

EL ERROR DE PROHIBICIÓN Y LA REFORMA DEL ORDENAMIENTO PENAL*

VIVIAN BULLEMORE** - JOHN MACKINNON***
Universidad de Chile

RESUMEN

Desde hace un tiempo ha venido discutiéndose la necesidad de introducir en la legislación penal chilena los conceptos de error de tipo y error de prohibición. Este artículo expone la evolución y desarrollo de las diversas teorías sobre el error de prohibición, su aceptación doctrinaria y jurisprudencial en el derecho nacional y comparado, y el estado actual de la discusión sobre las mismas. Asimismo, contiene una fundamentada toma de postura sobre aquellas, exponiendo las virtudes y los defectos de los puntos de vista de mayor aceptación. Especialmente son de destacar las críticas dogmáticas a las llamadas teorías "li-

ABSTRACT

For quite some time now the need for incorporating the concepts of error of offense and error of prohibition into the Chilean criminal law has been discussed. This article presents the evolution and development of the various theories about the error of prohibition, its doctrinaire and jurisprudential acceptance by both domestic and comparative law, and the state-of-the-art debate over them. Likewise, it contains a solidly grounded stance towards them, exposing the strengths and weaknesses of the most widely accepted points of view. Dogmatic criticisms about the so-called "limited" theories of culpability, which present

* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Profesor asociado de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director del Departamento de Ciencias Penales. Dirección postal: Pío Nono 1, esq. Bellavista. Santiago. Correo electrónico: vbullemo@derecho.uchile.cl

*** Ayudante Adjunto en la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, esq. Bellavista. Santiago. Correo electrónico: jmackinn@derecho.uchile.cl jrmackinnon@yahoo.com

mitadas” de la culpabilidad, que presentan defectos dogmáticos con incidencias prácticas, tanto en materias de participación y tentativa, como en su fundamentación normativa. Los autores hacen presente, también, la inconveniencia de una toma de postura muy detallada de la ley en cuestiones de doctrina, que suele impedir avances en las interpretaciones que se proponen a los Tribunales de Justicia, cerrando un debate aún en desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Error de prohibición – Error de tipo – Reforma de la ley penal – Participación – Tentativa – Norma penal.

dogmatic fallacies with practical implications in matters of participation and of attempt as well as in their regulatory grounding, are particularly stressed. Concluding an ongoing debate, the authors also point out the inadvisability of a detailed stance toward the law in matters of doctrine, which often hinders developments in the interpretations recommended to the courts of justice.

KEY WORDS: Error of prohibition – Error of offense – Criminal law reform – Participation – Attempt – Penal regulation.

I. INTRODUCCIÓN

1. Hemos considerado necesario referirnos a estas materias en la convicción que hacía falta un pronunciamiento claro y fundamentado acerca de los problemas del error de prohibición en una cercana reforma de nuestra ley penal.

En efecto, es por todos sabido que tras madurar la discusión que se arrastraba por largos años entre los entendidos en estos problemas, la doctrina nacional coincide en que ha llegado la hora de actualizar nuestro antiguo Código Penal. Ya superada la etapa en que distinguíamos entre “error de hecho” y “error de derecho” en materias penales, y habiendo avanzado en aspectos básicos, con un lenguaje común, y con coincidencias, más que nada, en el respeto a los puntos de vista defendidos por otros, aparece como inminente la reforma.

Es así como se torna pacífica en la doctrina nacional la necesidad de utilizar los conceptos de “error de tipo” y “error de prohibición”, en donde la mayor parte de las soluciones dogmáticas arriban a resultados similares¹. Hay, sin embargo, un aspecto en donde las soluciones difieren ostensiblemente. Nos referimos al tratamiento del “error sobre las circunstancias objetivas de una causal de justificación”, o, como nosotros preferimos llamarlo, error de prohibición “indirecto”. Para evitar confusiones, nos ceñiremos sólo a la primera denominación, “error sobre las circunstancias objetivas de una causal de justificación”. La doctrina comparada, especialmente en Alemania² y España³ -referencia, normal-

¹ Cfr. COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno* (Ed. Jurídica de Chile, 1992), III, pp. 169 ss. Cfr. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, (Ed. Jurídica de Chile, 1985), II, pp. 35 ss., 73; Cfr. GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, pp. 131 - 236; Cfr. NAQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal. Teoría del Delito* (Santiago de Chile, Ed. Mac-Graw Hill, 1998), pp. 395 ss.

² Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán* (Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976), pp. 235 ss.; Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich

mente, de la actividad legislativa penal nacional-, y también en Argentina⁴, se ha desarrollado teniendo como punto de partida textos legales más o menos “neutros”, es decir, que no se pronuncian en uno de los varios sentidos en que ha avanzado la doctrina, sin favorecer ni desfavorecer con consagraciones legales estrechas o excluyentes a los distintos puntos de vista que se han desarrollado.

Sin embargo, hay algunos atisbos de dificultades en la pretendida imposición de sus preferencias, en estas materias, por un sector que aparece como minoritario, tanto en la doctrina nacional como en la doctrina comparada. Es así como vemos con preocupación que –tras una evolución que ha avanzado más lentamente aunque por los mismos caminos que abrieron la doctrina y la jurisprudencia en la Europa continental, primero en Alemania, luego en España, y finalmente en Italia, para llegar luego a nuestra América Latina–, sorpresivamente se busca por algunos torcer el camino, pretendiendo consagración legislativa para puntos de vista que representan un regreso solapado, en sus consecuencias, a las antiguas concepciones que diferenciaban entre “error de hecho” y “error de derecho”.

Para entender estos problemas, debemos previamente referirnos a algunas de las materias relacionadas con la evolución de los conceptos del error de prohibición, y con el objeto principal de este análisis, el error sobre los llamados “presupuestos objetivos de una causal de justificación”, para luego manifestar nuestra toma de postura, poniendo énfasis en aquellos aspectos que se refieren a las consecuencias prácticas de la adopción de cada uno de los puntos de vista que se tratan.

2. La distinción entre error “de hecho” y error “de derecho”.

Antiguamente se hacía esta distinción, en materias penales, siguiendo la terminología propia del derecho privado, consagrada en nuestro Código Civil, y fundada en la presunción del conocimiento de la ley. Ésta se sostenía en la convicción que el error en un punto de derecho, suponiendo la ignorancia o equivocado conocimiento de un precepto jurídico, era irrelevante⁵. En cambio, al error sobre un punto de hecho se le otorgaba eficacia excusante, en cuanto fuera sustancial⁶. Se distinguía, así, entre el error sobre las circunstancias de hecho y el error sobre la norma (entendido este concepto de norma en el sentido de ley).

La excesiva rigidez de este punto de vista motivó la aparición de disenso en la

- WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Ed. Comares, 2002), pp. 490 ss.

³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho Penal* (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003), p. 132; Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, (Madrid, 1985), p. 414; Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, (Ed. Akal/Iure, Madrid, 1998), pp. 295 ss.

⁴ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte General* (2ª ed., Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999), pp. 382 ss. Cfr. ZAFFARONI, Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General* (2ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 2002), pp. 723 ss.

⁵ Cfr. COUSIÑO, ob. cit., p. 160 ss.

⁶ Cfr. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 60.

doctrina, surgiendo la tendencia de atenuar la rigurosidad de éste distinguiendo los casos de “error de derecho penal” y “error de derecho extra-penal”. En este último concepto estaban considerados aquellos casos en que el tipo penal “se integra con elementos no penales, generalmente de orden normativo”.⁷ De esta manera, se buscaba otorgar eficacia excusante a una clase de “error de derecho”.

II. LAS TEORÍAS DEL DOLO

Para estas teorías, y de allí su nombre, el error que recaiga sobre uno de los llamados “presupuestos objetivos de una causal de justificación” excluiría el dolo. Esto en virtud de que para aquellas el dolo es un concepto unitario, que abarca la conciencia de la ilicitud, en sede de culpabilidad. Por ello consideran que no hace falta distinguir entre error de tipo y error de prohibición. Siendo el conocimiento o conciencia de la ilicitud parte del dolo, su falta vencible deja subsistente la culpa. Se les objeta, con razón, su lenidad, ya que sólo se sancionaría aquel hecho que admita el correlativo culposo. Especialmente se hace criticable en aquellos ordenamientos jurídico-penales como el nuestro, que es de *crimina culposa*⁸.

Se postuló, luego, especialmente por Mezger, las llamadas teorías “limitadas” del dolo, afirmando la existencia del dolo si al autor le había faltado, por “ceguera jurídica” u “hostilidad al derecho”, la conciencia de la ilicitud. Fueron duramente criticadas, por cuanto sólo podían ser sustentadas abandonando el punto de vista dogmático de partida, es decir, rompiendo la sistematicidad⁹, aunque, como reconoce Cousiño, “significa un avance, puesto que admite una distinción entre dolo del tipo y dolo del hecho y, por tanto, tratar separadamente el primero y el conocimiento de la prohibición”¹⁰.

III. LAS TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD

1. *Exposición.*

Enunciada primeramente por Alexander Graf zu Dohna, señala que “se trata de un error que provoca la falsa convicción de que se realiza un hecho permitido”¹¹. De esta manera, tal error no afecta al cumplimiento del tipo, por lo que la acción sigue siendo dolosa o culposa, ni tampoco afecta a su antijuridicidad. Es decir, nos encontramos ante la realización completa de un hecho ilícito, pero, tal error tiene la virtud, en su invencibilidad, de eliminar la culpabilidad, o en su vencibilidad, de atenuar el reproche y con esto la pena. Esto es consecuencia de

⁷ COUSIÑO, ob. cit., p. 162.

⁸ En Chile rige el sistema del *numerus clausus*, esto es, sólo excepcionalmente se castiga por conductas culposas.

⁹ Cfr. WESSELS, Johannes, *Derecho Penal, Parte General* (Trad. de Conrado Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980). pp. 130 ss.

¹⁰ COUSIÑO, ob. cit., p. 201.

¹¹ Cfr. COUSIÑO, ob. cit., pp. 185 ss.; Cfr. DOHNA, Alexander, *La estructura de la teoría del delito* (Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1958).

situar la conciencia de la antijuridicidad –o conocimiento de la prohibición– en sede de culpabilidad, y separada del dolo –que se sitúa en el tipo–, por oposición a las teorías del dolo, que la ubicaban en el dolo, formando parte integrante de aquel.

En Alemania, el Gran Senado del *Bundesgerichtshof*¹², con fecha 18 de marzo de 1952, dictó una sentencia aceptando el error de prohibición como causal de exclusión de la culpabilidad¹³. Posteriormente, en 1975, se introdujo el §17 del Código Penal¹⁴, del cual “se deriva a *sensu contrario* que el conocimiento de la ilicitud es un requisito para la plena culpabilidad”¹⁵, con una clara distinción respecto del error de tipo, consagrado en el §16¹⁶. En España, con la reforma de 1983 se adoptó la misma distinción, y el Código Penal de 1995 se redactó con una clara diferenciación entre error de tipo y error de prohibición¹⁷. Como veremos más adelante, en nuestro país estas teorías son de reciente aceptación, con sendos fallos de la E. Corte Suprema, de 1998 y 1999.

2. Las teorías estrictas de la culpabilidad

La enunciación anterior fue denominada teoría de la culpabilidad, porque, como vimos, hacía residir el error de prohibición en esa sede. Más adelante surgieron nuevos puntos de vista, que daban una valoración distinta a un grupo de errores, y que llevó a la denominación de las teorías anteriores de la culpabilidad como “estrictas”, al oponérsele las llamadas teorías “limitadas” de la culpabilidad.

3. Las teorías limitadas de la culpabilidad

i) Exposición

Como señaláramos, con las teorías “limitadas” de la culpabilidad se propuso una solución diferenciada con respecto al error para uno de los casos agrupados

¹² Tribunal Supremo Federal de Alemania, sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de fecha 18.3.1952 (BGH 2, 194 [201]).

¹³ Cfr. COUSIÑO, ob. cit., p. 170.

¹⁴ § 17. Error de prohibición. Si en la comisión de un hecho le falta al autor la comprensión de lo injusto de su actuar, entonces actúa sin culpa, si él no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.

¹⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ob. cit., p. 486.

¹⁶ § 16. Error sobre las circunstancias del hecho. (1) Quien en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta. (2) Quien en la comisión de un hecho suponga circunstancias erradas, que realizarían el tipo de una ley más benigna, solo podrá ser castigado por comisión dolosa conforme a la ley más benigna.

¹⁷ Artículo 14. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

genéricamente como “errores sobre los presupuestos (de hecho, típicos, etc.) de una causal de justificación”. Existen diversas construcciones dogmáticas que suelen agruparse en el análisis de esta categoría, en sentido amplio.

a) Las asimilaciones en las consecuencias a la teoría de los elementos negativos del tipo.

La teoría de los elementos negativos del tipo, que trata las causas de justificación como elementos integrantes del tipo, ha sido duramente criticada por la doctrina, aunque no carece de defensores¹⁸. Ésta, sin embargo, implica llevar a sede de error de tipo todo error sobre la prohibición o ilicitud de la conducta.

De allí que se le asimilen las llamadas teorías limitadas de la culpabilidad, en cuanto a que conducen a un idéntico resultado al tratar el error sobre las circunstancias fácticas o de hecho de una causa de justificación. Es decir, mantienen para los demás casos de error las mismas soluciones que postulan las teorías que se denominan “estrictas” de la culpabilidad, pero se diferencian en el caso señalado. Obviamente, puede criticarse su tratamiento en esta sede por considerarse sólo como auténticas teorías de los elementos negativos del tipo aquellas inspiradas en una concepción monista de la norma jurídica. Sin embargo, nosotros consideramos que deben incluirse en este apartado tal punto de vista, como, por ejemplo, el de Roxin, que aunque no adhiere al concepto de tipo total del injusto, lo trata como “unidad superior”, con consecuencias similares en lo que aquí nos interesa. Esto porque, como diremos en las conclusiones, estos puntos de vista, en vez de resultar un avance como señalan quienes los defienden, no son más que una remozada “puesta en escena” de las mismas y criticadas soluciones de antaño.

Así, los defensores de estas teorías, sostienen que en estos casos de error sobre los presupuestos de hecho de una causal de justificación, se trata “sólo” de una “similitud estructural” con el verdadero error de tipo, por lo que (sólo) deben ser castigados por imprudencia por su menor desvalor de acción¹⁹. Este último aspecto, referido al desvalor de acción, lo abordaremos como consecuencia de las críticas que se formulan en el apartado siguiente.

Señalan, además, que “el contenido de la culpabilidad del hecho es diverso al de los delitos dolosos: la motivación que ha conducido a la formación del dolo del hechor no reside en la ausencia de una actitud jurídica interna sino en un análisis poco cuidadoso de la situación”²⁰.

La verdad es que, y esto no necesita de profundos razonamientos, un error es normalmente producto de un análisis “poco cuidadoso” de la situación. La distinción, que se propone y defiende por nosotros, y cuya carencia se critica a los defensores de estas otras teorías, es que debe diferenciarse entre el análisis “poco cuidadoso” de los elementos del tipo, y el análisis “poco cuidadoso” de los elementos de una causal de justificación. La confusión entre el marco legal al que se

¹⁸ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 498, nota 44. Y cita, entre ellos, a Baumann - Weber, Hruschka, Arthur Kaufmann, y Kindhäuser.

¹⁹ *Ibid.*, p. 499.

²⁰ *Ibid.*

ajusta la prohibición o el mandato, y el marco legal al que se ajusta la permisión, resultan inaceptables, por cuanto esto lleva a confundir la prohibición o mandato penal, estricto, y regido por el principio de legalidad penal, con las autorizaciones provenientes de todo el ordenamiento jurídico. Tal punto de vista debiera llevar a conclusiones contradictorias con el punto de partida de estas teorías, como que, por ejemplo, existiera un universo de ilicitud exclusivamente penal, excluyente de la ilicitud “general”.

b) La distinción entre error sobre el supuesto y las circunstancias del hecho y el error sobre el nivel normativo (Eser²¹).

Sin embargo lo señalado en el acápite anterior, y las similitudes entre los autores partidarios de las teorías limitadas de la culpabilidad, nos parece de mayor interés analizar, de entre éstas, aquella que pone énfasis en la distinción entre representación errónea respecto del nivel del supuesto de hecho y representación errónea respecto del nivel normativo, y que incluye en el primer nivel los errores sobre el supuesto de hecho de permisión. Este punto de vista, desarrollado especialmente por Eser y Burkhardt, deshecha la posibilidad de un análisis utilizando la estructura de la Teoría del Delito y la distinción entre tipicidad y antijuridicidad como categorías para la elaboración sistemática de una teoría del error, radicando dicha elaboración en la diferenciación entre supuesto de hecho y norma.

Esta sistematización debe ser desechada, al distinguir artificialmente entre plano normativo y plano del supuesto de hecho.

Primeramente, debemos reconocer que la simple realización de la conducta descrita en el tipo no constituye una infracción a la norma. No hay un desvalor de conducta ajeno a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico²². “Aquél

²¹ Cfr. ESER, Albin - BURKHARD, Björn, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias* (Trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Ed. Colex, 1995), pp. 313 ss.

²² La concepción que aquí se sostiene, que el Derecho Penal tiene como fin primordial la protección de bienes jurídicos por sobre el fin de la protección de la vigencia de la norma, distingue, como bien señala Mir Puig (aun cuando suscribe a una versión contemporánea de la teoría de los elementos negativos del tipo) entre sociedades respetuosas de los derechos de las personas y sociedades autoritarias, siendo las segundas aquellas que prescinden de la concepción de bien jurídico y la sustituyen por el de lesión de vigencia de la norma, como es el caso de la propuesta de Jakobs. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 06-02 (2204) En línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf> (28/03/2004). “No es casual que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fuese una bandera de la Revolución Francesa ni que las convenciones internacionales hayan formulado también otras declaraciones de derechos y no de deberes, como tampoco fue fortuito que los países comunistas consideraran preferentes los deberes para con la sociedad y relegaran los derechos individuales como manifestaciones burguesas. Los derechos son ventajas del individuo frente a la colectividad, mientras que los deberes son cargas para el individuo que se establecen en beneficio de otros. Pues bien: en Derecho Penal el punto de vista de los derechos corresponde al de los valores protegidos, esto es, al de los bienes jurídico-penales, mientras que la perspectiva de los deberes corresponde a las normas prohibitivas o perceptivas. Y aquí conviene recordar que en la Alema-

depende de éste, y la referencia en torno a la cual gira y se articula la norma es el bien jurídico²³. Es importante señalar que de los conceptos subyacentes en esta crítica se desprende que en este nivel no son (sólo) las normas las que determinan la licitud o ilicitud de la conducta, sino que hay elementos ajenos a las prohibiciones, los mandatos, o los permisos, que ayudan a contrastar las conductas con “lo deseado”²⁴. La aparente falta de estrictez o de concreción de las prohibiciones, mandatos, o permisiones, no es atribuible a la norma misma, sino a elementos ajenos, y de análisis previo a la misma. Por ello los que se limitan, en materias penales, al análisis de la ilicitud en un plano exclusivamente normativo (de la norma), yerran de igual manera que aquellos que pretendían captar todo el sentido normativo del Derecho Penal en los tipos descritos por el

nia nacionalsocialista los penalistas de esta ideología contrapusieron a la idea de lesión de bienes jurídicos, que consideraron individualista, la de infracción de un deber, más adecuada a la concepción colectivista del Estado totalitario. Esta es una razón importante para oponerse a la propuesta de Jakobs de prescindir del concepto de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma, que en sí misma –y con independencia de la intención de su autor– tiene un significado autoritario”. Una crítica similar realiza Alcácer, al señalar que “la opción por un fin u otro como *telos* del Derecho Penal ha de atender especialmente a criterios de legitimación valorativa, según los cuales, desde una concepción liberal, fin primordial habrá de ser la protección (de) los intereses individuales inmediatos –seguridad material de bienes jurídicos–, y sólo complementariamente la protección de la seguridad cognitiva, que puede entenderse como un bien mediato para los ciudadanos”. Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena* (Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2001), p. 258; EL MISMO, *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* (Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2003), pp. 143 ss. Idéntico punto de vista se defiende en BULLEMORE G., Vivian R. - MACKINNON R., John R., *Fin y función del Derecho Penal y de la pena: las teorías de la prevención general positiva*, en *Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile* 1 (Santiago, 2004), pp. 13 - 33.

²³ MACKINNON, John R., *Autoría y participación y el delito de receptación* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2004), p. 251. Esto requiere de una explicación, ya que nos estamos refiriendo a la relación entre tipo penal, bien jurídico penalmente protegido y norma penal. Los tipos penales admiten distintos sentidos en relación al objeto que pueden contener (bien jurídico), que se protege de conductas que se valoran como idóneas para lesionarlos. Este objeto de protección, o bien jurídico, que no es sólo “un objeto de concordancia mínima, sino un criterio rector en la interpretación de la ley penal, es definido por la interpretación en el marco de los posibles sentidos que admite el tenor literal de un tipo penal. Si las interpretaciones vienen teñidas por los matices propios y subjetivos del intérprete, dentro del marco de los sentidos posibles en el tenor literal del texto, que a su vez, es definido por el contexto social en que se encuentra, entre uno y otro –el intérprete y el texto– es dable exigir un tamiz que dé visos de racionalidad al proceso. En este “filtro” prima el sistema de garantías penales desarrolladas en el moderno Estado liberal y democrático de Derecho”. (MACKINNON, ob. cit., p. 3). Es decir, el conjunto de principios “de base” del Derecho Penal (que también puede leerse como “intersubjetividad”) se refieren no sólo a la interpretación de los tipos penales, sino a la interpretación del objeto jurídico que el intérprete ve mencionado (protegido) en ellos. Resumiendo, estas conductas que anteriormente señalábamos (valoradas como idóneas), son, a su vez, el objeto de la norma, que a su vez es definida por el bien jurídico, que a su vez puede (o no) estar contenido, total o parcialmente, en un tipo penal.

²⁴ Con ello es obvio que también señalamos la imposibilidad de captar todo el sentido normativo del Derecho Penal en la sola contemplación de los tipos penales.

legislador. Entre los tipos penales y las normas penales hay elementos de sentido que las definen.

Podemos señalar como ejemplo para describir esta concepción, el hipotético caso que no existiera tipo penal que sancionara el delito de aborto. Quien sostuviera la punición del aborto con el tipo penal del homicidio, podría interpretar éste para dar cabida, además del bien jurídico vida independiente, a la vida “potencialmente” independiente (esto es, la vida del feto en aquellos casos que se estima la ciencia podría auxiliarle para que sobreviviera fuera del claustro materno, a partir de, aproximadamente, los seis meses de gestación). Quien interpretara restrictivamente el tipo penal del homicidio alegaría, con razón, que tal bien jurídico (que incluyera la vida “potencialmente” independiente), además de violentar el principio de legalidad, en su taxatividad y estrictez, sobrepasaría los límites de los posibles sentidos que admite él mismo (sus interpretaciones). Pero, y he aquí lo que nos interesa, en ambos casos el contenido de la norma prohibitiva sería distinto, aun cuando se trata de un mismo tipo penal. Es decir, aún cuando los tipos penales presentan un cierto grado de “elasticidad” (admiten cierta extensión máxima que denominamos “punto de fractura” o “rigidez”, en cuanto a su contenido), el tipo penal en cuestión (homicidio) se encontraría definido no sólo por las limitaciones interpretativas del tipo penal, por su rigidez, una vez indagada su capacidad máxima de otorgar cabida a sus posibles interpretaciones, sino por el bien jurídico que se considera contenido y limitado en éste. Es decir, la extensión del bien jurídico, superpuesta a la extensión máxima, al “punto de fractura” del tipo penal, lo supera. Y, en consecuencia, la norma penal depende sólo indirectamente del tipo penal, a través del contenido del bien jurídico penalmente protegido.

Si, por el contrario, hacemos el análisis en forma inversa, es decir, con una interpretación que restrinja el contenido del tipo penal, por la restricción de los posibles sentidos que éste admita a un bien jurídico de menor contenido (menor número de conductas prohibidas), la norma prohibitiva será también distinta. Y así se entiende el sentido del orden propuesto, entre tipo penal, bien jurídico penalmente protegido, y norma penal (prohibitiva, que es la que nos interesa en este caso). “La simple realización de la conducta descrita en el tipo no constituye una infracción a la norma”.²⁵

Seguidamente, debemos distinguir entre la norma prohibitiva y la norma permisiva, y reconocer sus parecidos. Esta última no dice “puedes defenderte de una agresión ilegítima”, sino que dice “puedes agredir a quien te agrede (ilegítimamente)”. Si el agredir de la norma permisiva fuera distinto del agredir de la norma prohibitiva, es decir, del agredir de la norma “de defensa”, no sería sostenible esta última, la norma de defensa o permisiva. Así la norma permisiva contiene la siguiente afirmación: “puedes agredir a quien te agrede, donde la agresión al agresor tiene un contenido similar (en la “racionalidad” que describe, por ejemplo, nuestra ley penal en materia de legítima defensa). Así, si el supuesto de hecho se separa de la norma permisiva, desaparece también el permiso.

²⁵ Cfr. MACKINNON, ob. cit., p. 250.

Esto último porque la norma permisiva no es un permiso de defensa, sino de agresión, y como es “norma de permiso”, la calificamos, en este caso, de legítima²⁶.

Por lo tanto, el error no es sobre la prohibición o la norma prohibitiva, o sus componentes o supuestos, infringida por el otro, sino sobre la norma de permiso en la que cree se asila el que (cree que) se defiende. No hay, por lo tanto, “supuesto de hecho” que diferencie de la norma permisiva. El error siempre será sobre ésta, aunque se distinga entre sus referencias –como en el caso en estudio, la referencia de la prohibición infringida por otro–. Con ello es fácil concluir que el error es sobre la norma del permiso de quien se defiende, y no cabe la distinción criticada²⁷.

Así, si el error es acerca de la permisiva, y ello llevara a concluir que no hay norma de permiso, no se ve la razón para distinguir la falta de presupuestos de las otras causales que excluyen la concurrencia de tal norma; todas eliminan el permiso.

ii) Críticas de carácter sistemático a las teorías limitadas de la culpabilidad

Algunos sostienen que al error sobre los presupuestos de una causal de justificación debe darse un tratamiento privilegiado, como error de tipo permisivo, “por su menor (que no inexistente) desvalor de acción”²⁸. La verdad es que tal afirmación implica desconocer tanto la naturaleza del desvalor de acción, contradiciendo toda sistemática referida a un delito doloso de comisión, como que ésta está en relación con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Incluso para aquellos que consideren que el desvalor de resultado es irrelevante, el desvalor de la acción es idéntico, tanto en el accionar doloso sin permiso como en el accionar doloso con permiso (por cuanto el concepto de “dolo malo” hace mucho tiempo ya quedó abandonado, frente al concepto de “dolo neutro”, que es equivalente a conocer y querer, o, como para algunos, solamente conocer). Esto considerando que sitúan la acción a nivel de tipo penal, y el problema del permiso, aun cuando lo estimaran un “elemento negativo” del tipo, se encuentra en “lejanía” con el mismo. Es distinto conocer los elementos del tipo penal que

²⁶ Es por ello que la antijuridicidad de la conducta no se define en el quebrantamiento de la norma, sino en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no autorizada. Si la norma de permiso (de autorización) es permiso de agresión a un bien jurídico, y de lesión o puesta en peligro de éste, ésta, la norma permisiva, también viene definida por el bien jurídico (producto de la interpretación limitada por el filtro de los principios básicos del Derecho Penal), y las permisiones están llenas de contenido social, por lo que no se traducen en direcciones de comportamiento sin más, sino que emanan del mismo contenido del bien jurídico del cual emana la prohibición de agresión al mismo. Es así que tanto el contenido de la norma de permiso como los límites del permiso dependen de los límites del sentido, seleccionado de uno de los posibles sentidos, que admite el tenor literal del tipo penal.

²⁷ Esto porque quienes sostienen que el error sobre los llamados “supuestos de hecho” de la norma los encuentran en la norma prohibitiva, supuestamente infringida por el agresor, sin entrar en cuenta que el error no es sobre ésta, ni su “sustrato fáctico”, sino sobre la norma de permiso de agresión del que cree defenderse.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 499.

conocer los elementos del permiso, y el desvalor de acción se sitúa a nivel del conocimiento de los elementos del tipo penal. Si sitúan el desvalor de acción conjuntamente con el permiso, nos encontraríamos nuevamente con el más antiguo problema del Derecho Penal, de hacer confluír todos los elementos del delito en un solo elemento, en contradicción con su propia estructura de la teoría del delito.

En lo que respecta a las contradicciones sistemáticas más básicas, podemos centrar nuestro análisis en, a lo menos, tres aspectos importantes de la teoría del delito²⁹, para una demostración dogmática y práctica de la inviabilidad de estos puntos de vista como soluciones dogmáticas coherentes. Los mayores problemas sistemáticos de las teorías limitadas de la culpabilidad se presentan en la concurrencia de algunas causales de justificación, en el ámbito de la participación, y en la tentativa.

a) Críticas en cuanto a los efectos en las causales de justificación

Al tratar el error de prohibición sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación como un error de tipo, o según las reglas del error de tipo, excluyendo con ello el dolo, se da la siguiente consecuencia.

En el caso de ocurrir un error invencible sobre el presupuesto de una causal de justificación, no cabría legítima defensa ante éste, por lo que la víctima del error debería soportar el hecho ilícito, sin posibilidad de defensa. Así se llegaría al absurdo de considerar como ilícito el hecho de quien se defiende legítimamente. El error invencible sobre el supuesto elemento fáctico de la causal de justificación afectaría la relevancia típica de quien se defiende de este acto. Por ejemplo, si Pedro cree defenderse de una agresión ilegítima de Juan, a quien confunde con un asaltante, Juan, al defenderse, a su vez, de Pedro, cometería un hecho ilícito.

En cambio, si un error sobre los llamados presupuestos fácticos de una causal de justificación no afectan al dolo típico, dejando intacto el ilícito o injusto, cabría reaccionar defendiéndose legítimamente de la agresión basada en el error. Esto porque nadie puede ser cargado con la imposibilidad de defenderse cuando su acto cumple con los requisitos de la defensa. Obviamente, se pretenderá señalar que en este caso quien se defiende, obrará, a su vez, en error sobre el presupuesto fáctico de la causal de justificación, al no haber una agresión ilegítima, siendo atípica su conducta, en vez de justificada. No nos parece así, por cuanto aun cuando nos encontremos en presencia de una legítima defensa, si el defensor lesiona el bien jurídico del agresor, la lesión a tal bien no puede ser encubierta ni eliminada; existe. A lo más, podrá decirse que es justificada.

b) Críticas en cuanto a los efectos en la participación

A problemas similares a los señalados precedentemente arribaríamos en el ámbito de la participación, en el caso de aceptar el tratamiento de los llamados presupuestos fácticos de una causal de justificación como un error de tipo o según las reglas del error de tipo. En efecto, resultaría impune la participación de

²⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *El error en Derecho penal*, ob. cit., p. 129 ss.

un tercero que conoce del error del autor del hecho, pero es cómplice o instigador de éste. En el ejemplo del fallo de la E. Corte Suprema, del caso del homicidio omisivo, 1998,³⁰ (en el que una persona se creyó defensor ante un arma asegurada y que, por lo tanto, no se podía disparar), si un tercero conociendo que el arma del supuesto agresor no podía disparar, aún así instiga o le facilita un arma cargada al autor para que “se defienda”, éste, cómplice o instigador, sería absuelto. Al obrar el autor en un error sobre el elemento fáctico de la causal de justificación de la legítima defensa, de considerarse que el error invencible lleva a la impunidad, eliminando el dolo típico, la participación dolosa del tercero que conoce los elementos objetivos de la justificación resulta impune, conforme a los principios de accesoriedad de la participación. Toda solución que se ha planteado por la doctrina partidaria de las teorías limitadas de la culpabilidad, para solucionar este problema se ha revelado de una gran inconsistencia sistemática.

En cambio, si consideramos que el error sobre los llamados presupuestos de la causal de justificación no elimina el dolo típico de la conducta del autor, éste, en su error, de todas maneras, y al ser invencible, resultará impune, no así el instigador o el cómplice de nuestro ejemplo, participe en un hecho doloso, al cual accede.

c) Críticas en cuanto a los efectos en la tentativa

Aún más grave es la incongruencia sistemática que se presenta en el ámbito de la tentativa. En efecto, estos puntos de vista llevan irremediablemente a la conclusión que la tentativa debiera ser, sistemáticamente, impune. Esto porque si el resultado no se produce, es decir, si el hecho no se consuma, resultaría imposible sancionarla al eliminarse el dolo, no sólo en el caso del error invencible, sino también cuando el error fuera vencible. Esto, teniendo en consideración que: a) no existe tentativa de delito imprudente, y, b) la tentativa se rebasa con la consumación (del tipo).

En cambio, si rechazamos la eliminación del dolo típico por la concurrencia de un error en los llamados presupuestos fácticos de una causal de justificación, en nuestro ejemplo en que no se produjese el resultado, aún es posible apreciar la realización de una tentativa, con la supervivencia del dolo, además de los correspondientes elementos restantes del tipo penal.

4. *Las teorías de la culpabilidad en la jurisprudencia nacional reciente*

Es de sumo interés recordar cuál es el punto de vista que impera hoy en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. Es conocido, por todos, que a partir de 1998 nuestra E. Corte Suprema ha acogido, con cierto retraso respecto de la jurisprudencia comparada, las soluciones propuestas por las teorías estrictas de la culpabilidad. Ya antes, en Alemania, en 1952, se admitió, como vimos, dicha posibilidad.

i) El caso del homicidio omisivo (1998), Corte Suprema, causa Rol N° 1.338-98, de 4 de agosto de 1998³¹.

³⁰ Corte Suprema, causa Rol N° 1.338-98, de 4 de agosto de 1998.

³¹ 3°.- Que encontrándose los hechos acreditados en la forma que se relaciona en el

En este caso, muy conocido, por primera vez nuestra Excelentísima Corte Suprema, en la redacción del Ministro Enrique Cury, aceptó la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Pues bien, se trata de un caso clásico de error sobre las llamadas circunstancias de hecho u objetivas de una causa de justificación, en este caso, de la legítima defensa de parientes. Aquí no había una agresión real³², y nuestro máximo Tribunal exculpó, sosteniendo el punto de vista de la teoría estricta de la culpabilidad³³. Como podrán notar, se trata de un error sobre el permiso para agredir, como lo sostuvimos más arriba, es decir, sobre la licitud de la propia agresión permitida por la norma, y no sobre el hecho de la infracción de la norma prohibitiva por el tercero al que se agrede (creyendo defenderse).

motivo anterior, debe comenzar por descartarse la posibilidad de apreciar en el caso “*sub lite*” la justificante de legítima defensa de parientes consagrada en el artículo 10 N° 5 del Código Penal e invocada por la defensa del procesado en su favor. En efecto, como es de sobra sabido y aceptado por la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia, la legítima defensa, en cualquiera de sus formas, requiere como presupuesto indispensable una agresión que, además de ilegítima, debe ser real, es decir, existir objetiva y verdaderamente. (Así, por todos, Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), I, p. 253; Mario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, p. 131; Sergio POLITOFF, *Derecho Penal* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur), I, p. 368; Enrique CURY, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), I, p. 366; Luis COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, II, pp. 249 - 250; Eduardo NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), I, pp. 357 - 358). Ahora bien, en este caso la agresión fue sólo aparente, porque, como se ha dicho, el arma empleada por Vallejos para amenazar al hijo de Castro se encontraba con el seguro puesto y, en esas condiciones, no podía ser disparada ni, en consecuencia, herir o matar. Y no está de más advertir que a esta conclusión tendría que arribarse incluso en el supuesto improbable de que el occiso hubiese ignorado esa circunstancia, pues la efectividad de la agresión –esto es, su realidad– se ha de juzgar objetivamente, vale decir, con independencia del conocimiento que los intervinientes tienen o pueden tener de la situación.

³² “4° Que al no concurrir el requisito fundamental de la legítima defensa, carece ya de interés discutir la cuestión de si en el caso de autos concurre o no alguno de los otros que la configuran y, en especial, el de si habría mediado provocación suficiente por parte del acometido y, en tal caso, si había tomado parte en ella el defensor; pues es evidente que allí donde no existe una agresión verdadera o real, carece de sentido discutir si se la ha provocado, ya que una provocación de lo no ocurrido es ciertamente ininteligible. 5° Que, sin embargo, es indudable que en el momento de disparar sobre Vallejos, el procesado creía verdaderamente que aquel se proponía hacer fuego sobre su hijo y que podía hacerlo, hiriéndolo o dándole muerte, pues, en efecto, el contexto de lo acontecido así tiene que haberlo inducido a suponer. 6° Que esta equivocada apreciación de los hechos constituye un caso de error sobre la licitud de la conducta, porque no recae sobre los elementos integrantes del hecho típico, ya que Castro sabía que lo que hacía era matar a un hombre (artículo 391 N° 2 del Código Penal) o, por lo menos, herirlo de gravedad (artículo 397 de ese mismo cuerpo legal), pero creía equivocadamente que comportarse de esa manera era lícito, pues se encontraba autorizado para hacerlo por el artículo 10 N° 5 del Código Penal y, por tal motivo, que estaba justificado, que era lícito y no ilícito, como en realidad lo fue.

³³ “Que por consiguiente, nos encontramos frente a un caso de aquellos que en la doctrina se conoce como error de prohibición. Ahora bien, durante mucho tiempo en nuestro

ii) El caso del alcalde de Salamanca (1999), E. Corte Suprema, Rol N° 2133-98, de 23 de marzo de 1999³⁴. En este caso, mencionamos el fallo por ser la confirmación de la anterior consagración jurisprudencial del error de prohibi-

medio se ha pretendido que esta clase de error no excluye la culpabilidad del hechor, pues el artículo 8° del Código Civil consagra una presunción 'jure et de jure' de conocimiento de la ley, y quien conoce la ley sabe también lo que es justo o injusto (lícito o ilícito). Sin detenerse a discutir ahora la cuestión referente a si el artículo 8° del Código Civil establece realmente la aludida presunción de derecho –algo que, en todo caso, es objeto de polémica también en la doctrina civil– lo cierto es que a ella nunca debió dársele cabida en el campo del derecho punitivo, como lo precisó ya la importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de enero de 1972, publicada en la *Revista de Ciencias Penales*, Volumen XXXI, N° 1, 1972, páginas 42 y siguientes. En efecto, el artículo 1° inciso 1° del Código Penal declara que el delito es 'acción u omisión voluntaria penada por la ley' agregando, en el inciso 2°, que 'las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario'. Pues bien, una acción sólo puede considerarse 'voluntarias' cuando ha sido ejecutado 'libremente' por el sujeto, esto es, cuando él ha tenido la posibilidad real de decidirse a comportarse en otra forma; pero ello sólo sucede si el autor, cuando obró, tenía conciencia de que lo que hacía era contrario al derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse de comportarse como lo hace o a conducirse de cualquier otra forma diferente. Entonces, si sólo realiza una acción voluntaria quien la ejecuta conociendo su ilicitud, y si las acciones penadas por la ley únicamente se reputan voluntarias a no ser que conste otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de que lo que hacía era injusto admite prueba en contrario y constituye, a lo sumo, una presunción puramente legal (en este sentido, GARRIDO MONTT, op. cit., II, p. 236; Cury, op. cit., II, p. 73). 8° Que lo expuesto en el considerando precedente está ahora categóricamente reafirmado por el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, el cual prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. En efecto, de acuerdo con la mejor doctrina la 'culpabilidad' es un presupuesto indispensable de la 'responsabilidad' penal; y si, a su vez, la culpabilidad requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud, resulta inconcuso que en el presente se encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto. (Así, entre otros, COUSIÑO, op. cit., tomo III, págs. 164 y 165; ETCHEBERRY, op. cit., tomo I, p. 338, Jaime Náquira, *Derecho Penal, Teoría del Delito*, Mac Graw-Hill, 1998, tomo I, págs. 409 a 411). 9° Que entendidas las cosas de este modo, cuando el procesado Carlos Castro Muñoz disparó sobre Rubén Vallejos, creyendo erróneamente que se hallaba amparado por la justificante de legítima defensa del artículo 10 N° 5 del Código Penal –error que consta de los antecedentes reunidos en el proceso y reseñados en el considerando primero de este fallo y en los que se reproducen, tanto de la sentencia de primera instancia como de la casada– obró de manera inculpable, porque su error de prohibición era invencible. En efecto, de nadie puede razonablemente esperarse que, si en fragor tumultuario de una disputa violenta advierte que uno de los adversarios apunta con una pistola contra el pecho de su hijo, tenga la sangre fría como para cuidarse de verificar si el arma se encuentra en situación de ser efectivamente disparada. Por consiguiente, su equivocación es inevitable por que ni aun empleando todo el cuidado que de él se podía exigir en tales circunstancias estaba en situación de salir de ella

³⁴ "6° Que, no obstante, si bien con lo dicho resulta que en el caso aquí examinado concurren los presupuestos necesarios para firmar la tipicidad de la conducta ejecutada por el procesado, no ocurre lo mismo con los que se requieren para dar por establecida su culpabilidad, elemento tan necesarios como aquél para considerar que su conducta importa efectivamente un delito".

ción, y que continúa con la línea anteriormente señalada³⁵, y porque vino a sellar la posición doctrinaria de la Corte Suprema en cuanto al error de prohibición, y, en especial, el referido al contenido de la prohibición, a la ilicitud misma³⁶.

³⁵ "7° Que, en efecto, con arreglo a la opinión absolutamente dominante en la doctrina y jurisprudencia, tanto chilenas como comparadas, la culpabilidad consiste en que al sujeto puede hacerse un reproche personal por haber infringido las prohibiciones o mandatos del ordenamiento jurídico, porque él, en las circunstancias en que obró, tenía la posibilidad real de acatarlos y comportarse de otra manera. Ahora bien, en el derecho comparado se acepta ya desde hace mucho tiempo que uno de los presupuestos indispensables para efectuar este juicio reproche consiste en que el individuo haya actuado, por lo menos, con una conciencia potencial de que lo que hacía era injusto, contrario al derecho; pues, ciertamente, quien ni siquiera ha contado con la posibilidad de dicho conocimiento, no ha tenido motivo alguno para abstenerse de quebrantar la norma, ya que ignoraba, sin alternativa, los dictados de ésta y, por consiguiente, no podía tampoco sentirse impelido por ellos o detenerse. 8° Que, a pesar de lo expuesto en el considerando anterior, en nuestra jurisprudencia y doctrina predominaba la opinión de que la ausencia de conciencia de la ilicitud no excusaba, porque a ella se oponía lo perpetuado en el artículo 8° del Código Civil, de conformidad con el cual la ley se presume (de derecho), conocida por todos desde su publicación en el Diario Oficial y, con ello, también lo jurídico de los comportamientos que vulneran sus prohibiciones y mandatos ('error juras note'). 9° Que, sin embargo, como en su oportunidad lo demostró la importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18 de enero de 1972, redactada por el entonces Ministro de esa Corte don Rubén Galecio y publicada en la Revista de Ciencias Penales, tomo XXXI, N° 1, 1972, páginas 42 y siguientes, con razonamientos que ha hecho suyos el fallo de esta Corte Suprema de 4 de agosto del año 1998, publicado en la revista *Gaceta Jurídica*, agosto de 1998, N° 218, páginas 96 y siguientes, el criterio expuesto en el considerando precedente era errado, pues lo preceptuado por el referido artículo 8° del Código Civil se encontraba ya desde hace mucho modificado sustancialmente en el ámbito del derecho punitivo, por lo establecido en el artículo 1° inciso 2° del Código Penal. En efecto, de acuerdo con esta última disposición 'las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. Ahora bien, una acción u omisión es 'voluntaria', como lo señala la primera acepción que ofrece de esa palabra el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, cuando 'nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extraña de aquella'. Ello quiere decir que la acción u omisión es voluntaria cuando es libre, cuando su autor ha tenido la posibilidad de decidirse espontáneamente a obrar o abstenerse, para lo cual, obviamente, le es indispensable disponer, a su vez, de la posibilidad de conocer todos los antecedentes que pueden influir en tal resolución, entre los cuales es por cierto fundamental el de si tal comportamiento o inactividad vulnera una norma. Así, resulta que la conciencia de la ilicitud es un componente indispensable de la voluntariedad exigida por el artículo 1° del Código Penal como requisito del delito y, en consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2° de dicho precepto, ella sólo puede presumirse legalmente, pues admite expresamente prueba en contrario; de suerte que, a este respecto, no tiene cabida lo prescrito en el artículo 8° del Código Civil, ni mucho menos las disposiciones de los artículos 706 inciso final y 1452 de ese mismo cuerpo legal, que aquí, por lo demás, no son siquiera pertinentes.

³⁶ "10° Que la discusión debe hoy considerarse resuelta por el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República, conforme al cual 'la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal'. Puesto que, con arreglo al punto de vista no sólo mayoritario sino prácticamente indiscutido, la culpabilidad es un presupuesto indispensable de la responsabilidad, si ésta no puede presumirse de derecho tampoco es posible hacerlo con aquella. Que esta consecuencia es indiscutible lo demuestra la opinión generalizada de los autores que

iii) Tras estos sendos fallos de la E. Corte Suprema ya no puede haber duda acerca de cuál es la posición dominante en la jurisprudencia nacional. Si bien esta elaboración doctrinaria ha sido recepcionada con retraso comparándola con la jurisprudencia europea continental y la latinoamericana, no ha sido por ello menos meditada. De especial interés resulta reiterar que el primero de los fallos

se han referido al punto con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Fundamental de 1980 y, muy en especial, la de Etcheberry, quien hasta la segunda edición de su *Derecho Penal* escrita en 1976, se oponía por razones relativas a la historia del establecimiento de la ley a reconocer la eficacia excusante de la ausencia de conciencia de lo injusto (véase tomo 1, página 274 de dicha obra), pero ahora, en la tercera edición, se pliega al criterio expuesto aquí, en consideración al imperativo del precepto constitucional en que éste se funda y que a su juicio excluye ya toda duda al respecto (ETCHEBERRY, op. cit., tercera edición, tomo 1, p. 338). 14° Que todo lo expuesto en el razonamiento anterior, nos lleva directamente a la apreciación de lo ocurrido en el caso '*sub lite*'. 15° Que, en efecto, como ya se ha señalado en la exposición de los hechos establecidos en este proceso, consta que el encausado, Fernando Alfredo Gallardo Pereira, junto con reconocer llana y simplemente su participación en los hechos que han dado origen a su juzgamiento, declaró 'que desconocía la ley y lo ilícito de su conducta, dado que en la Municipalidad no hay asesor jurídico' a causa de lo cual ignoraba 'que no fuera legal el que proporcionara mercaderías de su Supermercado a la Municipalidad de Salamanca' siendo, a la vez, su Alcalde. 16° Que, para considerar que en este caso ha fallado incluso la posibilidad real de conocer lo injusto de las negociaciones incompatibles, ha de tenerse presente, en primer lugar, las características extremadamente artificiosas del tipo penal contemplado en el artículo 240 del Código Penal, cuyas peculiaridades, límites y significado, escapan a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya existencia es ignorada incluso hasta por muchos letrados. Una demostración de ello se encuentra en la escasísima jurisprudencia que se puede encontrar al respecto, la cual ha afectado usualmente sólo a individuos ilustrados que, además, habían tenido la oportunidad previa de discutir sobre la licitud o ilicitud de los comportamientos que se proponían ejecutar, como ocurre, '*verbi gratia*' en el caso citado por ETCHEBERRY, *El Derecho Penal ante la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, 1987, tomo II, 465, páginas 421 y 422 (contra Hernán Bustamante del Campo y otros). Tal cosa no sucede, en cambio, en la situación a que se refiere este proceso, pues el encausado, como lo expresa en su declaración indagatoria, a fojas 18 vuelta, sólo cuenta con un título de Contador Auditor obtenido en el Instituto Comercial de Coquimbo, careciendo, por consiguiente, de mayores conocimientos jurídicos. 17° Que esta completa carencia de una conciencia de la ilicitud de su conducta, se hace patente no sólo en las protestas reiteradas que hace de ella en la referida declaración indagatoria de fojas 18 y siguientes sino, además, en la sencillez casi candorosa con que reconoce su participación en los hechos, los cuales relata como algo que carece de toda reprobabilidad y que, por el contrario, cree haber ejecutado 'en beneficio de la Municipalidad' porque en algunos casos le concedía por uno o dos meses para la adquisición de la mercadería, insistiendo incluso en que hasta esa fecha continuaba proveyéndola de productos y que quien cursaba las ordenes de pago por tales operaciones era precisamente el mismo Alcalde actual, esto es, quien aparece como querellante en la causa. 21° Que de todo lo expuesto puede deducirse, que el procesado Fernando Alfredo Gallardo Pereira no sólo carecía de la conciencia actual de la ilicitud de las conductas por las cuales se encuentra encausado, sino que, además, tampoco tuvo siquiera la posibilidad de adquirirla, por lo cual fuerza es concluir que dichos comportamientos, si bien fueron ejecutados de manera dolosa y antijurídica, no son culpables y, consiguientemente, no llegan a configurar los hechos punibles previstos y sancionados en el artículo 240 incisos primero y tercero del Código Penal, por encontrarse excluido en ellos uno de los elementos esenciales a la estructura de todo delito".

citados, además de ser el primero que aborda directamente el error de prohibición, marca claramente la preferencia por una teoría estricta de la culpabilidad, ya que se refiere precisamente al problema del “error sobre las circunstancias objetivas de una causal de justificación”, absolviendo correctamente por la invencibilidad o inevitabilidad del mismo.

IV. CONCLUSIONES

1. *Toma de postura*

Como puede observarse, sostenemos aquí que el error de prohibición no es un error referido a la norma de prohibición, sino un error referido a la norma de permisión, y que en esta última no es posible distinguir entre “supuesto de hecho” y norma. El permiso no es de defensa, sino de agresión y de lesión de un bien jurídico ante el peligro, por lo que no es válido recurrir a la “referencia” de la norma permisiva, cual es el hecho de la infracción de la norma prohibitiva por un tercero, para indagar en la naturaleza de la permisión. El llamado “supuesto de hecho” de la norma permisiva es en sí mismo un contenido de la permisión, la agresión, y no la validez de la infracción de una norma prohibitiva por un tercero, y que si lo extraemos de la norma permisiva, ésta no existe. Como el contenido del error es la existencia de la norma permisiva, todo error sobre ésta ha de girarse por la misma regla, en la misma sede, la culpabilidad.

2. *El desarrollo y el avance en la dogmática*

En general, puede decirse que la aplicación de alguna de las llamadas “teorías limitadas de la culpabilidad”, no es más que un retroceso dogmático a las antiguas categorías de error “de hecho” y error “de derecho”, al reconducir a las mismas reglas utilizadas en la solución de los problemas de error “de hecho” todos aquellos supuestos en que el error tenga como su fundamento el sustrato fáctico, o de hecho, de la causal de atipicidad, o de la reconducción de la carencia de sustrato fáctico de la vulneración de una norma prohibitiva por un tercero, a la composición de la norma de permisión, o justificación.

Este retroceso, encubierto en un supuesto avance, no resulta ser más que una reacción conservadora ante las distinciones que obligan a una estricta separación sistemática entre ilícito y culpabilidad³⁷ (y entre dolo y conciencia de la ilicitud). Si bien las relaciones producto del “roce” en la cercanía entre estas dos grandes “superestructuras” de la sistemática de la teoría del delito aún necesitan de claridad y mayores explicaciones –como lo demuestran los intentos de crear categorías intermedias de, entre otros, Maurach, Roxin, o Bacigalupo–, no es posible que, ante la falta de claridad para solucionar nuevos problemas, se renuncie a los avances logrados, reconduciendo la discusión dogmática a etapas de un pasado que, aunque glorioso, ha sido superado.

³⁷ Cfr. BULLEMORE G., Vivian R., *Curso de Derecho Penal, Parte General I* (con la colaboración de John R. MACKINNON R., Santiago, Chile, 2004), p. 185.

3. *En cuanto a la reforma penal*

Es sabido que el respeto que mutuamente se han profesado los cultores de las ciencias penales alcanza no sólo al trato amable y cordial que se deben los estudiosos de una ciencia, sino también a las manifestaciones de prudencia cuando se ha de legislar. Esto último más que nada por la duda constante y creciente acerca de los propios puntos de vista, y que evita el engegucimiento radical que suele manifestarse en materias de menor altura e importancia que éstas.

Sin embargo, es sabido que se pretende imponer criterios, desde puntos de vista minoritarios y no aceptados por nuestra parte, violentando no sólo la convivencia entre juristas, sino que con ello también la libertad de los magistrados ante la posibilidad de aplicación de diversas doctrinas en la interpretación de la ley.

Es por ello que, junto con negar validez dogmática a las teorías diferenciadoras o "limitadas" de las teorías del error de prohibición, por las deficiencias en ellas demostradas, nos oponemos a una solución legislativa que consagre en nuestra ley penal un punto de vista como éste, discutido y más que discutible, cerrando los caminos de futuros avances dogmáticos que pueden producir soluciones que satisfagan en mejor forma los problemas jurídico penales objeto de nuestro estudio.

[Recibido el 27 de diciembre de 2004 y aceptado el 30 de abril de 2005].