormatividad de la conducta, lo cual conlleva que situacionalmente le sea imposible motivarse conforme a ella (Mañalich, 2011a, pág. 97)¹⁵¹.

En cambio, cuando hablamos de causas de exculpación, Mañalich explica que es distinto el fundamento de la exclusión de la culpabilidad en ellas, ya que no es un criterio respecto de los elementos que permiten configurar la capacidad de motivación conforme a la norma, sino que se refieren a la expectativa situacional de motivación con respecto a la norma, esto quiere decir básicamente que en la medida que nos encontremos ante una causal de exculpación, esta desde luego presupone como condición la subsistencia, en dicho momento, la capacidad de motivación del agente (Mañalich, 2013c, pág. 11) (Mañalich, 2013b, pág. 726), pero no se aplica un reproche por la conducta, toda vez que en el momento específico la capacidad de motivación resulta inexigible (Mañalich, 2011a, pág. 97)¹⁵². El ejemplo paradigmático de este tipo de exclusión de culpabilidad es el denominado estado de necesidad exculpante, en cuyo caso el fundamento estará dado por

¹⁵¹ A saber, de formarse la intención de omitir (o ejecutar) la acción prohibida (o requerida) para, de esta manera, dar seguimiento a la norma de comportamiento.

¹⁵² Esto, obviamente, implica que el derecho no le exija al agente un sacrificio extraordinario para actuar conforme a derecho.

una renuncia marginal a la exigencia de motivarse conforme al seguimiento de la norma de comportamiento¹⁵³.

Aunque también podrá existir una imputación extraordinaria en este nivel cuando la privación total de razón sea auto-inducida por el agente en lo que la dogmática denomina *actio libera in causa*, o cuando el eventual reconocimiento de un error de prohibición pueda ser declarado como vencible o superable (Mañalich, 2011a, pág. 98).

Con el objeto de indicar las razones que subyacen a un reconocimiento de la exculpación en el sistema penal, el profesor Mañalich identifica lo que denomina instancia de “acrasia”, a propósito del estado de necesidad coactivo¹⁵⁴, entendiendo por ella, en concordancia con Davidson, como aquella que denota una cierta irracionalidad práctica, dado que el agente, consciente de las mejores razones para su actuar, decide realizar una conducta que no se corresponde con esos motivos (Mañalich, 2013c, pág. 15).

Así, esta instancia de acrasia tiene que ser racionalizada conforme a un determinado motivo, en la medida que es lo que corresponde con la caracterización de un agente, quien debe ser capaz de formarse y realizar intenciones, esto es, juicios dotados de contenido proposicional, que, a su vez, dicen relación con la realización u omisión de una determinada acción. En este sentido, quien cuenta como agente es alguien respecto del cual se pueden reconocer ciertos estándares de racionalidad en su comportamiento, por ello resulta paradójica, en su condición de agente, la instancia de comportamiento acrásico (Mañalich, 2013c, págs. 16-17). Lo relevante en esta irracionalidad práctica para el autor es que se limita en atención a la posible identificación de ciertos motivos o razones de dicho comportamiento acrásico que explicarán porqué el agente se comportó de esta manera (Mañalich, 2013c, pág. 20).

¹⁵³ En este sentido, el autor indica que esta es una renuncia marginal a la psicología esotérica que particulariza al derecho penal, (Mañalich, 2013c, pág. 13).

¹⁵⁴ Según este, la situación de necesidad se presenta ante la coacción motivacionalmente eficaz ejercida por otro agente (coaccionador).

La imputación jurídico-penal supone que las mejores razones con que cuenta el agente en el momento relevante son aquellas que el ordenamiento jurídico reconoce como normas vinculantes para la omisión o ejecución de una acción (Mañalich, 2013c, pág. 20)¹⁵⁵. De tal manera que el reconocimiento de las razones que llevan al agente a la determinada instancia de acrasia se relacionan directamente con el juicio de exculpación, dado que dicha persona que no presta seguimiento a la norma de comportamiento, siendo motivacionalmente capaz para ello, requiere del derecho penal un reconocimiento del fundamento que subyace a su comportamiento acrásico – que no muestra fidelidad al derecho¹⁵⁶–, esto quiere decir, que “el ordenamiento jurídico no valide la razón para la acción que efectivamente explica el comportamiento del autor” (Mañalich, 2018a, pág. 22)¹⁵⁷.

Ahora bien, según señala el autor, el juicio de exculpación dice relación directa con el concepto de “persona” que hacen suyo las reglas de imputación jurídico-penal, dejando intacto el sistema de normas de comportamiento, en tanto las causas de exculpación se vinculan con la consideración de cuáles son las razones jurídicamente vinculantes para la acción que permiten definir al destinatario de una norma, el cual es precisamente quien cuenta como persona (Mañalich, 2013c, págs. 21-22).

De esta forma, señala el profesor Mañalich, que las reglas de imputación que apoyan el reconocimiento del juicio de exculpación implica “la aceptación de un quiebre en la identidad contra-fácticamente fijada del destinatario de la norma en tanto persona”¹⁵⁸ (Mañalich, 2013c, pág. 22), por lo cual, se produciría una “suspensión marginal” del estatus del destinatario de quien se espera contra-fácticamente una motivación leal al derecho, es

¹⁵⁵ En esto se expresaría la perentoriedad excluyente de las normas de comportamiento, para el desarrollo de este argumento, véase (Mañalich, 2018a, pág. 21)

¹⁵⁶ Siempre y cuando se cumplan con los presupuestos de la imputación ordinaria (o extraordinaria). Véase, (Mañalich, 2013c, pág. 21).

¹⁵⁷ Es imprescindible para el profesor Mañalich que esta racionalización positiva del motivo para actuar del sujeto en la situación de exculpación no sea validada jurídicamente, para que de esta manera sea conciliable con la dimensión ideológica de la culpabilidad (Mañalich, 2018a, pág. 24).

¹⁵⁸ Respecto del cual las razones vinculantes para la acción son específicamente aquellas que el derecho penal reconoce como normas vinculantes.

decir, existe un espacio de inconsistencia práctica¹⁵⁹ – acrasia – al cual el derecho reconoce una eficacia exculpante, distanciándose de esta manera del reproche penal que se fundamente en el quebrantamiento imputable de la norma al sujeto pasivo (Mañalich, 2013c, pág. 22).

Sin embargo, esta postura en ningún caso pretende que lo que el agente ha hecho o dejado de hacer, respecto de lo cual se reconoce un efecto exculpante, manifieste una disrupción de su identidad. Por el contrario, lo trascendental en el juicio de exculpación es que ante la situación en que se encuentra el autor el derecho penal reconoce que ya no es esperable de él una motivación que se corresponda con el estatus excluyente de persona, en palabras del autor, existe un “desacoplamiento marginal del (concreto) sujeto de la imputación de su estatus exclusivo como persona de derecho” (Mañalich, 2013b, pág. 730) (Mañalich, 2013c, pág. 23)¹⁶⁰.

Finalmente, la última cuestión de su análisis refiere a la marginalidad del umbral de inexigibilidad de la motivación con arreglo a la norma, en este sentido, serán las reglas de exclusión de la culpabilidad por exculpación las que deberán fijar los requisitos mediante los cuales se puede sostener que la capacidad de motivación con arreglo a una norma de comportamiento puede considerarse en una determinada situación inexigible (Mañalich, 2013c, pág. 25). Esto toma en consideración que puede diferenciarse entre el criterio de exculpación que será la inexigibilidad de motivación leal a derecho, por un lado, de los presupuestos objetivos que quedarán fijadas en la respectiva causa de exculpación, por otro. Así se hace operativo lo señalado anteriormente sobre el concepto jurídico-penal de persona, cuya expectativa de fidelidad al derecho estará dada por las condiciones

¹⁵⁹ Debido a lo cual, se entiende que el derecho no está destinado a individuos con elevada disposición al auto-sacrificio – como héroes – sino más bien a sujetos respecto de los cuales se hace reconocible la fragilidad de la naturaleza humana, así lo explica el autor, tomando esto último de la obra de Davidson.

¹⁶⁰ De ahí que se sostenga en esta fundamentación que existe una suspensión marginal del estatus de persona, en sentido hegeliano. Esto es, que la persona queda definida por determinadas posiciones deónticas que constituyen “derechos” y “deberes”, por lo cual se espera que un sujeto se comporte como “persona”, respetando a los demás como tales. Al respecto sobre esta caracterización (Mañalich, 2018a, págs. 22-23).

(objetivas) que fijará la causa exculpatoria (Mañalich, 2013b, págs. 729-730) (Mañalich, 2008, pág. 66).

6.2.1 Estado de necesidad exculpante

Como primera apreciación, en este punto, dado el modelo analítico que desarrolla latamente el profesor Mañalich, es necesario distinguir el fundamento que sustenta, como eximentes de responsabilidad penal, a las causas de justificación, por un lado, y a las causas de exculpación, por otro, para luego explicar la propuesta interpretativa del autor respecto del art. 10 N° 11 CP como estado de necesidad exculpante, distinto del estado de necesidad justificante (agresivo) consagrado en el art. 10 N°7 CP (Mañalich, 2013b, págs. 715-716).

Esta diferencia descansa en la separación entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, ya desarrollada en este trabajo. Así, mientras que las causas de justificación dirán relación con el reconocimiento de una norma de comportamiento que se denomina norma permisión (o de liberación), cuya operación será la exclusión de una norma de prohibición (o de requerimiento), aplicándose preferentemente, en tanto que las causas de exculpación operarán, en el segundo nivel de imputación, excluyendo la culpabilidad por ser inexigible para el agente en el caso concreto motivarse conforme a la norma de comportamiento (Mañalich, 2013b, pág. 717).

Además, el profesor Mañalich menciona que no es solo su naturaleza lo que diferencia al estado de necesidad exculpante del estado de necesidad justificante, sino que también habría buenas razones para entender que el legislador plasmó un régimen dualista¹⁶¹. Principalmente, argumenta que el estándar de proporcionalidad (circunstancia 3^a) que establece el N° 11, si bien es uno que pudiera enmarcarse dentro de lo que sería una causa de justificación como estado de necesidad defensivo no comprendería lo que él cree esencial para ello, esto es, que la exigencia de peligro para el o los bienes jurídicos

¹⁶¹ Más allá del argumento de que el legislador ya había establecido un estado de necesidad justificante en el mencionado numeral 7° del art. 10, por lo que para evitar una redundancia legislativa habría que entender al numeral 10° como una causal de exclusión, véase (Mañalich, 2013b, pág. 718).

finalmente salvaguardados por el autor, proceda de la “esfera de organización” de quien resulta precisamente menoscabado en sus bienes jurídicos a través de la acción de salvaguarda que estaría permitida (o justificada) (Mañalich, 2013b, pág. 719)¹⁶².

No cumpliéndose esa condición, es decir, no existiendo vínculo alguno entre el origen del peligro y el efectivo menoscabo de bienes jurídicos ajenos para salvaguardar bienes jurídicos propios, el profesor Mañalich explica que eso solo puede entenderse bajo un principio de solidaridad general, que en esta perspectiva fundamentará la exclusión de la culpabilidad por el injusto -que resulta intacto-, en la forma de una causa de exculpación (Mañalich, 2013b, págs. 720-721).

En lo que sigue, se elaborará la propuesta de interpretación del art. 10 N° 11 CP del profesor Mañalich, como un estado de necesidad exculpante.

En primer lugar, menciona que la circunstancia de existir una situación de peligro grave para bienes jurídicos que sea motivo para la acción de salvaguarda, presupone que existe conocimiento del peligro por parte del autor, solo de esta manera se hace compatible con la incidencia motivacional que exige una causa de exculpación, en tanto se produce una relativización de la exigencia de fidelidad al derecho (Mañalich, 2013b, pág. 730)¹⁶³. Así, el peligro según señala la circunstancia 1ª deberá ser actual o inminente (para su persona, derecho o los de un tercero), lo cual querrá decir que solo podrán venir en consideración bienes jurídicos individuales (personalísimos o patrimoniales¹⁶⁴), dejando abierta la posibilidad, a juicio del profesor Mañalich, de interpretar esta cláusula restrictivamente, en el sentido de favorecer un resultado equiparable entre los bienes patrimoniales

¹⁶² A diferencia de lo que sería un estado de necesidad agresivo, cuya justificación se encontraría en un principio de solidaridad general. No existiendo este requisito dentro del texto del art. 10 N°11 estaría, para el profesor Mañalich, excluida su interpretación como una causa de justificación.

¹⁶³ De esta manera, es posible diferenciar la postura que sigue el profesor Mañalich en torno al error en los presupuestos objetivos de las causas de justificación, para lo que acá importa, en los presupuestos que fundamentarían un estado de necesidad agresivo justificante en estricta relación con la configuración del injusto objetivo, esta argumentación será desarrollada con mayor profundidad en la tercera parte de esta memoria.

¹⁶⁴ A diferencia de la regulación del Código Penal Alemán que restringe el peligro a “la vida, el cuerpo o la libertad” del autor o un tercero próximo.

salvaguardados y el bien personalísimo efectivamente menoscabado (Mañalich, 2013b, pág. 731).

Luego, el estándar de proporcionalidad, que se indica en la circunstancia 3^a como “que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita”, es una relación que debe encontrarse, por supuesto, entre el bien jurídico salvaguardado por el autor y el bien jurídico afectado (o “sacrificado”). Como fue explicado, este estándar pudiera tener relevancia para efectos de consagrar un estado de necesidad defensivo justificante, sin embargo, siendo el principio de autonomía¹⁶⁵ lo que fundamentaría materialmente a un estado de necesidad defensivo, la exigencia de proporcionalidad debe entenderse en un sentido inverso al requisito comprendido para el estado de necesidad ofensivo, de manera tal, que pueda explicarse correctamente el modelo de normas permisivas, según lo explicado *supra*, a propósito de las causas de justificación (Mañalich, 2013b, pág. 733).

Por tanto, el profesor Mañalich entiende que la proporcionalidad se entenderá, dejando intacta la antijuridicidad del hecho delictivo, referida estrictamente al segundo nivel de imputación, como un límite al menoscabo del bien jurídico sacrificado, en tanto que siendo este considerablemente mayor se pierde la eficacia exculpatoria de motivación leal a derecho, volviendo a ser reprochable la conducta del agente. Esto, sin duda, debe ponerse en relación con la circunstancia 2^a que reza “que no exista otro medio practicable y menos perjudicial”, ya que el mismo análisis valdría para ambas circunstancias (Mañalich, 2013b, pág. 734).

Como tercer elemento, examina la eficacia exculpante de una situación de peligro para bienes jurídicos ajenos. En este punto se plantea que el autor del menoscabo del bien jurídico sacrificado puede ser una persona distinta de quien se encontraba en una situación de peligro de sus bienes jurídicos finalmente salvaguardados, por el cual el primero actuó motivado. En ello, a juicio del profesor Mañalich, no hay razón alguna para pensar que el legislador consagre aquí la premisa liberal de promoción del autointerés como motivo

¹⁶⁵ Limitado por el principio de solidaridad general.

dominante, ya que es perfectamente posible el fomento del bienestar de otros, como resultaría acá que un comportamiento altruistamente motivado pueda tener eficacia exculpatoria, renunciando así a la expectativa de fidelidad al derecho (Mañalich, 2013b, págs. 735-736).

Por último, fundamenta la exigencia negativa de que al titular del bien jurídico salvaguardado no tenga la carga de soportar el peligro al cual fue expuesto, dado que la circunstancia 4^a menciona que “el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que se lo aparte de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparte siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”. Esto dependerá de la posición en que se encuentre quien sea sometido a la situación de peligro, ya que si en razón de su cargo, oficio u profesión le corresponde soportar un riesgo en sus bienes jurídicos, podrá privarse de eficacia exculpante la conducta del autor, lo cual ocurrirá cuando haya correspondencia entre autor y titular de bienes jurídicos salvaguardados, debiendo soportar la carga de esa exposición al peligro, pero también cuando siendo personas diferentes, el primero estuviese o pudiese estar en conocimiento de esta carga (Mañalich, 2013b, págs. 736-737).

Una vez entregada su propuesta interpretativa del art. 10 N° 11, el profesor Mañalich señala que es importantísimo sostener que este criterio de exclusión se constituye como uno de imputación ordinaria¹⁶⁶, según la terminología de Hruschka, quedando abierta la posibilidad de que existe un criterio de imputación extraordinaria que permita hacer responsable al autor a pesar de encontrarse en una situación en que no era capaz de motivarse conforme a la norma o esta no le fuera exigible, cuya base podría encontrarse “en la propia responsabilidad del autor por la generación de la situación de peligro actual o inminente para los bienes jurídicos (propios o ajenos) cuya salvaguarda motivara su comportamiento posterior” (Mañalich, 2013b, pág. 738). Lo anterior quiere decir que, la eficacia exculpante decaerá en la medida que sea “autoprovocada” la situación de peligro

¹⁶⁶ Es decir, que en el momento relevante el agente era capaz de reconocer y prestar seguimiento a la norma.

que motiva el comportamiento posterior del agente, toda vez que esta será una infracción de una “incumbencia”, lo que implica que el autor no haya observado la exigencia de comportarse de una manera que haga plausible que este pueda esgrimir posterior a ello una causa de exculpación que desconozca su déficit de fidelidad al derecho (en un presupuesto de imputación ordinaria) en un caso concreto (Mañalich, 2013b, pág. 739)¹⁶⁷. Pero, este criterio de imputación extraordinaria no estará satisfecho si es el propio titular de los bienes jurídicos salvaguardados por el autor (que actúa bajo una premisa altruista en este caso), quien provoca la situación de estado de necesidad.

El fundamento para lo anterior, a juicio del profesor, estaría dado porque el autor que autoprovoca la situación de necesidad “quedaría privado de invocar que el sacrificio de los bienes jurídicos puestos en peligro no le podría ser “razonablemente exigido” (Mañalich, 2013b, pág. 740), o bien, podría buscarse en la prohibición de analogía como expresión del principio de legalidad, favoreciendo una interpretación restrictiva de las reglas de imputación (Mañalich, 2013b, pág. 740).

6.2.2 Miedo insuperable

El caso de la eximente de responsabilidad por miedo insuperable del agente, este se deja reconstruir como causa de exculpación según señala el profesor Mañalich, dado que, como bien ya se ha explicado, ante un comportamiento antijurídico la capacidad de motivarse conforme a deber se mantiene intacta, sin embargo, esta le es inexigible en la situación concreta, excluyéndose de esta manera la culpabilidad por el injusto, en el segundo nivel de imputación (Mañalich, 2008, pág. 65).

El análisis hecho por el profesor Mañalich de la relevancia de aplicar la causa de exculpación del miedo insuperable como eximente de responsabilidad, se hace a propósito

¹⁶⁷ Así, señala que al desconocerse la eficacia exculpante por la autoprovocación de la situación que da origen al estado de necesidad subsistirá una imputación (ahora) extraordinaria de la misma forma que ocurre en los casos de *actio libera in causa* y error de prohibición vencible, esto es, en relación a la capacidad de motivarse conforme a derecho.

de un hecho de conocimiento público que fue la renuncia al Ejército de Chile del general Gonzalo Santelices, dado su involucramiento en un caso de crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes del Estado durante de la dictadura cívico-militar del general Augusto Pinochet¹⁶⁸.

En este sentido, que una persona materialmente haya experimentado una situación que le cause miedo, y en tal caso, que este pueda ser calificado por él mismo, como insuperable, en ningún caso habla a favor de que se tenga por exculpada su conducta en torno a lo establecido en el art. 10 N° 9 CP, más bien, dicha consideración se relaciona directamente con reglas de atribución personal de responsabilidad penal que determinarán objetivamente las condiciones para que en dicha situación le sea inexigible actuar conforme a derecho -que es lo que precisamente hará esta regla ya mencionada-, puesto que allí se encuentra la diferencia entre comprender y excusar, según la cual el autor, siguiendo a Klaus Günther, donde distingue entre motivos comprensibles y motivos dominantes (Mañalich, 2008, pág. 66).

Sin embargo, es importante la posición en que se encuentra un sujeto respecto de su responsabilidad jurídico penal, ya que el hecho de ser el agente, por ejemplo, un miembro del Ejército de Chile lleva consigo un incremento en la motivación que el derecho espera que este tenga para actuar conforme a deber dada su posición institucional, en comparación a una persona común y corriente, respecto de la cual la exigencia del miedo insuperable tendrá probablemente un margen más amplio de aplicabilidad (Mañalich, 2008, pág. 67).

Ahora bien, dicho esto, una cuestión importante que explica el profesor Mañalich, tiene que ver con la eventual superposición entre la causas exculpantes de responsabilidad penal – particularmente, entre el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable -, ya que, con anterioridad a la modificación legislativa que introdujo el art. 10 N° 11 el equivalente más próximo a un estado de necesidad exculpante era precisamente el art. 10 N° 9, en torno a ello, el autor señala que esta superposición no alcanza a ser total, por lo

¹⁶⁸ Particularmente, en el caso denominado operación “Caravana de la Muerte”.

cual, una conducta podrá exculparse por una coacción (psíquica) irresistible o un miedo insuperable en caso de cumplirse con algunas circunstancias previstas para el estado de necesidad, como por ejemplo, el estándar de proporcionalidad, pero a su vez una conducta podrá ser exculpada en una situación de necesidad aun cuando el agente no se encuentre atemorizado por circunstancias que constituyan una situación de peligro (miedo insuperable) o se descarte la utilización de una coacción (psíquica) intimidatoria ajena, siempre y cuando se cumplan todos los elementos ya explicados del art. 10 N° 11 (Mañalich, 2013b, págs. 741-742). Lo anterior, tendrá que valer como externalidad positiva en casos de representación errónea de las circunstancias que constituyen la causa exculpatoria, si se considera como relevante para la disposición motivacional del autor como relevante para la exculpación (Mañalich, 2013b, pág. 742).

7. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Dentro de los planteamientos que ha desarrollado el autor se encuentran los problemas relacionados a la dogmática de la autoría y participación como modalidades de intervención delictiva.

Dada la forma de investigación que ejerce el profesor Mañalich, como se ha podido advertir en este capítulo, a través del análisis del derecho penal en base a la teoría de las normas, lo primero que es importante mencionar es que concibe a la autoría y participación como infracciones de deber. En esta línea, primero, entiende por “intervención delictiva” como las modalidades de imputación personal de la realización de un tipo delictivo. Y, segundo, distingue entre “autoría” la cual sería la categoría que representa la imputación de la realización del tipo penal como hecho propio en virtud de la infracción de un deber primario, en cambio, “participación” se singulariza en que la imputación de la realización típica se manifiesta como hecho ajeno en tanto infracción de un deber secundario (Mañalich, 2010b, pág. 387).

A todo lo anterior, subyace lo que el autor denomina “principio de la contra-facticidad de la imputación”, esto quiere decir, como ya se ha señalado, que la eventual

responsabilidad penal por el quebrantamiento de una norma de comportamiento se analiza, por un lado, constatando que dicha norma no fue considerada por el agente como una razón eficaz para la acción u omisión de una conducta. Y, por otro lado, se analizarán los criterios de imputación ordinaria o extraordinaria, según ya se ha explicado *supra*, para la determinación de la infracción de deber como culpable (Mañalich, 2017b, págs. 24-27).

Lo que esto quiere decir, por de pronto, es que desde una mirada práctica, la consideración como autor de una determinada acción u omisión supone, para el profesor Mañalich, que las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas por normas de sanción deben ser tenidas por el agente como una razón para la omisión o ejecución de acciones principales, ya sea nos encontremos ante una prohibición o ante un requerimiento, respectivamente, es decir, la categoría de autor solo puede considerarse respecto de quien pueda imputarse la realización de una determinada acción u omisión, porque solo él es quien se encontraba en posición inmediata de evitar la realización del tipo penal y, por tanto, actuar conforme a deber (Mañalich, 2017b, págs. 28-30).

Dicho esto, la categoría de la participación, entonces, queda establecida por la ejecución u omisión de una acción auxiliar – o necesitada de complemento – cuya expresión es posibilitar o facilitar la realización típica por parte del autor – quien ejecuta u omite – la respectiva acción principal, esto implica que la intervención del partícipe pueda explicarse bajo un principio de accesoriedad (Mañalich, 2010b, págs. 388-389) (Mañalich, 2017b, pág. 32)¹⁶⁹.

Esta distinción entre acciones principales y auxiliares en los delitos de resultado descansa en un criterio de distancia lógica – y no temporal – respecto de la ejecución u omisión de una acción que pueda producir el resultado típicamente relevante (Mañalich, 2017b, pág. 32). Lo importante acá es que una acción principal será aquella que pueda satisfacer por sí misma la descripción que especifica el tipo penal y, en cambio, una acción

¹⁶⁹ Esto supone, por lo mismo, que exista una *imputatio facti*, en los términos descritos *supra*.

auxiliar siempre estará necesitada de complemento para dar cumplimiento al tipo de acción que especifica la norma penal (Mañalich, 2014c, pág. 247).

7.1 Autoría directa, autoría mediata y coautoría

Esto nos lleva a una nueva diferenciación clásica en esta materia, la cual distingue entre autor principal (o directo), autor mediato y coautor. Por autoría directa, en los términos que defiende Mañalich, habría que entender la posición en que se encuentra quien inmediatamente realiza el comportamiento delictivo de propia mano, en cambio, respecto de las otras dos formas de intervención mencionadas – autoría mediata y coautoría –, es dable decir que, ellas se estructuran de manera tal que el comportamiento que las fundamenta se imputa como propio a pesar de ser a primera vista ajeno (Mañalich, 2010b, pág. 390). Esto tiene que ver con la idea de que, en el primer caso, esto es, en la autoría directa, los criterios de imputación cumplen una función “declarativa”, en cambio, en las otras dos intervenciones delictivas su función es “constitutiva” de dicha imputación.

De ahí también que utilice dos conceptos en sus explicaciones que son relevantes respecto de la autoría directa, primero, que dicho autor directo es la persona que se ubica en una posición en relación a la cual se puede indicar que cuenta con la “oportunidad-para-la-acción” respecto de la eventual evitación de la realización del tipo penal y, segundo, que respecto del autor directo se concibe el esquema de imputación “por defecto” (Mañalich, 2017b, pág. 33).

Sumado a lo anterior, para que una persona se encuentre en posición de dar cumplimiento a lo exigido por la norma, también es necesario que dicho sujeto cuente como su destinatario, es decir, que la norma sea una razón inmediata para la acción solo respecto de quien el derecho penal prevé un deber de no ejecutar o no omitir una determinada conducta (Mañalich, 2014c, págs. 247-248).

En atención a todo esto, reconstruye dogmáticamente el caso de la coautoría, señalando que debido a que las actuaciones consideradas separadamente de los agentes no

son suficientes para la imputación del tipo penal, solo en la medida que las actuaciones sean miradas conjuntamente y, por lo tanto, que a cada uno le resulte imputable tanto su propio comportamiento como el comportamiento ajeno del otro, ahí se puede sostener que se constituye la coautoría.

Los fundamentos que subyacen a la estructura de la intervención delictiva de la coautoría, para el profesor Mañalich, son los principios de “representación recíproca” y del “hecho global”, en ese sentido, el comportamiento de cada uno de los coautores debe poder ser descrito como una contribución al hecho en torno a un “patrón de agencia compartida” y, además, deben constituirse en la forma de una infracción de deber conjunta (Mañalich, 2017b, pág. 35)¹⁷⁰. Dicho patrón sin duda queda sometido al principio de contrafacticidad, antes explicado.

En cambio, la autoría mediata requiere mayores precisiones dogmáticas para sostener esta función constitutiva, para lo cual el autor se vale de un caso que puede resultar ilustrativo para ahondar en el argumento: “A engaña a B diciéndole que pruebe una escopeta, disparando sobre un espantapájaros, que no es tal sino C, un ser humano vivo, lo cual no es advertido por B” (Mañalich, 2010b, pág. 391).

Respecto de la existencia de una diferencia estructural entre la autoría directa y la autoría mediata señala, primero, que no es posible favorecer la posición que acá invocaría una parte de la doctrina sobre que A mata de propia mano a C, de la misma manera que si él mismo hubiese disparado la escopeta, puesto que eso significaría un “desconocimiento de la fineza analítica” de la estructura (Mañalich, 2010b, pág. 391)¹⁷¹ y, segundo, lo relevante en la autoría mediata es que el comportamiento delictivo desplegado por el “sujeto de adelante” no le resulta completamente imputable en atención a un déficit de responsabilidad que tiene lugar con el “engaño”, pero eso no debe obstar a describir su

¹⁷⁰ En esto último quiere decir que los comportamientos desplegados por los coautores se manifiestan como una combinación de acciones individuales que pueden ser descritas en unidad de acción.

¹⁷¹ Es decir, que la estructura que subyace a la autoría directa es la misma para la autoría mediata y que su diferencia radica en una cuestión puramente fenomenológica.

intervención como un “instrumento actuante”, lo cual es necesario para fundamentar la imputación a título de autor mediato del “sujeto de atrás”. Lo que esto quiere decir es que tiene que ser totalmente reconocible que de no mediar déficit de responsabilidad alguno la conducta desplegada por el autor inmediato le habría resultado plenamente imputable¹⁷², pero este déficit justifica la constitución de una responsabilidad individual que recae en la figura del sujeto de atrás, debido a que dicho déficit debe ser explicado en relación a una acción u omisión que realiza este autor mediato, en este sentido, el profesor Mañalich introduce la noción dogmática de “agencias diferenciadas” (Mañalich, 2010b, págs. 392-393).

Una vez explicada esta diferencia estructural, es necesario entender que comprende el autor por “déficit de responsabilidad” del sujeto de adelante, fundamentalmente, este debe ser entendido como un fallo en los presupuestos que sirven de base para reconocer un injusto culpable, en los términos descritos *supra*, a propósito de la distinción entre delito y hecho punible, que sigue el autor (Mañalich, 2010b, pág. 399), estos defectos de responsabilidad pueden ser divididos en dos grupos: por un lado, tenemos un grupo cuyos defectos aluden a la exclusión de la imputación de un comportamiento, ya sea por desconocimiento de las circunstancias fácticas relevantes en el primer nivel de imputación o por fallas en la capacidad de motivación o exigibilidad de dicha motivación conforme a deber en el nivel de la culpabilidad (o segundo nivel de imputación). Y, por otro lado, se encuentra un segundo grupo que agrupa a aquellos defectos que se relacionan con el desconocimiento de la antinormatividad de la conducta por cuanto la norma de comportamiento en la cual se fundamentaría eventualmente la infracción de deber no resulta aplicable por “inexistencia de la base objetiva para un deber” (Mañalich, 2010b, pág. 404), lo cual se atribuye al sujeto de atrás.

¹⁷² Esto se justifica en tanto que siendo el sujeto inmediatamente actuante sin que medie déficit alguno, bajo el principio de general de auto-responsabilidad, su comportamiento es contrario a la fidelidad (esperada) al derecho y, por lo tanto, cumpliéndose los demás criterios de imputación, le será atribuida responsabilidad jurídico-penal por el quebrantamiento de la respectiva norma de comportamiento (Mañalich, 2010b, págs. 391-392).

Respecto de los primeros casos, el profesor Mañalich hace algunas precisiones dogmáticas. Primero, resuelve la respectiva interrogante por los casos en que excluyendo la imputación ordinaria del sujeto de adelante, subsiste una posible imputación extraordinaria¹⁷³, particularmente en casos de error de prohibición vencible donde es cuestionada la posibilidad de una autoría mediata porque para algunos autores, como Jakobs, tomando en consideración la exigencia de una mera conciencia potencial de antijuridicidad, el derecho penal estaría asimilando el conocimiento y desconocimiento “evitable” de la antinormatividad del respectivo comportamiento, ante esto, señala, en primer lugar, que las estructuras entre un error de tipo vencible – por ejemplo, un caso de imprudencia – y de un error de prohibición vencible, son semejantes en cuanto al carácter de vencible como infracción de la competencia del autor (Mañalich, 2010b, pág. 401), la diferencia estriba en el nivel de imputación que se manifiesta dicho carácter, lo cual mantiene de todos modos la estructura antes dicha, por lo tanto, la objeción de dicho sector no sería cierta para Mañalich, en tanto que la explicación que le parece más correcta es sostener que esta exigencia lo único que permite fundamentar es la existencia de “una forma de imputación extraordinaria como criterio general de responsabilidad” (Mañalich, 2010b, pág. 402).

Segundo, en relación a la compatibilidad de una autoría mediata del sujeto de atrás con la imputación extraordinaria del instrumento o sujeto de adelante, señala que tenemos dos imputaciones distintas que hay que diferenciar – la del sujeto de adelante y la del sujeto de atrás – ninguna de la cual excluye a la otra, el hecho de que haya una imputación extraordinaria al sujeto de adelante por su propio déficit en el momento concreto, nada obsta a que su carácter de instrumento se mantenga y fundamente a su vez la responsabilidad del sujeto de atrás, desde su mirada conserva dicho carácter, porque en palabras del autor, “el déficit de responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante no se transmite en modo alguno al hombre de atrás” (Mañalich, 2010b, pág. 403), con esto

¹⁷³ Esto en los términos ya explicados anteriormente, siguiendo la terminología acuñada por Hruschka, que adopta el profesor Mañalich en su teoría del hecho punible.

quiere decir que si lo vemos desde la óptica del autor mediato, para él quien ocupa la posición de instrumento no tiene responsabilidad alguna y ahí es donde se puede reconstruir su autoría.

En cuanto al segundo grupo, separa en ciertos tipos de casos. En primer lugar, tenemos los casos denominados autoría mediata por actuación justificada del instrumento que, en resumidas cuentas, supone que el actuar del instrumento se encuentra subsumido bajo los presupuestos de una causa de justificación, encontrándose en dicha situación producto de una intervención atribuible al sujeto de atrás, por lo que, aun cuando la conducta mirada desde la posición del sujeto de adelante no resulte antinormativa¹⁷⁴, dado que dicha situación es de entera competencia del autor mediato, él por supuesto será responsable penalmente¹⁷⁵.

En segundo lugar, nos encontramos ante casos llamados autoría mediata por autolesión del instrumento, es decir, se refieren a ciertos tipos de situaciones en que el menoscabo de bienes jurídicos propios por parte del instrumento, resultan imputables al sujeto de atrás por ser este menoscabo de su competencia, esto ocurrirá por lo pronto cuando exista un déficit de responsabilidad del sujeto de atrás que permita sustentar que el respectivo menoscabo tuvo lugar sin ser un ejercicio autónomo del disponente u hombre de adelante. Dicho déficit de responsabilidad se puede explicar teóricamente de dos formas, adhiriendo a la solución de la exculpación o a la solución del consentimiento.

La respuesta mejor aspectada a este problema, según el profesor Mañalich, es mirar estos casos desde la óptica de la teoría del consentimiento, por cuanto permite hacer ver que en un caso de autolesión estamos ante el ejercicio de disposición de bienes jurídicos propios por parte de su titular que tiene lugar “de propia mano”¹⁷⁶, a diferencia de la teoría de la

¹⁷⁴ Por existir a su favor una causa de justificación, por ejemplo, legítima defensa.

¹⁷⁵ Por ejemplo, ante un agresión de la cual tenga que defenderse el instrumento encontrándose así en una hipótesis de legítima defensa, si causa un daño a un tercero con su actuar, este será imputable al sujeto de atrás por cuanto a este no le beneficia la causa de justificación.

¹⁷⁶ A contrario sensu, veríamos los casos en que dicho menoscabo se realiza por un tercero y que resulta autorizado por la declaración del consentimiento prestado.

exculpación que implicaría aplicar analógicamente los criterios generales de imputación jurídico-penal lo que conllevaría ignorar que estamos ante la protección de bienes jurídicos propios, dado que estos identifican los presupuestos de seguimiento de una norma de comportamiento en relación a bienes jurídicos ajenos (Mañalich, 2010b, pág. 407).

Finalmente, encontramos los casos llamados autoría mediata por actuación de un instrumento doloso no cualificado. Por doloso el profesor Mañalich refiere a todos los presupuestos subjetivos de una imputación jurídico-penal en clave de culpabilidad del modelo causalista (Mañalich, 2010b, pág. 407). El principal problema dogmático en estos casos son los que se presentan en delitos especiales, teniendo el instrumento un estatus de *extraneus* por tanto no cualificado y el sujeto de atrás un carácter de *intraneus*, es decir, autor idóneo, respecto del hecho delictivo en cuestión.

Desde el punto de vista del profesor Mañalich, la discusión en torno a este asunto requiere de ciertas especificaciones dogmáticas. Para ello, primero rechaza una justificación de la imputación al sujeto de atrás basada en la noción de “delitos de infracción de deber”, según la cual existiría la infracción de un deber extra-penal que puede materializarse con cualquier conducta – activa o pasiva – que contribuya a la realización del tipo penal, con independencia del estatus que exhiba el sujeto que realiza la acción inmediata¹⁷⁷. Su argumento estriba, según ya se ha explicado anteriormente, en que todo delito implica una infracción de deber, pero dicho deber proviene de la imposición de una norma de comportamiento penalmente reforzada y no de consideraciones extra-penales (Mañalich, 2010b, pág. 409). Según Mañalich, lo que esta posición extra-penal fundamenta es la determinada cualidad personal que requiere la norma de comportamiento para que el sujeto venga en consideración como autor del delito respectivo y, por tanto, susceptible de infringir el deber jurídico-penal, por ejemplo, la calidad institucional de funcionario público, pero esto nada dice respecto de la efectiva infracción del deber jurídico-penalmente relevante.

¹⁷⁷ A primera vista, esto haría oscura la distinción entre autoría mediata y autoría directa.

En consecuencia, lo que explica que en este caso pueda hacerse responsable al sujeto de atrás que exhibe el estatus especial requerido por el destinatario de la norma, respecto del comportamiento realizado por el instrumento no cualificado, es que pueda atribuírsele la realización de una acción u omisión que haya dejado en posición al instrumento de “realizar la conducta típica” sin ser, por cierto, destinatario de la norma, es decir, como señala Mañalich “tiene que depender de que el *intraneus* haya abierto el espacio de juego para la acción” (Mañalich, 2010b, pág. 411), que causa el defecto de responsabilidad en el sujeto de adelante – *extraneus* – que he mencionado respecto de todos los otros casos, el cual en esta situación radica en una adecuación normativa del instrumento (Mañalich, 2010b, pág. 411)¹⁷⁸.

7.2 Participación delictiva

Como bien se indicó brevemente *supra*, lo relevante para que una determinada contribución al hecho delictivo sea considerada como participación es que dicha acción u omisión tenga un carácter “auxiliar” respecto de la acción u omisión inmediata para la realización del tipo que tiene lugar con la intervención del autor o de los coautores. En ese sentido, se habla de accesoriedad en la participación al hecho ajeno.

Esto trae consigo precisar algunas cosas, por lo pronto, es interesante indicar que, para Mañalich, ante una intervención de participación no existe infracción de deber alguna por del partícipe, no existe algo así como un “delito de participación” y, por lo mismo, le parece correcto sostener que la realización de una acción principal y típica, en los términos ya explicados, no constituye en sentido alguno una condición objetiva de la punibilidad de la participación en tanto acción accesoria (Mañalich, 2017b, pág. 37)¹⁷⁹.

Entonces, cuando el respectivo quebrantamiento de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada resulta imputable al autor (o coautores), lo que se le imputa

¹⁷⁸ Aun cuando sea una posición anormal mirada desde una perspectiva institucional.

¹⁷⁹ No existe algo así como una norma “derivativa” de la norma principal cuyo quebrantamiento es imputable al autor (o los coautores).

al partícipe es la infracción de deber de otro (u otros) en circunstancias que su comportamiento constituye una premisa vinculada accesoriamente al comportamiento delictivo de ese otro (u otros) (Mañalich, 2017b, pág. 38).

A saber, quien interviene como partícipe no realiza autónomamente un determinado tipo penal, más bien, siguiendo a Kindhäuser, esta actuación puede describirse como una acción (u omisión) auto-preparatoria por parte del autor, pero la circunstancia de que en este caso dicha acción (u omisión) tenga lugar por parte de un sujeto distinto, para el derecho penal conlleva una pena distinta (Mañalich, 2017b, pág. 39).

Ahora, en este sentido, se explican para el profesor Mañalich, las modalidades de participación de complicidad e inducción. Así, por un lado, lo relevante en la complicidad es que la ejecución de la acción por parte del agente represente una contribución necesaria para la realización de la acción principal por el autor (o coautores), es decir, es imprescindible un análisis del contexto para determinar dicha contribución delictiva, en la medida que será determinante si la actuación del cómplice implica que otro quede en mejor posición, o bien, que no colabore a que otro no quede en mejor posición, de ejecutar una acción prohibida u omitir una acción requerida por una norma, respectivamente (Mañalich, 2014c, pág. 250).

Por otro lado, en el caso de la participación por inducción es indispensable que exista por parte del partícipe un “efectivo favorecimiento del quebrantamiento de la norma” (Mañalich, 2017b, pág. 39), por cuanto si el autor se encontraba decidido a ejecutar la acción constitutiva del tipo penal, nada puede agregar quien ocupa la posición de inductor, en esto se basa en la máxima *omnímodo facturus*. De esta manera, lo esencial en la inducción para hacerla compatible con el principio de contra-facticidad que se sigue respecto de la autoría, es que la contribución a la realización del tipo penal, es decir, la proporción de una razón para la realización del tipo por el inductor, debe tener un carácter tal que sea considerado como una premisa eficaz para la acción por parte del agente que ejecuta la conducta típica, por lo tanto, como esa razón (positiva) es proporcionada por otro

que llamamos inductor, dicho sujeto es considerado como accesoriamente vinculado al hecho delictivo (Mañalich, 2017b, págs. 42-43).

Con esto quiere decir que si nos enfrentamos a un caso en que A quiere matar a X con una bomba en su vehículo, interviniendo B señalándole un vehículo que corresponde a Y como si este fuera de X y, por lo tanto, termina muriendo Y, para el autor acá sería clara la imputación a título de inducción respecto de B, dado que A se encuentra en posición *omnímodo facturus* solo respecto de X, por lo que la intervención efectuada por B sería indispensable para explicar la muerte de Y, a través de la acción de A.

Respecto del criterio de imputación subjetiva por defecto que tiene que satisfacer el respectivo interviniente, el profesor Mañalich sostiene que es la misma que se exige para el autor, esto es, dolo eventual, por lo tanto, basta con la representación concreta del grado de posibilidad relevante de realización del tipo en el momento de llevar a cabo la acción u omisión auxiliar (Mañalich, 2008, pág. 64).

7.3 Intervención delictiva en organizaciones

La elaboración dogmática que realiza el autor para fundamentar la imputación de un hecho con relevancia jurídico-penal a las organizaciones, se puede advertir a propósito de una diferenciación que hace suya el profesor alemán Lampe, quien distingue entre sistema de injusto simple y sistema de injusto constituido, lo paradigmático del primero, sería el caso de la coautoría en cuanto la imputación se fundamentaría en la atribución de responsabilidad a cada uno de los coautores, individualmente considerados. En cambio, respecto del segundo sistema, habría que efectuar una separación ulterior, por un lado, se enmarcan los casos de agrupación criminal (o asociación ilícita) y, por otro, encontramos los casos de una empresa con tendencia criminal. Estas tendrían en común la idea de una organización más compleja que en el sistema de injusto simple, en tanto entre sus miembros podrían reconocerse algunos elementos de pertenencia que los hace identificables independiente de la suma individual de cada uno de los miembros. La diferencia estaría en que en la agrupación criminal su finalidad sería la comisión de ilícitos

con relevancia jurídico-penal, razón por la cual no podría configurarse como persona jurídica conforme a derecho, en cambio, en la empresa con tendencia criminal la comisión de un delito sería algo accidental, por lo tanto, podría configurarse como persona jurídica reconocida por el derecho (Mañalich, 2011c, págs. 281-282).

Respecto a la categorización antes mencionada, el profesor Mañalich sostiene que hay tres criterios que hacen explicar satisfactoriamente la imputación de responsabilidad penal a una organización, estos son, como contexto, objeto y sujeto de imputación.

En relación a la organización como contexto de imputación, el autor plantea respecto del problema dogmático del denominado “autor del escritorio”, que no es posible explicar todos los casos a través de una única forma de intervención delictiva, es decir, si bien existen casos que son imputables a título de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder¹⁸⁰, para el autor dicha imputación queda estrictamente sujeta a la existencia de un defecto de responsabilidad en la persona de adelante, lo cual sin duda no se manifiesta en todos los casos del interviniente de escritorio.

Por ello, plantea que existe la posibilidad de intervención delictiva a través de una estructura de imputación en la forma de una “coautoría vertical” dentro de la organización, basándose en la idea de que cada uno de los coautores en este esquema de “contribución representativa a la realización del tipo penal, sin que ello implique que tal contribución necesariamente habrá de exhibir, por sí misma, relevancia típica” (Mañalich, 2017b, pág. 47). Esto último es muy importante porque genera el efecto de que en la medida que la organización sea estructuralmente más compleja, será suficiente una contribución menor por parte de cada uno de los coautores para favorecer la realización del tipo penal (Mañalich, 2017b, pág. 47)¹⁸¹.

¹⁸⁰ Esto según la célebre teoría acuñada por Claus Roxin, en virtud de la cual el instrumento podría identificarse con la organización misma.

¹⁸¹ Con este refiere en su argumentación de que la contribución representativa es sensible al contexto en que se enmarca.

Esto bajo la regulación actual del Código Penal podría reconstruirse para el profesor Mañalich en la medida que se sostuviera que existe una subordinación de la coautoría dispuesta en el art.15 N°3, es decir, aquella que exige un concierto previo, respecto de la coautoría que requiere tomar parte en la ejecución del hecho establecida en el art. 15 N°1. Esto quiere decir, que al menos se necesita la presencia de dos coautores ejecutivos para la realización del hecho.

Además, es imprescindible para su interpretación que se realice una distinción entre la coautoría “ejecutiva” y la autoría directa, entendiendo por esta última la forma paradigmática de imputación jurídico-penal como realización de propia mano del hecho delictivo, que no estaría, por lo tanto, integrada en el art. 15 dado su carácter autosuficiente con la realización del tipo delictivo mismo, diferenciando así acción “típica” de acción “ejecutiva” (Mañalich, 2011c, pág. 285)¹⁸².

A modo de ejemplo de su planteamiento, como reconocimiento expreso de estructuras de imputación diferenciadas en el ordenamiento jurídico chileno, analiza el art. 214 del CJM:

Art. 214. Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

Señala que la primera parte del inc. 1° de esta norma reconoce expresamente una hipótesis de autoría mediata del superior por actuación justificada del instrumento dada la competencia que tiene este respecto de la obligatoriedad jurídica del comportamiento del subordinado¹⁸³, en cambio, la segunda parte de dicho inciso reconoce que en caso de existir concierto previo entre ambos – superior y subordinado – se admite una imputación a ambos a título de coautoría, que podría denominarse “vertical”, esto en el medida que ambos

¹⁸² En esta medida, sostiene claramente que dicha acción ejecutiva tiene que ser por sí misma contributiva al hecho delictivo, por lo cual no se comprendería una contribución preparatoria.

¹⁸³ Esto habría que ponerlo en relación con la causa de justificación contemplada en el art. 10 N°10 del Código Penal

sujetos son parte de una organización conjunta a la realización del tipo penal (Mañalich, 2011c, pág. 288).

Cuando se habla, en cambio, de la organización como objeto de la imputación, resalta una explicación del problema desde dos miradas, dependiendo si se observa desde la parte general del derecho penal o de su parte especial. Ante esto, el profesor Mañalich menciona que dada la regulación actual de nuestro Código Penal la interpretación correcta es concebirlo como un injusto autónomo de los delitos-fin que la organización comete, esto poniéndolo en contraposición con la postura del profesor español Silva Sánchez quien comprende que la relevancia jurídico-penal de la organización no se sostiene independiente de sus miembros, lo que eso implicaría es que habría que aplicar un criterio de intervención personal en la forma de un adelantamiento de la punibilidad del hecho, adaptado a una organización criminal¹⁸⁴, lo cual para el profesor Mañalich conlleva que solo habrá sanción penal “a través la organización” en ese caso, cuando se alcance el inicio de la tentativa del delito-fin (Mañalich, 2011c, pág. 292)¹⁸⁵, esta postura, por cierto, sería una mirada desde la parte general.

Por lo tanto, sobre la base de la regulación actual chilena, el autor menciona que:

“(…) lo que confiere carácter delictivo a la sola organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido de que el objeto mismo (o “giro”) de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características, lo cual hace posible, por lo demás, clasificar las distintas variantes de asociación ilícita (…)”. (Mañalich, 2011c, pág. 293)

Así, el art. 292 señala claramente que existe un delito por el solo hecho de organizarse, otorgándole la calidad de autónomo de los crímenes o simples delitos que se

¹⁸⁴ Esta organización desempeñaría un doble papel de garantía delictiva: primero, en relación al riesgo creado por cada miembro de la organización y, segundo, la vinculación de este riesgo con los intervinientes en a comisión de un delito particular..

¹⁸⁵ Esto es lo que nuestro ordenamiento jurídico exige para la configuración de injusto de la conspiración, según indica el art. 8 del Código Penal.

tuvieron en consideración para formar dicha asociación ilícita¹⁸⁶, lo cual quedaría confirmado por el art. 294 bis, que prescribe la imposición de las penas por la asociación, independiente de los delitos cometidos en contexto de dicha asociación¹⁸⁷.

Por lo pronto, en cuanto al injusto mismo de la asociación ilícita, este se configura como un delito autónomo de peligro abstracto, cuyas condiciones de subsunción quedan definidas en torno a “una disposición (subjética) a la perpetración futura de múltiples e indefinidos hechos delictivos” (Mañalich, 2011c, pág. 294).

Una vez resuelto ello, lo último que explica el profesor Mañalich respecto de la organización como objeto mismo de la imputación, tiene que ver con la idea de que la imputación jurídico-penal bajo esta perspectiva se manifiesta por el comportamiento asociativo y no por la asociación en tanto delito resultativo, esto se explica en el sentido de que el contexto delictivo que comprende una organización criminal hace posible reconducir la responsabilidad de cada uno de miembros a título de autoría directa¹⁸⁸.

Finalmente, la organización como sujeto de responsabilidad jurídico-penal, implica hacer un análisis del sistema de responsabilidad penal que hace suyo la regulación de la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en atención a que dogmáticamente se discute entre dos polos que serían, los modelos de transferencia de responsabilidad y de responsabilidad por el hecho propio.

El profesor Mañalich cree que existen dos objeciones capitales que pueden hacerse a un modelo de responsabilidad por el hecho propio, como el que elabora el autor español

¹⁸⁶ Por ejemplo, tomando en consideración asociaciones ilícitas destinadas al terrorismo, tráfico de estupefacientes, lavado de activos, entre otros delitos.

¹⁸⁷ Esto trae como consecuencia que desde el punto de vista de la dogmática de los concursos de hechos punibles, sea discutido en la doctrina si nos encontramos ante un concurso ideal (en unidad de acción) o un concurso real. En el caso de las asociaciones ilícitas para el narcotráfico, el inciso final del art. 16 de la Ley N° 20.000 lo resuelve haciendo aplicable el régimen previsto en el art. 74 del Código Penal, esto es, acumulación material de penas.

¹⁸⁸ En este sentido, también, se puede precisar el hecho de que existan estructuras colectivas más simples de perpetración de delitos como una banda, estas no se comprenden dentro del injusto específico de la asociación ilícita, en los términos explicados, en virtud de lo sostenido por el autor.

Gómez-Jara¹⁸⁹. Por un lado, desde un punto de vista de la teoría del delito que dice relación con la construcción dogmática de la culpabilidad por el hecho y su aplicación a las personas jurídicas, considera que no es posible argumentar una genuina culpabilidad de la organización por configurarse “una absoluta disolución del hecho al cual tendría que referirse esa culpabilidad” (Mañalich, 2011c, pág. 300), en tanto estaría asociada, por ejemplo, a una empresa con tendencia criminal.

Por otro lado, advierte una objeción desde la teoría de la pena, en cuanto a que dicho autor español para fundamentar su postura esgrimiría que las organizaciones empresariales pueden manifestar posturas político-morales como los ciudadanos (personas naturales), lo cual para el profesor Mañalich es incompatible con el principio democrático “un hombre (o una mujer), un voto”, dado que no es posible diferenciar el reconocimiento de la agencia política a una organización empresarial de la agencia política del empresario o “emprendedor” (Mañalich, 2011c, pág. 300).

El autor cree que la postura mejor aspectada para explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un sistema de culpabilidad por el carácter (Mañalich, 2011c, pág. 302). Esto implica señalar que la responsabilidad por el carácter debe ser entendida como el objeto (y no como el criterio base) de la responsabilidad personal (Mañalich, 2011c, pág. 303)¹⁹⁰, esto quiere decir que el “derecho no se contradice a sí mismo” si se le imputa responsabilidad penal a esta persona jurídica (o institucional), ya que existiendo un hecho delictivo atribuible a una persona natural que forma parte de un órgano de dicha empresa (o persona jurídica), por ejemplo, un delito de soborno, puede relacionarse con la fundamentación de la responsabilidad penal por defectos en la organización, tal como lo

¹⁸⁹ Este autor señala que es posible reconstruir una culpabilidad adecuada para imputarle responsabilidad jurídico penal a empresas cuya complejidad interna haga reconocible una auto organización reflexiva.

¹⁹⁰ Esto conllevaría señalar que el carácter, esto es, la propia identidad de una persona, y, por tanto, constitutiva de sí mismo, sería lo fundamental para imputarle responsabilidad penal a una persona jurídica que no tiene un dignidad intrínseca y que en ocasiones claramente el hecho delictivo puede resultar imputable a más de una persona natural que sea parte de la estructura organizacional y por lo mismo “agentes” de la misma.

dispone el art. 3° de la Ley N° 20.393, en la forma de incumplimiento a los deberes de dirección y supervisión (Mañalich, 2011c, pág. 304).

Lo anterior, entonces, se resume en que no es el hecho delictivo mismo el objeto que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica, sino que este hecho sirve como una huella que da cuenta de los defectos en la organización de esa persona jurídica que terminan en último término fundamentando su responsabilidad penal (Mañalich, 2011c, pág. 304).

De la misma manera, el profesor Mañalich pone esto en relación con el art. 5° de la LRPJ que establece la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, lo cual sería indicativo de que el objeto de la responsabilidad penal de la persona jurídica es distinto al que se le imputa a la persona natural, salvando así una objeción por el principio *ne bis in idem*. A su vez, cree que la herramienta dogmática de la culpabilidad por el carácter volvería aún más explicativos los requisitos copulativos del art. 3° para establecer los defectos de la organización¹⁹¹, en el sentido de que en caso de no cumplirse y, por lo tanto, la empresa haya adoptado las medidas necesarios para que ello no ocurra, como un programa de *compliance* penal, no resulta imputable responsabilidad penal a la empresa, aun cuando efectivamente exista la comisión de un eventual hecho punible por parte de un órgano de ella de los que comprende el catálogo del art. 5° de la misma ley.

Por último, señala respecto del régimen de penalidad que establece la LRPJ, que sostener la culpabilidad por el carácter sería acertado considerando que la máxima sanción que establece la ley es la “exterminación de la personalidad del condenado” (Mañalich, 2011c, pág. 305), en la forma de la disolución o cancelación de la personalidad jurídica,

¹⁹¹ Estos son que el hecho delictivo represente un incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, así como también, que haya sido cometido en interés o para provecho de la persona jurídica.

agregando a esto que la única agravante contemplada es la reincidencia específica, todo lo cual sería incompatible al sostener un sistema de culpabilidad por el hecho¹⁹².

8. TENTATIVA

8.1 Tentativa como hecho punible

Como se señaló anteriormente en este trabajo, la tentativa para el profesor Mañalich supone una falta en el juicio objetivo de antinormatividad de la conducta delictiva¹⁹³. Este juicio quiere decir, en terminología de teoría de las normas, que el quebrantamiento de la norma (primaria) de comportamiento supone que una acción desplegada por un agente cumpla con las propiedades de las cuales depende la realización u omisión de un determinado tipo de acción, concretamente, que haga reconocible dicha conducta como una sometida al operador de la prohibición o del requerimiento que establece una norma de comportamiento. Estas propiedades que permitirán determinar la antinormatividad de una conducta con eventual relevancia jurídico-penal, son denominadas por el profesor Mañalich como “propiedades fundantes-de-antinormatividad”¹⁹⁴.

¹⁹² Considerando que este artículo del profesor Mañalich es del año 2011, cuando llevaba muy poco tiempo vigente la LRPJ, el autor indica una precaución. que puede ser interesante analizar en un futuro, respecto de la regla dispuesta en el inciso final del art. 5°, en tanto puede ser ocupada para eximir de responsabilidad penal a los gerentes de las empresas, cuando no sea posible establecer por el Ministerio Público la participación individual de las personas naturales que integran los órganos de la empresa, lo cual dogmáticamente podría ser favorecer una modelo de genuina responsabilidad por transferencia.

¹⁹³ Esta es la perspectiva que él presenta como correcta bajo su modelo de teoría analítica del hecho punible. A pesar de ello, el autor ha efectuado un análisis detallado de las teorías que fundamentan la punibilidad de la tentativa en el debate doctrinal alemán y chileno, para la presentación de ellas y sus respectivas críticas, véase (Mañalich, 2004, pág. 137 y ss.)

¹⁹⁴ Esto resulta importante, ya que el autor sostiene, ante ello, que el hecho de que la antinormatividad deba ser constatada *ex post*, nada dice de que un comportamiento sea antinormativo solamente *ex post*, indica que una acción estará prohibida o requerida en un sentido objetivo y atemporal, pero que dadas las características probatorias epistémicas que se infieren de un comportamiento, esta antinormatividad deberá ser comprobada en un tiempo posterior, en atención a que solo *ex post* es posible constatar la satisfacción de las propiedades fundantes de la antinormatividad. En el caso de los delitos de resultados, dicha antinormatividad dependerá de la comprobación de que un determinado comportamiento satisface o no la descripción con relevancia causal para el acaecimiento de un determinado resultado, sea en la forma de una no omisión de una acción prohibida o de no ejecución de una acción requerida por la norma primaria. Fundamental, al respecto (Mañalich, 2017c, págs. 463-464).

Por esto Mañalich indica que es necesario hacer una distinción clara entre el contenido semántico y la función pragmática de una norma de comportamiento, ya que la determinación *ex ante* de su función como razón excluyente para la acción u omisión de un determinado tipo de acción, nada dice de que su contenido semántico deba quedar constituido *ex post*, de ahí que el juicio de antinormatividad se constatare *ex post* en torno a la verificación de ciertas propiedades, lo cual sin duda se relaciona con que la idea de que el carácter prohibido o requerido de una acción “es relativo a una determinada descripción” (Mañalich, 2017c, pág. 465), es decir, una descripción que especifique las propiedades fundantes de antinormatividad que el destinatario de la norma de comportamiento deberá tomar en cuenta en su actuar¹⁹⁵.

Una vez clarificado lo anterior, es trascendental, según sostiene Mañalich, diferenciar entre casos en los cuales, por un lado, una persona que situacionalmente se comportó objetivamente contrario a lo exigido por la norma, pero no merece reproche jurídico-penal dado que en el momento de la comisión u omisión no pudo representarse la exigencia de prohibición o requerimiento que establecía la norma de comportamiento¹⁹⁶, de los casos, por otro lado, en que el agente no se comportó objetivamente contrario a la norma de comportamiento, pero mereciendo reproche por su conducta, toda vez que reconoció en una situación particular como premisa vinculante para la acción la norma de comportamiento que obliga a omitir o ejecutar una determinada acción, decidiendo no darle seguimiento (Mañalich, 2017c, pág. 466).

Estos últimos, son los casos asociados a la tentativa del delito en que el reproche jurídico-penal se explica porque el agente reconociendo la norma como motivo vinculante decide no seguirla, por lo cual aun cuando el comportamiento presente un déficit en el juicio de antinormatividad, si es criticable desde un punto de vista de la responsabilidad

¹⁹⁵ Por cierto, en esta misma línea, tal como lo he ido explicitando en este trabajo, para Mañalich que una conducta se encuentre prohibida o requerida por una norma como vinculante para la acción de un determinado agente nada dice respecto de la imputabilidad de dicho comportamiento al mismo agente. Esa determinación queda circunscrita a lo explicado en el apartado de imputación jurídico-penal.

¹⁹⁶ Transformándola en motivo para la omisión o ejecución de cierto tipo de acción.

penal dado que la norma no ha “sido transformada por aquel en motivo dominante” (Mañalich, 2017c, pág. 466), en ello radica para Mañalich que, en virtud de la creencia predictiva del sujeto pueda hacerse responsable por una infracción de deber que se fundamenta en la necesidad práctica de seguimiento de esa norma (Mañalich, 2019b, págs. 30-31). A juicio del autor, esto clarifica los casos en que el agente desconoce que su comportamiento desplegado, aunque siendo contrario a una norma de prohibición o requerimiento, se ve favorecido por las circunstancias que hacen aplicable preferentemente una norma de permisión, en la forma de una causa de justificación, también le sea imputable la tentativa del delito que constituye el quebrantamiento de la norma de comportamiento, dado su falta de representación de los requisitos de la respectiva causa de justificación (Mañalich, 2017c, págs. 466-467).

El profesor Mañalich argumenta, siguiendo a Beling, que el comportamiento que tiene relevancia jurídico penal a título de tentativa es uno caracterizado con la noción de inicio de la ejecución en referencia a un determinado tipo penal¹⁹⁷.

Como bien se señaló *supra*, la tentativa del delito se caracteriza por no exhibir las propiedades que fundan la antinormatividad del comportamiento en relación con un determinado tipo-de-delito¹⁹⁸. De este modo, Mañalich califica a la forma de punibilidad de la tentativa como una “instancia de quebrantamiento imperfecto de la norma (de comportamiento) respectiva” (Mañalich, 2017c, pág. 469), a diferencia de la consumación, cuya característica central queda constituida porque el comportamiento del agente cumple

¹⁹⁷ Esto, con arreglo a que Beling realiza una sustitución de la terminología de que todo hecho punible sería un comportamiento “adecuado-al-tipo” por la caracterización de todo hecho punible como un comportamiento siempre “referido-al-tipo”, así puede describirse dentro de la nomenclatura “hecho punible” a la tentativa. Véase (Mañalich, 2017c, pág. 468).

¹⁹⁸ Esto quiere decir que es un comportamiento que no se corresponde con una instancia de comportamiento antijurídico bajo el tipo de delito, de ahí su calificación como “falsedad de descripción” (Mañalich, 2019b, págs. 30-31).

con las propiedades fundantes de la antinormatividad que exhibe la descripción de un determinado tipo de acción que constituye el objeto de imputación¹⁹⁹.

En concordancia con lo anterior, el autor diferencia también la consumación de la tentativa utilizando la categorías de actos de habla performativos²⁰⁰, según la célebre distinción de Austin, en cuanto a que los delitos consumados serían una instancia de comportamiento performativamente perfecta, dado su valor declarativo como quebrantamiento perfecto de las propiedades antinormativas de una norma de comportamiento, en cambio, los delitos tentados se caracterizarían, precisamente, porque la instancia de comportamiento que lo constituye no da cumplimiento a las propiedades que fundan la antinormatividad de la norma primaria con significancia criminal, lo cual quiere decir, una imperfecta congruencia performativa, dado que lo pretendido por el agente con su comportamiento discrepa con lo efectivamente acaecido en el mundo (Mañalich, 2017c, págs. 476-478)²⁰¹⁻²⁰².

La determinación de la tentativa, siguiendo al autor, solo podrá ser constatada *ex post*, siendo para ello imprescindible la configuración de la falta de consumación. En ese sentido, puede sostenerse que el valor criminal otorgado a la tentativa es derivativo de la consumación (Mañalich, 2017c, pág. 479).

¹⁹⁹ Lo que se manifiesta en la idea que el autor indica como satisfacción semántica, como sinónimo de realización del tipo penal, por ello la identificación de la consumación como el paradigma de un comportamiento punible, (Mañalich, 2017c, pág. 475).

²⁰⁰ Entendiendo por tales aquellos que expresan la realización de un hecho.

²⁰¹ Aquí resulta fundamental, para lo planteado por el profesor Mañalich, la diferenciación entre las categorías de fracaso práctico en sentido fuerte y en sentido débil, conforme a lo sostenido por Duff. La tentativa es un caso paradigmático de fracaso práctico en sentido débil, dado que la actitud proposicional del agente se corresponde con esperar un determinado cambio en el mundo a través de su comportamiento, que de hecho no llega a ocurrir (consumación de un delito), ello con independencia de la intencionalidad que haya perseguido en la obtención de esta proposición. A diferencia de un fracaso en sentido fuerte, que, por lo pronto, prescinde de una intención como orientadora del comportamiento desplegado por el agente. Al respecto, (Mañalich, 2017c, pág. 480).

²⁰² Esto puede ser plasmado de otra forma, a través del criterio relevante para la determinación de la imputación dolosa. Así Mañalich sostiene “toda tentativa queda definida por la existencia de una discrepancia entre la creencia predictiva que en cuanto atribuible a su autor sustenta la imputación de su comportamiento como infracción de deber, por un lado, y la descripción que llega a ser verdadera de su comportamiento según la situación del mundo resultante de ese comportamiento, por otro.” Al respecto, (Mañalich, 2019b, pág. 31)

Una arista interesante que desarrolla el autor tiene que ver con la vinculación entre el azar moral y el reproche merecido por el destinatario de la norma. Respecto de ello, rechaza la teoría de la equivalencia (o indiferencia), según la cual el reproche merecido por un delito tentado y un delito consumado debiera ser el mismo en atención al grado de culpabilidad “por la elección” que manifiesta el comportamiento desplegado por el agente, por cuanto, Mañalich estima que lo que debe entenderse por “elección” en este planteamiento es un criterio de fundamentación de adscripción de responsabilidad penal y no el objeto mismo de dicha responsabilidad como señalan quienes defienden la equivalencia, ya que el objeto de la imputación será diferente dependiendo de si el delito es consumado o tentado, según lo explicado a propósito del cumplimiento de las propiedades de la antinormatividad. Por lo tanto, cuando la antinormatividad es un criterio privativo de la consumación, lo que se identificará en la “elección” será la correspondiente infracción de deber personal del agente que, si bien es compartido como criterio por el delito consumado y su respectiva tentativa, merecerán un reproche diferenciado (Mañalich, 2017c, págs. 482-483).

Esta discrepancia que se manifiesta en la tentativa, respecto de la actitud subjetiva del agente y lo que ocurre en el mundo a través de su comportamiento, desde el punto de vista de la imputación subjetiva, a juicio del profesor Mañalich, se verá satisfecha con la exigencia del dolo eventual²⁰³, tomando en consideración que el presupuesto mínimo que constituirá la infracción de deber será exactamente el mismo que para el delito consumado, toda vez que bajo el modelo del silogismo práctico construido desde la posición del agente, como se señaló *supra*, “la falsedad de la creencia con la que cuente el agente deja intacta la necesidad práctica subjetiva de la conclusión” (Mañalich, 2017c, pág. 484), es decir, aun cuando el agente crea (erróneamente) que realizando una determinado comportamiento producirá la muerte de otro ser humano vivo, en circunstancias que eso no ocurrirá, el reproche por la norma de comportamiento que prohíbe matar a otro seguirá intacto – a

²⁰³ Fundamental para esta postura, el comentario crítico del profesor Mañalich a la SCS Causa Rol N° 19.008-17, 11 de julio de 2017, en el denominado caso “Nabila Riffo”. Véase (Mañalich, 2017a, pág. 171 y ss.)

pesar de que no se constituyan las propiedades fundantes de la antinormatividad de dicho comportamiento –. Aquí es donde se demuestra la discrepancia típica de la estructura de la tentativa. A esto agrega, que la intención del agente expresa una vulneración de los intereses jurídicamente protegidos por el tipo de acción que describe la norma de comportamiento, en atención al contenido representacional de la actitud subjetiva de agente, entendiendo que la verdad misma de dicha creencia predictiva refleja el cumplimiento de las circunstancias constitutivas de lo descrito en la norma, siendo aquello suficiente para exigirle al destinatario omitir o ejecutar un determinado tipo de acción, aun cuando la instancia de comportamiento no llega a exhibir el estatus de consumado (Mañalich, 2017c, pág. 486).

Si, por lo tanto, la punibilidad de la tentativa depende de la adscripción de una creencia predictiva fundante de dolo no sería posible una tentativa imprudente, toda vez que esta debería suponer desde ya la realización perfecta del tipo de delito para la constatación de una exigencia de cuidado esperable (Mañalich, 2019b, pág. 34).

Mañalich afirma que la exigencia de una resolución al hecho en ningún caso implica una exigencia de dolo directo en la forma de “hechos directamente encaminados a la consumación”, a partir de la cláusula del inc. 3° del art. 7° del Código Penal “cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”. La justificación que ameritaría el rechazo de esa tesis reside en la relación en que se encuentran las categorías de la tentativa *stricto sensu* y el delito frustrado, por un lado, con la categoría del delito consumado, por otro. El argumento consiste en que solo es constatable *ex post* alguna de las anteriores categorías de desarrollo del delito, toda vez que siendo la consumación únicamente verificable posterior a la perpetración de la conducta, no queda más que asumir que la tentativa en sentido amplio²⁰⁴ también debe ser verificada *ex post* en atención a que ella supone falta de consumación. Lo anterior permite al autor concluir que la decisión de realizar u omitir una acción relevante para producir un riesgo de

²⁰⁴ Esto quiere decir incluyendo la tentativa *stricto sensu* y el delito frustrado.

muerte de otro ser humano es equivalente en el caso de que la muerte efectivamente se produzca como en el caso que la víctima sobreviva, por lo tanto, no habría razón para exigir un criterio de imputación subjetiva más intensificado, en cambio, lo que si ocurre es un reproche menor a través de la sanción penal, dado que como se indicó anteriormente, bajo esta mirada la tentativa supone una falta de antinormatividad de la conducta²⁰⁵.

8.2 Tentativa como error

La idea de concebir a la tentativa punible como una forma de error radica para Mañalich en que existiría una discrepancia con la realidad en torno a lo que efectivamente se ha representado el sujeto en el momento relevante, pero, sin embargo, aun cuando su comportamiento no pueda ser descrito como un delito consumado, entendiendo por aquel el que cumple los componentes de la antinormatividad fijados en la norma de comportamiento, su punibilidad se fundamenta en el principio de ejecución. La postura que defiende el autor radica en que la tentativa se debe entender como un error que identifica su constitución como hecho punible con la objetividad que fundamenta al dolo, es decir, la explicación dogmática de la tentativa se encontraría estrechamente vinculada a la dogmática del dolo²⁰⁶.

De esta manera, propone que la noción de error sobre el delito puede implicar un desconocimiento de las circunstancias que configuran la antinormatividad de la conducta, como también un desconocimiento directo de la antinormatividad misma de un comportamiento²⁰⁷, que como se ha señalado, bajo esta mirada, es una propiedad superviviente, en cambio, la inversión de ese error supone que el sujeto se represente como contrario a derecho una conducta que de hecho no lo es. Lo interesante de su postura es que la premisa de la impotencia modificativa de la antinormatividad por un error también es

²⁰⁵ De allí que hechas estas precisiones sostenga que lo que vale para una imputación de un delito consumado debe valer para uno tentado, por lo cual resultaría suficiente el dolo eventual, véase (Mañalich, 2017a, págs. 178-179).

²⁰⁶ Véase (Mañalich, 2019c, pág. 297 y ss.), para una comparación con la estructura de imputación de la imprudencia como forma de error.

²⁰⁷ Sobre esta distinción descansa la separación ontológica entre un error de tipo y un error de prohibición.

predicable en la tentativa, esto quiere decir que la consideración de una tentativa como hecho punible en ningún caso supone un delito “parcial”, dado que la antinormatividad es una propiedad cuya constitución obedece a un juicio binario de subsunción relativo a una descripción típica que se especifica en la determinada norma de comportamiento, en palabras de Mañalich,

“del hecho de que un tipo-de-delito cualquiera pueda ser descompuesto en múltiples elementos, y del hecho de que tenga sentido la sugerencia de que alguno de esos elementos puede verse aisladamente realizado, no se sigue que la realización de una o varias de esas partes del tipo-de-delito pueda identificarse con una realización parcial del mismo tipo” (Mañalich, 2019c, pág. 299 y ss.)²⁰⁸

Además, que una tentativa sea comprobable ante un error fundante de dolo quiere decir que ella solo es constatable en la medida que el autor se represente que el estado de cosas existente se corresponde con un caso del ámbito de aplicación de la norma de comportamiento, esto es, subsumible bajo la norma, pero que a la vez esa creencia predictiva resulte carente de verdad, dado que el hecho no llega a consumarse (Mañalich, 2019c, pág. 310 y ss.).

Por lo anterior, hay algunas disquisiciones interesantes de explicitar sobre la postura del autor en torno a su rechazo al método subjetivista de la inversión del error para la demarcación categorial entre tentativa y delito putativo, en cuanto a que la tentativa se fundamentaría en un error invertido de aquel error que excluye el dolo de un delito, transformándose en un error fundante de dolo y el delito putativo en un error invertido de aquel que no excluye el dolo. Mañalich indica que no es posible predicar aquello, porque no serían equivalentemente lógicos, dado que de una regla que excluye la imputación a título doloso, como no representarse las circunstancias que objetivamente dan lugar al tipo penal – error de tipo –, no se sigue sin más una inferencia de una regla que haga suficiente

²⁰⁸.Esto es precisamente lo que desconocería Binding, según Mañalich, al sostener que es posible un delito “parcialmente realizado”.

la imputación dolosa allí donde el agente se representa las circunstancias que conforman el tipo penal, por lo pronto, porque dicha imputación dolosa puede resultar excluida de otra manera. Lo mismo tendría que decirse para la tentativa según el autor, es decir, la adscripción de dolo es condición necesaria para la punibilidad de la tentativa, mas no suficiente²⁰⁹.

8.3 Tentativa acabada y tentativa inacabada

Lo que el CP trata como tentativa y delito frustrado en el art. 7° se corresponde con la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada, respectivamente. Esto, porque la primera supone que el agente haya puesto todo de su parte para la consumación atribuyéndosele una determinada creencia predictiva que *ex post* resulta ser falsa (Mañalich, 2019b, pág. 31), en cambio, la segunda entraña lo que Mañalich denomina “resolución-al-hecho”, lo cual quiere decir que exista una disposición subjetiva del destinatario para realizar un comportamiento que bajo una norma como premisa vinculante para la acción debería abstenerse de realizar, en esto precisamente radica lo que se conoce como principio de ejecución, de ahí que el autor señale que “este déficit de objetivación no es otra cosa que la falta de acabamiento de la respectiva tentativa, que justamente no es predicable de un delito frustrado” (Mañalich, 2017a, págs. 176-177)²¹⁰.

Lo que sugiere Mañalich como una “resolución-al-hecho” es una intención previa que el agente debe poder advertir, con cargo a una creencia predictiva, de manera tal de adecuar su comportamiento a la norma, esto es, omitir o realizar la acción requerida por ella, “sin que la descripción que especifica la acción a cuya ejecución u omisión se encuentra referida la intención en cuestión necesite coincidir con la descripción bajo la cual tal acción resulta prohibida o requerida por la norma” (Mañalich, 2019a, pág. 822). Es decir, que la tentativa inacabada se funde en una resolución-al-hecho, quiere decir que el destinatario de la norma asume el compromiso práctico para realizar una determinada

²⁰⁹Véase (Mañalich, 2019c, pág. 318 y ss.), para la reconstrucción lógica del argumento de la inversión.

²¹⁰ Para una revisión de las teorías que subyacen a la explicación del desistimiento de la tentativa en sentido amplio. Véase, (Mañalich, 2004, pág. 165 y ss.)

intención en la oportunidad-para-la-acción, siendo dicho criterio de compensación excluyente de la tentativa inacabada para el profesor (Mañalich, 2019a, pág. 822), que, está estrechamente vinculado a una “falsedad de materialización”, relacionada a su vez a la ya característica fundamental de toda tentativa como “falsedad de descripción” (Mañalich, 2019b, pág. 32).

El profesor Mañalich sostiene para la demarcación entre la tentativa y la preparación un criterio de la “acción intermedia”, lo cual pasaría por identificar que se entiende por una acción ejecutiva. Para él, la solución objetivo-formal debería ser rechazada puesto que asume como punto de partida para el inicio de la tentativa la acción típica, con ello se pasaría por alto que la tentativa precisamente supone que no se realiza la descripción típica de la norma, dado que no se configuran sus propiedades, por ejemplo, en los delitos resultativos ello quiere decir que una acción no puede ser descrita como una instancia del tipo-de-acción, si no realiza sus propiedades, caso paradigmático: homicidio, pero también en otro tipo de delitos como la estafa no tendría cabida, dada esta imposibilidad de dividir la instancia de realización del tipo penal, en una instancia de realización parcial, según ya se sostuvo²¹¹. En esto reside la concepción del tipo penal como una concepción unitaria de una forma de comportamiento con relevancia penal (Mañalich, 2019a, pág. 825).

Si lo anterior es correcto, el profesor Mañalich indica que aquellas concepciones que identifican el inicio de la tentativa a través de un juicio de peligrosidad concreto también deben ser rechazadas, dado que es más bien, en sus palabras, “una categoría concerniente a la finalidad de protección atribuible a la norma de comportamiento de cuyo posible quebrantamiento se trata, y no en cambio una categoría que incida en el esclarecimiento de las condiciones de imputación de tal quebrantamiento” (Mañalich, 2019a, pág. 826), por lo cual, difícilmente sea conciliable esta categorización con el inicio

²¹¹ Como claramente sostiene el autor: “la realización de todo tipo-de-delito, en cuanto relación de satisfacción semántica, queda sometida al principio de indivisibilidad”, véase (Mañalich, 2019a, pág. 823 y ss.)

de la punibilidad de la tentativa inacabada. Así entonces, para Mañalich que la tentativa sea categorialmente un integrante de la parte general supone, por de pronto, que ella sea compatible con toda forma de comportamiento tipificada en la parte especial, lo cual no salvaría esta concepción (Mañalich, 2019a, pág. 827). También, por lo tanto, rechaza aquellas teorías que intentan explicar el inicio de la punibilidad de la tentativa con la proximidad temporal de la esfera de la víctima, en atención a su poca plausibilidad respecto de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos o aquellos delitos de peligro abstracto en que la víctima puede ser cualquiera persona que funja como titular del bien jurídico respectivo (Mañalich, 2019a, pág. 828).

Así las cosas, como fue adelantado, el profesor con la intención de entregar un criterio de explicación del inicio de la tentativa que sea aplicable a cualquier tipificación de la parte especial propone el criterio de la acción intermedia, lo cual supone que esta acción intermedia sea una acción “auxiliar” en relación a la acción “principal” de la cual depende que el autor quede en posición de ejecutar u omitir la acción que exige en definitiva la norma de comportamiento para adecuar la conducta conforme al derecho, esto lleva a Mañalich a atribuirle a esta acción una función puramente negativa de determinación del inicio de la tentativa, dado que para que pueda estar en posición de dar inicio a la tentativa para el agente, en atención a las circunstancias que se representa, no tiene que ser “necesario ejecutar u omitir alguna acción para así quedar en posición de ejecutar u omitir la respectiva acción principal”, en atención a lo anterior, descarta que para el inicio de la tentativa haya que transitar de una fase preparatoria a una fase ejecutiva como sugiere el modelo del *inter criminis*²¹², como también que sea necesario constatar una exigencia de inmediatez temporal (Mañalich, 2019a, pág. 829).

Ahora bien, estas consideraciones las explica a través del “modelo de la oportunidad-para-la-acción”, desarrollado por Von Wright, el cual supone que el agente cuenta con dicha oportunidad si identificamos en una determinada situación que este puede

²¹² Para un crítica al modelo del *iter criminis* sobre su capacidad para explicar la consumación y la tentativa de delito, latamente al respecto (Mañalich, 2019b, pág. 33 y ss.)

posibilitar el acaecimiento o no acaecimiento del determinado tipo de acción – norma de comportamiento –, lo que ocurrirá cuando sea lógicamente posible y cuando a través de la ejecución u omisión de la acción “el agente haya de hacer una diferencia en cuanto a si acaece o no acaece el cambio en cuestión” (Mañalich, 2019a, pág. 833)²¹³.

En lo que para la tentativa interesa, el profesor señala que este modelo haría reconocible el inicio de la tentativa en base a un criterio de “inmediatez de acción”, a través del cual habría que distinguir entre acción mediada y acción principal. La primera se entiende como aquella acción que tiene lugar a través de la ejecución u omisión de otra acción, en cambio, la segunda sería una acción que precisamente no requiere de la ejecución u omisión de otra acción, ambas relativas a una descripción, entonces, Mañalich indica que quien jala el gatillo de un arma, disparándola y, por consecuencia, matando a otro, bajo esta lógica podría ejecutar una acción medida por la vía de ejecutar otra más básica, pero ese ejemplo puede ser redescrito como tres descripciones de una misma acción, que ejemplifican tres tipos de acción por la relación de causalidad²¹⁴ que las explica y vincula a ese resultado (Mañalich, 2019a, págs. 833-834).

En estas condiciones, el inicio de la tentativa de delito se corresponde con la ejecución u omisión de una acción básica que bajo la norma de comportamiento cuenta como principal, lo cual quiere decir, en palabras del autor, “que el agente ha de encontrarse en posición de ejecutar u omitir una acción que, de ser acertada su representación de las circunstancias, habría de llegar a ejemplificar, vía redescipción, el tipo de acción sometido a prohibición o requerimiento” (Mañalich, 2019a, pág. 835), agregando algo fundamental, “el criterio de la inmediatez-de-acción tiene el carácter de un estándar objetivo, cuya aplicación ha de entenderse referida a las circunstancias fácticas que el agente tiene por existentes” (Mañalich, 2019a, pág. 835).

²¹³ A modo de ejemplo: Mañalich señala: en el caso del homicidio contará con la oportunidad para la acción quien cuenta con la oportunidad de matar a otro ser humano y en el caso de la estafa contará con dicha oportunidad quien se encuentra en la posición de condicionar, mediante un engaño, una disposición patrimonial perjudicial de otra persona. Véase (Mañalich, 2019a, pág. 833)

²¹⁴ O también si otro fuera el caso podría ser una relación de constitución.

De ahí que sea interesante la distinción que plantea Mañalich sobre el instante “más temprano” y “más tardío” en que habría que identificar el inicio de la tentativa. El “más temprano” se corresponderá con el momento en que el agente, habiendo concluido todas las acciones previas²¹⁵, se encuentra ya con la oportunidad-para-la-acción, es decir, queda en posición de ejecutar u omitir la acción que proscribe o prescribe la norma de comportamiento para darle seguimiento, constituyéndose una instancia respectiva actualizada de resolución al hecho. Por el contrario, el instante “más tardío” será aquel en que el agente ya dio inicio a la ejecución u omisión de la acción que proscribe o prescribe la norma de comportamiento, según sea el caso²¹⁶.

Expuesto lo anterior, Mañalich advierte un siguiente factor que denomina “suerte circunstancial”, en virtud del cual habría que señalar que hay ciertos factores situacionales que influyen en el momento de la ejecución u omisión de una acción jurídico-penalmente relevante. Por un lado, están los que propiamente definen tal situación y, por otro lado, aquellos que definen la identidad y posición del agente, respecto de ninguno de los dos habrá pleno control del agente, de ahí que los relaciona con una suerte circunstancial constitutiva y una suerte constitutiva, respectivamente. Sosteniendo respecto de la segunda que cualquiera fuera el motivo – azaroso – que llevó, por ejemplo, a que una persona no disparara un arma que ya portaba, no debería obstar al reconocimiento de esa situación como una en que no tiene lugar tentativa alguna, si se parte del argumento ya explicado. Así señala,

“el hecho de que, jurídico-penalmente (...) sería suficiente la constatación de que el agente no quedó, bajo su representación de las circunstancias, en situación de poder

²¹⁵ Esto interesa para efectos de la función negativa de comprobación del inicio de tentativa ya indicada, lo cual se puede reformular en sentido positivo según el profesor, véase (Mañalich, 2019a, pág. 836).

²¹⁶ Esta separación tendría incidencia para la interpretación de inc. 3° del art. 7° que alude al principio de ejecución. Al respecto sobre estas distinciones analíticas, véase (Mañalich, 2019a, págs. 835-836)

efectuar un disparo en contra de otro ser humano para descartar, *ceteris paribus*, la punibilidad de su comportamiento a título de tentativa de homicidio”²¹⁷.

En ningún caso, señala Mañalich, la resolución al hecho debe ser identificada con el dolo, más bien, este criterio se manifiesta como una compensación en la tentativa inacabada, dado que solo en la tentativa acabada sería posible atribuir una creencia predictiva fundante de dolo la cual fundamentaría la infracción de deber con cargo a una mínima probabilidad, en cambio, en la tentativa inacabada habría que buscar otro criterio, dado que el comportamiento no logra redesccribirse como una instancia de falta de reconocimiento de la norma como premisa vinculante, por lo tanto, tampoco de dolo. De ahí que la resolución al hecho sea concebida por el autor como una intención del destinatario que, conforme a una acertada representación de las circunstancias, realizaría u omitiría una acción que fundamentaría las propiedades primarias de antinormatividad de la norma de comportamiento (Mañalich, 2019b, pág. 39).

Por esta razón, la caracterización que entrega el profesor Mañalich de la resolución al hecho como criterio que posibilita la punibilidad de la tentativa inacabada es entenderla como una “intención previa”, esto quiere decir que la tentativa inacabada supone, como ya fue adelantado, una asunción de un compromiso práctico relativo a la descripción de un tipo de acción, dado que el contenido de una intención previa “está constituido por la ejecución u omisión de una acción de cierta clase por quien se forma esa intención, de manera tal que una intención previa cuenta como realizada cuando el agente en efecto llega a ejecutar u omitir una acción de la clase proyectada” (Mañalich, 2019b, pág. 41). La importancia, entonces, es que cuando se tiene ese compromiso práctico como componente de una resolución al hecho, Mañalich indica que el agente teniendo la oportunidad de comportarse conforme a la norma, alternativamente, se decide a realizar u omitir una acción

²¹⁷ Para una explicación más detallada del argumento, véase (Mañalich, 2019a, pág. 837 y ss.)

incompatible con su seguimiento, esto es una actualización de su intención previa (Mañalich, 2019b, págs. 43-44)²¹⁸.

Por otra parte, la adscripción de una intención previa al agente, no implicaría una adscripción de un dolo de primer grado, ya que, como señala el autor, el dolo eventual sería enteramente suficiente si se asume que son estructuralmente compatibles, puesto que si la adscripción de una creencia predictiva de dolo eventual queda en estricto sentido relacionada a las propiedades que constituyen la antinormatividad del comportamiento, “el contenido de la intención constitutiva de la resolución-al-hecho no necesita ser delictivamente relevante” (Mañalich, 2019b, pág. 46).

Por último, a este respecto Mañalich sostiene la tesis de que la tentativa inacabada quebranta la misma norma de comportamiento que el delito consumado y la tentativa acabada, de manera tal que se mantenga la unidad categorial en la punibilidad. Para ello, señala que la satisfacción de la exigencia de resolución al hecho tiene que ser expresiva de una falta de reconocimiento de la norma comportamiento como premisa vinculante para la acción, ello se lograría a través de lo que denomina “principio enlazador” que tiene relación con la racionalidad implicada en el seguimiento de una intención ya reconocida, vinculado este a una “identidad numérica de una persona”, esto es, que pueda ser considerada la misma personalidad continua en uno y otro tiempo por lo pronto en atención a sus intenciones (Mañalich, 2019b, pág. 24 y ss.), lo cual puesto en “jerga” del derecho penal para el autor significa,

“se constituye una tentativa inacaba del delito en cuestión siempre que el comportamiento del destinatario de la norma hace reconocible la intención de

²¹⁸ Asimismo, Mañalich argumenta en torno a la resolución-al-hecho que la “puesta en marcha” de la intención contaría desde ya como una actualización de la intención previa que podría ser redescrita como una intención a la acción. Bajo el derecho chileno, esto estaría dado por la cláusula del art. 7° “dar inicio a la ejecución del (...) delito por hechos directos”. Lo fundamental de su propuesta estaría en que la efectiva realización del sujeto a su resolución al hecho, puede depender de factores que no están bajo su control y eso para el autor sería nada más que una consecuencia de que la forma de punibilidad de la tentativa inacabada se corresponde con el dolo eventual. Para una definición más intrincada de este argumento, véase (Mañalich, 2019b, págs. 18 y ss., 20 y ss.).

ejecutar u omitir una acción de cierta clase, representándose aquel como existentes circunstancias cuya existencia provee o proveería una oportunidad para omitir o tal acción, con arreglo a la norma que prohíbe o requiere las acciones de esa misma clase” (Mañalich, 2019b, pág. 53).

Esto quiere decir que en el instante que el sujeto se representa correctamente que la ejecución u omisión de una acción resultaría prohibida o requerida, es aquel en que se fundamenta el respectivo deber, que se ve infringido cuando no reconoce la norma como premisa vinculante. En virtud de esto Mañalich rechaza que la punibilidad de la tentativa inacabada sea descrita como una ficción jurídica, puesto que la acción u omisión que se encuentra resuelto a realizar el agente contaría como parte una ejecución u omisión de la conclusión del silogismo práctico, pormenorizado *supra*, razón por la cual la tentativa entendida como preparación de un delito debería ser descartada sin más (Mañalich, 2019b, págs. 54-55).

8.4 Tentativa idónea y tentativa inidónea

Bajo la perspectiva sostenida por el profesor Mañalich habría que rechazarse la distinción entre tentativa idónea e tentativa inidónea, porque según indica obedece a una selección arbitraria de las circunstancias que permiten sostener si era posible o no la consumación del delito en relación a una determinada acción, ya que más bien habría que señalar que toda tentativa constada *ex post* debiera ser considerada inidónea. Dado que para que un sujeto pueda ejecutar u omitir una conducta con relevancia para la norma de comportamiento, dependería de que este se encuentra en la oportunidad-para-la-acción, siendo precisamente aquello que no es constatable *ex post* cuando hablamos de una tentativa (Mañalich, 2019c, pág. 322 y ss.).

Las razones que obstarían esta distinción categorial estriban, por un lado, en que nada obsta, para el autor, en señalar que ante un caso en que un sujeto le dispara a “otro”, en circunstancias que este ya se encontraba muerto, es una situación similar aquella en que el mismo sujeto le dispara a otra persona viva y posterior al impacto decide llamar a una

ambulancia, a consecuencia de lo cual dicha persona se salva, dado que ambas situaciones compartirían ser acciones que en tal medida no resultan idóneas para causar la muerte de otro, es decir, no se constituyen como circunstancias suficientes para la consumación del delito. En esto descansa que Mañalich indique que del hecho de que se vea satisfecho algún elemento de la descripción típica, “nada dice acerca de la adecuación del respectivo comportamiento para realizar esa misma descripción”²¹⁹.

Es decir, para el profesor Mañalich solo tomando en consideración la totalidad de las circunstancias que rodean una determinada situación con relevancia delictiva puede sostenerse su idoneidad para ser incluida como un caso del determinado tipo de acción que establece la norma de comportamiento, de ahí que relativo al conjunto total de estas exactas circunstancias que no llegan a constituir la consumación del delito sostenga que la tentativa de delito es circunstancialmente imposible en el mundo actual (Mañalich, 2019c, pág. 330 y ss.).

8.5 Delito putativo

Aquello que Mañalich describe como delito putativo supone, por lo pronto, que no pueda adscribirse objetivamente dolo por esa conducta, ello sería una precisión diferenciadora de la tentativa punible. El género que es designado como delito putativo incorpora a heterogéneas formas de comportamiento, eso se debería según Mañalich, en concordancia con Kindhäuser, precisamente a que no hay posibilidad de comprobación alguna de estos comportamientos en el proceso penal, toda vez que no existe ninguna norma cuyo supuesto se vea satisfecho a través de operación de subsunción (Mañalich, 2019c, pág. 368).

²¹⁹ Al respecto, (Mañalich, 2019c, págs 325 y ss., 328), señalando que la dogmática tradicional fallaría al apoyar esta distinción entre tentativa idónea e inidónea centrados solo en uno de los factores que condicionan la consumación del delito. Este argumento valdría tanto para la tentativa inidónea del “objeto” como para la tentativa inidónea del “medio”, es decir, lo mismo habría que decirse en caso que un sujeto que se disponga a matar a otro esté en posesión de una pistola que no se encuentra cargada.

Dentro de esta categoría podrían incluirse los casos de “causalidad putativa” cuya caracterización radica en la palabras del autor en “una conexión causal imaginaria entre un comportamiento y el pretendido acaecimiento de un evento, que descansa en una postulación (explícita o implícita), por parte del agente, de una o más leyes causales igualmente imaginarias”²²⁰, por lo tanto, no podría imputarse dolo en una conexión causal putativa dado que como fue indicado *supra*, el dolo depende del contenido semántico que compone una determinada norma de comportamiento, ello no podría tener lugar bajo este tipo de casos.

En efecto, el ejemplo que ocupa el profesor proviene de la jurisprudencia alemana y trata de un caso de una mujer que en la creencia errónea de estar embarazada por un beso decide ingerir cubos de azúcar con el objeto de abortar. Este caso sería para Mañalich un caso que puede ser descrito bajo la que él considera errónea etiqueta tradicional de “tentativa irreal”, en particular, en dicha situación no existiría una comprensión errónea de las circunstancias por parte de la mujer, pero ella asume que su comportamiento sería punible a título de aborto, lo cual para él sería indicativo de que estamos ante un delito “imaginario” o putativo, que ontológicamente no es considerado una tentativa, dado que según Mañalich “toda tentativa de delito tiene el estatus de un delito circunstancialmente imposible en un mundo normológicamente posible” (Mañalich, 2019c, pág. 350). Ahora bien, también podría imaginarse un caso en que una persona piense que cargando un arma con arena podría dispararse, lo paradigmático de ello sería que el error del agente radica en leyes causales inexistentes, eso quiere decir que no puede adscribirse dolo, ya que los indicadores de dolo quedan definidos por generalizaciones que son constatables en la realidad comprobable²²¹.

Dentro de esta constelación de casos, habría que incluir también a aquellos que se denominan de “tentativa supersticiosa” relacionados a cursos de acción basados en fuerzas

²²⁰ Véase (Mañalich, 2019c, pág. 338), quien señala que sean leyes causales imaginarias quiere decir que no encuentran explicación en el conocimiento científicamente afianzado.

²²¹ Así, (Mañalich, 2019, págs. 346-347), sostiene que un error que recae sobre las leyes causales es un sub-variante de un error de sentido.

sobrenaturales o mágicas, como infligir daño a través de un muñeco vudú. Estos casos no tienen diferencia alguna con los anteriores para el autor, en virtud de su incompatibilidad con la adscripción objetiva de dolo, en la forma ya indicada (Mañalich, 2019c, pág. 347 y ss.).

El profesor sugiere que también habrá que incluir dentro de los casos de delito putativo aquellos caracterizados por un error de sentido invertido sobre un elemento normativo del tipo. Esto se fundamentaría en que ante esta situación existiría por parte del agente algo así como una “consciencia de ilusoria de ilicitud”, dado que la situación no se enmarcaría dentro de las condiciones de aplicación de un determinado hecho institucional. Eso ocurrirá, por ejemplo, cuando un sujeto se represente estar destruyendo cosas ajenas, en circunstancias que esa ajeneidad sería jurídicamente imposible en el ordenamiento jurídico actual bajo las reglas que constituyen la propiedad sobre las cosas, es decir, para Mañalich este sería “el resultado de una representación de reglas constitutivas imaginarias” (Mañalich, 2019c, págs. 350 y ss., 352).

Finalmente, sostiene que aquellos casos denominados “tentativa subjetivamente inidónea”, esto es, “casos en los cuales el *extraneus* se representa como existente circunstancias que, de ser existentes, lo convertirían en *intraneus*” (Mañalich, 2019c, pág. 365), también deben ser tratados como delitos putativos, toda vez que aquel sujeto que no satisface la cualidad especial de la norma de comportamiento para considerarlo como destinatario de ella – esto es, un *extraneus* – no podría ser considerado como autor de una tentativa de ese delito especial en atención a que las circunstancias que se representa no permiten que se fundamente jurídicamente deber alguno de ejecutar u omitir una determinada acción, por lo cual, no podría quebrantar la norma ni siquiera imperfectamente (Mañalich, 2019c, págs. 366-367).

9. DETERMINACIÓN DE LA PENA

Una vez se han reseñado los presupuestos que ha desarrollado Mañalich a través de la teoría analítica para establecer un delito, esto es, una infracción de deber culpable,

debemos situarnos para la parte final de este segundo capítulo sobre algunas temáticas que tienen que ver con la dogmática de la determinación de la pena en el nivel lógico de la norma de sanción penal: concursos de hechos punibles y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

9.1 Concursos de hechos punibles

Los concursos de hechos punibles son una materia que tiene especial relevancia para la determinación de una pena, que como tal ha de ser impuesta sobre el sujeto declarado culpable, dado que se relacionan con las reglas aplicables para la alteración o concreción de los marcos penales. En este sentido, es importante tener a la vista que existen casos en que una persona puede ser condenada por más de un hecho punible, ahí es cuando resulta necesario aplicar las reglas que definen a los concursos. Así, una definición de lo que el profesor Mañalich entiende por “cuantificación de hechos punibles” es, en sus palabras, “aquella operación por la cual resultan computados los hechos punibles susceptibles de ser identificados en el contexto de algún caso o conjunto de casos” (Mañalich, 2016b, pág. 502)²²².

En virtud de lo anterior, los concursos tienen una relevancia pragmática. El profesor Mañalich trata estas normas como herramientas de “cuantificación penológica”, ello quiere decir que la relevancia del reconocimiento de dos o más hechos punibles imputados a una persona a través de una sentencia condenatoria, tiene estricta relación con el régimen de penalidad asociado a la concurrencia de dichos hechos punibles susceptibles de ser aplicados en la sentencia condenatoria a esa persona (Mañalich, 2016b, pág. 502).

Para los efectos del derecho chileno esta cuantificación penológica puede verse reflejada en la determinación de la pena a partir de la aplicación de diversos regímenes. En primer lugar, el régimen de concurso real cuya consecuencia es la acumulación material de

²²² De allí que el autor señale que exista una visión ontológica del concurso relativa a su conceptualización y una variante pragmática relativa a su función pragmática desde la mirada de la aplicación de las normas de sanción penal susceptibles de ser impuestas sobre el condenado. Véase, (Mañalich, 2016b, pág. 502 y ss.).

las penas, previsto en el art. 74 del CP. En segundo lugar, también de concursos reales, pero con la salvedad de que los hechos punibles puedan ser descritos como “delitos de una misma especie” podrá aplicarse el régimen diferenciado de acumulación jurídica previsto en el artículo 351 del CPP. Y, finalmente, la última situación de concursos que regula el CP se refiere a los concursos ideales o mediales, para los cuales se comprende el régimen de absorción agravada o “asperación” del artículo 75 (Mañalich, 2015c, págs. 499-500).

9.1.1 Concurso aparente

La función que cumplen los concursos aparentes en este esquema es, según Mañalich, posibilitar el “desconocimiento de una concurrencia de hechos punibles como factor penológico en la fundamentación de una sentencia” (Mañalich, 2016b, pág. 503). Por ello, el autor plantea que lo esencial acá sería establecer un criterio para definir cuándo estaremos ante la realización de un solo hecho punible, para lo cual propone un criterio de individuación constituido por una “una doble exigencia de identidad” (Mañalich, 2016b, pág. 503).

Esto doble exigencia significa que, por un lado, el objeto de juzgamiento se corresponda con la realización imputable de un solo tipo de hecho punible y, por otro lado, que el tipo de hecho punible imputable a una persona sea realizado solo una vez. Entonces, si vemos realizados más de un tipo de hecho punible podrá decirse que existe un concurso heterogéneo, en cambio, si vemos realizado el mismo tipo de hecho punible en más de una ocasión, existirá concurso homogéneo de hechos punibles. Así, la función del concurso aparente es desconocer la existencia de un concurso heterogéneo y la del delito continuado cumple en el mismo sentido con desconocer la función de cuantificación penológica del concurso homogéneo (Mañalich, 2016b, pág. 504)²²³.

²²³ De ahí que señale al autor que el contexto de pertinencia de un concurso aparente y un delito de continuado estará dado por la eventual relevancia penológica de estos concursos (Mañalich, 2016b, pág. 504).

Lo que esto quiere decir es que el concurso aparente, para el autor, vendrá en consideración cuando una conducta dé cumplimiento a la descripción típica de dos o más hechos punibles que en su contenido semántico se correspondan con una misma significación delictiva, esto es, que se correspondan en sus propiedades fundantes de antinormatividad. En la misma medida, el razonamiento para aplicar la categoría de un delito continuado se relaciona con que la realización múltiple de un mismo tipo de hecho punible – concurso homogéneo – pueda ser constitutiva de “única realización compleja” del tipo delictivo desconociéndose su relevancia penológica. De esta manera quedaría salvada la prohibición de sobrevaloración que establece el principio de *ne bis in idem* (Mañalich, 2016b, pág. 505)²²⁴⁻²²⁵.

Para Mañalich ontológicamente el concurso aparente debe ser considerado como un concurso auténtico, al igual que un concurso real o ideal – a diferencia de un sector de la doctrina que señala que sería más bien una “metáfora” –, por cuanto desde su definición dicho concurso importa la realización imputable de dos o más hechos punibles, lo que es igual a sostener que se da cumplimiento a los supuestos de hechos de dos o más normas de sanción (Mañalich, 2016b, pág. 506). Pero, el eventual desconocimiento de cuantificación penológica del concurso aparente para el profesor tiene lugar por “consideraciones externas” que hacen inaplicable una o más normas de sanción en la decisión judicial condenatoria, a pesar de que dicha conducta presenta una “aplicabilidad interna” en múltiples hechos punibles, por ser constitutiva del supuesto de hecho de ellos (Mañalich, 2016b, pág. 508)²²⁶.

²²⁴ Para una explicación dogmática detallada de los componentes del principio *ne bis in idem*, véase (Mañalich, 2011b, pág. 139 y ss.).

²²⁵ Esto ocurrirá en la medida que las instancias de realización puedan ser entendidas como una única realización compleja del tipo delictivo.

²²⁶ Aplicabilidad interna está siendo usada en el sentido de que un comportamiento cumple con la descripción constitutiva del supuesto de hecho previsto por la norma de sanción penal (como también los presupuestos ulteriores si es que los hubiera). Mientras que externamente aplicable quiere decir que, siendo internamente aplicable al supuesto de hecho, a su vez, se cumplen los criterios que aluden a condiciones de validez (temporal, espacial y personal) y las condiciones de preferencia en su aplicabilidad. Para esta definición véase

Entonces, para Mañalich la razón por la que se justifica un desconocimiento en la cuantificación penológica de una conducta que resulta delictiva, por ejemplo, a título de homicidio y de asesinato alevoso, tiene que ver con una relación de “redundancia punitiva circunstancial”²²⁷, lo que esto implica es que la aplicación de una y solo una norma de sanción expresa de manera suficiente el reproche estatal por la conducta realizada, es decir, que resultaría excesivo condenar a una persona por un asesinato alevoso y un homicidio cometido en contra de la misma víctima, debido a que es solo una acción la que permite sostener que se vean internamente aplicables ambas normas de sanción, tomando en cuenta la relación que existe entre ambos tipos penales. De allí que califique esta desproporción como relativamente – por oposición a absolutamente – desproporcionado en relación con los hechos punibles que fungen como objetos de juzgamiento en dicho caso (Mañalich, 2016b, págs. 513-515).

Por lo tanto, para definir estos criterios que permiten que el juez no incurra en una sobrevaloración punitiva por redundancia, el profesor Mañalich distingue analíticamente entre dos preguntas fundamentales, por un lado, sobre la relación en que pueden encontrarse los tipos de hechos punibles cuya realización se trata y, por otro lado, sobre la regla de preferencia que fundamenta la prioridad de un tipo de hecho punible sobre otro como objeto de la respectiva condena (Mañalich, 2016b, pág. 517).

Así, hay tres tipos de relaciones lógico-semánticas en que pueden encontrarse los hechos punibles: heterogeneidad (o exclusividad), subordinación (o inclusión) e interferencia (o neutralidad), la determinación de la relación en que se encuentran dos tipos de hechos punibles, resulta determinado por el alcance de la descripción que especifica cada uno de los respectivos tipos, que a su vez se determina por el sentido de la respectiva descripción (Mañalich, 2016b, págs. 517-518).

(Mañalich, 2016b, págs. 507-508). Con particular importancia las reglas de aplicación externa para fijar las preferencias de aplicación de normas que resultan internamente aplicables.

²²⁷Para una crítica al argumento que reconoce a un concurso aparente como una relación de inconsistencia, esto es, como una antinomia de hechos punibles, véase (Mañalich, 2016b, págs. 509-511).

Pragmáticamente, esto quiere decir que estaremos ante una relación de heterogeneidad cuando no haya un comportamiento que sea subsumible en ambos tipos penales al mismo tiempo. Será una relación de subordinación si hay un tipo penal superordinado que incluye todas las conductas posibles de otro tipo, que a su vez no incluye todas las conductas del primero. Y, finalmente, será de interferencia si la conducta realizada es subsumible al menos en una unidad de comportamiento de ambos tipos penales – sin que necesariamente calce con todos los comportamientos subsumibles de ambos – (Mañalich, 2016b, págs. 518-519).

Por razones lógicas, un concurso aparente no puede darse respecto de una relación semántica de heterogeneidad, porque no hay posibilidad alguna de que una sola unidad de comportamiento resulte subsumible bajo dos tipos penales que tienen esa relación. Por lo tanto, en esa misma línea, siguiendo a Klug y Beling, Mañalich indica que un concurso aparente solo podría darse en una situación que configure una “unidad de hecho”²²⁸. Para definir que es una unidad de hecho señala que la eventual realización de dos o más tipos penales debe ser sometida a un “test de evitabilidad conjunta”, entonces, si de omitir o realizar una y la misma acción se hubiesen evitado la realización de estos tipos penales, estaremos ante una unidad de hecho (Mañalich, 2016b, págs. 519-520).

Por otra parte, siguiendo la diferenciación analítica antes señalada, argumenta, ahora respecto de las reglas de preferencia propiamente tales, que el criterio de subsidiariedad que subyace a una regla de preferencia en la estructura de un concurso aparente está en un ámbito lógico distinto al ámbito en que se encuentran los criterios de especialidad y de consunción, por cuanto todo concurso aparente supone el condicionamiento negativo de aplicabilidad externa de una norma de sanción sobre otra, razón por la cual, la subsidiariedad subyace a todo concurso aparente (Mañalich, 2016b, pág. 524)²²⁹. En tal medida, la tipificación del homicidio que contiene una cláusula de subsidiariedad expresa

²²⁸ Lo cual, como se desprende de lo anterior, puede darse en las relaciones semánticas de subordinación y de interferencia.

²²⁹ Es decir, la subsidiariedad es la forma de toda regla de preferencia.

en el artículo 391, esto es, “...no esté comprendido en el artículo anterior...”, poniendo en relación de subordinación esta norma de sanción con el artículo 390 que tipifica el parricidio, implica reconocer que la existencia de una *lex specialis* condiciona negativamente la aplicación de una *lex generalis*²³⁰. Lo que permite esta cláusula de subsidiariedad, para el autor, es otorgar un reconocimiento a la preferencia en la aplicación de una norma de sanción por sobre otra, basándose en la prohibición de sobrevaloración penológica que fundamenta al concurso aparente (Mañalich, 2016b, págs. 525-526).

En los términos que lo plantea Beling, Mañalich continúa en su argumentación, explicando que en casos en que existe una relación semántica de subordinación el criterio para dicho concurso aparente será la especialidad, mientras que, en las relaciones de interferencia entre tipos penales la fundamentación de la solución estará por el criterio de consunción. De esta manera, para Mañalich, la diferencia en la aplicación de estos criterios – especialidad y consunción– estará en la diferente “sensibilidad” a la estructura de relación lógica-semántica en que se encuentren los tipos penales en cuestión (Mañalich, 2016b, págs. 527-528).

Así las cosas, tenemos, por un lado, que el criterio de especialidad que soluciona los casos de concurso aparente en que existe una subordinación de tipos penales, como sucede en el homicidio y parricidio, tiene su base en que hay una especificación semántica que hace la descripción típica del parricidio, que precisamente ya se contiene internamente en el tipo penal del homicidio – prohibición de matar a otro ser humano –. La manera de considerar que la aplicación de esta ley especial representa el reproche penal adecuado – solucionando la redundancia – tiene que ver con esta especificación semántica, en tanto de la ley especial contiene una circunstancia (agravatoria o atenuadora) que la hace aplicable al caso concreto por modificar su significación delictiva. En esto reside la idea del autor sobre que “el criterio de la especialidad es intrínseco a la estructura lógico-semántica de la subordinación como relación en que se encuentran los tipos concurrentemente realizados”

²³⁰ A la misma conclusión habría que llegar si la regla no está explicitada en la norma de sanción, en la forma de una cláusula de subsidiariedad tácita.

(Mañalich, El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles, 2016b, pág. 529).

En esta línea, puede discutirse si en ocasiones la aplicación del criterio de especialidad puede acarrear soluciones axiológicamente restringidas, para lo cual el profesor Mañalich advierte que puede construirse una meta-regla basándose en que dada las circunstancias de un caso concreto sea aplicable la ley general sobre la ley especial, en tanto esta cuenta como *lex consumens*²³¹ (Mañalich, 2016b, págs. 533-534).

En relación con el criterio de consunción, a diferencia de la especialidad, para Mañalich es posible sostener que este es extrínseco a la relación lógico-semántica que existe entre los dos o más tipos penales susceptibles de ser imputados a alguien por la realización de un determinado comportamiento. El fundamento en que encuentra aplicación este criterio tiene que ver con que la relación de interferencia que existe entre los tipos penales susceptibles de ser imputados, conllevando que la imputación del delito absorbente vuelve redundante la aplicación de los otros tipos penales desplazados o absorbidos (Mañalich, 2016b, pág. 535 y ss.). A modo de ejemplo, el profesor Mañalich menciona una conducta constitutiva de robo con fuerza en las cosas (artículo 440 N°1), que a su vez tiene relevancia típica a título de violación de domicilio (artículo 144) y de daño de cosa ajena (artículos 484 y 487), los dos últimos se ven desplazados por cuanto la tipificación del robo con fuerza en las cosas ya incluye las circunstancias constitutivas de los delitos desplazados. En otras palabras, lo fundamental para la consunción es que las circunstancias que tienen relevancia en uno y otro tipo sean “intensionalmente congruentes” (Mañalich, 2016b, pág. 538)²³².

²³¹ Esto implica mencionar dos cuestiones. Primero, que el criterio de especialidad es derrotable y, segundo, que la aplicación de esta meta regla no obsta a que cuando no se verifiquen las condiciones de las cuales depende su aplicabilidad, se vuelva a utilizar el criterio de especialidad para la preferencia de un tipo penal sobre otro. Al respecto (Mañalich, 2016b, págs. 534-335).

²³² En caso de que no lo sean, no será un problema de concurso aparente, sino de un concurso ideal. Si un caso así se solucionara por concurso aparente sería contrario al mandato de exhaustividad que se exige para que

Finalmente, el profesor Mañalich trata otro tipo de concursos aparentes, distintos a los recién explicados – aquellos que exhiben un desconocimiento de cuantificación penológica en una estructura de unidad de hecho²³³ –, refiriéndose a aquellos que pueden ser designados como concursos mediales impropios en los cuales el desconocimiento de cuantificación penológica de uno de los supuestos de hecho susceptibles de ser aplicados en el caso concreto se explica por la conexión factual (y teleológica) que existe entre los tipos delictivos. El criterio que se ocupa en estos casos lo denomina “hecho anterior o posterior co-penado” (Mañalich, 2016b, pág. 539)²³⁴. En otras palabras, hay una realización no-unitaria de algunos tipos penales, en que uno de estos exhibe una cualidad reconocible como representativa del reproche punitivo de los demás, por la relación de proximidad “intensional” que entre sus contenidos de significación delictiva (Mañalich, 2016b, pág. 539). Por ejemplo, en el caso de la amenaza simple tipificada en el artículo 296 N°3, en caso de que el mal constitutivo de delito que se amenaza se vea efectivamente realizado y tenga este segundo tipo penal una pena más severa, según lo dispone el mismo artículo antes mencionado, se impondrá solo esta última, esto quiere decir que la amenaza simple adquiere el estatus de hecho anterior co-penado (Mañalich, 2016b, pág. 540).

Lo mismo ocurre tratándose de un caso en que se sanciona la conducta prevista en el inc. 3° del art.141, esto es, el secuestro condicional con una variante de propósito extorsivo, ya que también se vería realizado el delito de amenaza condicional de un mal constitutivo de delito con condición cumplida, previsto en el art. 296 N°1, por cuanto, según indica Mañalich, el secuestro condicional es un delito que puede ser entendido como uno mutilado de dos actos, esto quiere decir que la consumación de este delito se produce en el momento que se consuma el secuestro como delito-base, porque el propósito extorsivo sería una exigencia de una proyección puramente subjetiva del tipo penal ante la eventual

una sentencia condenatoria refleje el reproche jurídico que merece una determinada conducta delictiva. Véase (Mañalich, 2016b, pág. 538).

²³³ Los cuales, estructuralmente, por cierto, implican el desconocimiento de un concurso ideal.

²³⁴ Agrega en este sentido el autor “No está de más enfatizar que, al igual que tratándose de un concurso aparente *qua* concurso idel impropio, aquí también cabe reservar la noción de subsidiariedad para caracterizar la estructurar exhibida por la regla de preferencia que condiciona negativamente la aplicabilidad externa de una de las normas de sanción a la aplicación de alguna otra” (Mañalich, 2016b, págs. 539-540).

materialización en un hecho posterior del propósito extorsivo, en ese sentido, si se condena a una persona por este secuestro condicional, eso sería para el autor anticipatoriamente representativo del reproche que merece la amenaza condicional del art. 296 N°1, que debe considerarse como un hecho posterior co-penado (Mañalich, 2016b, pág. 542).

9.1.2 Concurso real

Esta materia es puesta en relación por el profesor Mañalich con una teoría retribucionista de justificación de la pena, latamente desarrollada *supra*, por cuanto los concursos son reglas de determinación de la pena (Mañalich, 2015c, pág. 501 y ss.).

Para los efectos de la determinación de la pena, argumenta el autor, la conducta punible cuya retribución se manifiesta en la pena debe someterse, como se indicó, a un principio de estricta proporcionalidad respecto del mal cuya irrogación corresponde al Estado. Con esto, el profesor Mañalich, siguiendo a Beling, señala que una concepción retribucionista en su dimensión consecuencialista exhibe una conexión interna entre punición y proporcionalidad, por ello la pena no es entendida como un fin en sí mismo (Mañalich, 2015c, pág. 503). Así, la pena merecida es solo aquella que es proporcionalmente estructurada como reafirmación del derecho que se vio quebrantado con la conducta típica y como reacción punitiva estatal que se manifiesta en la sentencia condenatoria²³⁵.

Lo que hace operativa esta máxima “proporcionalidad según merecimiento” se constituye por dos términos, por un lado, la gravedad penológica del comportamiento punible y, por otro lado, por el criterio de individuación de la graduación penológica, que identifican dos factores, la respectiva desautorización imputable del derecho y la reacción punitiva que pretende reafirmar la autoridad del derecho quebrantado, respectivamente (Mañalich, 2015c, pág. 503).

²³⁵ En palabras expresas del autor: “la pena retributivamente legitimada es la pena sometida a un parámetro de proporcionalidad según merecimiento como *condicio sine qua non* de su (eventual) legitimación”, (Mañalich, 2015c, pág. 503)

Por otra parte, el autor analiza la reiteración de hechos punibles como una idea problemática a partir de un derecho penal del hecho, ya que cuando planteamos una acumulación de hechos punibles con relevancia penológica el vínculo reconocible entre estos es la identidad personal del agente a quien le resultan imputables. En este sentido, el autor señala que la situación de reiteración concursal debe ser diferenciada de la situación de reincidencia. Por un lado, desde un punto de vista procesal, lo cual implica que la reiteración concursal real conlleva por definición que no se registre condena previa por los hechos punibles que se le imputan, es decir, debe existir posibilidad de juzgamiento conjunto²³⁶, en cambio, la reincidencia presupone que la persona haya sido condenada por uno o más de los hechos punibles susceptibles de ser imputados (Mañalich, 2015c, págs. 504-506).

Pero, a pesar de lo anterior, es una mirada sustantiva lo que para el autor es concluyente, dado que la reincidencia presenta fundamentalmente una cierta contradicción con un derecho penal del hecho, en razón de que reconoce una cierta “carrera delictiva” a través de una agravante que es posteriormente concretizada en un proceso en que se establece la adscripción de responsabilidad por un hecho posterior – lo cual sería una razón propia de un derecho penal de autor –, en cambio, el profesor Mañalich menciona que respecto de la relevancia penológica que el derecho reconoce a la reiteración concursal real radica en que el derecho penal, primero, establece razones para la acción que situacionalmente fundamentan deberes para la ejecución u omisión de un determinado tipo-de-acción y, segundo que la objeción quedaría disuelta, en sus palabras, “en la medida que que no sea el *factum* mismo de la reiteración en cuanto tal aquello a lo cual el respectivo ordenamiento jurídico asocie un determinado régimen divergente” (Mañalich, 2015c, pág. 507), a lo que sería el régimen por defecto del art. 74 del CP como acumulación material de las penas a ser impuestas.

²³⁶ Esto tiene relación con el art. 164 del COT, dado que para puedan ser juzgados conjuntamente los hechos punibles imputables al mismo sujeto, depende de que no se haya pronunciado condena en relación a cualquiera de ellos véase (Mañalich, 2015c, pág. 505).

Expuesto lo anterior, esgrime que la razón dogmática que subyace al establecimiento de un régimen penológico distinto – de la acumulación material – para los casos de concursos ideales y mediales previstos en el artículo 75 del CP – denominado absorción agravada (o asperación) – tiene que ver, primero, respecto del concurso ideal con una superposición del injusto subjetivo de los hechos punibles realizados en unidad de acción, es decir, que una misma acción o una misma omisión pueden acarrear que no se vea realizada ninguna conducta típica descrita. En tanto que, tratándose de un concurso ideal medial, el motivo descansa en la conexión teleológica – medio a fin – de los hechos punibles susceptibles de ser imputados a una persona. Por estos motivos el legislador establece un régimen más indulgente que tiene efectos en la determinación de la pena, el cual resulta proporcionalmente estructurado debido a este déficit de autonomía de hechos delictivos que se ven realizados en los casos del art. 75 del CP (Mañalich, 2015c, pág. 508)²³⁷⁻²³⁸.

Ahora bien, la tesis que sostiene Mañalich respecto del art. 351 del CPP es que en este se establecen dos regímenes concursales reales alternativos de acumulación jurídica en caso de reiteración de hechos punibles de la misma especie cuya diferencia se encuentra en que son mutuamente irreducibles en relación con sus respectivas condiciones de aplicación (Mañalich, 2015c, pág. 509)²³⁹.

La razón que justifica esta unificación en la cuantificación penológica que establece el art. 351 del CPP para la reacción punitiva estatal se esclarece, según Mañalich, con la distinción entre “proporcionalidad ordinal” y “proporcionalidad cardinal”. Concretamente,

²³⁷ Esto es un punto muy importante en lo planteado por el profesor Mañalich, por cuanto el régimen penológico que se construye en el artículo 351 del CPP no exhibe las mismas características que podemos predicar del artículo 75 del CP, ya que en ese caso no son consideraciones estructurales la que permiten hacer diferencias al régimen por defecto que sería el de acumulación material del artículo 74 CP.

²³⁸ Por de pronto, este argumento queda vinculado a la idea de que sería desproporcionado desde la imposición de la pena que se aplicaran las sanciones de los hechos punibles que configuran el concurso ideal o medial, (Mañalich, 2015c, pág. 508)

²³⁹ A diferencia de lo que sostiene otro sector de la doctrina, quienes indican que el fundamento de la diferencia está en que el régimen del inciso segundo del artículo 351 del CPP debilita la autonomía que representa la variante del inciso primero del mismo artículo.

la tesis del autor radica en “una relativización de los requerimientos propios de la proporcionalidad ordinal en consideración de una preocupación de proporcionalidad cardinal” (Mañalich, 2015c, pág. 511).

Por una parte, la proporcionalidad ordinal se puede explicar a través de dos criterios que tienen estrecha relación con la pregunta por un juicio de merecimiento comparativo (Mañalich, 2015c, pág. 511). El primero de ellos es un requerimiento de “paridad”, es decir, que en caso de que dos o más personas realicen un comportamiento típico que sea “igualmente serio” deben recibir una reacción punitiva equivalente. Y, el segundo criterio refiere a una “ordenación por rango”, o sea, pasa por establecer un rango o escala para la aplicación de las sanciones penales según la seriedad de la conducta que tiene implicancia para el primer criterio de paridad. De ahí que la proporcionalidad ordinal de un delito sea calificada siempre relativa a una escala de máximos y mínimos (Mañalich, 2015c, págs. 511-512).

Mientras que, cuando se habla de proporcional cardinal, se deja de lado esta distinción de sanciones dentro de una escala, porque lo relevante es un juicio de merecimiento no comparativo y, por tanto, de imposición de límites de severidad absoluta en las sanciones penales susceptibles de aplicar a una determinada persona. Esto es lo que ocurre, según Mañalich, con el régimen de acumulación jurídica del artículo 351 del CPP en cuanto imposición de una única pena “exasperada” (Mañalich, 2015c, pág. 512).

Esto quiere decir que la renuncia a las consideraciones de proporcionalidad ordinal de una condena fundada en la acumulación material de las sanciones penales – artículo 74 del CP –, se fundamenta en la preferencia de consideraciones de proporcionalidad cardinal para efectos de la cuantificación penológica de la sanción a aplicar en el caso concreto.

Esto lo relaciona Mañalich a la variable procesal de juzgamiento conjunto, argumentando lo siguiente:

“es la circunstancia de que una persona esté (potencial o actualmente) expuesta a sufrir la imposición cumulativa de múltiples penas correspondientes a una conjunción de hechos punibles, en una y la misma ocasión (...) lo que condiciona la renuncia a su acumulación “material” en razón de la aplicabilidad preferente de un régimen de acumulación jurídica” (Mañalich, 2015c, págs. 512-513).

Pero, dado que el régimen general en nuestro sistema para los concursos reales no es la acumulación jurídica, el autor sostiene que para su reconstrucción racional parece ser imprescindible definir qué se entiende por “delitos de una misma especie” en la medida que el inc. final de la norma hace alusión a “aquellos que afectaren al mismo bien jurídico”. En esta línea, indica que es un criterio sustantivo de commensuración el que permite entender la decisión legislativa. Con ello, quiere decir que serán aplicables los regímenes del art. 351 del CPP en la medida que el objeto de protección de las normas de comportamiento que se ven quebrantadas, en hechos punibles que se ven realizados, puedan exhibir una coincidencia, esto quiere decir que los hechos punibles exhiban una congruencia sistemática en relación a la lesividad del bien jurídico en cuestión, por lo tanto, el parentesco sistemático queda asociado a la finalidad de protección de las normas de comportamiento en cuestión, esto es, el bien jurídico (Mañalich, 2015c, pág. 514). Un caso que pudiese ser más problemático sería el de los hechos punibles pluriofensivos que protegen varios bienes jurídicos, el profesor Mañalich, en concordancia con Oliver, menciona que el criterio a considerar acá es el deber de prestar atención al aspecto del contenido de dicho injusto objetivo que resulta “sistemáticamente dominante” (Mañalich, 2015c, pág. 515)²⁴⁰.

²⁴⁰ En este sentido, demuestra este criterio a través de la tipificación de los delitos de hurto y robo con violencia o intimidación, sosteniendo que si se analiza el injusto del robo, este se encuentra compuesto por un injusto de apropiación y uno de coacción que se manifiesta en la utilización de la violencia e intimidación, pero su tipificación sistemática dominante indica que es un delito principalmente de apropiación. Siguiendo en esta línea a Binding que menciona que los componentes delictivos antes mencionados respecto del robo se encuentran normalmente en relación de medio-fin y lo que define la posición sistemática es el delito-fin. Véase, (Mañalich, 2015c, págs. 515-516)

Posterior a ello, Mañalich arguye que la diferencia estructural entre los regímenes alternativos del art. 351 del CPP pasa porque las condiciones de aplicación del régimen previsto en el inc. 1º del art. 351 del CPP tienen que ver con la posibilidad de considerar la reiteración de hechos punibles “como un solo delito”, en dicha situación fictamente se permite la idea de un “hecho punible unificado”, al que se aplicara una “exasperación”, es decir, un aumento en uno o dos grados, dependiendo del caso concreto. En cambio, el régimen del inc. 2º, *a contrario sensu*, se basa en que no pueda darse la unificación ficticia por la naturaleza de los hechos punibles reiterados, así, en dicha situación se impondrá la pena prevista para el hecho punible que el ordenamiento jurídico asigne una pena mayor, debiendo también aumentarse en uno o dos grados, por aplicación de la “exasperación”, “según fuere el número de los delitos” (Mañalich, 2015c, pág. 516 y ss.).

Asimismo, el profesor Mañalich sostiene una interpretación de este artículo en alguna medida basándose en consideraciones esgrimidas por el profesor Novoa Monreal, a propósito del art. 509 del Código de Procedimiento Penal. Esta interpretación supone considerar dos condiciones necesarias y suficientes: por un lado, considerar fictamente como un solo delito a la reiteración de realización de dos o más hechos punibles, depende, para Mañalich, de que estos sean típicamente homogéneos en el sentido de realización de un mismo tipo delictivo y, por otro lado, una exigencia que se materializa a través de un ejercicio de unificación hipotética de las diferentes instancias de realización. Por lo tanto, lo anterior es posible en la medida que podamos constatar que la realización reiterada del tipo X, de haberse llevado a cabo en una sola acción u omisión sería descrito como la perpetración unitaria del tipo X, no obstante, si resultase un concurso ideal – homogéneo – no podría haber unificación ficticia²⁴¹ (Mañalich, 2015c, págs. 517-519).

²⁴¹ Así, tiene sentido diferenciar por ejemplo casos en que son bienes jurídicos personalísimos los que se ven lesionados. Es decir, si A lesiona a B en t1, transcurridos dos meses, A vuelve a lesionar a B pero ahora en un tiempo t2, podemos unificar fictamente el delito, pero es posible advertir que si en el tiempo t2 se lesiona a C y no a B, entonces, no es posible la unificación por cuanto es un bien jurídico personalísimo por la estructura típica del delito de lesión corporal. Esto tiene estricta relación a la “naturaleza” de la infracción que hace alusión el inc. segundo del artículo 351 del CPP Al respecto (Mañalich, 2015c, págs. 518-519).

El profesor Mañalich indica que la objeción que se hace a este régimen del artículo 351 del CPP por la exasperación a la que se somete la pena unificada no es correcta por dos argumentos. Primero, señala que no es el principio *ne bis in idem* lo que soluciona esto, sino que más bien es una discusión legislativa a propósito del principio de proporcionalidad y, segundo, porque la exasperación cumple la función de otorgar reconocimiento penológico a la imputación reiterada de un tipo penal en relación a la unificación ficticia que se hizo del correspondiente delito, en la forma de un carácter múltiplemente condenatorio (Mañalich, 2015c, págs. 519-520).

Con respecto a la norma de determinación de la pena establecida en el artículo 451 del CP a propósito de la reiteración de hurtos, sostiene que es un régimen menos severo al previsto por el artículo 351 del CPP, ya analizado, en cuanto explica que a partir de dicha norma se aplicará la pena unificada en su grado superior, sin exasperación, y además, no aplica a todos los casos de reiteración de hurto, por tanto, su ámbito de aplicación es restringido, a propósito de lo que el autor menciona como un criterio de proximidad factual entre los hurtos perpetrados (Mañalich, 2015c, pág. 521)²⁴². En suma, si no se satisface este criterio aplicará el régimen previsto en el inc. 1º del art. 351 del CPP.

Como dos últimas cuestiones importantes del análisis de la norma de reiteración de hechos punibles es importante mencionar según plantea el profesor Mañalich, por un lado, que la idea que subyace a que el inc. primero del art. 351 del CPP no mencione las circunstancias modificatorias de responsabilidad a diferencia del inc. segundo, las cuales son tomadas para cada hecho punible susceptible de ser imputado a una persona para determinar a qué hecho punible le corresponde una pena mayor por separado, tiene que ver con la misma interpretación que plantea el profesor en cuanto a que la decisión legislativa de este artículo estableció dos regímenes penológicos distintos. Por lo mismo, en el caso del inciso primero solo se aplicarán las circunstancias modificatorias cuando ya esté

²⁴² Estos criterios se reconstruyen a partir de la redacción del artículo 451 del CP que menciona como exigencias que sean hurtos que afecten “a una misma persona” o que siendo diferentes estén “en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar”.

determinado este marco penal ficticio producto de la unificación (Mañalich, 2015c, págs. 521-522).

Por otro lado, la regla dispuesta en el inc. tercero del art. 351 del CPP, en cuanto aplicación del régimen de acumulación material del artículo 74 del CP – en caso de ser más severa la pena a aplicar por el régimen de acumulación jurídica –, se deja reconstruir dogmáticamente según lo sostenido por Mañalich como la preocupación legislativa por defecto en términos de proporcionalidad ordinal, en desmedro de la proporcionalidad cardinal que manifiesta el régimen de acumulación jurídica, que, por tanto, se ve derrotada (Mañalich, 2015c, pág. 523).

9.2 Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal tienen como principal función en nuestro sistema penal contribuir en la concretización o alteración del marco penal abstracto previsto para un determinado hecho punible. Así, existen circunstancias modificatorias genéricas o específicas, las cuales se encuentran en los artículos 11, 12 y 13 del CP principalmente, o en normas de la parte especial y de leyes especiales, distinguiendo si aplican a todo delito o solo a algún tipo penal específico. Esta clasificación es gradual, dado existen circunstancias que aplican solo a algunos tipos penales siendo genéricas como los cinco primeros numerales del artículo 12 que solo reciben aplicación tratándose de delitos contra las personas.

El profesor Mañalich sostiene que las circunstancias modificatorias – agravantes y atenuantes – cumplen una doble función en la determinación de la pena. Por un lado, operan en el ámbito de determinación legal de la pena, en cuanto afectan a la concreción o alteración del marco penal, según lo indicado anteriormente. En este sentido, con particular importancia en la determinación legal es la distinción entre circunstancias de eficacia ordinaria y de eficacia extraordinaria. Las primeras, son aquellas que generan un impacto directo en la concreción del marco penal aplicable, por su parte, en las segundas su aplicación queda sujeta a la concurrencia de una o más circunstancias modificatorias –

artículos 65 a 68 bis del CP – (Mañalich, 2015a, pág. 228). Y, por otro lado, también cumplen una función en la determinación judicial de la pena para la definición exacta de esta, a aplicar en el caso concreto, en virtud de los artículos 69 y 70 del CP²⁴³, lo que el autor denomina una función de medición o individuación judicial de la pena (Mañalich, 2010a, pág. 45).

Una idea que el profesor Mañalich trata en esta materia tiene que ver con las normas que regulan el efecto que produce la presencia de una o varias circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en un caso concreto. Respecto de esto sostiene, en primer lugar, que la modificación del marco penal aplicable producto de la presencia de agravantes o atenuantes tiene lugar con independencia a si dicha modificación posee un carácter facultativo u obligatorio para el tribunal, por la distinción entre determinación legal y judicial de la pena (Mañalich, 2010a, págs. 45-46).

En segundo lugar – contrario al criterio mayoritario que adhiere a la tesis de que en casos que concurren dos o más atenuantes sin que al mismo tiempo concurren circunstancias agravantes existiría una potestad completamente discrecional para que el tribunal aplique una rebaja de pena – el autor defiende la tesis según la cual concurrendo dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal solo posee una discreción “en sentido débil” para determinar el *quantum* de la rebaja (si esta será en uno o más grados), pero de todas maneras indica que el carácter de la rebaja de la pena es obligatorio, en a lo menos un grado (Mañalich, 2010a, pág. 46 y ss.). Con esto se refiere a que el discernimiento solo se sigue en consideración del número y entidad de las circunstancias como disponen los artículos 67 y 68 del CP para determinar la cantidad de grados en que se rebajará la pena, pero el hecho mismo de la rebaja no es discrecional – ni

²⁴³ Estas funciones en la determinación de la pena son independiente de si las circunstancias modificatorias tienen el carácter de genéricas o específicas.

en sentido fuerte, ni en sentido débil –, por lo que la rebaja procede obligatoriamente en al menos un grado (Mañalich, 2010a, págs. 54-55)²⁴⁴.

Los argumentos que ocupa para defender su postura se centran en consideraciones sistemáticas de la estructura de las normas del CP en este ámbito, es decir, de los artículos 65 y siguientes, cuyo idea central se basa en palabras del profesor Mañalich en que “las reglas de los distintos incisos de los arts. 66, 67 y 68 han de ser entendidas como reglas recíprocamente excluyentes, dada la incompatibilidad de sus presupuestos de aplicación” (Mañalich, 2010a, pág. 56), esto quiere decir, por de pronto como primera apreciación que si no concurren circunstancias modificatorias el juez puede recorrer toda la extensión del marco penal previsto, según señalan los incisos primeros de las normas antes mencionadas y, entonces, ante la concurrencia de atenuantes o agravantes debieran aplicarse las reglas dispuestas en los incisos siguientes de estos artículos que, por tanto, se encuentran en una relación de alternatividad o mutua exclusión, este es el sentido para Mañalich que explica que el legislador haya establecido una consecuencia específica en cada uno de los incisos para los casos en que concurre una sola atenuante, dos o más atenuantes, dos o más agravantes, etc. Así, a modo de explicación, el profesor Mañalich sostiene que si el inc. 2° del art. 67 dispone que en caso de existir una atenuante y ninguna agravante el tribunal debe aplicar el *mínimum*, esto es, está obligado a hacerlo, con mayor razón, desde una mirada sistemática, en el caso del inc. 4° del art. 67 que alude al caso de concurrencia de dos o más atenuantes y ninguna agravante, debe entenderse que la rebaja en al menos un grado es siempre obligatoria y nunca absolutamente discrecional. Si se entendiera de otra manera, podrían resultar igualmente penados un imputado a quien le favorece sola una atenuante y otro al que le favorecen dos o más (Mañalich, 2010a, pág. 57)²⁴⁵.

²⁴⁴ Por tanto, en el caso de la doctrina mayoritaria, siguiendo esta clasificación acuñada por Dworkin, lo que habría que sostener es que el tribunal posee discreción en sentido fuerte, lo cual básicamente quiere decir que no se encuentra sometido a estándar normativo alguno en su decisión de aplicar la rebaja (facultativa) de pena y por implicación de ello, el tribunal no puede “equivocarse” en su decisión.

²⁴⁵ Lo que plantea en definitiva es una argumentación *a fortiori*. En este mismo sentido señala que razonado la Corte Suprema en un fallo del 11 de junio de 1954 y más recientemente en un fallo de 18 de agosto de 2004 causa rol n.º 2809-04).

A modo puramente esclarecedor de los demás argumentos, pasaré a enunciar brevemente la forma en que el profesor Mañalich rebate los argumentos de la doctrina dominante en esta materia, es decir, aquellos que defienden que el tribunal posee una potestad absolutamente discrecional o facultativa. En primer lugar, hay un argumento exegético respecto de la literalidad de los artículos que señalan “el tribunal podrá”. Dicha forma lingüística fundamentaría la postura de la discrecionalidad de la rebaja de la pena, ante esto Mañalich señala que la interpretación es errónea y que buena parte del mismo sector doctrinal en materia de concursos de hechos punibles sostiene a propósito la aplicación del art. 74 del CP de acumulación material, por sobre la acumulación jurídica del art. 351 del CPP, que en caso de ser más favorable al condenado es obligatorio para el tribunal aplicar el régimen del art. 74, lo particular es que la formulación lingüística del inc. 2º del art. 351 también dispone “podrá”, en razón de ello la tesis sostenida por el autor no sería problemática.

Por otro lado, señala que no hay referencia alguna en la historia fidedigna del establecimiento de estas disposiciones que permita suponer que la discusión giró en torno a una facultad totalmente discrecional por parte del tribunal. Incluso, aun cuando pareciera que en su redacción original el art. 65 favorecería la tesis de la doctrina dominante, con la reforma legislativa que tuvo lugar con la Ley N° 17.727, en que amplió la posibilidad de rebaja de la pena y suprimió el requisito de atenuante “calificada” en esta norma, se reafirma su posición en cuanto a que lo único discrecional (en sentido débil) sería la determinación del *quantum* de la rebaja. Lo importante que señala a este respecto es que los argumentos históricos no resultan concluyentes para una u otra tesis, por lo tanto, la cuestión debe decidirse por motivos estrictamente sistemáticos (Mañalich, 2010a, pág. 60).

Además, respecto de otro tema relacionado a las circunstancias modificatorias, según se indicó anteriormente, el profesor Mañalich plantea si es que tiene sentido en nuestro sistema la consagración de un derecho penal del hecho y cómo eso es conciliable con establecer circunstancias modificatorias de la responsabilidad que tengan que ver con cuestiones extrínsecas al hecho punible o con la personalidad del autor de un determinado

hecho punible. De *lege lata*, el art. 343 del CPP diferencia mencionando “circunstancias ajenas al hecho”, de las que podrían definirse como circunstancias propias del hecho punible. Esta es una clasificación que atiende a si dichas agravantes o atenuantes tienen que ver con la configuración del hecho punible o no. Esto demuestra para Mañalich que nuestro sistema de determinación de la pena solo tiene un compromiso parcial con un principio de culpabilidad por el hecho (Mañalich, 2015a, pág. 230). Así, es posible distinguir, a su vez, circunstancias intrínsecas relativas a los presupuestos del injusto, como los artículos 11 N°3 y 12 N°7, por un lado, y relativas a los presupuestos de culpabilidad²⁴⁶, como serían los artículos 11 N°10 y 12 N°2, todos del CP, por otro. Un caso que mezclaría ambas modalidades, referidas al injusto mismo como a su culpabilidad sería la eximente incompleta del 11 N°1, dependiendo de su naturaleza sustantiva.

También, se pueden dividir las circunstancias modificatorias extrínsecas, según se refieran a un comportamiento anterior o posterior al hecho punible en cuestión por parte del imputado (Mañalich, 2015a, pág. 231). Claro ejemplo de esta distinción es la atenuante de irreprochable conducta anterior que se encuentra en el artículo 11 N°6, en cambio, en aquellas relativas a una conducta posterior se encuentra la atenuante de reparar el mal causado, prevista en el artículo 11 N°7.

9.2.1 Atenuantes relacionadas al comportamiento procesal del imputado

Luego de entregar un mapa general de las circunstancias modificatorias genéricas en nuestro sistema, su análisis se centra en algunas cuestiones dogmáticas que suscitan discusión a propósito de las atenuantes que tienen relación con el comportamiento procesal del imputado entre las que se distinguen los numerales 8 y 9 del artículo 11 que tratan sobre la decisión de denunciarse (y confesar) y la colaboración sustancial con la investigación, respectivamente. La doctrina dominante sostiene que hay consideraciones materiales de política criminal que permiten indicar que hay un incentivo por parte del legislador a

²⁴⁶ Esto quiere decir que están referidas a la motivación de la conducta en la que se comete un determinado hecho punible.

favorecer el propio juzgamiento (y posterior condena) por parte del imputado. El profesor Mañalich indica que esto no es posible debido a que la reforma al sistema penal introducida por la Ley 19.806, en que se dictaron normas que compatibilizaron este sistema de atenuantes que tienen relación con el comportamiento procesal del imputado con el nuevo sistema procesal penal, por medio del cual, la confesión del imputado dejó de ser “la reina de las pruebas” (Mañalich, 2015a, pág. 235)²⁴⁷, en este sentido el inciso final del artículo 340 del CPP dispone expresamente “no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”. De esta manera, se consagra el derecho a la no autoincriminación y a la declaración del imputado como medio de defensa, por ello la modificación del numeral 9° del artículo 11 del CP se remite ahora a la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos.

En esta línea, la regulación vigente, reconoce en el caso del artículo 11 N°8 una facilitación de la persecución por medio de la denuncia y confesión del mismo que tiene un efecto de carácter factual, en cambio, en relación al 11 N°9 su relevancia sigue apreciándose desde un punto de vista probatorio, pero la mera declaración del imputado no fundamenta exclusivamente la imposición de una pena, según lo antes indicado. Por lo que al profesor Mañalich le parece que sostener que existiría un incentivo a confesar que resultase sustancial para la investigación es equívoco y, por tanto, el fundamento debe ser uno distinto.

El punto de partida que reconstruye Mañalich dice relación con la tesis alternativa que sostiene Cury en el sentido de que el efecto atenuante se corresponde con un supuesto juicio de “exigibilidad disminuida”, el cual le parece que es insuficiente en cuanto indica que el comportamiento procesalmente colaborativo encuentra el fundamento de su atenuación en que este es constitutivo del hecho punible en cuestión y no es representativo

²⁴⁷ Antes de la entrada en vigor de esta ley, el artículo 11 N°9 se configuraba “si del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión”. Esta espontánea confesión era considerada como medio de prueba que permitía acreditar judicialmente la participación en el hecho punible. En cambio, el numeral 8 del mismo artículo cumple una función distinta, esto es, posibilitar la acción judicial por medio de “entregarse” y confesar.

de la genuina identidad del imputado, lo cual pareciera ser más cercano a la construcción de una atenuante como la de arrebató y obcecación (artículo 11 N°5) referida a la alteración motivacional del individuo.

El argumento del profesor Mañalich es que la valoración jurídica del comportamiento procesal del imputado se determina como “instancia superogatoria” de su parte (Mañalich, 2015a, pág. 236), esto quiere decir que el imputado realiza una prestación que excede el deber que le impone la ley penal y a esto el ordenamiento jurídico le otorga un efecto jurídico atenuatorio en atención de su fidelidad (tardía) al derecho penal²⁴⁸. Esto ocurre tratándose de las tres atenuantes extrínsecas al hecho punible por comportamientos posteriores²⁴⁹. En el caso de la atenuante relativa a reparar el mal causado (artículo 11 N°7), el carácter superogatorio se encuentra en procurar reparar con celo dicho mal.

En relación con la atenuante del numeral 9 del artículo 11 del CP, el autor menciona dos cuestiones. Por un lado, respecto de la frase “esclarecimiento de los hechos”, a juicio del autor esto no se reduce a la confesión del imputado, es decir, el aporte de información al proceso que contribuya a este esclarecimiento puede ser, por ejemplo, en la forma de una prueba documental, y así ya se vería realizado el supuesto de la minorante, aun cuando se niegue a reconocer participación en ellos. Por otro lado, sostiene que el carácter de sustancial de la colaboración no puede apoyarse en un método de supresión mental hipotética, en la forma de una *conditio sine qua non* para su determinación. Primero, porque la concurrencia de la atenuante no está sujeta a una exigencia de eficacia *ex post*, así “sustancial” e “imprescindible” no son sinónimos en ningún caso para la construcción de la minorante. Y, segundo, porque la supresión mental hipotética para el profesor Mañalich no es la solución mejor aspectada para la descripción de una relación causal cualquiera, según se señala *supra*, para él la solución más favorable es la condición mínima suficiente.

²⁴⁸ Esta apreciación es distinta a la discusión que se puede dar respecto de la motivación de realización del hecho punible por parte del imputado.

²⁴⁹ Artículos 11 N°s 7, 8 y 9 del CP. Siguiendo esta reconstrucción dogmática, puede aplicarse a la atenuante de irreprochable conducta anterior del 11 N°6, por cuanto esta conducta anterior a la realización imputable de un hecho punible manifiesta una fidelidad biográfica al derecho.

El carácter puramente factual que indica el autor sobre la atenuante del numeral 8° del artículo 11 del CP, se relaciona con posibilitar la acción de la justicia teniendo las herramientas para eludir, es decir, contribuir a facilitar el actuar de la justicia en su contra por medio de la denuncia, entendiendo por esta, de una manera no técnica, esto es, ponerse a disposición de la justicia por parte del imputado (Mañalich, 2015a, pág. 247), que debe ser puesto en relación, para que tenga coherencia lo dispuesto por el legislador, con la noción de confesar que se debe realizar en la misma acción de denunciar en la forma de un reconocimiento de participación en el hecho punible²⁵⁰ En ningún caso para el profesor implica que dicha confesión deba tener relevancia probatoria en un juicio para la configuración de la minorante.

Según esto, por lo tanto, es posible que ambas atenuantes se vean configuradas y vengán en consideración para la determinación de la pena respecto de un hecho punible susceptible de ser imputado a una persona, dado que la prestación superogatoria que aporta cada atenuante puede ser mirado desde un punto de vista meramente factual o probatorio, dependiendo de la atenuante que se invoque.

9.2.2 Atenuante de arrebató y obcecación

Respecto de esta atenuante prevista en el artículo 11 N°5 del CP el profesor Mañalich analiza algunas cuestiones dogmáticas a propósito de los casos de femicidio como violencia de género, en cuanto variable nominativa al delito de parricidio previsto en el art. 390²⁵¹. Como primera cuestión, en contra de lo que sostiene Novoa Monreal, el autor menciona que el arrebató y obcecación tiene que darse de manera conjunta para que se pueda ver atenuada la responsabilidad, son elementos copulativos de la atenuante, por

²⁵⁰ Denunciar y confesar para los efectos de la atenuante son dos elementos de una misma acción.

²⁵¹ El artículo del profesor Mañalich fue escrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N°21.212. que introduce la tipificación de un delito de femicidio por razones de género en el nuevo artículo 390 ter del CP, pero en lo que respecta al contenido de fondo de la atenuante de arrebató y obcecación plantea una discusión dogmática que es importante considerar en este trabajo, aunque el nuevo artículo 390 quinquies establezca una prohibición expresa de aplicación de esta atenuante a casos de delitos de femicidio.

cuanto el arrebató refiere a una afectación conativa y la obcecación a una afectación cognitiva, es decir, pueden darse de manera conjunta (Mañalich, 2016a, pág. 249).

Como segunda cuestión importante en su reconstrucción dogmática es que no es posible entender para él que la fundamentación de esta atenuante se encuentre en lo que Cury denomina, según se indicó con anterioridad, una situación de exigibilidad disminuida por las circunstancias personales del agente, esto sería similar a la fundamentación de una eximente incompleta del 11 N°1 en relación con el 10 N°1 del CP. En esta línea, el profesor Mañalich indica que es necesario invocar una variable de género para analizar los casos de femicidio en que pudiese resultar aplicable esta atenuante, aun cuando en Chile en el 2016 existía solo la variable nominativa de femicidio del inciso segundo del artículo 390, el autor afirma que es posible entender que la variante así tipificada es en razón de que la víctima es una mujer. Así, analiza la categoría criminológica de homicidios por odio, que se basa en que el autor perpetra un delito para mantener una relación de heteronomía, en cuanto delito de sometimiento sobre la víctima, lo cual para Mañalich se puede especificar en el femicidio como un hombre que pretende el no ejercicio de los derechos por parte de la mujer, vulnerando la autonomía que esta debe tener. En esta línea, desde el punto de vista criminológico (mas no del artículo 390 anterior), los casos de femicidio en la práctica tienen esta estructura²⁵².

Entonces, si la atenuante analizada puede ser comprendida como una en que el autor del delito actúa impulsivamente por un estímulo que “provoca” una determinada reacción pasional (Mañalich, 2016a, pág. 253) y el femicidio es un homicidio perpetrado por odio, la vinculación entre estos se da en que el agente tiene un comportamiento emocionalmente reactivo que reproduce una reacción vindicativa del hombre en contra de la mujer, en ese sentido resultaría incompresible la aplicación de esta atenuante en consideración de la criminalización del femicidio.

²⁵² Esa es la idea que resalta el profesor Mañalich.

CAPÍTULO III: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DOGMÁTICA DEL EROR DE PROHIBICIÓN EN LA PROPUESTA DEL PROFESOR JUAN PABLO MAÑALICH

1. CUESTIONES METODOLÓGICAS

En el presente capítulo se realizará un análisis crítico sobre la dogmática del error de prohibición, según las consideraciones que ha esbozado el profesor Juan Pablo Mañalich a través de la teoría analítica del hecho punible. Para ello, se explicarán las diferentes posturas que los penalistas chilenos han esgrimido en el debate nacional y la forma en que esto ha sido adoptado por la jurisprudencia en nuestro sistema.

El motivo que fundamenta la elección de este tema para el término de la presente investigación tiene que ver con dos razones, por un lado, la postura del profesor Mañalich, según se dará cuenta posteriormente, es interesante dada su divergencia parcial de las dos teorías tradicionales que han explicado la eficacia del error de prohibición como una eximente de responsabilidad penal – teorías del dolo y de la culpabilidad –, pero con la utilización de algunos elementos de ambas y, por otro lado, porque las implicancias jurídicas que se siguen de adoptar una u otra postura tienen, a su vez, efectos prácticos de la mayor envergadura, siendo a lo menos confuso los argumentos vertidos en sentencias de nuestros tribunales de justicia.

Finalmente, una vez expuestos los argumentos que postulan los diferentes autores en la discusión dogmática nacional, expondré críticamente la que considero la solución mejor aspectada, según el derecho chileno vigente y las opiniones versadas en el debate chileno sobre la materia.

2. ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

La teoría del error en el derecho penal ha buscado desarrollar las consecuencias que se siguen de una comprensión errónea de las circunstancias que configuran los presupuestos

de imputación de un hecho delictivo y, con ello, una eventual exclusión de responsabilidad jurídico-penal. Por ello, su trascendental importancia dentro de la teoría del hecho punible.

Como primera apreciación al problema dogmático resulta necesario establecer, brevemente, algunas precisiones terminológicas. Desde sus inicios, la explicación del error con significación para la imputación jurídico-penal estuvo marcada por la distinción entre errores de hecho, por un lado, y errores de derecho, por otro, restándole total importancia a estos últimos por aplicación a materias penales del dogma *error iuris nocet* o *error iuris non excusat* basado en la ficción legal de conocimiento de la ley, comprendida en el art. 8° del CC, hasta su reconocimiento jurisprudencial como eximente de responsabilidad criminal por primera vez en nuestro sistema penal en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1972 y, posteriormente, por nuestro Máximo Tribunal, en sentencia de fecha 4 de agosto de 1998, rol N° 1338-98, reconociendo desde ahí como límites, principalmente, el principio de culpabilidad²⁵³, la aplicación preferente de los principios y reglas penales sobre las normas civiles y el reconocimiento de su eficacia eximente en algunas tipificaciones de la parte especial, como el delito de prevaricación (Hernández, 2011, pág. 90).

Ahora bien, la fórmula moderna para referirnos a esta clasificación es aquella que distingue entre error de tipo y error de prohibición. Para lo que aquí interesa, por error de tipo se entenderá aquel que excluye la representación de las circunstancias del hecho respecto de las cuales depende la imputación de una conducta delictiva por conllevar erróneamente a la realización de un tipo penal, en cambio, por error de prohibición cabrá entender como aquel que excluye la representación de la ilicitud (o antinormatividad) de una conducta por la errónea comprensión jurídica de una situación que en los hechos lleva a la realización de un tipo penal²⁵⁴.

²⁵³ Para la discusión del reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad tras esta sentencia de la Corte Suprema, véase (Soto Piñeiro, 1999, pág. 233 y ss.)

²⁵⁴ Véase (Mañalich, 2012c, pág. 24), quien favoreciera una correlación entre error de tipo y error de hecho, como también entre error de prohibición y error de derecho.

De conformidad con la doctrina y jurisprudencia es ampliamente dominante que no basta la mera constatación del error, ya que para la determinación de la exclusión de responsabilidad jurídico-penal es fundamental establecer el carácter invencible o vencible del error padecido por el agente, lo cual implicará la exclusión o la subsistencia de la imputación por el comportamiento desplegado, según corresponda. En el caso del error de prohibición invencible la solución es unánime en el debate nacional, exclusión de responsabilidad criminal por inexistencia de culpabilidad, en cambio, subsistirá la responsabilidad si su falta de capacidad de seguimiento al derecho a raíz del padecimiento de un error se debe a un déficit de cuidado que pueda ser imputado al mismo sujeto por considerarse este evitable, sea este sobre las circunstancias del hecho o sobre la comprensión jurídica (y delictiva) del mismo. Las consecuencias jurídicas que se sigan de un error de prohibición vencible variarán dependiendo de la teoría interpretativa que se siga.

Una crítica usual hecha a esta división tiene que ver con la dificultad de comprobación de los elementos normativos que conforman algunos tipos penales, en tanto serían componentes de la figura penal que reclamarían una cierta valoración intelectual constatable por el agente. De esta forma, Van Weezel sostiene que la distinción entre error de tipo y error de prohibición debe ser superada, reemplazándola por la de error y mero desconocimiento, dado que para él lo importante sería el conocimiento de los elementos del tipo bajo un contexto normativo que rige una estructura social determinada, en cuyo caso todo desconocimiento penalmente relevante estaría basado en valoraciones jurídico-normativas, dando cabida a grados de falta de motivación de respeto del ordenamiento jurídico por competencias del agente²⁵⁵. De manera similar, mas no igual, Jakobs, en el debate alemán, afirma la identidad entre el dolo y el conocimiento del injusto, señalando que todos los elementos del tipo penal se impregnarían de un carácter normativo – incluso

²⁵⁵ Latamente en (Van Weezel, 2008, pág. 49 y ss.), estableciendo que la determinación del error es un ejercicio cognoscitivo, sin relevancia fáctica.

la calidad de “otro” o de “ser humano” –, utilizando como ejemplo la calidad de “ajeno” en los delitos contra la propiedad, para indicar que:

“(…) el dolo respecto de ello viene dado (...) por el conocimiento de (al menos la co-) propiedad de otro, en definitiva, el conocimiento de que existen normas que regulan las relaciones respecto de las cosas, y de que, según esas normas, una cosa determinada se encuentra (también) adscrita a otra persona” (Jakobs, 2009, pág. 11).

Sin embargo, en mi opinión, las categorías de error de tipo y error de prohibición pueden (y deben) ser separadas claramente por, al menos, dos motivos. En primer lugar, porque, tal como advertiera Mañalich, la satisfacción de una descripción típica – cuyo contenido pueda incorporar elementos descriptivos y normativos – es equivalente a la pregunta por las condiciones de verdad de un determinado predicado establecido en el tipo penal (Mañalich, 2011a, pág. 103), es decir, si un determinado estado de cosas puede ser descrito como verdadero respecto a una determinada descripción o predicado, en tal sentido, Mañalich precisa que esto “ (...) en todo caso se tratará de una propiedad cuya realización constituye una cuestión de hecho, esto es, cuya realización puede ser objeto de constatación” (Mañalich, 2011a, pág. 103). Dicho planteamiento se fundamenta, según él, en la distinción entre hecho bruto y hecho institucional – cuya caracterización fundamental de este último es que su constitución está mediada por reglas –, lo cual a su vez supone diferenciar entre dos tipos de reglas, regulativas y constitutivas, las segundas son las que permiten el paso de un hecho bruto a uno institucional, y lo “ajeno”, en esta línea, solo es comprensible bajo la existencia de reglas que determinan la propiedad sobre una cosa, pero nada de esto sugiere que su constatación deje de ser fáctica²⁵⁶.

En un mismo sentido, Matus y Ramírez en relación a la exigencia de conocimiento de los elementos normativos del tipo señalan que “ (...) sigue siendo una cuestión de hecho

²⁵⁶ Para esta distinción entre dos tipos de hechos y su relación con reglas constitutivas, véase (Searle, 1997, pág. 49 y ss.). Al respecto de esta discusión, también en (Mañalich, 2005a, pág. 449 y ss.).

y no de atribución o valoración por parte del juez de la clase de conocimiento exigible” (Matus & Ramírez, 2021, pág. 405).

Por otro lado, la segunda razón que conecta con lo anterior y, a mi juicio, permite mantener esta distinción entre dos errores diferenciados, radica en lo siguiente que reconociera Kindhäuser,

“cuando en una afirmación se emplea una expresión, sea que se trate de un predicado normativo o de uno descriptivo, para caracterizar a un objeto, se debe distinguir entre el contenido, el sentido, de esa afirmación y las condiciones que deben ser realizadas fácticamente para que esa afirmación sea verdadera.” (Kindhäuser, 1999, pág. 144).

Lo importante de esto, es que el argumento vale tratándose de hechos institucionales – “ajeneidad”, “instrumento público” – como de hechos brutos, ya que esto implica que un error sobre la verdad de la afirmación es uno que siempre estará ligado a un error sobre las circunstancias fácticas de las cuales depende la aplicación objetiva del predicado descrito en el tipo penal, en cambio, un error del sentido se corresponderá con aquel que excluirá la consciencia de la antijuricidad dado que tendrá que ver con el significado y alcance del precepto dispuesto en el tipo penal²⁵⁷.

A modo de ejemplo, veamos los siguientes casos presentados por Kindhäuser: (1) Al retirarse de un restorán, A toma un paraguas ajeno creyendo erróneamente que se trataría del suyo; (2) B compra y paga por un paraguas en un establecimiento comercial, lo saca él mismo del estante creyendo erróneamente que ya le pertenecería y se retira del lugar haciendo caso omiso a las protestas del vendedor (Kindhäuser, 2019, págs. 141-142).

²⁵⁷ Sobre esta caracterización del error, véase (Mañalich, 2011a, pág. 104). Así, también véase (Mañalich, 2019c, pág. 309 ss.), donde, más recientemente, traza una distinción analítica entre los dos tipos de error, excluyente del dolo, por un lado, y de la consciencia de la antijuricidad, por otro, a través de la diferenciación entre un error-de-referencia – error extensional – y un error-de-sentido – error intensional –, respectivamente, cuyo criterio de demarcación está dado por la satisfacción de las condiciones de aplicación de la norma de comportamiento que se trate.

Lo interesante de estos casos es que permite contrastar con lo que ya señalara Jakobs sobre el elemento “ajeno” en los delitos contra la propiedad, cuya constitución estaría medida por las reglas del derecho civil que lo instituyen. No obstante ello, si aplicamos un criterio lógico y distinguimos prácticamente qué pudo hacer cada sujeto para clarificar su error, en el primero de los casos presentados el agente A no yerra en el sentido del predicado “cosa ajena” que integra la norma prohibitiva del hurto, sino que en las circunstancias del hecho que dan lugar a la realización objetiva del tipo penal. Por el contrario, en el segundo caso el error del agente se encuentra en el significado del elemento “ajeno”, debido a que desconce el alcance de las normas que regulan los modos de adquirir el dominio, siendo ello relevante para la consciencia de la antijuridicidad²⁵⁸. Análogamente, lo mismo debería razonarse en los siguientes dos casos, en relación al elemento típico de “otro” en la prohibición del homicidio: (1) A dispara a lo que cree un espantapájaros, en circunstancias de que correspondía a C, una persona que se encontraba en el lugar; (2) B, reconocido opositor de las protestas sociales del denominado “estallido social”, dispara a C, un manifestante, en la creencia de que él no se trataría de un “otro”²⁵⁹.

En lo que sigue, se esbozarán los argumentos que han sido esgrimidos en el debate nacional para defender la eficacia del error de prohibición como eximente de responsabilidad penal, ya que como bien señalan Matus y Ramírez, desde su reconocimiento jurisprudencial “salvo la aceptación de la exclusión de la culpabilidad por el error inevitable de prohibición, ninguno de los restantes aspectos de detalle es pacífico” (Matus & Ramírez, 2021, pág. 421).

3. TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA EFICACIA DEL ERROR COMO EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

El debate para explicar los efectos jurídicos que se siguen de un error con relevancia para la imputación jurídico-penal se ha dividido en diferentes posturas que se enmarcan en

²⁵⁸ Para esta interpretación véase (Kindhäuser, 2019, pág. 142).

²⁵⁹ Fundamental, (Mañalich, 2011a, pág. 105), quien observara la misma argumentación para diferenciar entre error de verdad y error de sentido aplicándolo al caso de la prohibición del homicidio.

dos grandes grupos: la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, a las que se agrega aquella planteada por el profesor Mañalich como una tercera propuesta interpretativa en base a la estructura de imputación de la teoría de la culpabilidad, pero cuyas consecuencias jurídicas son las propuestas por la teoría del dolo (Mañalich, 2011a, pág. 109).

Hay al menos cuatro situaciones que se discuten en la doctrina y jurisprudencia como errores de prohibición que pueden ser agrupadas, para estos efectos, de la siguiente manera: en primer lugar, aquellos denominados errores de prohibición directos o de licitud en que el sujeto cree que su conducta derechamente no está prohibida por el ordenamiento en la forma de un tipo delictivo.

Y, por otro lado, tres situaciones que se comprenden en el denominado error de prohibición indirecto: (i) el sujeto sabe que su conducta está prohibida, pero cree que en el momento se encuentra permitida por una causa de justificación que, de hecho, no existe o (ii) tiene una comprensión errónea del alcance de los efectos de una causa de justificación. Y, (iii) el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación que, según se verá, no existe aceptación unánime sobre su carácter relativo a la significación jurídica del hecho de este caso en la forma de un error de prohibición indirecto (Cury, 2005, pág. 440 y ss) (Matus & Ramírez, 2021, pág. 420 y ss.)

La importancia de sostener una u otra postura reside en que permite, por un lado, de manera teórica, advertir qué presupuesto de imputación puede ser eventualmente afectado por un error de prohibición y, por otro lado, determinar qué consecuencias jurídicas lleva aparejado el reconocimiento de un error de prohibición vencible en virtud de la regulación actual de nuestro Código Penal. Por un tema lógico, primero serán expuestas las teorías tradicionales, para luego dar paso a la explicación que ofrece Mañalich, ya que utiliza elementos de ambas para su interpretación.

3.1 Teoría del dolo

Lo central que caracteriza a quienes defienden la teoría de dolo como fundamentación del error de prohibición es que, bajo esta mirada, la consciencia de la ilicitud o antijuridicidad es un componente que integra el dolo como criterio de imputación, definiéndose al dolo como un *dolus malus*, estableciendo de esta manera un concepto muy exigente de dolo²⁶⁰.

En el debate chileno, las obras en que históricamente se encuentra la más explícita adhesión a la teoría del dolo son las de Etcheberry y Novoa Monreal. En primer lugar, Etcheberry, quien fuera un seguidor de la teoría finalista, define al dolo como “el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y de la intención o aceptación de su posible resultado” (Etcheberry, 1998, pág. 290 y ss.), de este modo, agrega que “la exigencia que aquí se formula significa que para obrar con dolo, el agente debe tener conciencia de que su acción es antijurídica, es decir, que no es conforme a derecho” (Etcheberry, 1998, pág. 295).

En esta misma línea, razona Novoa Monreal quien creía que el dolo era “la realización voluntaria y consciente de una conducta injusta (antijurídica)” (Novoa Monreal, 2005, pág. 466), sin embargo, la que él denomina “conciencia de la significación del hecho para el Derecho” para referirse a la conciencia de la antijuridicidad, es un componente del dolo que estaría mediado por el reconocimiento de la presunción de conocimiento de la ley que dispone el artículo 8° del Código Civil (Novoa Monreal, 2005, pág. 477 y ss.).

²⁶⁰ Véase (Etcheberry, 1998, pág. 307 ss.), para quien el dolo es una voluntad calificada como mala, en atención a la que él supone una equivalencia semántica entre las expresiones dolo y malicia del artículo 2°.

Recientemente, Matus y Ramírez defienden una postura del dolo – dentro de la culpabilidad – conformado por el conocimiento del tipo penal, su voluntad de realización y el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta²⁶¹.

Lo que se sigue de lo anterior – la consciencia de la antijuridicidad como componente del dolo –, es una particular interpretación de las normas que establecen las cláusulas fundamentales para la determinación del estatus del error de prohibición en nuestro sistema jurídico-penal, esto es, los artículos 1° y 2° del Código Penal. Dicha interpretación consiste en afirmar que la palabra “voluntaria” que compone la definición de delito dispuesta en el inc. 1° del art. 1° es sinónima de “dolosa”, por ende, la presunción simplemente legal del inc. 2° del mismo artículo sería una presunción del carácter doloso del delito²⁶². Por ello, sería recién en el artículo 2° la norma mediante la cual se introducirían las bases para la punibilidad de los “cuasidelitos” o delitos imprudentes, lo cual implicaría lo siguiente que Novoa Monreal destacara: “la definición del inciso primero del artículo 1°, solamente es aplicable a los hechos dolosos, razón por la cual el concepto más amplio de hecho punible debe completarse con la disposición del artículo 2° del Código Penal, relativo a los cuasidelitos” (Novoa Monreal, 2005, pág. 220 ss.) . De ahí que Etcheberry señale claramente que “las acciones realizadas con “culpa” o “imprudencia temeraria”, si bien acarrear en ciertos casos responsabilidad penal, no se consideran “voluntarias” (Etcheberry, 1998, pág. 312).

Por lo tanto, si no es posible constatar al momento de la acción la existencia de la consciencia de la ilicitud en el agente y esta se entiende integrando el dolo, entonces, hay dos repercusiones importantes. Primero, dicha consciencia exigida debe ser “actual” y no “potencial”, ya que el dolo se satisface con un saber real y actual (Garrido Montt, 2005, pág. 309) (Matus & Ramírez, 2021, pág. 420) y, segundo, la consecuencia jurídica que se

²⁶¹ Al respecto, (Matus & Ramírez, 2021, págs. 277-278), quienes afirman que el dolo es un hecho psicológico, cuya comprobación debe regirse por el estándar del art. 340 del Código Procesal Penal.

²⁶² Fundamental, (Etcheberry, 1998, pág. 308 ss.), indicando que “voluntad”, “dolo” y “malicia” describen el mismo término. En el mismo sentido, (Novoa Monreal, 2005, pág. 491 ss.). Véase también (Matus & Ramírez, 2021, pág. 385), quienes sostienen que la expresión “voluntaria” alude a todos los elementos subjetivos de la responsabilidad personal, incluyendo dolo o culpa.

asocia al reconocimiento de un error de prohibición vencible es, por cierto, la exclusión del injusto doloso como forma de culpabilidad, subsistiendo en caso de que el legislador así lo prevea una imputación a título de imprudencia, por ser responsable el mismo sujeto de esta falta de cuidado que imposibilita la formación de su motivación conforme a derecho²⁶³.

Ello vale de la misma manera para el caso del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, ya que su fundamentación se encuentra en este concepto de dolo exigente, así Etcheberry señala como un ejemplo para excluir el dolo por un error esencial en una causa de justificación, cuando “el agente conozca bien la causal de justificación que cree concurrente: sabe que tiene derecho a defenderse de una agresión ilegítima. Pero equivocadamente piensa que está siendo víctima de una agresión” (Etcheberry, 1998, pág. 338). Esto se debe, por supuesto, porque la conciencia de ilicitud bajo esta postura, se entiende integrando el dolo²⁶⁴

Por otra parte, la jurisprudencia nacional ha sido poco clara en la fundamentación que subyace al régimen de punibilidad y penalidad de un error de prohibición en materia penal, pero existen algunos pronunciamientos interesantes de analizar. En lo particular, respecto de la teoría del dolo, se enmarca aquel primer fallo que reconociera eficacia eximente a un error de prohibición invencible en nuestro ordenamiento jurídico, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago en 1972²⁶⁵. Este se trató de un caso de legítima defensa putativa – por no existir agresión actual ni inminente – en que un sujeto disparó a otro en la creencia errónea de que este último se disponía a sacar un arma de fuego, en circunstancias que no portaba arma alguna y se encontraba totalmente ebrio.

²⁶³ Ambas consecuencias se derivan en concreto de este concepto exigente de dolo, cuya relevancia práctica aumentó desde el reconocimiento jurisprudencial del efecto eximente del error de prohibición en nuestro sistema, dados los vacíos de punibilidad que presenta la imputación imprudente en el ordenamiento jurídico chileno. Véase al respecto, (Hernández, 2011, pág. 56). También en (Mañalich, 2011a, pág. 108 y ss.), quien indica que la infracción de la exigencia de cuidado que hace subsistir la responsabilidad penal del agente bajo esta teoría se materializa en una “imprudencia en la evaluación jurídica del hecho” que hubiera hecho posible advertir el carácter antinormativo de su conducta a partir del conocimiento de las circunstancias fácticas.

²⁶⁴ Véase también, (Matus & Ramírez, 2021, pág. 330 y ss.), quienes sostienen las mismas consecuencias jurídicas a las que llega Etcheberry para los casos de error sobre los presupuestos fácticos de una justificante.

²⁶⁵ Un comentario crítico de este fallo en (Mañalich, 2012c, pág. 28 y ss.), para los efectos de esta memoria los considerandos relevantes serán obtenidos de la exposición que efectúa el autor en dicho trabajo.

Este caso es uno que claramente dice relación con una comprensión errónea de las circunstancias fácticas del hecho, sin embargo, lo interesante es que el error padecido por el imputado fue calificado por la Corte como un error de prohibición, ello queda de manifiesto a través del razonamiento esgrimido en el tercer considerando de la sentencia en que lo califica como uno sobre “la significación jurídica de los hechos”, agregando que “de ello deriva que en la conducta de F. no se encuentre presente la conciencia de la antijuridicidad”. Tal como indica Mañalich en su comentario crítico de este fallo, lo trascendental se encuentra en el siguiente pasaje de la sentencia “el dolo abarca el conocimiento del obrar desde el punto de vista de las normas jurídicas, (...) en otras palabras, la conciencia de la delictuosidad de la acción”, ello manifiesta una toma de postura que favorece naturalmente a la teoría del dolo concibiendo al dolo como un “dolo malo”, quedando expresado más claramente aún en la resolución definitiva de la Corte que determina la exclusión del injusto doloso por el error, pero calificándolo como vencible, haciendo subsistir la imputación subjetiva por imprudencia como un cuasidelito de homicidio (Mañalich, 2012a, pág. 39).

Algunos de los casos que revisten de la mayor relevancia práctica en nuestro sistema en relación al reconocimiento del error de prohibición indirecto, se encuentran en causas que versan sobre delitos de desacato (art. 240 CPC) por infracción a prohibiciones judiciales de acercamiento en contextos de violencia intrafamiliar, ante ello, del muy importante número de causas analizadas por Ramírez, ella indica que no se encontraron sentencias que hicieran alusión a un error de prohibición vencible, puesto que todos fueron calificados como invencibles, encontrándose mayoritariamente posturas que si bien definían al dolo como un presupuesto autónomo dentro de la culpabilidad, terminaban invariablemente excluyendo la responsabilidad penal ante el error del sujeto que creía actuar justificadamente bajo un tipo permisivo (Ramírez, 2011, pág. 267 y ss.), sin distinguir que debiera aplicarse una atenuante en caso de su evitabilidad como sería una doctrina de la culpabilidad, sosteniéndose así, por Matus y Ramírez, que en la mayoría de los casos relevantes pareciera seguirse la postura unitaria de Etcheberry (Matus & Ramírez, 2021, págs. 420 y ss. 423).

Especialmente vinculado con lo anterior, un pronunciamiento de fecha 14 de diciembre de 2017 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa rol 337-2017, en que se reconoció expresamente la teoría del dolo ante un delito de desacato. Lo interesante de este fallo reside en el reconocimiento del carácter vencible del error, dado que para la Corte a pesar de que el sujeto puso todo de su parte para no infringir la prohibición de acercamiento que le había sido impuesta, percatándose de que la víctima de la cual debía alejarse no estuviera en el lugar que ingresó, no pudo advertir que se le había impuesto una prohibición general de alejamiento. Por la claridad de toma de postura es necesario reproducir el considerando quinto del fallo,

“Que en esta situación, tratándose de un error de prohibición que recae en la antijuricidad del acto esencial pero vencible, se transforma en un delito culposo, porque desaparece el dolo y, por lo mismo, no contemplando el tipo penal del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil una figura culposa, no cabe sino absolver al imputado, lo que significa que se ha incurrido en un error de derecho al calificar jurídicamente en forma equivocada las circunstancias fácticas establecidas”²⁶⁶.

3.2 Teoría de la culpabilidad

En la actualidad, la postura que pareciera ser mayoritaria en la discusión nacional sobre el régimen de penalidad y punibilidad del error de prohibición se encuentra apoyada en los presupuestos que sostienen los defensores de las teorías de la culpabilidad, dentro de las cuales podemos reconocer una variante “estricta” y algunas denominadas “limitadas”.

El postulado fundamental entre quienes defienden alguna de dichas variantes radica en reconocer la separación estructural entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad,

²⁶⁶ Con esta explicitación del argumento, no se quiere tomar postura por él, más bien, se está indicando uno de los variados criterios recogidos por nuestros tribunales. En lo inmediato, el fallo presenta deficiencias argumentativas claras, por de pronto, no señala si el error de prohibición *in comento* es uno directo o indirecto. Véase, SCA de Antofagasta, 14 de diciembre de 2017, causa rol n.º 337-2017.

entendiendo que esta última se corresponde con un componente autónomo dentro de la culpabilidad. Así lo menciona nuestro Máximo Tribunal, en un pasaje del considerando noveno de un fallo del 27 de octubre de 2005, causa rol 1739-2003, cuya redacción correspondió al, entonces, Ministro Enrique Cury, uno de los principales seguidores de estos postulados en nuestro sistema,

“La conciencia de que el hecho es ilícito no es un elemento integrante del dolo, para cuya existencia basta con que el autor conozca que en el caso dado concurren los presupuestos objetivos del hecho descrito por el tipo respectivo y que quiera realizarlo.

Por el contrario, la conciencia de la ilicitud constituye un elemento autónomo del juicio de reproche, vale decir, la culpabilidad pues, en efecto, a nadie puede reprochársele haber ejecutado una conducta si no era consciente de que se encontraba jurídicamente prohibida, ya que, en tales circunstancias carecía de motivos para abstenerse de incurrir en ella.”²⁶⁷

Los efectos de ello son, en primer lugar, que el dolo ya no es considerado como un *dolus malus*, sino que pasa a concebirse como un dolo “natural” o “neutro” exento de valoraciones, desprovisto de la conciencia de la ilicitud²⁶⁸. Y, en segundo lugar, que ante el padecimiento de un error invencible que recae sobre la significación jurídica del hecho (entendida como conciencia “potencial” de la antijuridicidad²⁶⁹), lo que resulta excluido es la culpabilidad; de modo que un error vencible o inexcusable no excluye la culpabilidad a título doloso, pues subsiste el conocimiento potencial del injusto, siendo aplicable solamente una atenuación – facultativa u obligatoria – de responsabilidad criminal. Por lo tanto, bajo esta doctrina, solo en el caso que el error recaiga sobre las circunstancias

²⁶⁷ Véase, SCS, 27 de octubre de 2005, causa rol n.º 1739-2003.

²⁶⁸ En el debate nacional, existen posturas que conciben a un dolo ya “avalorado”, pero todavía dentro del análisis de la culpabilidad, para ello, véase (Politoff, Matus, & Ramírez, 2004, pág. 243 y ss.)

²⁶⁹ De esta forma, Cury señala “a nadie puede reprocharse la realización de una conducta cuya ilicitud no conocía ni siquiera potencialmente” (Cury, 2005, pág. 434).

fácticas que configuran la antinormatividad de una conducta, esto es, un error de tipo, conllevaría una exclusión del injusto subjetivo doloso – y la atribución culposa en caso de vencibilidad del error–, sin perjuicio de lo que se expondrá respecto de las teorías “limitadas”.

La calificación de la exigencia de suficiencia de una consciencia de la antijuridicidad como una meramente “potencial”, se fundamenta en palabras de Cury en que “el sujeto obró culpablemente si tuvo la posibilidad de valorar su conducta como contrario al ordenamiento y no lo hizo” (Cury, 2005, pág. 435 y ss.), ello supone, por tanto, que la capacidad del agente para actuar conforme a derecho o no, queda determinada (y es suficiente para la imputación) por la oportunidad de conocer la ilicitud de la conducta, aun cuando no se valga de ella, ignorándola²⁷⁰. Náquira alude a una consciencia “virtual” de la antijuridicidad la cual quedaría configurada cuando el sujeto habría podido tener conciencia de que “su obrar se encontraba considerado en el contexto jurídico como “ilícito” o “antijurídico” y, por ello, amenazado con una sanción legal” (Náquira, 2015, págs. 745-746).

La trascendental diferencia que entraña el abandono de una teoría “estricta” de la culpabilidad por una de sus variantes conocidas como teorías “limitadas” de la culpabilidad, radica en el caso del error que recae sobre los presupuestos fácticos que dan lugar a la permisión de la conducta en virtud de una causa de justificación. Para estos efectos, Mañalich nos entrega una categorización de ellas que resulta útil para la explicación breve de las consecuencias jurídicas que proponen sus partidarios para el tratamiento de este tipo de casos de error. Él distingue al menos tres grandes variantes de

²⁷⁰ Al respecto, también en la doctrina chilena sobre la consciencia meramente “potencial” de la antijuridicidad. véase (Garrido Montt, 2005, pág. 276) y (Politoff, Matus, & Ramírez, 2004, pág. 331 y ss.). Para su recepción en nuestra jurisprudencia véase SCS Rol SCS, 23 de marzo de 1999, casua rol n.º 2133-1998, C.º 7 y SCS, 27 de octubre de 2005, causa rol n.º 1739-2003, C.º 10.

las teorías limitadas: la teoría de los elementos negativos del tipo, la teoría limitada de la culpabilidad en sentido estricto y la teoría que remite a las consecuencias jurídicas²⁷¹.

El tratamiento punitivo común – bajo una justificación distinta – que proponen en alguna de sus variantes, es que ante la suposición errónea de la concurrencia en el momento relevante de los presupuestos objetivos de una causa de justificación debiera excluirse el injusto doloso, aplicando en caso de vencibilidad del error y cuando el legislador lo establezca, una imputación imprudente.

En el caso de la teoría de los elementos negativos del tipo, bajo una problemática concepción monista de las normas, la consecuencia sería la exclusión del dolo – y subsistencia de la imprudencia en caso de vencibilidad del error –, porque las causas de justificación se conciben como una limitación interna de las normas de prohibición o de requerimiento de las cuales dependen, por lo tanto, nos encontraremos ante un genuino error de tipo (negativo), toda vez que la permisón es un elemento negativo del tipo (Mañalich, 2003, pág. 148 y ss.). En segundo lugar, quienes adhieren a la teoría limitada en sentido estricto, suponen que excluir el “injusto doloso” no equivale sin más a excluir el dolo, entendiendo que el primero supone una decisión discrepante de las normas penales, lo que no ocurre cuando una conducta satisface los presupuestos de una justificante, para ello, por ejemplo, Roxin distingue entre “dolo de tipo” y “dolo de injusto”, siendo este último el que resultaría excluido en la suposición errónea de los presupuestos fácticos de una justificante, haciendo aplicable analógicamente las consecuencias del error de tipo, incluyéndolo como un error de tipo permisivo²⁷². Finalmente, la teoría que remite a las consecuencias jurídicas decide que cuando hay un error sobre los presupuestos fácticos de

²⁷¹ Véase (Mañalich, 2003, pág. 147 y ss.), para quien todas ellas pueden ser descritas como especies de un mismo género denominado “teorías limitadas de la culpabilidad en sentido amplio”.

²⁷² Fundamental para esta interpretación, (Roxin, 1997, pág. 579 y ss.). Para su adhesión en el debate chileno véase (Politoff, Matus, & Ramírez, 2004, págs. 329-330) quienes para el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación como un error de tipo argumentan que el sujeto “(...) no yerra sobre el derecho a actuar ni sobre los límites legales del permiso para hacerlo, sino sobre la situación objetiva, sobre los presupuestos de hecho que el sujeto se representa distintos de la realidad”. Al respecto, también, (Mañalich, 2003, pág. 151 y ss.)

una justificante sean aplicadas analógicamente las consecuencias de un error de tipo, en el ámbito de la culpabilidad, manteniendo, por tanto, su calificación ontológica como un error de prohibición indirecto, ya que, además, de esta forma se impediría la “impunidad del partícipe (...) cuando aquel partícipe no incurre en tal error”²⁷³.

A este respecto, en el debate chileno, Cury sostiene, abandonando la teoría estricta, que la conducta del autor ante un caso de un error en los presupuestos fácticos de una causa de justificación, amerita responsabilidad por una “culpabilidad y antijuridicidad disminuida”, lo primero se debería a que de ser verdadera la comprensión del sujeto se ajustaría al derecho y, lo segundo estriba en la idea de un injusto atenuado por la disminución del “desvalor de la acción” en tanto se cree por parte del agente estar actuando bajo una circunstancia justificante, por consiguiente, lo considera un error de prohibición (indirecto) cuyas consecuencias jurídicas deben ser sometidas a las del error de tipo, de ahí su calificación como teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas del error de tipo (Cury, 2005, pág. 443 y ss.). Esto quedó plasmado en un emblemático fallo de la Corte Suprema de fecha 27 de octubre de 2005, citado más arriba, en el cual los hechos trataron sobre un sujeto que creyó erróneamente estar actuando justificado por una especie de “autotela del crédito por el incumplimiento del pago de un contrato” relativo a la compraventa de su automóvil celebrado con una empresa intermediaria, sustrayéndoselo al tercero que lo había comprado²⁷⁴.

Al contrario, quienes defienden una teoría “estricta” de la culpabilidad, sostienen que ante el padecimiento de un error en los presupuestos fácticos de una justificante, fieles

²⁷³ Para una análisis más detallado de estas teorías y sus respectivas críticas, véase (Mañalich, 2003, pág. 148 y ss., 154).

²⁷⁴ Sin perjuicio de que este fue un claro caso de un genuino error de prohibición indirecto por inexistencia de la justificante, la Corte lo calificó, equivocadamente, como un error en los presupuestos fácticos de la justificante de un ejercicio legítimo de un derecho del art. 10 N°. 10 (C. 12°). En lo que aquí interesa, en virtud de la redacción de Cury, nuestro Máximo Tribunal arguye “ En ellos, en efecto, si bien es cierto que su error es de prohibición y, por consiguiente, cuando es vencible o evitable subsiste el dolo de tipo, ha de tratárselos de manera más benigna y, precisamente, como si en tal evento concurriera sólo imprudencia (...) el motivo del tratamiento privilegiado de esta clase de error reside en su menor (que no inexistente) disvalor de acción”. Véase, SCS, 27 de octubre de 2005, causa rol n.º 1739-2003.

a su criterio interpretativo, la consecuencia jurídica sería la exclusión de la consciencia de la antijuridicidad y, con ello, la culpabilidad por el injusto, pero que si es el error se debe a una falta de cuidado del imputado, subsiste su responsabilidad y, en palabras de Garrido Montt, “puede, según los casos, atenuar su responsabilidad” (Garrido Montt, 2005, pág. 306), quien respecto de las teorías “limitadas” agrega que la tesis que proponen solo sería conciliable si se aceptara la propuesta de la teoría de los elementos negativos del tipo, ya que el error recae sobre circunstancias ajenas al denominado “tipo objetivo”, por lo cual, la única interpretación armónica tendría que ser recurriendo a consideraciones axiológicas para la determinación del error (Garrido Montt, 2005, págs. 306-307).

Críticamente, Bullemore y Mackinnon, sostienen que, ante un caso de error en los presupuestos fácticos de las causas de justificación, las teorías “limitadas” llegan a conclusiones sistemáticamente insostenibles desde el punto de vista de la teoría del delito, no haciendo reconocible la distinción entre injusto y culpabilidad, dado que el desvalor de la acción se encuentra en el tipo penal y, además, indicando que en la norma permisiva no existiría “supuesto de hecho”, ya que ello quedaría comprendido por el contenido mismo de la permisiva, por lo cual el error repercutiría solo en la culpabilidad, no siendo asimilable al error de tipo (Bullemore & Mackinnon, 2005, pág. 99 y ss.).

Ahora bien, la reconstrucción de la legislación nacional que hacen suya quienes siguen alguna variante de la teoría de la culpabilidad estriba en interpretar la expresión “voluntaria” del art. 1° como una referencia a la consciencia de la antijuridicidad o ilicitud y no al dolo, por lo tanto, la presunción simplemente legal del inc. 2° es una presunción de la consciencia de la antijuridicidad del hecho²⁷⁵.

²⁷⁵ Fundamental para esta postura (Cury, 2005, pág. 446). En el mismo sentido, (Garrido Montt, 2005, pág. 273 y ss.). También, dentro de los adherentes a la doctrina de la culpabilidad, véase (Bustos & Soto, 1964, pág. 255 y ss.), quienes advirtieron la interpretación de “voluntaria” como comprensiva de los elementos esenciales de la culpabilidad en sentido estricto: imputabilidad actual y consciencia de la antijuridicidad en el actuar.

Para Cury, la atenuación de responsabilidad se fundamenta en una (discutible) interpretación analógica del caso de exclusión de culpabilidad por un trastorno mental transitorio por causa independiente de la voluntad del hechor del art. 10 N°1, en relación a la eximente incompleta del art. 11 N°1, por no existir en el agente culpabilidad en atención a su falta de consciencia de la ilicitud, sostiene que en estos casos,

“la razón de la impunidad es el estado de incapacidad del hechor para conocer lo injusto de su actuar o autodeterminarse conforme a ese conocimiento causado por una perturbación de su psiquis, es lógico acordársela también a quien carece de consciencia de la ilicitud porque se encuentra en una situación inevitable de error (...) motivado por otras circunstancias distintas del trastorno mental” (Cury, 2005, pág. 448).

Garrido Montt, si bien señala que ante un error de prohibición vencible habría que aplicar una atenuación de responsabilidad, por aplicación analógica de la eximente incompleta del art. 11 N°1 igual que Cury, a diferencia de él no menciona ninguna eximente del art. 10 respecto de la cual podría entenderse esta atenuación en el reproche, siendo insuficiente la explicación (Garrido Montt, 2005, págs. 308-309)²⁷⁶.

3.3 Postura del profesor Juan Pablo Mañalich

Como bien se indicó, la postura que hace suya el profesor Mañalich radica en reconocer la separación estructural que plantean quienes defienden la teoría de la culpabilidad, en cuanto a que la consciencia de la antijuridicidad sería un elemento independiente del dolo, pero concluyendo que ante el padecimiento de un error de prohibición evitable o vencible la única consecuencia jurídica posible que se sigue es aquella que plantean los seguidores de la teoría del dolo, es decir, la exclusión de la imputación subjetiva a título doloso, subsistiendo en ese caso una imputación por

²⁷⁶ Una mera referencia a la atenuación de responsabilidad, ha sido sugerida por nuestro Máximo Tribunal en algunos pronunciamientos, véase SCS, 23 de marzo de 1999, causa rol n.º 2133-1998, C. 12º y SCS, 27 de octubre de 2005, causa rol n.º 1739-2003, C. 10º.

imprudencia, siempre y cuando se haya previsto dicha imputación por parte del legislador, en caso contrario correspondería declarar la impunidad por parte del juez, dado que solo así se podría reflejar lo que él denomina la conexión funcional existente entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad, esto es, entre el conocimiento de las circunstancias del hecho que configuran objetivamente la antinormatividad y el conocimiento de la antinormatividad misma del hecho, respectivamente (Mañalich, 2011a, pág. 105 ss.) (Mañalich, 2012a, pág. 41).

Por consiguiente, hay algunas precisiones dogmáticas que es necesario esclarecer, para explicar con mayor claridad la interpretación parcialmente divergente propuesta por Mañalich respecto de la eficacia del error de prohibición como eximente de responsabilidad criminal.

3.3.1 El error como afectación de distintos niveles de imputación

Como primera aproximación, una distinción analítica de la mayor relevancia bajo esta comprensión de la teoría del hecho punible basada en la teoría de las normas es aquella que reconoce una estructura fundada en dos sistemas de reglas: reglas de comportamiento y reglas de imputación. Las primeras, serán entendidas como un estándar de comportamiento correcto exigible a quien se encuentre en el momento relevante para la acción, según el operador deóntico que se fije en la misma norma, el cual puede ser una prohibición o un requerimiento, las cuales, en el caso que no sean efectivamente seguidas y, por lo tanto, un sujeto realice una conducta que las contradiga, constituirán el injusto penal objetivo²⁷⁷.

En cambio, las reglas de imputación aluden a las capacidades individuales de seguimiento de las normas de comportamiento por parte del agente, conforme a las cuales, por lo tanto, puede hacerse responsable a una persona a través de la adscripción de una conducta como propia, debido a la contravención de una norma de comportamiento que

²⁷⁷ Véase (Mañalich, 2010c, pág. 172), sosteniendo de esta forma que las normas de comportamiento son “el estándar que determina el objeto del reproche jurídico-penal”.

constituye el objeto del reproche. Estas reglas de imputación serán divididas en dos niveles²⁷⁸ que obedecen a capacidades distintas, el primero alude a la capacidad de acción evitacional de la conducta antinormativa en la forma de un juicio de antijuridicidad de las circunstancias fácticas relevantes y el segundo nivel hace referencia a la capacidad de motivación conforme a derecho, esto es, a la culpabilidad por una conducta “injusta” (Mañalich, 2005a, pág. 387 y ss.).

Las normas sobre error, en este sentido, se constituyen por reglas que excluyen la imputación en alguno de sus niveles, dependiendo de la clase de error que padezca el agente al momento de la realización de la conducta. Por lo cual, bajo la terminología recién reseñada, en caso de subsistir la responsabilidad penal por ser calificado el error como superable o vencible, ello solo puede ocurrir bajo un criterio de imputación ya no ordinario, sino que únicamente extraordinario (Hruschka, 1994, pág. 351). Así, si el error recae sobre las circunstancias fácticas que conllevan la realización del tipo delictivo, esto es, un error de tipo, se afecta la imputación en el primer nivel dificultando la constitución del injusto subjetivo – sea doloso o imprudente - como una infracción de deber, dado que el sujeto en atención a su comprensión errónea de los hechos no fue capaz de evitar la realización del comportamiento antinormativo. Así, si al destinatario puede hacerse responsable de su falta de cuidado por comprender erróneamente las circunstancias fácticas relevantes, entonces podrá imputársele un cuasidelito, de haberse previsto por el legislador.

Al contrario, un error de prohibición, que es el que aquí interesa, es uno que afectará el segundo nivel de imputación, ello quiere decir que se verá afectada la capacidad de motivación conforme a derecho, dejando intacto el injusto penal como infracción de deber en el primer nivel y repercutiendo directamente en el reproche de la conducta por no haber

²⁷⁸ Para un análisis pormenorizado de la distinción entre los dos niveles de imputación y dos clases de imputación – ordinaria y extraordinaria, véase *supra*, 6. Al respecto, para una estructura del delito bajo la distinción entre reglas de comportamientos y de imputación, así como también, para una definición de imputación ordinaria y extraordinaria, véase (Hruschka, 1994, pág. 352 ss.), quien indica, adicionalmente, que a los dos niveles de imputación deben distinguirse dos formas de imputación – ordinaria y extraordinaria –, será ordinaria si no se constata razón alguna que la excluya y será extraordinaria en caso que se constate una causa de exclusión, pero que esta sea por responsabilidad misma del autor.

en el momento relevante para la acción conciencia de la ilicitud en su actuar. Entonces, si ese déficit de motivación conforme a derecho se debe a una falta de cuidado del mismo sujeto, quien no pudo advertir en la oportunidad-para-la-acción el carácter antinormativo de su conducta, se excluirá el injusto doloso, subsistiendo una imputación imprudente, ello, tal como fue adelantado, por la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la ilicitud (Mañalich, 2005a, pág. 448) (Mañalich, 2011a, pág. 111).

Por lo tanto, en términos dogmático-sistemáticos existe una vinculación entre el injusto subjetivo – dolo e imprudencia – como una infracción de un deber personal que es exigible en la oportunidad-para-la-acción al destinatario y el reproche por ese injusto, dado que esta infracción pertenece a un primer nivel que es anterior a la determinación de la infracción de ese mismo deber como reprochable, esto es, en el nivel de la culpabilidad²⁷⁹.

Si bien esta explicación pareciera ser lejana a nuestra jurisprudencia, un interesante pronunciamiento de fecha 28 de junio de 2019 de la Corte de Apelaciones de Iquique, causa rol 148-2019, recoge esta doctrina. El caso trató sobre un sujeto que extrajo desde una zona sometida a un régimen tributario preferencial (zona franca) a otra de mayores gravámenes, en la región de Tarapacá, una estructura completa o terminada, esto es, la carrocería, incluida la cabina, de un vehículo proveniente de zona franca y de origen extranjero adosado a otro vehículo de régimen general, como parte integrante de él, sin pagar los derechos e impuestos de importación, por considerar erróneamente – esta es la tesis de la defensa – que no le era exigible al imputado tener conocimientos técnicos-aduaneros para entender que la cabina incorporada al vehículo estaba sometida a otro régimen tributario más gravoso dado que los documentos del vehículo (contrato de compraventa e inscripciones) no indicaban inscripción diferenciada alguna de la cabina y que, además, el testigo de cargo, funcionario del Servicio de Aduanas, pudo identificarlo gracias a su experiencia, en circunstancias de que a juicio del TOP de Pozo Almonte los hechos eran

²⁷⁹ (Mañalich, 2011a, págs. 98-99), quien señala que la imposición de una sanción penal – pena – solo se corresponderá con un injusto reprochable o culpable.

constitutivos del delito de contrabando, previsto en el art. 168 y sancionado en el art. 178 de la Ordenanza de Aduanas, pero correspondía aplicar un error de prohibición.

Hay dos puntos interesantes de análisis que ofrece este fallo en su considerando cuarto. Por una parte, la Corte señala,

“Resulta necesario señalar que conforme lo ha manifestado la doctrina, la relevancia jurídico-penal del error en que pueda encontrarse una persona se reduce a que dicho error puede fundamentar la exclusión de un determinado presupuesto de la imputación de un hecho de carácter potencialmente delictivo a esa persona, no resultando pertinente la alegación del recurrente en el sentido de separar un eventual error en la adquisición de la carrocería y por otra el no pago de los impuestos correspondientes, ello por cuanto se trata de una sola conducta integral en la que incurre el encartado”.

Es decir, la Corte toma postura por una teoría del error, en concordancia con lo que sostiene Mañalich, como afectación de alguno de los presupuestos de los cuales depende la imputación de un comportamiento a un sujeto, en tanto ese comportamiento ya es objetivamente antinormativo. Continúa la Corte, ahora ya haciendo explícita la adopción de los planteamientos del profesor Mañalich,

“El profesor don Juan Pablo Mañalich R., señala que el error ha de consistir en alguna modalidad de representación errónea, que de esa manera fundamente la no-satisfacción de un presupuesto de la imputación de índole cognoscitiva. Todo error con relevancia jurídico penal, en otros términos, ha de excluir algún requisito de conocimiento del cual dependa la imputación personal del hecho. En este sentido un error de prohibición cuenta como un error que excluye la representación del carácter ilícito (o contrario a derecho) de aquel comportamiento que en las circunstancias fácticas dadas conlleva la realización del tipo, esto es, como un error de derecho”

Agregando que,

“se pudo establecer que el error de prohibición, al recaer sobre la licitud o ilicitud del acto, aquello dice relación con el injusto y con la antijuridicidad, y repercute por ende en la culpabilidad, desde que el requerido al tener un equivocado concepto respecto de la licitud de su actuar, carece de conciencia de la antijuridicidad, concepto que es un elemento de la culpabilidad tal como lo refiere el sentenciador en el fundamento undécimo, excluyéndose en consecuencia ésta, no pudiendo recibir un reproche penal por el no pago de los impuestos al tener el más absoluto desconocimiento de tal carga”

En definitiva, de los últimos dos pasajes puede advertirse que la CA confirma su postura del error como exclusión de la imputación en alguno de los niveles de conocimiento de índole cognoscitiva del imputado, pero – y está acá lo problemático del razonamiento de la Corte –, no queda claro si entiende que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento que refiere únicamente al juicio de reproche, o es un componente del dolo como sostiene en el considerando tercero aludiendo al razonamiento del TOP de Pozo Almonte que hace suya una comprensión de dolo como *dolus malus*, pareciera ser que lo primero es lo más acorde a las premisas que presenta.

3.3.2 Conexión funcional entre el dolo y la conciencia de antijuridicidad

Así, entonces, la existencia de una conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad, se deja entender en virtud de la vinculación que existiría, bajo este modelo analítico, entre el injusto entendido como una infracción de un deber personal por parte del agente (o destinatario) y la culpabilidad por ese injusto ya constituido.

Esto es crucial, porque como señala el profesor Mañalich un injusto que no alcanza a constituirse como culpable carece de relevancia jurídico-penal, ya que el reproche por un déficit de fidelidad al derecho se fundamenta precisamente en que dicho injusto sea definitivamente imputable al destinatario, siendo la culpabilidad esta “imputabilidad definitiva de un comportamiento” delictivo (Mañalich, 2012c, pág. 20). En consecuencia, la conexión entre el dolo “natural” o “neutro” que comprende el conocimiento de las

circunstancias fácticas relevantes para la realización (no justificada) del tipo penal y la consciencia de la antijuridicidad, se explica en virtud de la denominada función de “alerta” del primero como criterio de imputación, en cuanto a que solo en virtud de una imputación dolosa se hace posible reconocer la consciencia de la antijuridicidad (Mañalich, 2012a, págs. 40-41).

De esta manera, hay algunas repercusiones interesantes de explicitar. En primer lugar, que el criterio relevante de culpabilidad por el injusto ya constituido es la consciencia de la antijuridicidad del hecho y no “en abstracto”, esto implica, que el agente debe representarse la antinormatividad de su conducta en el hecho, y como fue indicado previamente, solo a través del dolo es posible constatar dicha consciencia “actual” de la antijuridicidad en la conducta (Mañalich, 2011a, pág. 99).

Lo anterior, sostiene Mañalich, se debe a lo siguiente: la antinormatividad es una propiedad superviviente o secundaria en relación con las propiedades primarias conforme a las cuales una conducta satisface una determinada descripción que contraviene objetivamente una norma de comportamiento (Mañalich, 2011a, pág. 100). Por lo que, si el agente desconoce estas propiedades primarias que constituyen la antinormatividad de una conducta, con mayor razón desconoce la antinormatividad misma de su comportamiento. Para ilustrar esto último, el caso del espantapájaros es esclarecedor,

“quien dispara letalmente contra un ser humano vivo, creyendo erróneamente que se trata de un espantapájaros, necesariamente desconoce la específica antijuridicidad de su comportamiento, que es relativa a la descripción (objetiva) como un comportamiento consistente en causar la muerte de otro ser humano” (Mañalich, 2012a, págs. 41-42).

De ahí que sostenga que todo error de tipo implica un error de prohibición, pero no todo error de prohibición a su vez un error de tipo²⁸⁰.

Por otro lado, agrega Mañalich, lo anterior genera dos consecuencias. Primero, que mientras se fije la demarcación para la imputación subjetiva de una conducta como dolosa o imprudente, bajo un criterio estrictamente “cognoscitivo” o “representacional”, como él estima, en base al dolo como una “creencia predictiva”²⁸¹, entonces, nunca podrá haber consciencia (“actual”) de la antijuridicidad en casos de imprudencia o culpa, ya que solo habrá dolo eventual en casos que el destinatario reconozca “predictivamente” con un grado de posibilidad relevante que su conducta satisfaría las propiedades primarias que fundamentan la antinormatividad descritas en la norma de comportamiento (Mañalich, 2011a, pág. 101). Y, segundo, tal como fue adelantado, esta interpretación permitiría esclarecer la mencionada función de “alerta” del dolo, que se identifica con que solo el dolo puede hacer posible la consciencia de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto, ya que solo ahí es posible constatar la consciencia “actual” de la antijuridicidad por la cual se fundamenta el reproche “consciente” de déficit de fidelidad al derecho²⁸². De ahí que un dolo estéril es uno que no alcanza a adscribir la consciencia de la antijuridicidad y que, por lo tanto, carece de relevancia jurídico-penal (Mañalich, 2012c, pág. 22).

²⁸⁰ (Mañalich, 2011a, pág. 101), según indica, lo mismo tiene que darse para el caso de un error de tipo invertido que fundamenta una tentativa inidónea y para un error de prohibición invertido que trata sobre un delito putativo.

²⁸¹ Véase al respecto, *supra*, 6.1.1. Latamente en (Mañalich, 2019c, pág. 303 ss.), quien expone una interpretación del dolo como representación de las circunstancias fundantes-de-antinormatividad establecidas en una norma de comportamiento, en base a la adscripción de una determinada creencia predictiva, la cual permitiría al destinatario formarse como premisa vinculante la evitación o realización de una determinada acción que se ajuste a lo exigido por la norma de comportamiento.

²⁸² La idea de la función de “alerta” del dolo en conjunción con Mañalich, fue sugerida por la defensa, según consta en el considerando primero de la sentencia de fecha 26 de febrero de 2018 la Corte de Apelaciones de Antofagasta, causal rol n.º 26-2019, ante un caso de error de prohibición directo sobre un sujeto que portando municiones de un arma de fuego alegó no ser consciente de la ilicitud de su conducta, sin embargo, la Corte desechó la alegación por falta de prueba, aunque pareciendo sugerir una interpretación favorable a la teoría de la culpabilidad en el considerando noveno “ (...) el fallo no incurre en errónea aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 1 del Código Penal, toda vez que el acusado Vega Galaz tenía conocimiento, a lo menos potencial, de la ilicitud de su conducta, por ende, no se trataba de un error invencible”.

Por todo ello, los ordenamientos jurídicos como el alemán o el español que para los casos de error de prohibición vencible prevén una atenuación de pena facultativa u obligatoria, respectivamente, bajo la perspectiva que desarrolla Mañalich, implican un reconocimiento legislativo de un quiebre en esta vinculación funcional entre el dolo “natural” y la consciencia de la antijuridicidad, ya que subsiste la responsabilidad a título doloso aun cuando no sea constatable la consciencia “actual” de la antijuridicidad, es decir, es posible adscribir dolo respecto de una conducta en que el agente no advierte (conscientemente) en el momento relevante para la acción el carácter antinormativo de su conducta (Mañalich, 2012a, págs. 42-43). Desde el derecho alemán, este quiebre funcional lo señala Kindhäuser en los siguientes términos “admite que el autor sea castigado por un hecho doloso pese a que la norma que le prohíbe su comportamiento no le fuese conocida y, por cierto, cuando podía y debía evitar el desconocimiento de la norma” (Kindhäuser, 1999, pág. 161 ss.).

Lo que sugiere esto para Mañalich, desde el punto de vista del reproche estatal manifestado en la imposición de una pena sobre un sujeto, es que se produce una equiparación punitiva de formas de reproche heterogéneas, ya que, si el autor realiza una conducta respecto de la cual no es “actualmente” consciente de su ilicitud, por padecer un error de prohibición, solo puede subsistir su responsabilidad jurídico-penal en base un criterio de imputación extraordinaria (Mañalich, 2011a, pág. 106).

Bajo esta visión, entonces, la denominada consciencia “potencial” de la antijuridicidad, que pregonan quienes apoyan alguna de las variantes de la teoría de la culpabilidad, no es relevante como criterio de culpabilidad por el injusto, ya que en palabras de Mañalich “no es más que una metáfora que sugiere la inexistencia de conocimiento, asociada a la posibilidad (y exigibilidad) del mismo”²⁸³.

²⁸³ Así en (Mañalich, 2012c, págs. 23-24), destacando que de seguirse la consciencia “potencial” de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto se estaría reconociendo una imputación extraordinaria como criterio por defecto para fundamentar la culpabilidad.

En último término, la consciencia “actual” de la antijuridicidad que se sigue de este modelo analítico no es conocimiento íntegro del sentido y alcance de la norma de prohibición o de requerimiento, el margen de suficiencia es que el sujeto pueda advertir el carácter antinormativo de su conducta a través de las circunstancias fácticas respecto de las cuales objetivamente se lleva a cabo la realización del tipo penal, es decir, que pueda inferir que su conducta es contraria a derecho, pero no necesariamente que sea subsumible, en sentido técnico, bajo el tipo penal (Mañalich, 2012c, pág. 24) (Kindhäuser, 2019, pág. 135). Basta, desde este punto de vista, según Mañalich, y siguiendo a Silva Sánchez, el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad²⁸⁴, eso permite ponerlo en concordancia armónica con la exigencia de suficiencia que establece el dolo eventual y con la función de “alerta” de dolo, es decir, el conocimiento de la antijuridicidad se satisface con un grado de probabilidad relevante para la decisión (Mañalich, 2011a, pág. 107).

3.3.3 Interpretación de los artículos 1º y 2º del Código Penal

Ahora bien, dicho modelo teórico explicado en la sección anterior, para tener algún efecto en nuestro sistema debe estar basado en la normativa vigente en el ordenamiento jurídico, en este caso resultan de vital importancia los artículos 1º y 2º del Código Penal, que ofrecen, como ya se indicara, las claves interpretativas para los modelos tradicionales propuestos por las teorías del dolo y de la culpabilidad.

De esta manera, si en nuestro sistema habría de tener cabida aquellas consecuencias jurídicas que establece el legislador en los ordenamientos jurídicos de Alemania y España – es decir, una subsistencia del injusto doloso con una aplicación subsecuente de una atenuación de responsabilidad criminal –, de nuestro ordenamiento debiera interpretarse un quiebre funcional de fundamentación de la culpabilidad por el injusto.

²⁸⁴ Véase, para esta postura (Silva Sánchez, 1998, pág. 259 ss.), quien observa que el conocimiento de la antijuridicidad se determina bajo un criterio exclusivamente cognoscitivo, siendo suficiente que el sujeto advierta la probabilidad de que su conducta infrinja la norma de comportamiento. De esta manera, plantea que la delimitación entre culpa consciente y dolo eventual no está dada por el elemento “volitivo” del dolo, sino que reside en que en el dolo eventual existe verdadero conocimiento y en la culpa consciente falta exacto conocimiento de la situación típica.

Bajo la propuesta que él sugiere, la lectura de la regulación legal como ya se adelantara supone una opción parcialmente divergente, ya que asume la diferenciación estructural entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad, que como ya se sostuvo pertenecen a distintos niveles de imputación, aunque sin embargo, “que al mismo tiempo asuma (...) la necesidad de conocimiento de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto doloso” (Mañalich, 2011a, pág. 109).

Esto implica, primero, que “malicia” y “dolo” no pueden ser tomados estrictamente como sinónimos a pesar de que ello sea lo que se entienda de la literalidad del art. 2°, dado que Mañalich indica que hay sectores del Código Penal donde pareciera no ser tal esa equiparación. El fundamento de ello se encontraría en que el dolo es el criterio de imputación por defecto en nuestro sistema, así se entiende con la clausura de la punibilidad de los “cuasidelitos”, dispuesta en el art. 10 N°13, por lo tanto, no es necesario que se explicita en los tipos penales para entenderlo como exigencia de imputación subjetiva. Entonces, para evitar comprender la exigencia de “malicia” como una mera redundancia legislativa, Mañalich entiende que cuando un tipo penal exija “malicia” ella debe ser entendida como exigencia específica de conocimiento de la antijuridicidad, en la forma de un requisito de punibilidad que, como tal, debiera ser probado por el Ministerio Público. Esto se vería plasmado, por ejemplo, en la regulación del aborto, según él, como la cláusula del art. 343 “aun cuando no haya tenido propósito de causarlo” fijaría la punibilidad de un aborto imprudente, la exigencia “maliciosamente” del art. 342 no sería la expresión que marcaría la diferenciación entre el dolo y la imprudencia, por lo cual debería exhibir otro significado, entonces, que el aborto sea cometido “maliciosamente” como exige el art. 342 sería indicativo de una exigencia de conocimiento de la ilicitud por el sujeto. Las razones que podrían subyacer a esta interpretación residen en que el aborto está lejos de ser una prohibición autoevidente para los ciudadanos, aún más por lo problemática que es la consideración de esta conducta como delictiva desde el punto de vista de la autonomía reproductiva de la mujer, e incluso, por suponer que el derecho lo faculta a través de una causa de justificación, ello podría replicarse con las mismas razones, en ámbitos regulativos más recientes como el art. 374 bis inc. 2° que tipifica un delito de mero almacenamiento o

adquisición de material pornográfico²⁸⁵, o en los delitos contemplados en los arts. 1º, 2º y 4º de la ley N° 19.223 que tipifican figuras penales relativas a la informática (Mañalich, 2011a, págs. 110-111).

Lo anterior, influye de dos maneras. Primero, que, ante la exigencia de demostrar la consciencia de la antijuridicidad para punibilidad de la conducta, un error de prohibición de manera práctica permitirá a la defensa, eventualmente, de tener éxito en su alegación, excluir ese requisito de punibilidad que representa la “malicia”. Y, en segundo lugar, que, por lo tanto, si “dolo” y “malicia” no son sinónimos en el contexto del art. 2º, para el autor sería una indicación de la conexión funcional existente entre el dolo – primer nivel de imputación – y la representación de la antinormatividad del hecho – segundo nivel de imputación –, esto es, “malicia”. Lo anterior, dado que “la culpabilidad en que se refleja el carácter doloso del hecho sólo puede consistir en una culpabilidad definida por el conocimiento de la antijuridicidad del hecho” (Mañalich, 2012a, pág. 48).

Siendo esta la única culpabilidad congruente con el injusto doloso, bajo estos términos, la exigencia de voluntariedad del art. 1º ha de entenderse como indicativa del conocimiento de ilicitud de la conducta, en el sentido de que la presunción simplemente legal del inc. 2º del art. 1º implicaría que todo hecho doloso, ha de reputarse “malicioso”, es decir, posibilitado por el conocimiento de la antijuridicidad, a menos que se demuestre lo contrario, por ejemplo, con la invocación de un error de prohibición (Mañalich, 2011a, pág. 112). Por consiguiente, la definición de delito del art. 1º mantendría su carácter compartido en atención a su realización dolosa o imprudente, satisfaciendo así una pretensión de generalidad que tendría la definición de delito incorporada en la primera norma del Código Penal.

De ello se derivan dos consecuencias, por un lado, cada vez que el legislador exige dentro del tipo penal que se compruebe que la conducta fue maliciosa, se revertirá la

²⁸⁵ En contra de lo sostenido por el profesor Mañalich, véase (Mayer, 2014, págs. 38-39), quien defiende la expresión “maliciosamente” como una exigencia de dolo directo.

presunción de conocimiento de la ilicitud, debiendo ser probada la exigencia de punibilidad del hecho por el órgano persecutor. Y, por otro lado, que cuando el error de prohibición sea calificado como vencible por el tribunal, corresponderá aplicar, en caso de ser previsto por el legislador, la sanción asignada al delito imprudente toda vez que la culpabilidad definida por el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, baja esta mirada, solo se manifiesta en el injusto doloso, lo cual, a su vez, sería congruente con los arts. 490 y 492 que prevén, para la punibilidad de la imprudencia de delitos contra la personas, una falta de “malicia”, mas no de “dolo” (Mañalich, 2012a, págs. 49-50).

3.3.4 El error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación

Entendiendo que esta es la situación que más debate y relevancia tiene en nuestra doctrina y jurisprudencia, es necesario explicar la particular postura del autor. Como ya se indicó anteriormente, un error también puede recaer en una norma permisiva, ello se presenta en tres situaciones: el error sobre la existencia de una determinada causa de justificación, el error sobre el alcance de una determinada causa de justificación y el error sobre el presupuesto objetivo de la causa de justificación (Mañalich, 2003, pág. 159).

La diferenciación entre reglas de comportamiento y reglas de imputación llevan a Mañalich a sostener que un error que recaer sobre el conocimiento de los presupuestos fácticos de una causa de justificación es uno que afecta al primer nivel de imputación, es decir, a la capacidad de acción evitacional del comportamiento jurídico-penalmente prohibido por la norma. A modo de ejemplo, para la explicación del argumento, veamos lo siguiente: la suposición errónea de un sujeto de encontrarse ante una agresión actual de otra persona, la cual autorizaría – cumpliendo los demás requisitos – a una acción defensiva a título de legítima defensa, sería uno que tendría directa relación con una situación fáctica que de ser verdadera llevaría a la exclusión de una norma prohibitiva por aplicación preferente de la norma permisiva²⁸⁶, sin embargo, la relevancia del error quiere decir que el sujeto en el momento de la acción no está capacitado para representarse correctamente que

²⁸⁶ Esto según fue indicado *supra*, 3.

no se encuentra ante la posibilidad de actuar de manera “contraria” al estándar jurídico de la regla de comportamiento, la conclusión de lo anterior para Mañalich es la siguiente: “se trata de un error del todo equivalente al consistente en la suposición errónea de una situación en que no se realiza el tipo, esto es, un error de tipo (...) Por ello, puede hablarse de un error de tipo permisivo” (Mañalich, 2005a, pág. 453).

La consecuencia jurídica de lo anterior ya es conocida: si el error de tipo tiene el carácter de invencible operará en el primer nivel de imputación excluyendo tanto el dolo como la culpa, en cambio, si el error era evitable para el agente, en tanto que se le puede hacer responsable de su padecimiento bajo un criterio de imputación extraordinaria, existirá un reproche cuando la ley prevea un delito imprudente, dado que el injusto doloso se encontrará excluido de todas formas. La explicación así planteada implica que no habrá una afectación de la consciencia de la antijuridicidad, que se corresponde con el nivel de la culpabilidad. Entonces, la consecuencia es igual a la que proponen los adherentes de las mencionadas teorías limitadas de la culpabilidad y la teoría del dolo²⁸⁷, pero el fundamento es distinto, toda vez que acá según lo plantea el autor nos encontramos ante un genuino error de tipo y no ante un error de prohibición indirecto, como mencionan la teoría que remite a las consecuencias jurídicas y la teoría del dolo. De ahí que rechace la explicación acogida por el mencionado fallo de la Corte Suprema, cuyos considerandos hicieron suya la teoría que remite a las consecuencias jurídicas y, que, además, fue redactado por su fiel adherente en nuestra doctrina el profesor Cury²⁸⁸.

Toda esta discusión, cuya solución está lejos de ser coincidente en nuestra doctrina, encuentra su principal explicación, según Mañalich, en la simetría existente en las estructuras de imputación de realización del tipo delictivo y del tipo permisivo de una causa de justificación, cuya operatividad analítica se demuestra a través de la diferenciación en la

²⁸⁷ No así de quienes defienden la teoría estricta de la culpabilidad, quienes estarían dispuestos a reconocer un genuino error de prohibición indirecto, que, a lo más, ameritaría una atenuación de pena.

²⁸⁸ Véase comentario crítico de este fallo en (Mañalich, 2013a, pág. 271 y ss.), señalando en contra de la teoría seguida por Cury que: “un error de tipo permisivo no es un error que tenga que ser tratado como si excluyera el dolo. Antes bien: se trata de un error que efectivamente excluye el dolo”.

afectación de distintos presupuestos de la imputación ante el padecimiento de un error por parte del agente, ya sea en el injusto o en la culpabilidad por ese injusto, esto es, en el primer o segundo nivel de imputación, respectivamente (Mañalich, 2013a, pág. 274 y ss.).

Por ese motivo, Mañalich, en concordancia con Hruschka, reconoce a la teoría “limitada” de la culpabilidad en sentido estricto como la verdadera teoría de la culpabilidad (y no la tradicional variante “estricta”), en cuanto a que ella haría reconocible la distinción entre el objeto de la valoración y la valoración del objeto, que, a su vez, permitiría reconocer la afectación de los distintos niveles de imputación, ubicando sistemáticamente el error de tipo permisivo, como lo que es, un error de tipo y no un error de prohibición indirecto. Esto, por lo demás, sin sostener como premisa un tipo de injusto que incluya la tipicidad y la antijuridicidad, como lo hacen quienes adhieren a la teoría de los elementos negativos del tipo (Mañalich, 2003, pág. 162) (Hruschka, 2009, pág. 155 y ss.).

De esta manera, Hruschka señala que lo que no distingue correctamente la teoría “estricta” es que “un juicio sobre los presupuestos de una valoración no puede ser simultáneamente el propio juicio de valoración. Por tanto, la representación de circunstancias (objetivas) justificantes o su negación no puede ser un elemento de la conciencia de la antijuridicidad”²⁸⁹.

Por otro lado, aquel error que recae sobre la existencia misma o en el alcance de una causa de justificación, que son los otros dos casos señalados al principio de esta sección del trabajo, son calificadas por Mañalich como situaciones en que se da un genuino error de prohibición indirecto o error de permisión, en concordancia con la doctrina mayoritaria. Pero, a través de la fundamentación misma del modelo ya esbozado, es decir, en este caso como afectación de la capacidad de motivación conforme a derecho en el segundo nivel de imputación, ya que acá la comprensión errónea recae en el sentido mismo de la norma

²⁸⁹ Al respecto, (Hruschka, 2009, pág. 166 y ss. 169), quien alude a que la teoría estricta de la culpabilidad confundiría la distinción entre la representación de un hecho y de circunstancias que son relevantes para el juicio de antijuridicidad, y el propio juicio de antijuridicidad.

permissiva, como excluyente de una norma prohibitiva, esto es, en el juicio de valoración mismo y no en los presupuestos que la constituyen (Mañalich, 2005a, pág. 454).

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES EN TORNO AL DEBATE

Hay algunas ideas que se han explicitado en este capítulo y en el desarrollo descriptivo del capítulo anterior de este trabajo en relación a la teoría analítica del hecho punible, sobre las cuales ahondaré para efectos de mostrar su utilidad didáctica para una resolución dogmática coherente y prolija en los casos problemáticos que plantea la teoría del error con relevancia jurídico-penal, ya que como bien se ha podido dar cuenta, las discusiones en esta materia parecieran no llegar a una conclusión unívoca por el momento, sobretodo en el comentado caso del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Si bien, en cierta medida hay algunas distinciones que, como sostienen Matus y Ramírez, son puramente funcionales para la mejor enseñanza del derecho, ya que la importancia crucial del derecho penal radica en que la responsabilidad penal del imputado: se afirme o se niegue, resolviendo así casos concretos (Matus & Ramírez, 2021, pág. 269), considero que hay algunas separaciones categoriales que en la sistemática de la teoría del delito obedecen a criterios distintos, dentro del conjunto de elementos objetivos, subjetivos y normativos que configuran, eventualmente, el reproche por la conducta antinormativa del sujeto o la responsabilidad jurídico-penal de una persona, las cuales son necesarias de explicitar en lo que sigue.

Por ello, entonces, más allá de la discusión histórica sobre las diferentes formulaciones teórico-filosóficas que hay detrás de la teoría del delito, en virtud de la cual la dogmática jurídico-penal ha elaborado varios modelos a su respecto – causalista, neo-causalista, finalista, funcionalista, etc. – y cuya relevancia para la teoría del error no puede ser mirada solo por encima, considero, en ese sentido, que la “gramática” que subyace a una construcción dogmática de la teoría de delito a través del instrumental de la filosofía analítica ofrece una explicación lógica de las relaciones internas entre los distintos

conceptos que la integran. Por lo tanto, este modelo, en cuya base se encuentra una separación lógica entre el juicio de subsunción y el juicio de imputación de la conducta, permite clarificar sistemáticamente como se satisfacen las condiciones de existencia de un hecho punible, a partir de una premisa fundamental, la cual afirma que el hecho punible debe ser comprendido como una contradicción de una norma, es decir, que resulta quebrantada por la conducta delictiva del eventual autor que satisface el supuesto de hecho del tipo penal, por el cual se fundamenta un reproche que se expresa en la imposición de una pena sobre el condenado declarado culpable, quien, contrafácticamente, no reconoce la norma como una razón excluyente para su acción (Mañalich, 2010c, pág. 171).

De este modo, sin intención de repetir las premisas teóricas que ya fueron señaladas anteriormente, considero que para la construcción del hecho punible, hay que reconocer que, por un lado, estarán las condiciones de las cuales depende que una conducta sea considerada antinormativa (o antijurídica), que constituirá lo que tradicionalmente se denomina injusto objetivo a través de un juicio de subsunción. Y, ello, estará dado por la contravención de una regla de comportamiento, cuyo contenido proposicional se obtiene, como señala Mañalich, a través de la formulación inversa del supuesto de hecho de la norma de sanción que se encuentra especificada en los distintos tipos penales de la parte especial de nuestro Código Penal (y leyes complementarias), que, a su vez, constituyen el carácter institucional que legitima la estructura del hecho punible (Mañalich, 2010c, pág. 172 y ss.). Así, este conjunto de reglas de comportamiento ofrecerán razones para la evitación o realización de determinadas conductas al modo de una inferencia práctica de un silogismo, explicado *supra*, 1.3, cuya premisa mayor será la norma de comportamiento que se constituirá por una vinculación entre un operador deóntico – prohibido o requerido – y un determinado tipo de acción descrito en la norma de sanción “el que mate a otro”, por ejemplo²⁹⁰.

²⁹⁰ Véase (Kindhäuser, 2008, pág. 5 y ss.), para la distinción entre objeto y criterios de la imputación y un esbozo del modelo del silogismo práctico. Al respecto, también, (Von Wright, 2008, pág. 309 y ss.), esencialmente a propósito de la inferencia práctica en primera persona, cuya relevancia es particularmente

Así, se podrá explicar que el Estado reaccione sancionando a quien infrinja un determinado estándar de conducta en tanto esa conducta antinormativa resulte imputable a un sujeto – en un siguiente paso – habilitando al juez para aplicar la sanción que establece el tipo penal, siempre que se cumplan las demás condiciones de punibilidad.

Por lo tanto, en este siguiente paso, se podrá tener en cuenta al conjunto de condiciones en cuyo eventual cumplimiento esa conducta (ya objetivamente antijurídica) pueda ser “atribuida” a su autor como propia. Esto quiere decir, que pueda hacerse responsable personalmente al autor, tomando en consideración que sus capacidades individuales de seguimiento – de acción y de motivación – de la regla de comportamiento, en el momento relevante, debieron permitir que el sujeto advirtiera su conducta delictiva, haciendo de la regla de comportamiento una premisa vinculante, omitiendo o ejecutando un determinado tipo de acción, lo que de hecho no tiene lugar²⁹¹.

Reconocer esta estructura analítica para la sistemática de la teoría del delito, no implica en caso alguno que esté exenta de cuestionamientos. Es más, sin ir más lejos, en nuestro debate nacional, De la Fuente señala que una construcción de la teoría del delito así presentada, no haría reconocible, en el caso de los delitos de resultado, que el contenido proposicional de una norma de comportamiento también estaría integrado, a través de una proyección pragmática, por las acciones previas al resultado cuyas propiedades pudieran ser descritas como el estado de cosas que prohíbe *ex post* dicha regla de conducta, lo cual a su vez impactaría en las conclusiones que se siguen del modelo del silogismo práctico, cuya premisa mayor queda constituida por esta norma de comportamiento, haciendo

importante para la imputación jurídico-penal. Para esta construcción de la premisa mayor del silogismo práctico, la cual podrá verse complejizada allí donde el tipo penal exija determinadas condiciones de aplicación o su sometimiento a un determinado grupo de individuos, véase (Mañalich, 2014a, pág. 21).

²⁹¹ Esto, por cierto, no es ajeno a nuestra doctrina en general, más allá de lo sostenido por Mañalich. Para un reconocimiento de esta diferenciación estructural entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, fundamental, (Schürmann, 2018, pág. 721 y ss.), quien identifica esta distinción entre distintos niveles de imputación a propósito de la teoría del error. También en (Silva, 2013, pág. 28 y ss.), a propósito de las causas de justificación como normas de comportamiento bajo este modelo analítico. En el mismo sentido, respecto de la reconstrucción de la imputación subjetiva como afectación de la capacidad de acción, véase (Reyes, 2016, pág. 246 y ss.).

irreconocible para él que se establezca en el caso de la “prohibición de matar otro”, por ejemplo, un deber de abstención y, con ello, de omisión de conductas que ella no prohibiría como “disparar con un arma a otro” o “detonar una bomba en un lugar con personas”, dificultando asimismo que se extraiga un deber de abstención en la fase *ex ante*, a modo de una inferencia práctica (De la Fuente, 2019).

En base a esta crítica, yo diría que no es correcta si uno entiende que la regla de comportamiento, en tanto razón para la acción del agente, es aquella en la cual se fijan los presupuestos de la antinormatividad de una conducta como prohibida o requerida simplemente, esto es, la estructura locucionaria de la norma, distinto, es que el establecimiento de la antinormatividad de una conducta sea constatable *ex-post*. En efecto, así cobra sentido que una regla de comportamiento solamente podrá ser seguida en la medida que su contenido proposicional sea identificable con independencia de la perspectiva que tienen sus eventuales destinatarios situacionales, es decir, manteniendo diferenciada la idea de que una regla de comportamiento sea una actividad intencional del destinatario de que la regla misma sea definida conforme a los estados intencionales de dicho destinatario, eso implica que podamos describir a esa norma como una premisa vinculante para él, pero a la vez, que podamos discutir distinguiendo cuando una conducta objetivamente infringe el estándar de comportamiento jurídicamente correcto a través de una acción (premisa menor) que funge como instancia de un determinado tipo de acción (premisa mayor), de la pregunta sobre si ella pueda ser considerada como infracción propia del agente en atención a sus capacidades y conocimientos²⁹². Obviamente esta discusión implica alguna caracterización más profunda y sofisticada del argumento a través de la teoría de las normas, pero ello no es el objeto de esta investigación, por lo tanto, estas críticas serán dejadas de lado, para centrarnos en la teoría del error.

²⁹² Al respecto, véase (Mañalich, 2010c, págs. 176 y ss., 184), en lo esencial lo que plantea De la Fuente implica una inversión de la conexión entre el contenido proposicional y la función pragmática de la regla de comportamiento. También, véase (Mañalich, 2014a, pág. 17 y ss.), de particular importancia para la idea de una inferencia práctica cuya conclusión del silogismo pueda exhibir la marca de una “necesidad práctica subjetiva”, siendo fundamental que el argumento se construya en primera persona y, que, además, el agente pueda adoptar una determinada actitud “crítico-práctica” respecto de la norma de comportamiento.

En consecuencia, si tomamos los presupuestos anteriores – sobre la teoría analítica de la imputación – y las implicancias en que ellos descansan, es dable decir que habría buenas razones para rechazar algunos elementos de las posturas tradicionales que han tratado de explicar la fundamentación del error en nuestro sistema.

En primer lugar, la teoría del dolo se enfrenta al menos a dos objeciones concluyentes. Por un lado, una objeción conceptual, dado que haría irreconocible una distinción que como indica Hernández pareciera ser ampliamente aceptada en la doctrina, como es que la consciencia de la ilicitud no sea un componente del dolo, dejando de lado la concepción de un dolo malo (Hernández, 2011, pág. 55). Ello obedece a las distintas capacidades individuales de seguimiento de la norma con que se relacionan estos presupuestos de imputación, según los cuales la consciencia de la antijuridicidad no puede integrar el dolo. Así, primeramente, el dolo dice relación con la capacidad de evitación del resultado típico en el ámbito de la subjetividad del injusto, de ahí que será justificada la imputación dolosa en la medida que al sujeto le sea – actualmente – evitable la infracción, tanto física como cognitivamente al momento de actuar, es decir, esta capacidad debiera permitir al sujeto concretamente actuar de una manera físicamente voluntaria y con el conocimiento de los presupuestos fácticos de su conducta (Reyes, 2016, pág. 248).

En cambio, la consciencia de la antijuridicidad será relativa a una segunda capacidad en el juicio de imputación jurídico-penal, cuya importancia radica en posibilitar que el agente tenga un motivo para actuar conforme a derecho *in concreto*, en otras palabras, ya no se analiza si se encontraba posibilitado física e intelectualmente para, por ejemplo, la evitación de una conducta prohibida que daría cumplimiento al supuesto de hecho del tipo penal, sino que en el momento relevante debe constatar, en palabras de Schürmann “si el comportamiento antijurídico del sujeto responde a un déficit estructural o contingente de su capacidad individual de motivación para reconocer subjetivamente a la regla de comportamiento como razón para la acción” (Schürmann, 2018, pág. 724), lo cual podrá predicarse en el caso del padecimiento de un error de prohibición en el momento concreto.

En ello reside, por tanto, la afirmación de Kindhäuser de que ante la constatación de un error, sea este sobre las circunstancias fácticas que llevan a la realización del tipo penal o bien sobre la significación jurídica de los hechos, lo que es negado es un determinado elemento del delito, por lo tanto, resulta del todo coherente que un error pueda recaer en diferentes niveles de conocimiento necesarios para la imputación de una conducta, de ahí que la doctrina pueda diferenciar categorialmente entre error de tipo y error prohibición²⁹³.

Pero no tan solo eso. Por otra parte, una segunda objeción a la teoría del dolo, esta vez tomando en consideración la interpretación del Código Penal que realizan sus adherentes, reside en que la presunción de voluntariedad del art. 1º no puede corresponderse con una presunción del carácter doloso del hecho delictivo. Por lo pronto, asumir que se presume el carácter doloso de un hecho desde un punto de vista legislativo no sería sistemáticamente coherente dada la exigencia de comprobación de los elementos del delito que recae en el Ministerio Público²⁹⁴.

Más bien, creo que en este punto radica una de las ventajas de la teoría de la culpabilidad, ya que haría operativa la distinción semántica entre dolo y consciencia de la antijuridicidad, de forma tal que las razones esgrimidas por Bustos y Soto no hacen sino comprender que la presunción de voluntariedad es una presunción de culpabilidad por el injusto, estos indican: que sistemáticamente no es posible concluir que “voluntaria” aluda al dolo, porque: (i) no se habría utilizado la expresión “un delito”, (ii) se omitió en el art. 2º la expresión “voluntaria” por lo cual debe entenderse aplicable a ambas modalidades de injusto subjetivo, además, el art. 2º no incluye antinomia alguna, ya que no puede oponerse un delito a un no-delito, y (iii) más bien lo que hizo el legislador fue describir dos especies de delito – doloso y culposo – que se relación a un problema de realización típica,

²⁹³ Al respecto, (Kindhäuser, 2019, pág. 132), quien acertadamente advierte que las representaciones lingüísticas y de aplicación de las reglas jurídicas nada tienen que ver con la determinación de un injusto doloso, en tanto este último se realiza con circunstancias de la realidad objetiva, mientras que, la significación jurídica implica una comprensión de los conceptos con los cuales se describe esa realidad a través del derecho.

²⁹⁴ Para la discusión sobre la presunción de voluntariedad y el principio de presunción de inocencia, véase (Hernández, 2011, pág. 82 y ss).

completando la sistemática propuesta en el art. 1° como definición general. Lo interesante de esta propuesta es que reconoce algo que yo diría es indudable: el Código Penal se construye sobre el dolo como forma paradigmática de comisión u omisión delictiva, por ello es lógico que el legislador se refiera en ocasiones al “delito” estrictamente en su modalidad dolosa (Bustos & Soto, 1964, pág. 255 y ss.)

En base a lo anterior, entendiendo que el delito es un hecho concreto, la mejor interpretación posible para esta presunción *iuris tantum* de voluntariedad del hecho delictivo, es una referida particularmente a la imputabilidad actual y la consciencia de la antijuridicidad del hecho²⁹⁵, por lo tanto, lo que se presume será que el sujeto era capaz de motivarse conforme a derecho y no el carácter doloso del hecho. De ese modo, solo se verá derrotada la presunción de voluntariedad en la medida que la defensa invoque exitosamente en sus alegaciones, por ejemplo, un error de prohibición que implique un desconocimiento *in concreto* de la antijuridicidad del hecho por parte del imputado, de ahí que la consciencia de la antijuridicidad sea una cuestión de hecho, que deba ser probada.

Ahora bien, es común a ambas teorías tradicionales que de la explicación así planteada no pueda salvarse la supuesta equiparación semántica que el art. 2° hace entre los términos de “malicia” y “dolo”, la cual sirve como argumento a los adherentes de la teoría del dolo para señalar que la consciencia de la antijuridicidad integra el dolo, sin embargo, como advierte Cury, correctamente, es mejor atender al contexto legislativo sistemático para interpretar estas expresiones (Cury, 2005, pág. 306).

De esta forma, habría que señalar, primero, que nuestro Código Penal, tal como ya advirtiera Mañalich, establece la clausura de la punibilidad de la imprudencia en el art. 10 N° 13, por lo tanto, no es necesario que los tipos penales expliciten la exigencia de imputación subjetiva por defecto, esto es, el dolo, ya que se entiende incorporado en las descripciones típicas. Entonces, en todos los tipos penales que se exija “malicia”, se estaría

²⁹⁵ De manera más restringida (Cury, 2005, pág. 306 y ss.). También en, (Náquira, 2015, pág. 305 y ss.) como una presunción de la culpabilidad en sentido amplio.

señalando el criterio de imputación subjetiva por defecto, el cual debería entenderse comprendido ya sin esa declaración legislativa, por consiguiente, malicia debería entenderse como algo distinto del dolo para evitar caer en una redundancia (Mañalich, 2011a, pág. 109). Ello podría subsanarse si entendemos que “malicia” bajo el derecho penal chileno debe ser interpretado, a la manera de Garrido Montt y Mañalich, como una exigencia concreta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho delictivo²⁹⁶. Si eso es así, entonces, un hecho será presumido como malicioso, a menos que lo exija el tipo penal expresamente o se demuestre lo contrario por la defensa.

Esto, dogmáticamente, se explica en virtud de la función que cumple el dolo dentro del juicio de imputación jurídico-penal, con ello me refiero a que solo respecto de un delito doloso es posible constatar la consciencia “actual” de la antijuridicidad del hecho, dado que solo a través del conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes que exige el dolo es posible constatar una consciencia “actual” de la antijuridicidad en el agente, esto quiere decir, concretamente, que una persona no puede advertir que la acción homicida que ejecuta es contraria a derecho si no advierte que está ejecutando una acción homicida²⁹⁷.

Es decir, allí donde el legislador no exige malicia (arts. 490 y 492), no exige conocimiento de la ilicitud en el actuar, entonces, en caso de que tenga lugar una infracción de cuidado exigible al agente en el momento relevante, podrá imputarse subjetivamente un cuasidelito, siendo coherente con la idea de que el conocimiento de la ilicitud depende la imputación dolosa.

²⁹⁶ Tal como fue explicado, Mañalich sostiene que la malicia es indicativa de la conciencia de la antijuridicidad del hecho, por lo tanto, en algunos delitos se entenderá como una condición de punibilidad que debe ser demostrada por el órgano persecutor, véase (Mañalich, 2011a, pág. 110 y ss.). Al respecto, también (Garrido Montt, 2005, pág. 106 y ss.), quien sugiere dejar de lado la comprensión entre “dolo” y “malicia” como sinónimos bajo un argumento “lexicográfico”, pero también, en atención a que ello no puede predicarse de su variada utilización en nuestra legislación.

²⁹⁷ Fundamental, (Mañalich, 2011a, pág. 102 y ss.), quien se refiere a esta relación como una “conexión funcional” en los términos ya explicados, señalando, en lo que aquí interesa, que el reproche por un no-seguimiento consciente del derecho, esto es, doloso, debe fundarse en la consciencia “actual” de la antijuridicidad. De la misma forma, (Kindhäuser, 1999, pág. 151 y ss.), sosteniendo que para que la función del dolo dentro de la imputación de una conducta como infracción de deber es suficiente que este haya sido física e intelectualmente capaz para evitar la realización del tipo penal, siempre y cuando, se dé por supuesto que tiene un motivo “correcto” para ello.

Además, si lo anterior es consistente, debiera ser descartada sin más la postura de una atenuación de responsabilidad en caso de un error de prohibición vencible como sostienen aquellos simpatizantes de la teoría de la culpabilidad a través de la aplicación de la eximente incompleta. Principalmente, porque en virtud de la regulación actual de nuestro Código Penal, tal como señalan Matus y Ramírez dicha postura no tiene fundamento legal alguno (Matus & Ramírez, 2021, pág. 331). La premisa que plantea Cury como una aplicación analógica desde el art. 10 N°1 no es posible, más bien pareciera ser un intento de fundamentación para sostener el modelo de teoría de la culpabilidad que se consagra legislativamente en España y Alemania, bajo una analogía *in bonam parte*, lo cual no es asumible de la regulación actual²⁹⁸. Por lo tanto, bajo el derecho chileno, solo subsistiría una imputación imprudente en caso de vencibilidad del error de prohibición, toda vez que de esta manera se haría conciliable con las funciones que cumplen los distintos niveles de conocimiento – fáctico y jurídico – dentro de la estructura de la teoría del delito, siendo coherente de esta forma con el reproche jurídico-penal que recae sobre el condenado.

Ahora bien, finalmente, el caso más problemático relativo al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se deja entender a través de esta separación conceptual entre niveles de conocimiento como un genuino error de tipo permisivo, por lo pronto, si asumimos, como indica Soto Piñeiro, que los tipos permisivos son la contracara de los tipos prohibitivos²⁹⁹. Las razones que subyacen a eso, pueden desprenderse de lo que señala Silva, es decir, que las normas de permisión pertenecen al

²⁹⁸ De esta forma, erróneamente Náquira sostiene “(...) en el Art. 10 no se contempla ninguna eximente que diga relación a la conciencia de lo ilícito como integrante del dolo o como elemento independiente de la culpabilidad (...) En consecuencia, con el fin de formular un apoyo legal del error de tipo o de prohibición, es preciso realizar una interpretación doctrinaria y con apoyo legal indirecto hasta que, en un futuro, se contemple de manera expresa esta situación, como la ha hecho el legislador alemán (§17 C.P.) o español (Art. 14 C.P.)” (Náquira, 2015, págs. 787-788). Al respecto, también en la jurisprudencia en el emblemático fallo del Alcalde de Salamanca que realizaba negociaciones incompatibles con su cargo sin advertir la antijuridicidad de esa conducta, en la parte final de la letra a) del considerando 12° se señala “De todas maneras, conviene advertir que esta sistematización evita indeseables lagunas de punibilidad”. Ello debe ser descartado si se asume como premisa fundamental que la dogmática y la jurisprudencia no tienen como labor llenar vacíos de punibilidad. Véase, SCS Rol SCS, 23 de marzo de 1999, casua rol n.º 2133-1998.

²⁹⁹ Véase (Soto Piñeiro, 1999, pág. 252), quien se refiere al error de tipo permisivo como un error *sui generis* y no como error de prohibición.

mismo nivel lógico que las normas de comportamiento en este esquema analítico, por lo cual, es posible identificar que ante un error sobre los presupuestos objetivos de una justificante, si es invencible resulta de ese modo excluido el dolo en el nivel de constitución de injusto subjetivo y, en caso de vencibilidad, por supuesto subsiste la culpa, si así lo prevé la legislación³⁰⁰.

Concretamente, lo anterior quiere decir que para los casos de gran relevancia práctica como son aquellos que recaen en el delito de desacato, ya señalados, si una persona – sujeta a una medida de alejamiento – cree erróneamente que su conducta se encuentra permitida, en atención a una causa de justificación en la forma de un “perdón del ofendido”, nos encontramos ante un genuino error de prohibición indirecto, ya que la situación fáctica es comprendida perfectamente por el sujeto, sobre ella no recae error alguno, sin embargo, él cree que le favorece una causa de justificación que, de hecho, no existe, de modo tal que se ve afecta su consciencia de la ilicitud³⁰¹. En cambio, quien se defiende ante lo que cree (erróneamente) una agresión, lesionando o matando al supuesto agresor, por ejemplo, sin duda yerra sobre un criterio de la imputación que refiere a su capacidad de evitar el comportamiento antijurídico en atención a las circunstancias del hecho, esto es, un genuino error de tipo permisivo.

³⁰⁰ (Silva, 2013, pág. 38 y ss.) reconociendo que el “dolo de justificación” desplaza al dolo típico haciendo decaer el injusto subjetivo.

³⁰¹ De esta forma parece razonar la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de fecha 4 de abril de 2016, causa rol n.º 364-2016, señalando que “no se desprende de los antecedentes que el acusado hubiere incurrido en la contravención de la resolución que le impedía acercarse a su madre con real conciencia de su ilicitud, produciéndose una causal de justificación erróneamente estimada por el acusado, -el perdón de la ofendida-, toda vez que entendió que fue autorizado para actuar como lo hizo por su progenitora” (C. 7º), agregando que “es del todo exculpable tal error indirecto de prohibición, en la misma perspectiva que indica la doctrina y jurisprudencia nacional, cuando se torna invencible o inevitable” (C. 8º). Sin embargo, respecto de estos considerandos habría que decir dos cosas, por un lado, que de la exposición de los otros argumentos pareciera sugerir confusamente que nos encontraríamos ante un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (C. 6º), lo cual debe ser descartado de plano según lo esgrimido y, por otra parte, que lógicamente no es correcto, como señala el fallo, que no haya contravenido la resolución que le ordena alejarse de la víctima, en efecto, lo que él hizo fue infringir la prohibición establecida como medida de alejamiento, pero al padecer un error de prohibición invencible resulta excluido el reproche de culpabilidad por esa conducta objetivamente antinormativa.

Por lo tanto, el tribunal deberá determinar si la creencia errónea del sujeto era razonable o no *in concreto* en atención a sus capacidades individuales de motivación conforme a derecho para advertir la antinormatividad de su conducta (Mañalich, 2012a, pág. 68) (Schürmann, 2018, pág. 725), para luego señalar la invencibilidad o vencibilidad del error³⁰². En esta línea, nuestra jurisprudencia ha ofrecido usualmente como criterios para ello la consideración de las condiciones particulares del imputado (edad, sexo, nivel de escolaridad, nivel de integración social, etc.) y del contexto sociocultural en que se desenvuelve³⁰³. No obstante, pareciera ser que dichos criterios indiciarios no establecen una orientación clara al adjudicador, por lo cual la propuesta esbozada por Hernández parece encontrarse mejor aspectada, dichos criterios relevantes estarían conformados por los siguientes factores:

“medida en que el tenor literal de la norma sugiere la inclusión de la conducta en cuestión, medida en que la conducta en cuestión guarda semejanza con las conductas inequívocamente comprendidas en la norma, existencia de una mínima práctica jurisprudencial de inclusión de ese tipo de conductas en la norma, grado de habitualidad con que se realiza la conducta sin consecuencias penales, grado de

³⁰² Particularmente, es interesante que se plantee a propósito del reconocimiento de un error de prohibición directo, cuya plausibilidad disminuye por la existencia de conductas que serían auto-evidentemente ilícitas para el ciudadano. En ese sentido, puede ser importante para el análisis de un error de prohibición, con la dictación de nuevos tipos penales relativos a ámbitos que antes no se consideraban dentro del derecho penal “clásico”, la revitalización de la distinción entre delitos *mala in se* y *mala prohibita*, ahora, desde una mirada del reconocimiento subjetivo del agente de la exigencia de comportamiento que establece la regla de conducta, al respecto (Mañalich, 2012a, pág. 71), también (Hernández, 2011, pág. 98).

³⁰³ En relación a los delitos relativos a la indemnidad y libertad sexual, el profesor Mañalich sostiene que ante la alegación de un error de prohibición es imprescindible tomar en cuenta la significación del contexto socio-cultural (Mañalich, 2012a, pág. 62 y ss.). Agregando, sobre el error de prohibición de la denominada violación “impropia” (art. 362), que “lo que habría que advertir es que una disposición judicial negativa al reconocimiento de la posible eficacia eximente de un error de prohibición directo en este ámbito podría servir al ocultamiento de un déficit de socialización del destinatario de la norma, déficit que precisamente podría verse reflejado en una eventual representación irreflexiva de la supuesta conformidad a derecho de su actuar sobre la base de la vigencia de estándares de comportamiento culturalmente apartados de los estándares legislativamente validados” (Mañalich, 2012a, pág. 72).

naturalidad con la que en el medio se recibe la conducta (en particular, reacción de instancias oficiales competentes ante la existencia de la conducta)³⁰⁴.

Acá radica una de las principales deficiencias argumentativas de nuestra jurisprudencia que usualmente no distingue las categorías dogmáticas aplicables al caso, esto es: si nos encontramos ante un error de prohibición directo o indirecto y si ese error puede ser calificado como vencible o invencible, lo cual en esta investigación se sostiene como un ejercicio argumentativo obligatorio de las sentencias³⁰⁵.

Que de todo lo anteriormente sostenido se siga, por tanto, que las consecuencias jurídicas que se apliquen para el caso de que el error sea considerado vencible por el tribunal sean coincidentes para las situaciones de error de tipo y de prohibición y, que, además, concuerden con aquellas repercusiones prácticas que proponen los seguidores de la teoría del dolo, nada dice sobre la naturaleza de las diferentes modalidades de error, dado que la teoría del dolo llega a una solución unitaria del error. Acá se está sugiriendo una postura que haga reconocible la distinción entre los criterios de imputación afectados por el desconocimiento del agente en distintos niveles. Esto es precisamente lo que se ha intentado reseñar en la parte final de este trabajo de memoria, defendiendo el instrumental de la teoría analítica.

En definitiva, que, primero, permita reconocer la diferencia estructural entre dolo y consciencia de la ilicitud, para advertir la exclusión del presupuesto de la responsabilidad penal afectado con la forma de error padecido por el imputado, tal como sugiere Roxin, Hruschka y Kindhäuser en el derecho alemán o Mañalich, Schürmann, Silva y,

³⁰⁴ Para una interesante crítica sobre la determinación del carácter vencible o invencible del error de prohibición véase (Hernández, 2011, pág. 98 y ss). De ahí que pueda evitarse lo que Mañalich denomina una “patologización” del imputado a través de los criterios ya asentados en la jurisprudencia, véase (Mañalich, 2012a, pág. 69)

³⁰⁵ En el mismo sentido, (Schürmann, 2018, págs. 723, 725-726), quien acertadamente reconoce que la obligación de un tribunal ante estos casos es explicitar el razonamiento jurídico conforme a los elementos de la teoría del delito y la legislación del Código Penal, según los cuales se vería excluida la motivación del sujeto a raíz de los antecedentes concretos del caso, en sus palabras, “la ausencia de dicho razonamiento en la sentencia constituye un error (de derecho) evitable”.

anteriormente, Politoff, Matus y Ramírez, en el derecho chileno. Pero, que a la vez reconozca que dada la legislación nacional la mejor interpretación posible no puede estar en una de las variantes de la teoría de la culpabilidad, sino que la que sería mejor aspectada es aquella que propone Mañalich en virtud de la cual solo la imputación dolosa posibilita la existencia de la consciencia de la antijuridicidad del hecho, aunque, no por ser integrante del mismo, sino porque solo quien se representa conscientemente las circunstancias fácticas relevantes para un tipo penal es quien puede advertir la antinormatividad misma de su actuar en el momento que le era exigido, contrafácticamente, adecuar su conducta al derecho.

CONCLUSIONES

Una vez concluida la exposición y el análisis efectuado en esta investigación sobre la doctrina penal en el siglo XXI de la Universidad de Chile, es posible esbozar las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el análisis cuantitativo de la primera parte de esta memoria permitió determinar que existe actualmente una escuela de derecho penal en el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile³⁰⁶, toda vez que hay un vasto equipo docente que ha continuado con una larga tradición de juristas dedicados a la investigación científica del derecho penal en sus diversas áreas – parte general, parte especial y procesal penal –, compuesto por académicos que se han perfeccionado con estudios de postgrado en las más prestigiosas universidades de Europa, algunos de los cuales ejercen como académicos de tiempo completo en el Departamento de Ciencias Penales, lo cual ha ido potenciado más aún en los últimos años el desarrollo de la dogmática penal en la Facultad. Precisamente, en los últimos diez años se concentra la mayor cantidad de publicaciones de los docentes que fueron considerados en la totalidad del estudio cuantitativo.

Adicionalmente, a partir de este primer capítulo queda reflejado que la propuesta dogmática que más adhesión ha recibido en el Departamento, sobre todo en los académicos más jóvenes, es la teoría analítica del hecho punible, afines a ella son los profesores: Juan Pablo Mañalich, Miguel Schürmann Opazo, Javier Contesse Singh y Guillermo Silva Olivares. Esto, probablemente se deba a las formaciones académicas de cada uno de los mencionados profesores, ya sea por haber estudiado un postgrado en la Universidad de Bonn en Alemania con el profesor Urs Kindhäuser o haber sido alumnos del profesor Mañalich, en el caso de los dos últimos. Por tanto, todos juntos podrían conformar una sub-

³⁰⁶ Concepto de “escuela de derecho” para efectos del proyecto general sobre la doctrina penal chilena del siglo XXI: “*Grupos de trabajo bajo un mismo alero institucional dedicados a la investigación y publicación de resultados, general, pero no necesariamente, de manera conjunta o alrededor de un mismo tema o con un mismo punto de partida teórico o forma de aproximarse a la materia*”.

escuela denominada “escuela analítica del derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile”³⁰⁷.

Sobre la base de las puntuaciones obtenidas con los criterios de evaluación curricular para el concurso regular 2020 de FONDECYT, se calculó de una manera estandarizada la producción investigativa de los autores hasta diciembre de 2019, obteniendo como primeras cuatro mayorías, a los profesores: Juan Pablo Mañalich con un total 29,35 sobre la base de 96 publicaciones, Lautaro Contreras Chaimovich con un total de 7,4 sobre la base de 15 publicaciones, Álvaro Castro Morales con un total 3,8 sobre la base de 10 publicaciones y Jonatan Valenzuela Saldías³⁰⁸ de un total de 3,45 sobre la base de 15 publicaciones. En atención a estos resultados, se decidió continuar con el análisis crítico y descriptivo de la obra del profesor Juan Pablo Mañalich, dado que es el académico más productivo de esta escuela en los últimos veinte años, tanto en el puntaje uniformizado propuesto, como en la muy superior cantidad de publicaciones sobre el resto de los académicos.

En el segundo capítulo de esta memoria, a través del análisis descriptivo de los trabajos del profesor Juan Pablo Mañalich dedicados a la teoría “analítica” del hecho punible pudo advertirse la gran variedad de temáticas que ha desarrollado a lo largo de su carrera académica, abarcando prácticamente un estudio de todos los elementos que construyen lo que dogmáticamente se denomina “hecho punible”. A partir de este análisis se puede apreciar, primeramente, que las principales influencias de Mañalich se encuentran, por una parte, en la doctrina penal alemana en las obras de Karl Binding, Ernst von Beling, Urs Kindhäuser y Joachim Hrchuscka y, por otra parte, en los planteamientos filosóficos de

³⁰⁷ El profesor Germán Ovalle también reconoció adherir a algunos planteamientos de Kindhäuser, al igual que la profesora María Inés Horvitz, que no integra esta memoria, pero es parte del proyecto colectivo, quien reconoce esta forma de comprensión del delito. Esta sub-escuela podría verse incrementada en los próximos años dada la labor de formación que ejercen estos académicos. Por de pronto, si tomamos en consideración que en la escuela de derecho penal de la Universidad de Chile ya ha ocurrido esta labor formadora, así destaca que Miguel Soto Piñeiro y Antonio Bascuñán Rodríguez fueron los profesores de pregrado de la mayoría de los académicos actuales del Departamento.

³⁰⁸ Quien fue incorporado en el estudio cuantitativo, al igual que el profesor Julián López Masle, dada la pretensión del proyecto colectivo de una visión integral de la dogmática considerando el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal.

los trabajos de Georg Henrik von Wright, Ludwig Wittgenstein, Joseph Raz, Antony Duff, entre otros³⁰⁹.

Y, por otro lado, que, a mi juicio, sus principales aportes a la doctrina penal chilena en esta materia, descansan en los siguientes temas: (i) Ofrecer una interpretación sistemática de los distintos componentes de la teoría del hecho punible a través del instrumental de la filosofía analítica basada en una teoría de las normas, lo cual ha permitido poner en el debate nacional esta herramienta teórica para el entendimiento del delito, cuyo eje central está demarcado por la reconstrucción de un derecho penal de la culpabilidad a través de la diferenciación entre normas de comportamiento y normas de sanción, por un lado, y de normas de comportamiento y reglas de imputación, por otro; (ii) Desde una mirada teórica revitalizar la discusión sobre la fundamentación de la práctica punitiva del Estado a través del entendimiento de la pena como coacción retributiva que permite restablecer la autoridad estatal; (iii) Desarrollar una teoría del dolo distinta de las teorías volitivas tradicionales, proponiendo, bajo una teoría cognoscitiva o “representacional”, la comprensión del dolo como la adscripción de una “creencia predictiva”; y (iv) Un estudio pormenorizado de la dogmática de la tentativa de delito a través del análisis de sus distintos aspectos teóricos y prácticos, lo cual tiene una estrecha vinculación con el último proyecto de investigación FONDECYT que le fue adjudicado.

Finalmente, el tercer capítulo de la investigación permitió dar cuenta de un debate que está lejos de ser definitivo en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la teoría del error de prohibición. La elección de este tema resultó interesante por la posibilidad de abarcar críticamente varios aspectos de la dogmática analítica asumida por Mañalich, pero esencialmente por la postura parcialmente divergente que sostiene el profesor en comparación a la doctrina chilena que defiende alguna de las variantes de las teorías del dolo y de la culpabilidad.

³⁰⁹ Este listado de académicos, por cierto, no pretende ser exhaustivo, dado que pueden haber más autores que hayan enriquecido sus propuestas doctrinales, como lo demuestran las amplias bibliografías que ha ocupado en sus trabajos.

Concretamente, cuando nos encontramos ante situaciones que abarcan la comprensión errónea del sujeto de la antijuridicidad misma de su conducta, sea por creer que no existe prohibición alguna o que existe una causa de justificación que lo habilita, la dogmática ha considerado que en este tipo de casos existe un error de prohibición.

Una vez expuestas todas las teorías presentes en el debate nacional, se decidió tomar postura a favor de la teoría analítica del profesor Mañalich, dado que en opinión de este memorista resulta idónea para diferenciar claramente las funciones estructurales que cumplen los criterios de imputación en la determinación de la responsabilidad personal del agente, pero, a la vez, porque asume una premisa que es imposible desconocer de manera pragmática, esta es, que solo en la medida que el sujeto haya podido representarse las circunstancias fácticas relevantes para el tipo penal podrá advertirse la antinormatividad misma de ese tipo penal. Por ello, quien erróneamente cree dispararle a un espantapájaros en caso alguno puede advertir que su conducta es antinormativa. En ese sentido, fue fundamental el análisis esbozado por el profesor Schürmann y el profesor Silva, quienes son parte de esta sub-escuela del modelo analítico del hecho punible.

Lo anterior implica que, el caso del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación ya no será entendido como error de prohibición indirecto sino que como un genuino error de tipo permisivo, dado el carácter de normas de comportamiento de las normas de permisión.

Por otra parte, se pudo dar cuenta de que la jurisprudencia chilena ha sido heterogénea, en ocasiones asumiendo premisas teóricas que no se condicen con sus resoluciones finales, siendo preocupantes las argumentaciones vertidas. Desde sus inicios, en concordancia con el entonces Ministro Cury, nuestro Máximo Tribunal tomó postura por la teoría de la culpabilidad, sin embargo, en los últimos años las Cortes de Apelaciones han sido disímiles, reviviendo nuevamente la teoría del dolo en sus razonamientos, particularmente en los casos de delitos de desacato, donde probablemente la teoría del error tenga la mayor relevancia práctica en nuestro sistema penal.

Por su parte, además de la reciente sentencia de la CA de Iquique que acogió la doctrina del profesor Mañalich, en cuanto a considerar al error con relevancia jurídico-penal como una afectación de distintos niveles de imputación, no se encuentran pronunciamientos en esta línea, quizás ese podría ser el principal déficit que ha tenido la teoría analítica del hecho punible en nuestro país y un desafío de cara al futuro.

Ahora bien, dado el déficit argumentativo que se constató en las sentencias de nuestros tribunales, se sugirió reformular los criterios que usualmente han ocupado los tribunales para la determinación de la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición, para así evitar lo que Mañalich denomina una “patologización” del imputado. Para ello, se adoptó la interesante propuesta de Hernández quien esboza una serie de criterios indiciarios para la determinación este carácter del error de prohibición *in concreto*, lo cual, por cierto, debiera ser objeto de análisis obligatorio en todas las sentencias, a pesar de que las consecuencias jurídicas que se sigan pueda llevar en ambos casos a la exclusión de toda responsabilidad penal, por no existir una imputación a título de imprudencia.

Por último, puede ser interesante solo dejar planteado para el futuro la posible modificación legislativa en esta línea, que permita avanzar a modelos de culpabilidad como el español o el alemán u otro que reconozca explícitamente la vinculación entre el dolo y la consciencia de la ilicitud, no obstante, ello no es tarea de esta investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bullemore, V., & Mackinnon, J. (2005). El error de prohibición y la reforma del ordenamiento penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI(1), 95-112.
- Bustos, J., & Soto, E. (1964). Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido. *Revista de Ciencias Penales*(XXIII), 243-264.
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal Parte General* (Séptima ed.). Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica.
- De la Fuente, F. (2019). *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Etcheberry, A. (1998). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido Montt, M. (2005). *Derecho Penal Parte General* (Cuarta ed., Vol. Tomo II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández, H. (2011). Art. 1°. En H. Hernández, & J. Couso, *Código Penal Comentado, Libro primero (art.s 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia* (págs. 7-105). Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing.
- Hruschka, J. (1994). Reglas de comportamiento y reglas de imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47(3), 343-356.

- Hruschka, J. (2009). ¿Realmente es "limitada" la teoría "limitada" de la culpabilidad? Adiós aun debate. En J. Hruschka, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (págs. 155-179). Buenos Aires/Montevideo: Editorial B de F.
- Hruschka, J. (2009). Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En J. Hruschka, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (págs. 11-29). Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F.
- Jakobs, G. (2009). Dolus malus. *Revista InDret*(4), 23.
- Kindhäuser, U. (1999). Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. En W. e. Fisch, *El error en el derecho penal* (págs. 141-163). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Kindhäuser, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. *Revista InDret*(4), 35.
- Kindhäuser, U. (2019). El error sobre las circunstancias del hecho frente al error de prohibición. *Revista de Estudios de la Justicia*(31), 127-145.
- Mañalich, J. P. (2003). Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*(3), 147-163.
- Mañalich, J. P. (2004). La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista Estudios de la Justicia*(4), 137-175.
- Mañalich, J. P. (2005a). Condiciones generales de punibilidad. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*(2), 387-481.
- Mañalich, J. P. (2005b). Pena y ciudadanía. *Revista de Estudios de la Justicia*(6), 63-83.
- Mañalich, J. P. (2007). La pena como retribución. *Estudios Públicos*(108), 117-205.

- Mañalich, J. P. (2008). Miedo insuperable y obediencia jerárquica. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 21(1), 61-73.
- Mañalich, J. P. (2010a). ¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal? En DPP, *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009* (págs. 41-67).
- Mañalich, J. P. (2010b). La estructura de la autoría mediata. *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34(1), 385-414.
- Mañalich, J. P. (2010c). Norma e imputación como categorías del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia*(12), 165-185.
- Mañalich, J. P. (2010d). Retribución como coacción punitiva. *Revista Derecho y Humanidades*, 1(16), 49-67.
- Mañalich, J. P. (2010e). *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*. Santiago: Flandes Indiano.
- Mañalich, J. P. (2011a). El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 24(1), 87-115.
- Mañalich, J. P. (2011b). El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno. *Revista Estudios de la Justicia*(15), 139-169.
- Mañalich, J. P. (2011c). Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 279-310.
- Mañalich, J. P. (2012a). Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual. En D. P. Pública (Ed.), *Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2011* (págs. 23-77). Santiago.

- Mañalich, J. P. (2012b). Reglas primarias de obligación Las “reglas del derecho penal” en el concepto de de recho de H.L.A. Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*(11), 571-585.
- Mañalich, J. P. (2012c). Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*(16), 15-30.
- Mañalich, J. P. (2013a). Condiciones generales de punibilidad. *Revista de Derecho de la Adolfo Ibáñez*(3), 253-287.
- Mañalich, J. P. (2013b). El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal Chileno. En A. Van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (págs. 715-742). Legal Publishing.
- Mañalich, J. P. (2013c). La exculpación como categoría del razonamiento práctico. *Revista InDret*(1), 1-29.
- Mañalich, J. P. (2014a). *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*. Madrid: Marcial Pons.
- Mañalich, J. P. (2014b). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 473-522.
- Mañalich, J. P. (2014c). Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 21(2), 225-276.
- Mañalich, J. P. (2015a). El comportamiento superogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 28(2), 227-250.

- Mañalich, J. P. (2015b). La imprudencia como estructura de imputación. *Revista de Ciencias Penales*, 42, 13-35.
- Mañalich, J. P. (2015c). La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena. *Revista Política Criminal*, 10(20), 498-527.
- Mañalich, J. P. (2016a). ¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado? *Revista de Estudios de la Justicia*(25), 247-258.
- Mañalich, J. P. (2016b). El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles. En C. Cárdenas Aravena, & J. Ferdman Niedmann, *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (págs. 501-547). Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Mañalich, J. P. (2017a). ¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17. *Revista de Estudios de la Justicia*(27), 171-182.
- Mañalich, J. P. (2017b). Intervención "organizada" en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador. En J. Couso, & G. (. Werle, *Intervención delictiva en contextos organizados* (págs. 23-50). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Mañalich, J. P. (2017c). La tentativa del delito como hecho punible. Una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho*, 44(2), 461-493.
- Mañalich, J. P. (2018a). Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal. En J. P. Mañalich, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (págs. 5-24). Santiago: Thomson Reuters.

- Mañalich, J. P. (2018b). Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. En J. P. Mañalich, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena* (págs. 25-63). Santiago: Thomson Reuters.
- Mañalich, J. P. (2019a). Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción. *Revista Chilena de Derecho*, 46(3), 821-844.
- Mañalich, J. P. (2019b). Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción. *Isonomía*(51), 29-64.
- Mañalich, J. P. (2019c). Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. *Revista Política Criminal*, 14(27), 296-375.
- Mañalich, J. P. (2019d). Violenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal. En A.A.V.V, *Tendencias actuales del derecho penal* (págs. 35-49). Lima: Idemsa.
- Matus, J. P. (2006). Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX. *Revista Ius et Praxis*, 12(1), 31-67.
- Matus, J. P. (2011). Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955≈1970). *Revista Política Criminal*, 6(11), 44-105.
- Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte general* (4ta ed., en prensa ed.). Valencia.
- Mayer, L. (2014). Almacenamiento de pornografía infantil en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. *Revista Política Criminal*, 9(17), 27-57.

- Náquira, J. (2015). *Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I*. Santiago: Thomson Reuters.
- Novoa Monreal, E. (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno* (Tercera ed., Vol. Tomo I). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Politoff, S., Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2004). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Segunda ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ramírez, M. C. (2011). Delito de desacato asociado a causas de violencia intrafamiliar y error de prohibición. Perspectiva de los tribunales con competencia en lo penal. *Revista Jurídica del Ministerio Público*(47), 267-292.
- Reyes, Í. (2016). Una aproximación a la imputación a título de imprudencia en el Código Penal Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVII(2), 245-278.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (Segunda ed.). (D. Luzón, M. Díaz, & J. de Vicente, Trads.) Madrid: Civitas.
- Schürmann, M. (2018). La vinculación entre los presupuestos de imputabilidad y el conocimiento de la prohibición. *Revista de Ciencias Penales*, XLV(Séxta Época), 719-738.
- Searle, J. (1997). La creación de hechos institucionales. En J. Searle, *La construcción de la realidad social*. Paidós.
- Silva Sánchez, J. (1998). Observaciones sobre el conocimiento - eventual - de la antijuridicidad. En J. Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito* (págs. 259-281). Buenos Aires: Ad-Hoc.

Silva, G. (2013). Imputación y causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*(18), 25-58.

Soto Piñeiro, M. (1999). Una jurisprudencia histórica: Hacia el reconocimiento del "principio de culpabilidad" en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, III*(3), 233-253.

Van Weezel, A. (2008). *Error y mero desconocimiento en derecho penal*. Santiago: Legal Publishing.

Von Wright, G. H. (2008). Inferencia Práctica. *Práxis Filosófica*(26), 303-321.