

## *I. Derecho Penal (Parte General)*

### 1. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Lesiones menos graves y disparo injustificado. I. Sentencia de nulidad. TOP ha incurrido en un error de derecho al desestimar eximente incompleta de legítima defensa. II. Sentencia de reemplazo. Determinación de la pena. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art 1º de la Ley N° 18.216. Procede aplicar pena sustitutiva de remisión condicional.

#### HECHOS

*Defensa del sentenciado deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó como autor del delito de lesiones menos graves y del delito de disparo injustificado, en grado de consumado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge parcialmente el recurso de nulidad deducido.*

#### ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (Proceso Penal).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Antofagasta.*

ROL: *746-2021, de 16 de diciembre de 2021.*

MINISTROS: *Sra. Virginia Elena Soublette M., Sra. Myriam Urbina Perán y Abogado Integrante Sr. Marcelo Rodrigo Díaz S.*

#### DOCTRINA

- I. En la especie, es posible advertir que en la reacción de defensa del imputado no se da una necesidad racional del medio empleado, en atención a la realidad fáctica determinada en el fallo del tribunal a quo, toda vez que según se desprende de la forma en que ocurrieron los hechos, la reacción del encausado de defenderse de los insultos y amenazas que estaba sufriendo por parte de la víctima con un arma afuera de su casa, no fue racional. En cuanto a la letra c), esto es, la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es decir el acusado, quien se encontraba con un amigo, fuera de su casa y, al ver que la víctima llegó al lugar totalmente ofuscado, ingresó a ésta conjuntamente con su amigo, instantes en que la*

*víctima empezó a golpear la puerta, proferir improperios y amenazas, no logrando acreditarse en el juicio la existencia de alguna provocación de su parte. De lo razonado precedentemente, se colige que se configura la circunstancia tercera del artículo 10 N° 4 del Código Penal, y por ende, la eximente incompleta de legítima defensa, la que fuera rechazada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, estimándose que tal conclusión constituye un error de derecho que influyó en lo dispositivo del fallo, en cuanto de haberse efectuado un correcto análisis jurídico de los hechos asentados en forma inamovible por los jueces del fondo, lleva necesariamente a concluir que en la especie se dan las circunstancias que exige la ley para establecer la concurrencia de la eximente incompleta de responsabilidad de la legítima defensa, lo que trae aparejada la aplicación de una pena inferior conforme a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal (considerandos 11° a 13° de la sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones).*

- II. *Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, no procede la facultad establecida en el inciso 1° ni la del artículo 33 de dicha ley, tratándose de autores de los delitos consumados previstos en los artículos, entre otros, 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la Ley N° 17.798. Sin embargo, el Tribunal Constitucional por sentencia de 16 de noviembre de 2021 dictada en causa rol N° 11642-21 INA, pronunciándose sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido, declaró por mayoría, la inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216 en estos autos RIT N° 66-2021, RUC 2000209709-6 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, de manera que lo establecido en la disposición mencionada no afecta –en este caso– al sentenciado. El artículo 4° de la Ley N° 18.216 señala como requisitos de procedencia de la pena sustitutiva de Remisión condicional de la Pena. En el caso sub lite, es un hecho pacífico y así se ha establecido en el considerando Decimonono del fallo de primer grado, que el sentenciado tiene irreprochable conducta anterior y que además se acompañaron antecedentes suficientes que dan cuenta que éste cumple con los demás requisitos de procedencia de la pena sustitutiva requerida. En atención a lo que se viene diciendo, se concederá al sentenciado la pena sustitutiva de remisión condicional, por igual lapso al de la pena impuesta, deducido el tiempo de abono, debiendo en ese período cumplir con todas y cada una de las condiciones del artículo 5° de la Ley N° 18.216 (considerandos 4° a 7° de la sentencia de reemplazo de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/88880/2021*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 373 letra b) del Código Procesal Penal; 10, 11 del Código Penal; 8°, 9°, 10, 13, 14, 14 D) inciso 4° del Decreto N° 400, del Ministerio de Defensa Nacional Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 17.798, Sobre Control de Armas; 1° de la Ley N° 18.216.*

## CONFIGURACIÓN Y APRECIACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

ROBERTO NAVARRO DOLMESTCH  
*Universidad Autónoma de Chile*

Los hechos relevantes que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (“TJOP”) dio por acreditados, y que justificaron su decisión de condena, pueden sintetizarse de la siguiente forma: el día de los hechos, la víctima de las lesiones llegó hasta el domicilio del acusado y, desde su exterior, lo increpó con “insultos y amenazas”. El acusado, que se encontraba al interior de su domicilio, desde una ventana, percutió dos disparos con una subametralladora de confección artesanal: “uno al exterior y el otro a la pierna derecha del ofendido”, a quien causó una fractura del cuello del peroné derecho causado por arma de fuego.

Sobre la base de tales hechos, el TJOP condenó al acusado como autor de un delito consumado de lesiones menos graves (artículo 399 del Código Penal [“CP”]) y como autor de un delito consumado de disparo injustificado del artículo 14D inciso 4° de la Ley N° 17.798 que establece el control de armas (“Ley de Armas”). El TJOP rechazó la solicitud de la defensa de considerar la actuación del acusado justificada por legítima defensa, fundado en que no se logró acreditar la existencia de una agresión ilegítima: en el caso no pudo demostrarse que el ofendido haya utilizado un arma cuando increpó al acusado. Al no haber agresión ilegítima, el TJOP también desestimó la concurrencia de una legítima defensa incompleta, rechazando aplicar una rebaja penológica.

La Corte de Apelaciones (“CA”), acogió un recurso de nulidad promovido por la defensa del condenado, por considerar que en el caso *sub lite* se había configurado la causal de errónea (in)aplicación del derecho, en los términos previstos por el artículo 373 literal b) del Código Procesal Penal (“CPP”). El error de derecho consistió en que, de acuerdo con los hechos acreditados, la actuación del condenado sí lo había sido en defensa de una agresión ilegítima, pero que la defensa no había sido, sin embargo, proporcional. En consecuencia, la Corte consideró que, en la especie, se configuró la atenuante prevista en el artículo 11

Nº 1 CP, conocida como eximente incompleta<sup>1</sup>, con un efecto penológico especial regulado en el artículo 73 CP, distinto que el que tienen las demás atenuantes.

La CA dictó, a renglón seguido, la respectiva sentencia de reemplazo. En esta, se reconoció la concurrencia de la circunstancia atenuante denominada eximente incompleta cuyo efecto penológico se aplicó a la pena por el delito de disparo injustificado. Por el delito de lesiones menos graves, al condenado le había sido impuesta pena de multa por el TJOP. Por el primero de los delitos mencionados, la Corte le impuso al condenado la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, sustituida en el mismo acto jurisdiccional por la de remisión condicional por el mismo período.

La discrepancia fundamental entre ambos tribunales se situó en la existencia o no de una agresión ilegítima. El TJOP consideró que, en la especie, no había existido tal agresión ilegítima. Al faltar este elemento sustancial, el TJOP descartó de plano la posible configuración de la eximente incompleta<sup>2</sup>. Este punto, como varios otros particularmente en la legítima defensa, es pacífico en la doctrina<sup>3</sup>. Por su parte, la Corte sí consideró existente una agresión ilegítima en el comportamiento desplegado por el afectado, aunque la acción defensiva del condenado excedió la entidad permitida en la ley: no se verificó, en la especie, la necesidad racional del medio empleado para defenderse, esto es, el segundo de los requisitos exigidos en la ley para la legítima defensa.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, esto es, si hubo o no agresión ilegítima, la discrepancia parece explicarse por una cuestión de prueba. El acusado declaró que reaccionó frente a una amenaza con arma de fuego que habría ejecutado el afectado. Sin embargo, de acuerdo con la prueba rendida,

---

<sup>1</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, tomo II, reimp. de la 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 15 y ss.; LABATUT, Gustavo y ZENTENO, Julio, *Derecho Penal*, tomo I, reimp. 9ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1995), pp. 210-212; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (2021), pp. 614 y ss.; NAQUIRA, Roberto, “Art. 11 N° 1 del Código Penal: ‘eximentes incompletas’”, en GONZÁLEZ, Manuel (coord.), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago (2021), pp. 41-60; NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1966), pp. 18-20.

<sup>2</sup> En coherencia con la solución prácticamente unánime en nuestra dogmática. Al respecto, a modo ejemplar, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, tomo II, p. 16; MATUS, Jean Pierre, “Artículo 11”, en POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno, tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2002), p. 170.

<sup>3</sup> WILENMANN, Javier, “La legítima defensa sin contención material. Sobre la defensa frente a agresiones incorporales y omisivas”, en *Ius et Praxis*, año 23, N° 1 (2017), pp. 419-464 (419-420). En sentido similar, WILENMANN, Javier, “Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa”, en *Política Criminal*, vol. 10, N° 20 (2015), pp. 622-677 (623).

no se pudo acreditar que el afectado efectivamente haya portado un arma y que, por consiguiente, que con ella haya amenazado la vida o la integridad física del condenado. La sentencia de nulidad dictada transcribe, en este punto, las consideraciones de hecho efectuadas por el TJOP (considerando séptimo de la sentencia de nulidad). De acuerdo con la versión del condenado, el afectado llegó a su casa portando una pistola que se sacó de la cintura y que con ella “lo amenazó que lo iba a matar y rentar la casa y lo insultaba para que saliera de la casa, no disparó solo lo amenazó”. Según el sentido de la sentencia de nulidad, aunque no se acreditó el porte de un arma por parte del ofendido, el resto de la prueba permitió dar por establecido que “previo a resultar herido por la acción del acusado, [el ofendido] lo insultó y amenazó, concurriendo los presupuestos del tipo penal del artículo 296 N° 3 del Código Penal por parte de la víctima contra el acusado”. Sobre esta base, la Corte estima que en el caso enjuiciado sí se configuró una agresión ilegítima por parte del afectado, de modo que la conducta ejecutada por el acusado constituyó una defensa.

Como se lee en la sentencia comentada, la CA consideró que en el caso, la defensa del condenado adoleció de exceso intensivo. En este punto, me permito hacer un inciso previo sobre una cuestión que, aunque no puede ser resuelta en esta oportunidad, sí admite, al menos, dejarla planteada. El segundo requisito normativo para configurar la legítima defensa es la necesidad racional “de la manera de defenderse”, como –acertadamente, a mi juicio– propone Etcheberry interpretar el texto legal<sup>4</sup>. La cuestión a plantear consiste en una hipótesis sobre el sentido de tal requisito y, por consiguiente, de su contenido. En tanto causal de justificación, la legítima defensa es una autorización para que, en defensa de determinados intereses, una persona agredida ejecute una conducta típica. La conducta típica, por su parte, es, *prima facie*, una restricción de libertad<sup>5</sup>. Por consiguiente, la autorización que representa la legítima defensa es, en definitiva, una restricción contenida en la ley para la restricción de derechos fundamentales. Para que, tanto la norma legal que contiene esta autorización de injerencia, como la conducta de quien en un caso concreto se defiende, sean constitucionalmente admisibles, tanto la ley como la conducta particular deben cumplir con el estándar constitucional sobre restricción de derechos. En la Constitución chilena de 1980, este estándar se encuentra positivizado en su artículo 19 N° 26. Según su texto,

---

<sup>4</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, reimp. de la 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), p. 254.

<sup>5</sup> Esta premisa tiene pleno sentido si se adhiere a la concepción denominada “teoría externa” sobre la relación entre un derecho fundamental y su restricción. Al respecto, ver BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, BERNAL PULIDO, Carlos (trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2007), p. 67.

una injerencia sobre un derecho fundamental es admisible si dicha restricción respeta el contenido esencial del derecho. Esta prescripción normativa coincide, en lo sustancial, con la prevista en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana. El elemento normativo del “contenido esencial” ha sido interpretado a través del concepto de proporcionalidad, que tiene sus raíces inmediatas en el siglo XIX, en la jurisprudencia de los tribunales administrativos prusianos sobre las facultades policiales de control del orden público<sup>6</sup> y que adopta su forma definitiva a partir de la segunda mitad del siglo XX, momento en el que la proporcionalidad se ha convertido en un elemento del constitucionalismo global<sup>7</sup>, difundido por los cinco continentes<sup>8</sup> a la luz de la ideología de los derechos humanos. Aplicando a la legítima defensa la formulación propuesta por Barak sobre la proporcionalidad en sentido amplio<sup>9</sup>, la conducta defensiva es constitucionalmente admisible y, por consiguiente, satisface los requisitos legales, si ella se despliega para la defensa de un interés constitucionalmente protegido en forma expresa o tácita (o, al menos, no prohibido constitucionalmente); el medio de defensa escogido es útil para desplegar esa defensa; ese medio es necesario en el sentido de que no hay otro medio diferente disponible para efectuar la defensa; y el beneficio obtenido por la defensa del interés agredido ilegítimamente es superior al costo que implicó la restricción del derecho del agresor.

Esta forma de interpretar la legítima defensa permite, al menos, superar los problemas que se han suscitado como, por ejemplo, el del criterio de la subsidiariedad y el sentido de la necesidad y de la racionalidad.

Volviendo a la sentencia comentada, la Corte estimó que no se había configurado una legítima defensa completa en el caso enjuiciado porque “la reacción de defensa del imputado no se da una necesidad racional del medio empleado

---

<sup>6</sup> COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, “American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, N° 2 (2010), pp. 263-286; COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo, *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge: Cambridge University Press (2013), pp. 24-ss.; SCHLINK, Bernhard, “Proportionality in Constitutional Law: Why everywhere but here?”, en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, April (2012), pp. 291-302.

<sup>7</sup> SWEET, Alec Stone y MATHEWS, Jud, “Proportionality balancing and global constitutionalism” en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, N° 1 (2008), p. 160. SARKIN, Jeremy (1998), “The effect of constitutional borrowings on the drafting of South Africa’s Bill of Rights and interpretation of human rights provisions”, en *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 1, N° 2 (1998), pp. 187-188.

<sup>8</sup> BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. VILLA ROSAS, G. trad. Lima: Palestra (2017), pp. 209-ss.; BEATTY, David M., *The ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press (2004), p. 227.

<sup>9</sup> BARAK, Proporcionalidad, ob. cit., *passim*.

[ya que] la reacción del encausado de defenderse de los insultos y amenazas que estaba sufriendo por parte de la víctima con un arma afuera de su casa, no fue racional” (considerando undécimo de la sentencia de nulidad). Como se ve, la conclusión a que arriba la Corte no es, precisamente, un buen ejemplo de argumentación jurídica. Es necesario reconocer que dicha conclusión sí tiene apoyo, cuando la propia Corte declaró que entre la agresión y la defensa del condenado “se observa disparidad sustancial”. La Corte argumentó que “la utilización de un arma, en orden a neutralizar la acción del atacante, debe ser estrictamente necesaria e imprescindible, de tal modo que de existir un medio menos perjudicial, atendida la entidad del ataque, deberá emplearse aquél para no provocar un daño absolutamente irreversible” (esta cita y la anterior, considerando décimo de la sentencia de nulidad).

Hasta ahí, el argumento aparece como razonable y suficiente en términos de una resolución al conflicto sometido a su conocimiento. Sin embargo, debe destacarse que la Corte incurre en una contradicción en su propia sentencia. En efecto, cuando introduce el problema de la necesidad racional de la manera de defenderse, la Corte planteó como base argumentativa que “la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, no puede ser apreciada en forma abstracta, sino en el caso concreto”; y precisa: “el peligro que justifica la defensa está constituido por la situación que enfrenta el acusado, empleando un criterio común que pueden tener las personas que enfrentan una situación similar, debiendo analizarse desde esa perspectiva la necesidad de defensa ante la agresión y su consecuente reacción” (esta cita y la anterior, del considerando noveno de la sentencia de nulidad). La ley ha establecido un estándar para la reacción defensiva: esta debe ser necesariamente racional, previéndose una relación comparativa entre la agresión y la defensa. A juicio de la Corte, la evaluación de si la reacción defensiva en el caso concreto se ajusta o no a ese estándar legal debe efectuarse desde la perspectiva de la situación fáctica que enfrenta quien se defiende, apreciada a través de los ojos de un hombre medio. Según la propia sentencia, el condenado de autos se representó que el agresor (y víctima de los hechos) lo amenazó con un arma de fuego y, sobre esa evaluación, el condenado actuó disparándole a quien lo amenazaba. En términos de su potencial lesivo, una amenaza verbal es esencialmente diferente de una en la que los insultos y amenazas de muerte se hacen blandiendo un arma de fuego. De modo que el peligro que la agresión representa en ambos casos es cuantitativamente diferente. Ello debería expresarse también en la entidad de la acción defensiva admitida. Si la Corte hubiera respetado su propio presupuesto (la racionalidad de la defensa debe medirse de acuerdo con los hechos tal como los apreció el que se defiende, pero aplicado el filtro del hombre medio), debió haber considerado que la defensa ejecutada por el acusado en el caso concreto fue proporcional. Que en este caso

no se haya podido acreditar que el agresor efectivamente amenazó con un arma de fuego debería ser irrelevante para resolución del caso, ya que es esperable que, según un “criterio común”, una persona amenazada con un arma de fuego se defiende con similar objeto potencialmente dañoso.

Aunque la Corte no se extiende sobre el punto, es posible concluir que ella adhiere a una perspectiva subjetiva, en la que lo relevante para determinar la concurrencia de los requisitos legales de la legítima defensa es la apreciación del sujeto que actúa defendiéndose, ya sea que lo que se requiere es esa representación o que en el sujeto concurra un ánimo específico de defensa o salvaguarda de intereses<sup>10</sup>. Al referirse la Corte a criterios como el caso concreto y la evaluación del sujeto que se defiende –aunque atemperada por el estándar del hombre medio–, lo que hace es requerir para la configuración de la legítima defensa datos sobre la relación entre el estado fáctico dentro del que se desenvuelve la acción y la representación mental de quien actúa. Esta perspectiva analítica debe considerar que esa relación entre los hechos y la representación admite, al menos, dos formas concretas: que la relación sea simétrica o asimétrica, según que la representación del sujeto se corresponda o no con la realidad, respectivamente. Si tal relación se demuestra simétrica (la representación del sujeto que se defiende se corresponde al tipo y entidad de la agresión), no se presenta problema alguno, ni en una perspectiva subjetiva como la defendida por la sentencia comentada, ni en otra objetiva, en la que lo determinante es el tipo y entidad objetivos de la agresión. En cambio, si en un enfoque subjetivo tal relación se presenta asimétricamente, se producen algunos problemas para resolver. En este supuesto, el sujeto que actúa lo hace creyendo que su defensa es proporcional, pero apreció incorrectamente la entidad de la agresión. En un enfoque subjetivo debería considerarse cumplido el requisito de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, porque lo relevante en este enfoque es la motivación del sujeto que actuó defendiéndose. Lo que importa, tal como lo ha declarado la Corte –pero luego no ha resuelto coincidentemente– es que la persona que se defiende valoró el contexto fáctico al que se vio expuesta de la misma forma en que lo haría cualquiera otra persona común; por consiguiente, no sería ‘justo’ negarle la autorización dispensada por la legítima defensa por haber evaluado mal la racionalidad de su defensa, si nadie, puesto en su misma situación, se habría percatado del exceso intensivo de ella.

---

<sup>10</sup> El enfoque subjetivo fue inaugurado en la dogmática chilena por Cury (CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago: Ediciones Nueva Universidad Católica de Chile (1973), pp. 155-156) y se ha mantenido hasta la edición más reciente de su importante obra CURY, Enrique, *Derecho Penal, tomo I*, 11ª ed. Santiago: Ediciones UC [2020], pp. 517-524.

Sin embargo, la Corte decidió que, en el caso, la defensa no había sido racional. La sentencia no proporciona mayores argumentos que justifiquen esta decisión. No indica, por ejemplo, si un hombre medio puesto en la situación del condenado se habría percatado que la defensa no era racional. Queda, en este punto y como se dijo, una cuestión inconexa entre los presupuestos normativos sentados por la propia sentencia y su decisión específica sobre la materia.

A mi juicio, son varios los argumentos que justifican optar por un enfoque objetivo. El primero, porque ninguno de los elementos literales, al menos en los numerales 4° y 5° del artículo 10 CP, indican que el legislador haya adoptado en su configuración un enfoque subjetivo<sup>11</sup>. El segundo, desde una perspectiva axiológica, porque adoptar un enfoque subjetivo sería contradictorio con un sistema jurídico que se basa solo en la observancia del derecho<sup>12</sup>. El tercero, desde una perspectiva dogmática que puede producir efectos político-criminales indeseables, consiste en que un enfoque subjetivo produce, como lo ha desarrollado Wilenmann, una “distribución injusta del riesgo de error”<sup>13</sup>.

Un enfoque objetivo prescinde de la relación entre el hecho y la representación mental del que se defiende. Esta perspectiva considera que el parámetro legal se satisface o no solamente comparando la agresión y la defensa. Si el que se defiende erró en la evaluación del riesgo y en la entidad de la defensa, se impide la configuración de la respectiva eximente; pero el que actuó en esas condiciones, lo hizo bajo un error en los presupuestos objetivos de la causal de justificación. A renglón seguido, debería verificarse si el error en que incurrió el sujeto que actúa fue invencible o no. El tratamiento penológico para el caso de error vencible sobre un elemento no esencial de la eximente se encuentra en los artículos 11 N° 1 (atenuante básica) y en el artículo 73 (atenuante privilegiada), ambos del CP, según si concurren un menor número de los requisitos legales o el mayor número de ellos, respectivamente. En otras palabras, que la eximente

---

<sup>11</sup> En contra, Cury, para quien “[l]a ley positiva exige expresamente, para la concurrencia de una causal de justificación, el elemento subjetivo” (CURY, *Orientación para el estudio*, ob. cit., p. 155; CURY, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 518). El argumento de texto es la utilización por el legislador de la expresión “en defensa” (“[...] El que obra *en defensa* de [...]”, artículo 10 N°s. 4, 5 y 6 CP) o “en cumplimiento” (“[...] El que obra en cumplimiento [...]”, artículo 10 N° 10 CP). En el caso de la legítima defensa de terceros, cuando la ley exige que “el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo” no se está refiriendo según el autor a la exigencia de una finalidad, sino de una motivación, cuestión diferente. Por eso, la exigencia de un elemento subjetivo en la legítima defensa de terceros en que se requiere que el que actúa lo haga *en defensa* de la persona y derechos de un extraño y no en que su actuación no sea impulsada por alguno de los motivos abyectos que menciona la ley.

<sup>12</sup> MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 323.

<sup>13</sup> WILENMANN, La legítima defensa..., ob. cit., p. 424.

incompleta (básica o la privilegiada) y su efecto en la pena, no son otra cosa que normas sobre el tratamiento penológico del error vencible sobre los presupuestos objetivos no sustanciales de las eximentes. Pero este no está previsto para el error sobre alguno de los presupuestos sustanciales de tales eximentes, como es la agresión ilegítima en la legítima defensa. A este error sobre los presupuestos sustanciales objetivos, debería otorgársele el tratamiento propuesto por la doctrina mayoritaria, como casos de error de prohibición indirecto<sup>14</sup>.

El diferente tratamiento que la ley confiere a los supuestos de error sobre elementos no sustanciales conduce a una antigua cuestión expuesta originalmente por Pacheco<sup>15</sup> con relación al artículo 9º Nº 1 del CP español de 1848/50 –de idéntico contenido al artículo 11 Nº 1 del CP chileno– y reiterada luego por Fernández<sup>16</sup>. De acuerdo con Pacheco, la eximente incompleta no consiste en que “se intente justificar una de las [eximentes de responsabilidad], y por falta de pruebas no se consiga; es de que se justifique menos de lo que se propone, pero que se justifique bien”<sup>17</sup>. En otras palabras, que la configuración de la eximente incompleta requiere prueba directa sobre unos determinados elementos que, relacionados con una causal de justificación o de exculpación, no sean los que la ley ha exigido para eximir al hecho de toda pena, pero que son de una menor entidad; esto es, que la eximente incompleta no opera en subsidio de la no acreditación de una eximente. En palabras de Pacheco: “[n]o sirven para atenuar los delitos las pruebas incompletas de un motivo de irresponsabilidad, sino las pruebas completas de una parte de esos motivos: no una fracción de la prueba, sino la prueba de una fracción”<sup>18</sup>. Es, si se quiere, algo parecido a lo que ocurre con la inocencia del imputado como causal para el dictado del sobreseimiento definitivo. De acuerdo con el art. 250 literal b) del Código Procesal Penal, el sobreseimiento procede, entre otras causales, cuando la inocencia del imputado “apareciere *claramente* establecida”, esto es, que su inocencia pueda fundarse afirmativamente en los antecedentes reunidos durante la investigación; la ley no requiere que dicha inocencia esté *directamente* establecida en esos antecedentes.

---

<sup>14</sup> MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., pp. 324-325.

<sup>15</sup> PACHECO, Joaquín, *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 5ª ed. Madrid: Imprenta y Fundición de Manuel Tello (1881), p. 191.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ, Pedro, *Código Penal de la República de Chile*, 2ª ed. Santiago: Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona (1899), pp. 101-102.

<sup>17</sup> PACHECO, ob. cit., p. 191.

<sup>18</sup> PACHECO, ob. cit., p. 191.

Si se considera la distinción que propone Pacheco, se puede sostener que el artículo 11 N° 1 es *el* lugar de los supuestos de error sobre elementos no sustanciales de las eximentes. El ámbito de aplicación de esta disposición no es el de los casos en que no se pudo acreditar todos los elementos de la respectiva eximente, sino el de aquellos en los que se acreditó fehacientemente que el sujeto incurrió en un error en la apreciación de los hechos y, en cuya consecuencia, actuó fuera de los estándares legales para configurar una eximente.

La distinción efectuada por Pacheco parece útil para explicar la diferencia de criterio entre el TJOP y la Corte en la sentencia objeto de este comentario. En efecto, según expone la sentencia de nulidad, el TJOP estimó que no se había logrado acreditar la existencia de una agresión previa, “en cuanto no se logró establecer el uso de un arma por parte del ofendido en la conducta desplegada al momento de concurrir al domicilio [del acusado]” (considerando quinto de la sentencia de nulidad). Sin embargo, la conclusión jurídica a que arribó el TJOP aparece a primera vista como contradictoria con el hecho que dio por acreditado en la sentencia anulada. En ella, se lee que “el ofendido golpeó la puerta y llamó a viva voz al acusado, entre insultos y amenazas, por lo que [el acusado], quien se encontraba dentro de la vivienda, abre la ventana del primer piso, asoma una pistola subametralladora de confección artesanal y efectúa dos disparos [...]” con los que hirió a la víctima y por los que fue condenado por el delito de lesiones menos graves. La contradicción en este caso consiste en que en el hecho fijado judicialmente sí pueden encontrarse elementos que permiten apreciar una agresión ilegítima. Aunque, es cierto, de una entidad relativamente leve (insultar y amenazar a viva voz al acusado), pero agresión ilegítima, al fin y al cabo. Si eso es verdad, el problema debería ser –tal como lo resolvió posteriormente la Corte– de exceso intensivo de la defensa (disparo que causa fractura ósea en la víctima). En un intento por superar esa contradicción, se puede argumentar que la defensa alegó que la agresión operada por el afectado había consistido en que este último amenazó al acusado con un arma de fuego. Pero todo parece indicar que el porte de un arma de fuego por parte de la víctima no fue acreditado con la prueba rendida en el juicio oral. En este contexto, la decisión del TJOP podría explicarse recurriendo a la distinción planteada por Pacheco.