

Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual
Departamento de Estudios. Informe en Derecho n° 2/ 2011/ julio

Dr. Juan Pablo Mañalich R.
Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

La Defensoría Penal Pública me ha encargado informar en derecho acerca de los presupuestos y las implicaciones jurídicas de la aplicación de la diferenciación dogmática de modalidades de error de tipo y de error de prohibición en referencia a la configuración de delitos cuyo específico contenido de injusto consiste en el menoscabo de la autonomía o la indemnidad sexual de una persona, y con especial énfasis en esta última categoría, que es aquella que comprende aquellas formas de comportamiento delictivo cuya ilicitud está directamente fundamentada en la circunstancia de que la persona que es objeto de una determinada modalidad de contacto sexual sea menor de 14 años de edad. En tal medida, se privilegiará el análisis relativo a las condiciones de imputación que pueden verse afectadas por la existencia de alguna instancia de error, en la medida en que el objeto de imputación esté constituido por la realización del tipo delictivo del art. 362, del tipo delictivo del art. 365 bis N° 2, o bien del tipo delictivo del art. 366 bis, que respectivamente se corresponden con la violación, la modalidad agravada de abuso sexual y la modalidad básica de abuso sexual susceptibles de ser cometidos sobre una persona que al momento del hecho es menor de 14 años.

Para cumplir con este cometido, se comenzará por clarificar los términos de la distinción tradicional entre las categorías “error de tipo” y “error de prohibición”, para determinar la medida de su reconocimiento bajo el derecho penal chileno vigente; después se examinarán las peculiaridades de las formas delictivas que son de interés aquí, en tanto tienen incidencia en pos de hacer aplicable dicha distinción; finalmente, se presentará una propuesta interpretativa de las disposiciones legales relevantes para establecer cuál es el régimen de punibilidad y penalidad que ha de seguirse, de conformidad con el derecho chileno vigente, del reconocimiento de una y otra modalidad de error en el correspondiente ámbito delictivo.

1. Error de tipo y error de prohibición

1.1. La distinción entre error de tipo y error de prohibición

La posible relevancia jurídico-penal del error en que pueda encontrarse una persona se reduce a que dicho error puede fundamentar la exclusión de un determinado presupuesto de la imputación de un hecho de carácter potencialmente delictivo a esa persona. Más específicamente, el error en cuestión ha de consistir en alguna modalidad de representación errónea, que de esa manera fundamente la no-satisfacción de un presupuesto de la imputación de índole cognoscitiva. Todo error con relevancia jurídico-

penal, en otros términos, ha de excluir algún requisito de conocimiento del cual dependa la imputación personal del hecho.

Las discrepancias terminológicas existentes entre los más emblemáticos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales a este respecto hace difícil, pero al mismo tiempo imprescindible, el establecimiento de un marco conceptual bajo el cual dichos planteamientos resulten conmensurables entre sí. Son conocidas, por ejemplo, las diferentes connotaciones asociadas a la tradicional contraposición entre error de hecho y error de derecho, por un lado, y a la contraposición más usual actualmente entre error de tipo y error de prohibición, por otro. Para el solo efecto de disponer de una terminología neutral frente a una y otra distinción se diferenciará aquí, por el momento, entre aquellas formas de error que comprometen el conocimiento de las circunstancias del hecho, por una parte, y aquellas que comprometen el conocimiento de la significación jurídica (o delictiva) del hecho, por otra.

En estos términos se vuelve posible establecer una correlación entre las expresiones “error de hecho” y “error de tipo”, por un lado, y entre las expresiones “error de derecho” y “error de prohibición”, por otro. Un error de tipo cuenta como un error que excluye la representación de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del respectivo tipo delictivo a través del comportamiento de cuya imputación se trata, esto es, como un error de hecho; y un error de prohibición cuenta como un error que excluye la representación del carácter ilícito (o contrario a derecho) de aquel comportamiento que en las circunstancias fácticas dadas conlleva la realización del tipo, esto es, como un error de derecho. Y una ventaja adicional, asociada también a esta conmensuración conceptual, se refiere a que, por tal vía, resulta manifiesto cómo han de calificarse las formas de error relativas a la eventual configuración de una causa de justificación: en la medida en que el error consista en la suposición errónea de circunstancias fácticas bajo las cuales el comportamiento objetivamente satisfaría el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, a modo de legítima defensa), entonces ese error contará como un error de tipo permisivo, cuyas consecuencias tendrían que ser idénticas a las de un error de tipo; en cambio, si el error consiste en la suposición errónea del carácter supuestamente permitido del comportamiento que tiene lugar en las circunstancias fácticas dadas, entonces el error contará como un error de prohibición indirecto (o error de permisión), cuyas consecuencias tendrían que ser idénticas a las de un error de prohibición directo.¹

Aquí puede ser oportuno hacerse cargo de inmediato de una objeción ya usual en contra de la posibilidad de establecer la diferencia entre las dos formas de error ya enunciadas, objeción que recurre a la poca plausibilidad que dicha diferenciación mostraría desde ya tratándose de aquellas formas de comportamiento delictivo cuya definición típica contiene no sólo elementos descriptivos, sino también elementos normativos.² Así, Jakobs ha llegado a plantear a sostener “la identidad del dolo y el conocimiento del injusto”,³ recurriéndose al ejemplo de la exigencia de ajenidad de la cosa sustraída bajo la tipificación del hurto: “el dolo respecto de ello viene dado [...] por el conocimiento de (al menos la co-)propiedad [sic] de otro, en definitiva, el conocimiento de

¹ Latamente al respecto, Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005), pp. 387 ss., 448 ss.

² Véase Van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 49 ss.

³ Véase Jakobs, Günther: “*Dolus malus*”, en *InDret* 4/2009, especialmente pp. 10 ss.

que existen normas que regulan las relaciones respecto de las cosas, y de que, según esas normas, una cosa determinada se encuentra (también) adscrita a otra persona”, de modo tal, agrega Jakobs, que “[e]se conocimiento no es otra cosa que el conocimiento de la prohibición de destruir la cosa, de apropiarse de ella, etc., sin consentimiento del otro”.⁴

En lo que aquí interesa, y por más problemática que resulte contemporáneamente la defensa de una demarcación clara entre elementos descriptivos y elementos normativos de uno o más tipos delictivos, hay que advertir que de esta distinción no se sigue la supuesta conclusión, a saber: que sería imposible diferenciar el conocimiento relativo a la satisfacción de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del tipo, de un lado, y el conocimiento relativo a la significación jurídicamente delictiva del hecho, de otro. Para volver sobre el ejemplo: la razón por la cual podría pensarse que el dolo del hurto resulta inseparable del conocimiento de la prohibición de la afectación de la propiedad de otro radica en que el concepto de propiedad – y, por ende, el de ajenidad – es uno normativamente cargado. Esto, porque el hecho de que un objeto cualquiera cuente como una cosa ajena es un hecho institucional, dado que la ajenidad de una cosa es dependiente de la existencia de reglas (de derecho privado) que le confieren el estatus de objeto de propiedad de otro. Pero nada de esto significa que no pueda diferenciarse la pregunta de si un sujeto sabe (o cree) que se dan circunstancias de hecho que hacen aplicable, objetivamente, el predicado “cosa ajena”, por una parte, de la pregunta de si ese mismo sujeto sabe (o cree) que el predicado “cosa ajena” es aplicable en las circunstancias dadas, por otra.⁵

Por ende, no hay razones para renunciar a la distinción entre aquellas formas de error que implican la inexistencia de conocimiento de las circunstancias fácticas con relevancia típica (“error de tipo”) y aquellas formas de error que implican la inexistencia de conocimiento de la significación jurídicamente delictiva del hecho que realiza el respectivo tipo delictivo (“error de prohibición”).

1.2. La teoría del dolo *versus* la teoría de la culpabilidad

Que esta última diferenciación pueda mantenerse, empero, no basta para establecer en qué relación se encuentran una y otra modalidad de error. Precisamente en este punto se produce la divergencia entre las dos principales construcciones dogmáticas relativas al estatus de una y otra forma de error, a saber: la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad. Aquí puede ser importante notar que la denominación de una y otra construcción responde a la identificación que cada una de ellas hace del presupuesto de imputación susceptible de verse afectado por un error de prohibición.

La teoría del dolo, que tiene como contexto los modelos causalista y neokantiano de construcción del hecho delictivo, mantiene que tanto el desconocimiento de las circunstancias del hecho como el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho operan excluyendo el dolo como forma de culpabilidad. Y la razón para ello se encuentra, justamente, en la concepción del dolo que es propia de dichos modelos: el dolo es

⁴ *Ibid*, p. 11.

⁵ Fundamental al respecto Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Fisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 139 ss., 149 ss.

definido como *dolus malus*,⁶ en el sentido de que el mismo integra tanto el conocimiento de las circunstancias de cuya satisfacción depende la realización (no justificada) del tipo delictivo como el conocimiento de la significación jurídicamente delictiva del hecho.⁷ La consecuencia fundamental que la teoría del dolo extrae de esto es la siguiente: en la medida en que el error de prohibición, sea vencible o invencible, siempre excluye el dolo como forma de culpabilidad, el único título de imputación que podría resultar operativo en caso de un error de prohibición es la culpa o imprudencia, siempre que la ley prevea la punibilidad del correspondiente delito imprudente en el ámbito delictivo del cual se trate.

En cambio, la teoría de la culpabilidad, que irrumpe con el advenimiento del modelo finalista de construcción del hecho delictivo, mantiene que el error acerca de la significación jurídicamente delictiva del hecho opera, eventualmente, excluyendo un presupuesto específico de la atribución de culpabilidad, esto es, la consciencia de la antijuridicidad, mientras que el error acerca de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del tipo operaría ya excluyendo el injusto subjetivo del hecho, y no recién la culpabilidad. Esto se explica, igualmente, por la concepción del dolo que hace suya el modelo finalista: el dolo – como también la imprudencia, en su caso – constituye un requisito para la satisfacción del así llamado “tipo subjetivo”, el cual, sin embargo, ya no es definido como un *dolus malus*, sino más bien como un “dolo neutro” o “dolo natural”, que no integra el conocimiento de la antijuridicidad del hecho.⁸ Y la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad, que en rigor pasa a ser redefinida como la exigencia de un consciencia *potencial* de la antijuridicidad, queda relegada a ser un presupuesto autónomo de la culpabilidad. La consecuencia fundamental que la teoría de la culpabilidad extrae de esto es la siguiente: en la medida en que el error acerca de la significación jurídicamente delictiva deja intacto el injusto doloso del hecho, dicho error sólo puede operar como eximente de responsabilidad en caso de excluir, por tratarse de un error de prohibición invencible o insuperable, la consciencia potencial de la antijuridicidad; de tratarse, en cambio, sólo de un error vencible o superable, lo único que cabría reconocer sería una atenuación de responsabilidad.⁹

1.3. La eficacia eximente del error de prohibición en la jurisprudencia chilena

Tener a la vista la diferenciación de la concepción de las modalidades de error que es propia de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad resulta indispensable, ahora bien, para comprender el proceso jurisprudencial que llevó al reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición invencible en el marco del derecho penal chileno. En lo fundamental, son dos los hitos decisivos en este desarrollo: por una parte, el emblemático fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del año 1972, que por primera vez reconociera la eficacia eximente del error de prohibición bajo el derecho chileno; por otra, el también emblemático fallo de la Corte Suprema, del año 1998, que

⁶ Así Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. I, pp. 307 s.

⁷ Véase Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. I, pp. 477 ss., 537 ss., quien validaba, sin embargo, la tesis de una presunción de derecho del conocimiento de la significación jurídica del hecho de conformidad con la regla del art. 8º del Código Civil.

⁸ Véase Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 305.

⁹ *Ibid.*, pp. 447 s. Véase también Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 307 ss.

hiciera suya dicha proposición, sobre la base de la afirmación del supuesto reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad.¹⁰

1.3.1. El reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición bajo la teoría del dolo

Lo notable de ambos pronunciamientos judiciales radica en que uno y otro llegaron a afirmar la eficacia eximente del error de prohibición teniendo a la vista casos en que, en efecto, el error que se daba no consistía en un error de prohibición. En el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, el caso era el siguiente:

Oscar Armando Lobos llegó en la tarde del 26 de marzo hasta la casa del padre de su cónyuge Gladys Aravena, de la que desde hacía varios años estaba separado, y al penetrar hizo un ademán que éste y los testigos interpretaron como un movimiento destinado a sacar un arma de fuego: Flores procedió entonces a disparar varios tiros en contra de Lobos, a quien hirió mortalmente.

No hubo, en la realidad, una agresión actual ni inminente por parte de Lobos. El peligro de un ataque inmediato fue sólo imaginado por Flores en una equivocada estimación de los hechos, y con tal creencia errónea reaccionó para evitar las presuntas consecuencias con el medio que estimó adecuado, como fue disparar contra el supuesto agresor.

Es preciso señalar también, a este respecto, además de lo que han dicho los indicados testigos, que no fue encontrada arma alguna en poder de Lobos, quien se encontraba extremadamente ebrio, como aparece de la autopsia, que comprobó 2,21 gramos por mil de alcohol en su sangre (c. 1º).

Que aquí no se trataba de un error acerca de la significación jurídicamente delictiva del hecho, es la implicación de la afirmación de que el imputado se habría imaginado “el peligro de un ataque”. Tal suposición errónea concernía, entonces, una circunstancia de hecho que, de haberse dado efectivamente, habría conllevado – suponiéndose la satisfacción de los demás presupuestos exigidos por el art. 10 del Código Penal, en sus números 4 y 5 – la satisfacción del supuesto de hecho o “tipo permisivo” de la legítima defensa. Semejante suposición errónea de las circunstancias que objetivamente realizan el supuesto de hecho de una causa de justificación, tal como ello se da en un caso de “legítima defensa putativa” como el que tenía ante sí la Corte de Apelaciones de Santiago, constituye una instancia de lo que más modernamente sería descrito como un error de tipo permisivo, cuyo estatus es enteramente equivalente, de acuerdo con la así llamada “teoría limitada de la culpabilidad”, a un error que implique el desconocimiento de las circunstancias que objetivamente conllevan la realización del tipo delictivo.

Lo importante aquí, sin embargo, es atender a las consecuencias que extrajo la propia Corte a partir de su equivocada descripción del error padecido por el agente como uno que habría recaído “en la significación jurídica de los hechos”: “de ello deriva que en la conducta de Flores no se encuentre presente la conciencia de la antijuridicidad” (c. 3º). Lo fundamental, en lo que aquí interesa, es que a continuación la Corte haya afirmado

¹⁰ Acerca del problema en el nivel del derecho constitucional, véase Soto Piñeiro, Miguel: “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del ‘principio de culpabilidad’ en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 3 (1999), pp. 233 ss., 240 ss.

que, en virtud de lo anterior, había que reconocer una exclusión del carácter doloso del hecho, dado que “el dolo abarca el conocimiento del obrar desde el punto de vista de las normas jurídicas, [...] en otras palabras, la conciencia de la delictuosidad de la acción” (c. 3º).¹¹ La Corte en todo caso estimó que el error reconocido al agente habría excluido el carácter doloso del hecho, habría sido superable o vencible, ella concluyó que el hecho de todas formas resultaba imputable a título de imprudencia, esto es, como “cuasidelito de homicidio” (c. 4º).

Y la consideración fundamental se encuentra, precisamente, en la idea de que el error supuestamente concerniente a la significación jurídica del hecho, en el sentido de una errónea suposición de su conformidad a derecho, habría implicado negar la existencia de dolo en el agente. Pues esto muestra que la Corte de Apelaciones de Santiago mantenía un compromiso con una concepción del dolo como *dolus malus*, esto es, con una concepción del error de prohibición cuya consecuencia sería, tal como lo entiende la teoría del *dolo*, la exclusión del dolo.

1.3.2. El reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición bajo la teoría de la culpabilidad

Notablemente, y según ya se anticipara, en el caso que dio lugar al primer reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición por parte de la Corte Suprema, por sentencia de 4 de agosto de 1998, Rol N° 1338-98,¹² también se trataba – al menos en los términos que el fallo hizo suyos – de un error consistente en la suposición errónea de circunstancias que, de haberse dado objetivamente, habrían conllevado la realización del supuesto de hecho de una causa de justificación,¹³ consistente en una legítima defensa de pariente. Para comprobar esto, basta con tener a la vista los antecedentes del suceso

¹¹ Hay que notar, ahora bien, que las maniobras que, según la Corte, el imputado habría podido ejecutar en pos de asegurar su capacidad de evitar el hecho – “llevar a cabo los movimientos para desarmarlo, o para ocultarse, o para esquivar cualquier atentado”, o bien “disparar al aire o a partes menos vitales de su organismo” (c. 4º) – sugieren que la Corte, sin estar plenamente al tanto de ello, estimó que, aun de haber sido efectivas las circunstancias que el imputado erróneamente se habría representado, el hecho no habría quedado (objetivamente) cubierto por la causa de justificación de la legítima defensa, dado que dichas maniobras apuntan a la falta de necesidad racional del medio empleado, consistente en haber efectuado un disparo con arma de fuego que impactara “la región tóraco-cardíaca” del occiso. Y bajo tal comprensión del problema, la Corte sí podría haberse planteado la cuestión de si el imputado, al efectuar dicho disparo, se representó haber estado autorizado para ello de conformidad con la norma permisiva que confiere el derecho a la legítima defensa, en cuyo caso la Corte sí habría podido afirmar la existencia de un error acerca de la “significación jurídica” o bien la “delictuosidad” del hecho por parte del agente. Pues entonces este error habría concernido el alcance de la norma bajo la cual puede llegar a ser jurídicamente permisible dar muerte a otro en una situación de defensa propia o de un tercero.

¹² La sentencia se halla publicada en *Gaceta Jurídica* 217 (1998), pp. 96 ss.

¹³ Véase también la sentencia de la propia Corte Suprema, de 27 de octubre de 2005, Rol N° 1739-03, en la cual se tuvo por existente un error relativo a las circunstancias fácticas de las cuales depende la configuración de una causa de justificación, el cual es calificado (bajo la redacción del fallo por parte del entonces Ministro Cury) como un error de prohibición indirecto, el cual, a pesar de ser vencible, empero, tendría que obstar a la punibilidad del hecho “por no existir en la ley un tipo de hurto imprudente” (c. 2º). Esto se explica en términos de que, por esta vía, la Corte hizo suya la tesis identificada con la así llamada “teoría que remite a las consecuencias”, validada por Cury a partir de una edición posterior (al fallo del año 1998) de su manual. Al respecto véase *infra*, nota 14. No es posible entrar aquí en las difíciles cuestiones implicadas en dicha calificación del error en cuestión, pero baste con señalar que lo afirmado por la Corte en el considerando 12º de la sentencia de casación sugiere que la propia Corte entendía, sin advertirlo, que en rigor se trataba de un error sobre el alcance de la causa de justificación del art. 10 N° 10.

que la Corte tuvo por comprobados, tal como ellos aparecen enunciados en el considerando 2º de la correspondiente sentencia de reemplazo:

c) Que [...] el arriero Aguilera y el hijo del procesado emprendieron la fuga, saltando un cerco que separa la propiedad del encausado del camino público. A su vez, el occiso trepó en dicho cerco, apuntando con su arma al hijo de Castro Muñoz, el cual, al percatarse de la amenaza que se cernía sobre su vástago, hizo fuego con la escopeta que llevaba consigo, impactándolo en la región torácica.

d) Que la víctima, herida por el disparo recibido, cayó presuntivamente hacia el interior de la propiedad administrada por Castro Muñoz –aunque este punto no es absolutamente seguro, por razones que se expondrán más adelante– lugar en el cual, en definitiva, se encontraría su cadáver.

[...]

h) Que, finalmente, el examen de la pistola usada por el occiso durante el incidente que condujo a su muerte, demostró que el arma se encontraba con el seguro puesto y, en consecuencia, era imposible que disparara aunque se la gatillara. Así lo evidencian, en efecto, tanto las declaraciones prestadas por el Capitán de Carabineros Felipe Quintana Messer a fs. 5, como el peritaje balístico evacuado por el Laboratorio de Criminalística (Sección Balística) de la Policía de Investigaciones de Chile, agregado a fs. 60 y 61, en el cual se precisa categóricamente que la pistola no se encontraba trabada, sino asegurada. De todo ello puede deducirse que, cuando Rubén Vallejos encañonó al hijo del encausado, no tenía el propósito real de herirlo o causarle la muerte sino sólo el de amedrentamiento, pues –como así lo testimonian varios de los declarantes en el proceso– el occiso tenía experiencia en el manejo de las armas, por lo cual no cabe imaginar que hubiese puesto el seguro inadvertidamente o ignorado que la pistola no podía disparar en esas condiciones.

Aquí no interesa (al menos directamente) que la Corte Suprema, a pesar de reconocer la existencia de un error, consistente en la suposición errónea de las circunstancias de las cuales depende la realización del tipo permisivo de la legítima defensa, haya al mismo tiempo fundamentado la responsabilidad del sujeto que efectuara el disparo como autor de un homicidio constitutivo de un delito de omisión impropia, en el entendido de que al efectuar el disparo, bajo esa creencia errónea, él se habría convertido en garante, quedando así obligado a impedir activamente la muerte del presunto agresor, la cual en definitiva se produjo. Lo que importa, por de pronto, es la calificación que la Corte asignó al error en cuestión. En el entendido de que el error habría consistido en que “el procesado creía verdaderamente que aquél se proponía hacer fuego sobre su hijo y que podía hacerlo, hiriéndole o dándole muerte” (c. 5º), la Corte concluyó que se trataba aquí de

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 (c. 6º).

De este modo, la Corte afirmó que el error en cuestión exhibiría la forma de un error de prohibición. A diferencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia de 1972, sin embargo, aquí la Corte Suprema no llegó a esa conclusión por estimar (equivocadamente) que se habría tratado, en efecto, de un error acerca de la significación jurídica del hecho. La Corte llegó a dicha conclusión, más bien, haciendo suya la concepción abiertamente minoritaria, vinculada a algunos de los exponentes más emblemáticos del modelo finalista del hecho delictivo, según la cual la suposición errónea de las circunstancias de las cuales depende la realización del supuesto de hecho de una causa de justificación contaría no como un error de tipo permisivo, sino como un error de prohibición indirecto. Ésta es, precisamente, la solución propuesta por la así (mal) llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, la cual, a la fecha de pronunciamiento del fallo, era todavía la tesis acogida en el manual de Enrique Cury, quien justamente redactara, en su calidad de ministro de la Segunda Sala, la sentencia que aquí se reseña.¹⁴ Pero lo relevante aquí no es que la Corte haya calificado el error como un error de prohibición, sino la consecuencia asociada a dicha calificación. La cuestión amerita reproducir *in extenso* lo señalado por la Corte en el considerando 7º de su sentencia de reemplazo:

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 medio se ha pretendido que esta clase de error no excluye la culpabilidad del hechor, pues el artículo 8º 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 8º 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 [...]. En efecto, el artículo 1º inciso 1º del Código Penal declara que el delito es “acción u omisión voluntaria penada por la ley”, agregando, en el inciso 2º, 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 “voluntaria” cuando ha sido ejecutada “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

¹⁴ Con posterioridad, Cury ha pasado a favorecer la así llamada teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas, que estima que el error acerca de las circunstancias fácticas de las cuales depende la satisfacción del supuesto de hecho de una causa de justificación sería un error de prohibición, pero que ha de ser sometido al régimen de punibilidad y penalidad propio del correspondiente delito imprudente. Véase Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 443 s. Críticamente respecto de esta construcción, Mañalich, Juan Pablo: “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3 (2003), pp. 147 ss., 153 ss., con ulteriores referencias.

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.

Inmediatamente a continuación, la Corte vinculó la inaplicabilidad de la presunción de derecho (o ficción) de conocimiento de la ley del art. 8º del Código Civil como estándar de atribución de responsabilidad jurídico-penal con una tesis acerca del sentido y alcance del art. 19 N° 3 de la Constitución, que proscribe cualquier presunciones de derecho de la responsabilidad jurídico-penal de una persona. Y lo crucial aquí es que la Corte haya sostenido que ello implicaría la existencia de una prohibición constitucional de una presunción de derecho del conocimiento de la antijuridicidad del hecho:

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 (c. 8º).

Es fundamental reparar en la estructura precisa del argumento de la Corte. Pues la idea de que el art. 19 N° 3 de la Constitución establecería, entre otras, una prohibición de la presunción de derecho de conocimiento de la antijuridicidad sólo tiene sentido si se parte de la *premisa* de que el conocimiento de la antijuridicidad cuenta como presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal de una persona. Esto no es algo, ahora bien, que el propio art. 19 N° 3 resuelva.¹⁵ Por ende, si la Corte se mostró dispuesta a alcanzar la conclusión que de hecho alcanzó, ello sólo puede explicarse en el sentido de que la Corte asumió que el término “responsabilidad penal” que figura en dicha disposición constitucional incorpora, como componente de su significado, una exigencia de conocimiento de la antijuridicidad.

Pero esta última consideración se ve complementada y matizada por lo afirmado por la Corte en el considerando inmediatamente siguiente, en el sentido de que el imputado habría obrado “de manera inculpable, porque su error de prohibición era invencible” (c. 9º). Esto es decisivo, toda vez que así se muestra el compromiso de la Corte con la concepción del error de prohibición propia del modelo finalista del hecho delictivo: el error de prohibición no afecta el carácter doloso del hecho, sino que únicamente suprime un elemento independiente de la culpabilidad, siempre que se trate de un error de prohibición invencible. Lo cual significa que dicho elemento independiente de la culpabilidad no está constituido, *stricto sensu*, por el conocimiento de la antijuridicidad, sino más bien por el conocimiento “potencial” de la antijuridicidad. Pues es justamente el conocimiento potencial de la antijuridicidad lo que resulta excluido por un error de prohibición invencible, bajo la premisa de que, siendo invencible o insuperable el error de prohibición, para el sujeto no habría sido *posible* una motivación conforme a la norma.

¹⁵ Véase Soto Piñero, Miguel: “Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del ‘principio de culpabilidad’ en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 3 (1999), pp. 233 ss., 242.

1.3.3. La especificación jurisprudencial de los criterios de reconocimiento de un error de prohibición (directo) invencible bajo la teoría de la culpabilidad

La Corte Suprema tuvo oportunidad de confirmar su afirmación de la eficacia eximente del error de prohibición invencible en un caso del cual conociera el año inmediatamente siguiente, por sentencia de 23 de marzo de 1999, Rol N° 2133-98.¹⁶ Aquí se trataba, ahora bien, de un genuino caso de error de prohibición, y ya de un error de prohibición directo, tal como éste fue reconocido por la Corte. La cuestión se planteaba en relación con la eventual responsabilidad de un sujeto acusado como autor de un delito de negociaciones incompatibles, tipificado en el artículo 240 del Código Penal. La Corte volvió a sostener, por de pronto, que la presunción de derecho (o ficción) del artículo 8° del Código Civil sería inaplicable en el campo jurídico-penal:

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 [...], con razonamientos que ha hecho suyos el fallo de esta Corte Suprema de 4 de agosto del año 1998 [...], 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 [...]. 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 [...] (c. 9°).

La misma consideración fue explicitada en la sentencia de reemplazo pronunciada a continuación de haberse dado lugar a la casación en el fondo del fallo impugnado:

Que contra lo expuesto [el anuncio de la absolución del recurrente] nada dice la supuesta presunción de conocimiento de la ley contenida en el artículo 8° del Código Civil pues, como asimismo se ha destacado en la sentencia de casación, tal presunción no debe recibir aplicación en materias penales, ya que lo prohíbe expresamente el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, según el cual la responsabilidad penal no puede presumirse de derecho; de suerte que cuando, como ocurre en el caso de autos, hay antecedentes suficientes para considerarla excluida por ausencia de un componente imprescindible para emitir el juicio de culpabilidad, que es, a su vez, prerequisite necesario para afirmar tal responsabilidad, ésta debe considerarse inexistente (c. 3°).

Y al mismo tiempo, la Corte hizo todavía más inequívoco, nuevamente bajo la redacción de la sentencia por parte del (entonces) Ministro Cury, su compromiso con la tesis de que sólo el error de prohibición invencible opera como causa de exclusión de la culpabilidad,

¹⁶ Sentencia publicada en *Fallos del Mes* 484 (1999), pp. 187 ss.

en la medida en que ésta sólo exigiría un conocimiento potencial de la antijuridicidad. La consecuencia de esto, en los términos de la Corte, es que siendo vencible o superable el error de prohibición, entonces subsiste la base para un reproche por un hecho doloso, eventualmente sometido a una atenuación de la pena a ser impuesta:

[...] como la conciencia del injusto es un componente independiente del dolo, el cual pertenece al tipo, por lo que su concurrencia se ha verificado ya precedentemente, el procesado deberá ser castigado por el correspondiente hecho doloso y, a lo sumo, si las circunstancias lo justifican, se le concederá una atenuación de la pena [...] (c. 12º a).

Esto contrasta manifiestamente, según ya se sugiriera, con la tesis de la teoría del dolo, hecha suya por la Corte de Apelaciones de Santiago, en su fallo de 1972, el cual afirmara que, por la sola circunstancia de darse un error de prohibición, resultaba excluido el carácter doloso del hecho, puesto que, bajo una concepción del dolo como *dolus malus*, todo error de prohibición excluiría el componente del dolo identificado con el conocimiento de la antijuridicidad del hecho; siendo vencible o superable dicho error, el régimen de penalidad aplicable al hecho tendría que ser el propio del correspondiente delito imprudente o “cuasidelito”, siempre que la ley prevea la punibilidad del mismo.

Pero junto con esta reafirmación del punto de vista mantenido en el fallo del año 1998, favorable a la tesis propia de la teoría de la culpabilidad, la principal novedad del fallo del año 1999 se encuentra en la enunciación de una serie de criterios que tendrían que servir como pautas de reconocimiento de un posible error de prohibición invencible o insuperable, específicamente en la forma de un error de prohibición directo, esto es, de un error consistente en el desconocimiento por parte del agente de que la acción que él se dispone a ejecutar se encuentra, en efecto, sometida a prohibición jurídica.

El primero de dichos criterios concierne la relativa improbabilidad de que, efectivamente, se dé una situación de inexistencia de conciencia potencial de la antijuridicidad, en la medida en que las normas cuyo quebrantamiento es jurídico-penalmente delictivo tenderían a proscribir formas de comportamiento “que atentan muy gravemente contra la paz social”, tal como ello se expresaría en la formulación del principio de la *ultima ratio* (c. 12º b). En tal contexto, los casos en que sería plausible reconocer una falta de conocimiento siquiera potencial de la antijuridicidad serían fundamentalmente dos: situaciones en que cabe constatar “choques de culturas con percepciones valorativas muy contrastantes” y situaciones de

personas con escasa o ninguna formación jurídica, pertenecientes a comunidades más o menos apartadas y sencillas, y sin asistencia legal, frente a tipos [delictivos] sofisticados que describen comportamientos probablemente lesivos de la convivencia, pero que no repugnan “prima facie” a los sentimientos de justicia de individuos como los descritos (c. 13).

Una vez establecido lo anterior, la Corte procedió a fijar algunos criterios específicos con arreglo a los cuales debía llegarse a la conclusión de que el error que habría padecido el agente en las distintas instancias de realización del tipo delictivo de las negociaciones incompatibles contaría como un error de prohibición (directo) invencible.

En primer lugar, la Corte otorgó importancia a la circunstancia de que, tratándose de un hecho delictivo (supuestamente) perpetrado por un alcalde en el ejercicio de sus funciones, la municipalidad no haya contado con un asesor jurídico (c. 15º). Ello sería de especial relevancia en atención a la consideración de que, en segundo lugar, el tipo delictivo del art. 240 del Código Penal tendría “características extremadamente artificiosas [...], cuyas peculiaridades, límites y significado [...] escapan a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya existencia es ignorada incluso hasta por muchos letrados” (c. 16º). Lo cual se vería confirmado, en tercer lugar, por la “escasísima jurisprudencia que se puede encontrar al respecto, la cual ha afectado usualmente sólo a individuos ilustrados”, los cuales, por lo demás, habrían tenido “la oportunidad previa de discutir sobre la licitud o ilicitud de los comportamientos que se proponían ejecutar” (c. 16º).

La Corte complementó la consideración anterior mencionando, en cuarto lugar, el grado de formación educacional del imputado, quien “sólo cuenta con un título de Contador Auditor obtenido en el Instituto Comercial de Coquimbo, careciendo, por consiguiente, de mayores conocimientos jurídicos” (c. 16º). Y en quinto lugar, la Corte estimó como un antecedente relevante el comportamiento del imputado a lo largo del desarrollo del proceso, a saber: tanto las “protestas reiteradas” vertidas en el marco de su declaración indagatoria como “la sencillez casi candorosa con que reconoce su participación en los hechos, los cuales relata como algo que carece de toda reprobabilidad”, lo cual se vería reforzado por sus alegaciones en el sentido de creer haber ejecutado sus acciones “en beneficio de la Municipalidad”, hasta el punto de haber declarado que “hasta esa fecha continuaba proveyéndola de productos y que quien cursaba las órdenes de pago por tales operaciones era precisamente el mismo Alcalde actual, esto es, quien aparece como querellante en la causa” (c. 17º).

Los dos últimos criterios enunciados por la Corte, y que todavía han de ser examinados, parecen en todo caso ser los determinantes, en virtud de su mayor potencial de generalización. En efecto, la Corte también invocó, como circunstancia decisiva para reconocer el carácter invencible del error de prohibición directo bajo el cual habría actuado el imputado, la consistente en que “la realización de transacciones entre el alcalde y un negocio de su propiedad o la de parientes se miraba en Salamanca como algo normal y generalmente aceptado, que no generaba censura ni sospecha de ilicitud” (c. 18º). A tal efecto, la Corte tuvo en consideración la declaración de quien se desempeñara como secretario de la municipalidad, quien afirmara que “esto era una costumbre”, a tal punto que durante la administración a cargo del alcalde inmediatamente anterior la municipalidad habría comprado bencina de la bomba de bencina de propiedad de dicho alcalde, “la única bomba de la localidad” (c. 18º). Esto, finalmente, se habría visto reflejado en que en el mismo proceso existiera “numerosa evidencia de que el propio Alcalde, en ejercicio y querellante en los autos, parece haber realizado operaciones entre la Municipalidad y familiares suyos de los comprendidos en la enumeración del artículo 240 inciso 3º del Código Penal”, lo cual

enfatisa la circunstancia ya destacada de que en el medio cultural en el que le correspondió desempeñarse al encausado la ilicitud de las negociaciones incompatibles era completamente desconocida y que los integrantes del conglomerado social las

apreciaban como no reprobables, sin que éste contara siquiera con indicios que pudieran alertarlo sobre la ilegitimidad de su comportamiento (c. 19º).

Esta última observación es decisiva en lo que aquí interesa, pues ella compromete a la Corte con el punto de vista según el cual el desconocimiento de la antijuridicidad de una determinada forma de comportamiento puede llegar a ser calificado como invencible en la medida en que exista, como dato del contexto social en el cual dicha forma de comportamiento se ve realizada por el sujeto que desconoce su contrariedad a derecho, una aceptación generalizada de la misma. Esto admite reformularse en términos de que, bajo semejantes circunstancias, la posibilidad individual del sujeto de llegar a representarse la existencia de una norma jurídica bajo la cual la acción que el mismo se dispone a ejecutar resultase prohibida se ve mermada hasta el punto de volverse inviable el juicio de reprochabilidad personal por un hecho constitutivo de un injusto de significación jurídico-penal. Cuál haya de ser la fundamentación conceptualmente más exacta de tal exclusión de la imputación del hecho a título de culpabilidad es algo que habrá que examinar más abajo, en atención directa a las particularidades del ámbito delictivo al cual se encuentra referido el presente informe.

Antes de entrar en ello, sin embargo, puede ser oportuno revisar someramente cuáles son los términos más precisos del debate tradicional acerca de la significación de las formas de error constitutivas de error de tipo y error de prohibición en el marco del derecho chileno, para así esclarecer cuál haya de ser el régimen legal aplicable a una y otra forma de error bajo el Código Penal actualmente vigente.

2. La posición del error de tipo y el error de prohibición bajo el Código Penal chileno

2.1. La definición de “delito” y las formas de error

No es inusual que se sostenga, en relación con el Código Penal chileno, que éste no contendría regulación alguna de las formas de error con relevancia para la exclusión de la imputación.¹⁷ Esta afirmación ciertamente desconoce que el inc. 3º del art. 1º establece una regla de exclusión de la relevancia del error *in personae vel objecto*, pero también desconoce que ya en las definiciones fundamentales del art. 1º, en su inc. 1º, y del art. 2º del mismo código se contienen cláusulas de cuya correcta interpretación depende, efectivamente, cuál sea el estatus de las dos formas de error cuyo contraste aquí interesa. Pues en la discusión tradicional que al respecto existiera en la doctrina chilena, la cuestión ha estado precisamente vinculada a la pregunta acerca de la relación entre las reglas de definición de los arts. 1º y 2º.

Los partidarios de la teoría del dolo, esto es, de una concepción del dolo según la cual éste abarcaría tanto la representación de las circunstancias del hecho como la representación de la significación jurídicamente delictiva del hecho, han favorecido una interpretación de la definición de “delito” del inc. 1º del art. 1º de conformidad con la cual ésta abarcaría únicamente el delito doloso. Esto descansa, a su vez, en la interpretación de la expresión “voluntaria” justamente como exigencia del carácter doloso de la acción u

¹⁷ Véase por ejemplo Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo II, p. 307.

omisión de cuya punibilidad se trata.¹⁸ Y en tales términos, la presunción de voluntariedad establecida en el inc. 2º del mismo artículo contaría como una presunción (*iuris tantum* o “simplemente legal”) del carácter doloso del hecho. En tal medida, sería recién en el art. 2º donde se fijarían las bases para la punibilidad del delito imprudente o “cuasidelito”.¹⁹

En cambio, los partidarios de la teoría de la culpabilidad, esto es, de la concepción de la representación de la significación jurídicamente delictiva del hecho como un presupuesto autónomo de la culpabilidad, diferenciada ésta del dolo “neutro” como componente del injusto subjetivo del hecho, favorecen una interpretación de la definición del inc. 1º del art. 1º como comprensiva tanto del delito doloso como del delito imprudente. Ello se funda, a su vez, en la interpretación de la expresión “voluntaria” en el sentido de una exigencia de culpabilidad en sentido estricto,²⁰ incluyente del conocimiento de la antijuridicidad del hecho,²¹ frente a lo cual el art. 2º reconocería la diferencia específica entre el delito doloso y el delito imprudente en el nivel del correspondiente injusto subjetivo. En tales términos, la presunción (*iuris tantum*) de voluntariedad funcionaría como una presunción del conocimiento de la antijuridicidad del hecho y no, en cambio, como una presunción de dolo (“neutro”).

Una y otra interpretación se ven enfrentadas a problemas. Las dificultades que afectan a la interpretación de los arts. 1º y 2º que provee la teoría del dolo conciernen la falta de plausibilidad de la supuesta equivalencia semántica, desde el punto de vista del legislador, de las nociones de voluntariedad, por un lado, y de dolo o malicia, por otro. Pues en atención al tenor de una y otra disposición, nada parece sugerir que el legislador efectivamente entienda las expresiones en cuestión como sinónimas. Y esto va directamente aparejado a la inconveniencia de asumir, como sin embargo lo hacen los partidarios de la interpretación que recurre al aparato conceptual de la teoría del dolo, que las definiciones generales del art. 1º del Código Penal sólo resultarían aplicables tratándose de hechos constitutivos de delitos dolosos, y no tratándose de hechos constitutivos de delitos imprudentes o “cuasidelitos”.

Ciertamente, la evitación de las consecuencias recién apuntadas es precisamente lo que logra la interpretación asociada a la teoría de la culpabilidad. Pues bajo esta interpretación las nociones de voluntariedad, por un lado, y dolo o malicia, por otro, ya no resultan semánticamente equivalentes, de modo tal que la exigencia de voluntariedad formulada en el art. 1º pasa a ser aplicable a cualquier hecho con eventual relevancia delictiva, mientras que la exigencia de dolo o malicia queda restringida como criterio de imputación subjetiva que precisamente hace posible diferenciar el ámbito propio de los delitos dolosos del ámbito propio de los delitos imprudentes o “cuasidelitos”. El problema a que se ve enfrentada esta lectura de la regulación, empero, concierne la aparente equiparación legal de las nociones de dolo y malicia, en el contexto del art. 2º del Código Penal. Pues bajo la definición de “dolo” que es propia de la teoría de la culpabilidad, resulta muy difícil de explicar que el legislador, a primera vista al menos, efectivamente equipare su significado al de “malicia”.

¹⁸ Véase Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, tomo I, pp. 220 ss., 491 ss.

¹⁹ *Ibid*, p. 222.

²⁰ Bustos, Juan y Soto, Eduardo: “Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido”, *Revista de Ciencias Penales* XXIII (1964), pp. 243 ss.

²¹ Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 446.

Ello, porque la equiparación de las nociones de dolo y malicia sugiere, más bien, una concepción del dolo, precisamente, como *dolus malus*, que es justamente la concepción que se identifica con la teoría del dolo: “dolo” equivale a “malicia”, en tanto el dolo, bajo esa concepción, integra en sí la conciencia de la antijuridicidad del hecho. Ciertamente, en defensa de la formulación tradicional de la teoría de la culpabilidad podría proponerse una interpretación de “malicia”, algo artificiosa idiomáticamente, según la cual la exigencia de malicia no fuese más que una exigencia de dolo “neutro”, esto es, de la representación de las circunstancias de las cuales depende la realización del correspondiente tipo delictivo.²² Mas el problema que así se genera pasa a estar referido a la completa equiparación de los presupuestos específicos de la culpabilidad relativa a hechos dolosos y a hechos imprudentes, presupuestos que entonces quedan asociados a la exigencia genérica de voluntariedad contenida en la definición del art. 1º: en lo que aquí interesa directamente, por la vía de entender que la culpabilidad sólo requeriría, con total independencia del carácter doloso o imprudente o (“culposo”) del hecho respectivo, una conciencia potencial de la antijuridicidad del hecho.

De esta manera, la lectura de la regulación propuesta por los partidarios de la teoría de la culpabilidad, al menos en su versión más estandarizada, vuelve irreconocible el modo por el cual el dolo o la imprudencia pueden operar, alternativamente, como fundamentos indiciarios de formas de culpabilidad cuyos presupuestos específicos no se dejan asimilar sin más. En lo que sigue se intentará, según lo ya sugerido, elaborar una propuesta de interpretación de los arts. 1º y 2º del Código Penal que logre eludir las dificultades que afectan a las dos propuestas interpretativas más tradicionales. Y esto tendrá lugar por la vía de defender las consecuencias a que lleva la teoría del dolo a través del aparato conceptual de la teoría de la culpabilidad. Pero para entender que esto último no constituye una contradicción en los términos es en todo caso imprescindible clarificar en qué consiste la conexión, desde el punto de vista de la función de imputación que desempeñan, de la exigencia de conocimiento de las circunstancias del hecho y la exigencia de conocimiento de la significación jurídica del hecho.

2.2. La conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad

Lo que aquí interesa es examinar más de cerca en qué puede consistir la conexión, con relevancia para la imputación, entre el dolo (“natural”) – entendido como la representación de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización (no justificada) del tipo delictivo – y la conciencia de la antijuridicidad. Y paradójicamente, esa conexión puede ser precisada recurriendo a una función atribuida al dolo por parte de los representantes más tradicionales de la conceptualización del dolo como dolo “natural”, dissociado de la conciencia de la antijuridicidad, a saber: la así llamada “función de alerta” (o de “llamada de atención”) del dolo.²³ Pues una posible comprensión de esta función indiciaria consiste

²² Así, aunque reconociendo la dificultad, Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 305 s., quien propugna “desembarazarse de prejuicios literalistas en la interpretación, atendiendo, en cambio, al contexto legislativo sistemático”. El argumento desarrollado en el texto principal muestra, sin embargo, que de esta manera la dificultad sigue subsistiendo.

²³ En cambio, no es posible fundamentar tal función de alerta en relación con la representación de la falta de realización de las circunstancias de las cuales depende la satisfacción del supuesto de hecho de una causa de justificación, que es precisamente el argumento finalista a favor de la mal llamada “teoría estricta de la culpabilidad”, que entiende que la suposición errónea de las circunstancias de las cuales depende la realización del supuesto de hecho de una causa de justificación constituiría un error de prohibición (indirecto),

en la idea de que la exigencia de dolo, como requisito de imputación subjetiva, se explica por la circunstancia de que sólo el dolo podría llegar a posibilitar la consciencia de la antijuridicidad del hecho.

En este punto es importante detenerse, con algún cuidado, en la terminología utilizada. La consciencia de la antijuridicidad exigida como condición de culpabilidad es la consciencia de la antijuridicidad *del hecho*, y no una consciencia de la antijuridicidad “en abstracto”. Esto implica, sin embargo, que sólo en relación con un hecho imputable a título de dolo es posible la constatación de la correspondiente consciencia (“actual”) de la antijuridicidad. Pues un sujeto sólo puede reconocer el carácter antijurídico de su comportamiento en la medida en que tenga consciencia de que su comportamiento satisface aquella descripción bajo la cual ese mismo comportamiento resulta, precisamente, contrario a derecho. Para dar un ejemplo: mientras que actúa con dolo (siquiera eventual) de homicidio quien se representa, con el grado de probabilidad suficiente, que su comportamiento habrá de causar la muerte de otro ser humano (sin que se den circunstancias que objetivamente satisfarían el supuesto de hecho de una norma permisiva preferente),²⁴ actúa con la consciencia de la antijuridicidad propia del homicidio quien se representa que su comportamiento, *descrito* como la causación de la muerte de otro, es contrario a una norma jurídica prohibitiva (no desplazada por una norma permisiva preferente).

Por ende, el desconocimiento de las características primarias del comportamiento que fundamentan su antijuridicidad implica, a su vez, el desconocimiento de su antijuridicidad. Para dar un ejemplo: quien dispara letalmente contra un ser humano vivo, creyendo erróneamente que se trata de un espantapájaros, necesariamente desconoce la específica antijuridicidad de su comportamiento, que es relativa a su descripción (objetiva) como un comportamiento consistente en causar la muerte de otro ser humano.²⁵ Por eso, todo error de tipo implica un correspondiente error de prohibición,²⁶ sin que un error de prohibición, a la inversa, implique un correspondiente error de tipo.

Esto significa, por de pronto, que la consciencia (“actual”) de la antijuridicidad del hecho siempre faltará tratándose del injusto propio de un delito imprudente, esto es, de un “cuasidelito”, incluso en casos de imprudencia consciente, en la medida en que la demarcación entre dolo (eventual) e imprudencia (consciente) se trace con arreglo a un criterio (estrictamente) cognoscitivo, y no volitivo.²⁷ Y dado que, por contrapartida, sólo puede haber consciencia (“actual”) de la antijuridicidad en relación con un hecho doloso,

y no un error de tipo (permisivo). Véase el argumento en Welzel, Hans: *Derecho Penal Alemán*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 199. Concluyentemente en la dirección contraria, y demostrando lo errado de la terminología, Hruschka, Joachim: “¿Realmente es «limitada» la teoría «limitada» de la culpabilidad? Adiós a un debate”, en del mismo, *Imputación y derecho penal*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 127 ss., 142 s. Al respecto también Mañalich, J.P., “Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación”, *Revista de Estudios de la Justicia* 3, 2003, pp. 147 ss., 151 ss.

²⁴ Esto, porque la representación de la concurrencia de circunstancias que objetivamente realizarían el supuesto de hecho de una causa de justificación conlleva, de acuerdo con la mejor teoría disponible, una exclusión de la imputación del hecho a título de infracción de deber dolosa.

²⁵ Esto muestra lo problemática que es la pretensión de reconocer una diferencia categorial, con relevancia para la imputación jurídico-penal, entre error e ignorancia. Así sin embargo van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 52 ss. Pues la función del error es, precisamente, hacer posible la constatación de una falta de conocimiento, esto es, una constatación de ignorancia. Véase ya Binding, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2009, p. 66.

²⁶ Véase Jakobs, Günther: *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, 19/34.

²⁷ Ya Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965 [orig.: 1922], tomo II, pp. 314, 325 ss.

esto hace posible clarificar la precisa función de imputación del dolo, consistente, según ya se sugiriera, en posibilitar la consciencia de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto. Pues si recién la adscripción de culpabilidad por el hecho fundamenta el carácter reprochable del hecho, y si el objeto del reproche está constituido por un déficit de fidelidad al derecho manifestado en el no-seguimiento de una norma, entonces para el *reproche* por un no-seguimiento consciente – esto es, doloso – de la norma tendría que exigirse la consciencia (actual) de la antijuridicidad del hecho.

En contra de esto ciertamente cabría esgrimir que los ordenamientos jurídicos que han reconocido expresamente la “diferenciación de niveles” que separa al dolo – entendido como conocimiento de las circunstancias del hecho – del conocimiento de la antijuridicidad del hecho tienden a prescindir de una exigencia de conocimiento actual de la antijuridicidad como requisito de la culpabilidad por un hecho doloso. Así, tanto en el derecho alemán como en el derecho español es posible que se imponga la pena correspondiente al delito doloso a pesar de que el autor haya obrado sin conocimiento (“actual”) de la antijuridicidad del hecho, esto es, haya obrado bajo un error de prohibición, siempre que este error hubiera sido vencible o superable. Bajo el derecho alemán, el error de prohibición vencible da lugar, a lo sumo, a una rebaja facultativa de pena (§ 17 StGB); bajo el derecho español, en cambio, a una rebaja obligatoria para el tribunal, de uno o dos grados (art. 14.3 CPE). Y por supuesto, no hay obstáculo alguno que hable en contra de tales regímenes, dado que el legislador es en principio soberano para equiparar la expresión punitiva de formas de reproche que descansan en criterios de imputación divergentes.

Pero lo que no puede obviarse es la constatación de que bajo tales regímenes legales lo que se establece es, precisamente, una equiparación punitiva de formas de reproche heterogéneas. Pues el reproche por un no-seguimiento consciente (o “a sabiendas”) de la norma sólo se deja fundamentar si el sujeto quebranta la norma conociendo (“actualmente”) la antinormatividad de su comportamiento. Si el agente no se representa la antijuridicidad del hecho, entonces el quebrantamiento de la norma sólo le es reprochable en virtud de un criterio de imputación extraordinaria, en el sentido de que el carácter vencible del error de prohibición fundamenta la responsabilidad del sujeto por ese mismo error, puesto que entonces el sujeto pudo evitar, de modo fiel a derecho, su propio déficit de capacidad de seguimiento de la norma. Y nada de esto se ve alterado por la definición eufemística del respectivo requisito de la culpabilidad como un mero “conocimiento potencial” de la antijuridicidad. Pues la expresión “conocimiento potencial” no es más que una metáfora que sugiere la inexistencia de conocimiento, asociada a la posibilidad (y exigibilidad) del mismo.²⁸ Cuando el requisito por defecto para la atribución de culpabilidad es identificado, dogmáticamente, con un mero “conocimiento potencial” de la antijuridicidad, lo que en efecto se está reconociendo es la aceptación institucional de un criterio de imputación extraordinaria como el criterio de imputación por defecto.

Luego, los ordenamientos que, como el alemán y el español, hacen posible la afirmación de una culpabilidad por un hecho doloso prescindiendo de la exigencia de conocimiento (“actual”) de la antijuridicidad, admiten, en esa misma medida, un quiebre funcional en referencia a la función de fundamentación de la culpabilidad que desempeña

²⁸ Véase Jakobs, Günther: *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, 19/30.

el injusto subjetivo.²⁹ Y la pregunta que entonces cabe plantear apunta, justamente, a si semejante quiebre funcional también se encuentra previsto por el derecho chileno, lo cual nos lleva de vuelta a la indagación en el sentido y alcance de los arts. 1º y 2º del Código Penal.

2.3. Propuesta de interpretación de los arts. 1º y 2º del Código Penal

Según ya se mostrara, los ordenamientos que prevén una atenuación (facultativa u obligatoria) de pena en relación con el respectivo hecho doloso cuando existe un error de prohibición vencible en el autor, asumen un quiebre funcional en la fundamentación del reproche de culpabilidad. Pues en tal caso, el carácter doloso del injusto no se expresa en el carácter auto-consciente de la culpabilidad como culpabilidad *por ese* injusto. Ésta es, precisamente, la consecuencia de todo (genuino) error de prohibición, sea vencible o invencible. Frente a ello, lo característico de un error de prohibición vencible se encuentra, más bien, en que el mismo deja subsistente la posibilidad de dirigir un reproche de culpabilidad por el hecho a su autor. Pero ese reproche, mediado por la afirmación del carácter vencible del error, descansa en un juicio de imputación extraordinaria, esto es, en un juicio en virtud del cual se hace responsable a una persona de su propio déficit de responsabilidad.

Lo distintivo de la tradicional teoría del dolo consiste en su propuesta de solución, divergente a la mantenida por la teoría de la culpabilidad, para la determinación de la punibilidad y la penalidad del hecho así imputable. Bajo la solución propuesta por la teoría del dolo, el hecho ha de quedar sometido al régimen sancionatorio aplicable al correspondiente delito imprudente, precisamente porque la culpabilidad afirmada en atención al carácter vencible del error de prohibición se funda en la infracción de una exigencia de cuidado, a saber: la exigencia de cuidado cuya observancia habría puesto al autor en posición de advertir el carácter antijurídico del hecho. Se trata, en tal medida, de una “imprudencia en la evaluación jurídica” del hecho – por oposición a la imprudencia (*stricto sensu*) en la evaluación circunstancial del hecho.³⁰ De ahí que no pueda extrañar que, ante la pregunta acerca de los criterios específicos para el reconocimiento del carácter vencible o superable del respectivo error de prohibición, un sector de la doctrina comparada recurra, precisamente, a los criterios bajo los cuales se plantea el reconocimiento de una infracción de la correspondiente exigencia de cuidado conducente a la afirmación de imprudencia.³¹

²⁹ Véase Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Frisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 161.

³⁰ La exigencia de cuidado relevante para la fundamentación de la imprudencia (*stricto sensu*) está referida a las medidas de precaución cuya adopción habrían puesto al autor en posición de asegurar su capacidad de acción necesaria para la evitación intencional de la realización del tipo. La exigencia de cuidado relevante para la fundamentación del carácter vencible del error de prohibición, en cambio, es relativa las medidas de precaución cuya adopción habría puesto al autor en posición de inferir el carácter antijurídico de su actuar (u omitir) a partir de su conocimiento de las circunstancias del hecho.

³¹ En la doctrina alemana véase Kindhäuser, Urs: *StGB Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, § 17, n.m. 16; Roxin, Claus: *Derecho Penal Parte General*, 1ª ed. (en castellano), Civitas, Madrid, 1997, § 21, n.m. 48; en la doctrina española, Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2005, Lección 21, n.m. 24, quien habla expresamente de una “imprudencia de derecho”. Latamente al respecto Hruschka, Joachim: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1988, pp. 315 ss., en cuyos términos aquí también se trata de una subrogación de un déficit de imputación en atención a la infracción de una incumbencia de proveerse de un determinado conocimiento.

Lo que resta por clarificar es cuál sea el régimen, previsto por el Código Penal chileno, para los casos en que el error de prohibición vencible no se funda en un error de tipo vencible, esto es, en una falta de dolo (“natural”) compensada por la imprudencia del autor como criterio de imputación de la infracción de deber a nivel de injusto; es decir, para los casos de error de prohibición vencible en los cuales la falta de consciencia de la antijuridicidad descansa en la falta de inferencia, por parte del autor, del carácter antijurídico del hecho a partir de su efectivo conocimiento de las circunstancias fácticas dadas. A este respecto, la respuesta parece ser tan clara como categórica: el art. 2º del Código Penal equipara las nociones de “dolo” y “malicia”, con lo cual cabría afirmar que el concepto de dolo hecho suyo por el legislador chileno se corresponde con el concepto de dolo asumido por la tradicional “teoría del dolo”: el dolo integraría la consciencia (“actual”) de la antijuridicidad del hecho.³² Pues eso es justamente lo que sugiere la equiparación de los términos “dolo” y “malicia”: una definición de dolo como *dolus malus*.³³ La consecuencia que se seguiría de esto ya ha sido anticipada. El error de prohibición vencible excluiría el dolo, con lo cual el hecho sólo resultaría imputable a título de imprudencia, cuya punibilidad dependería, entonces, de que la ley prevea, específicamente, la punibilidad del respectivo delito imprudente o “cuasidelito”, lo cual por regla general sólo es el caso tratándose de hechos constitutivos de delitos contra las personas, esto es, tipificados en disposiciones contenidas el Título VIII del Libro II del Código Penal, sin perjuicio de la posibilidad de una declaración específica de la punibilidad del respectivo delito imprudente en algún otro contexto regulativo.

Ésta es, en efecto, la lectura de la regulación legal que resulta de la adopción de la tradicional teoría del dolo. Lo que aquí se ha intentado, sin embargo, es sugerir la posibilidad de una lectura parcialmente discrepante, esto es: una lectura que asuma – en el sentido de la teoría de la culpabilidad – la diferenciación entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad desde el punto de vista de su diferente posición relativa en el respectivo nivel de imputación, pero que al mismo tiempo asuma – en el sentido de la teoría del dolo – *la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad como criterio de culpabilidad por el injusto doloso*. Y lo que hay que fundamentar ahora es la plausibilidad de semejante lectura diferenciada, que pretende hacer operativa la vinculación específica entre el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad, proclamada por la teoría del dolo, a través de la diferenciación estructural proclamada la teoría de la culpabilidad, frente a la regulación legal.

Esto, porque si bien el art. 2º del Código Penal parece equiparar, como ya se sugiriera, las nociones de dolo y malicia, esta equiparación tiende a relativizarse en otros sectores de la regulación legal, fundamentalmente en aquellas disposiciones que expresamente incorporan una exigencia específica de “malicia” – aunque jamás de “dolo”. Si “dolo” y “malicia” no fueran más que términos estrictamente sinónimos para el legislador, entonces semejante exigencia expresa de “malicia” no sería sino una redundancia. Pues, dado que la exigencia general de dolo opera por defecto, en virtud de la clausura de la punibilidad de la imprudencia establecida por el art. 10 Nº 13, en relación

³² Véase Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho Penal Chileno I*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 477 ss., 537 ss., quien validaba, como ya se indicara, la tesis de una presunción de derecho del conocimiento de la significación jurídica del hecho de conformidad con la regla del art. 8º del Código Civil.

³³ Así Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General I*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 307 s.

con el art. 4º, del Código Penal, la exigencia específica de “malicia” resultaría enteramente superflua.³⁴

Para evitar esta constatación de una eventual redundancia legislativa, contraria a la máxima de la interpretación útil,³⁵ podrían invocarse dos argumentos. El primero consistiría en sostener que la exigencia específica de “malicia” puede ser entendida como la exigencia de una forma más intensa de dolo, esto es, de dolo directo por oposición al dolo eventual.³⁶ El problema, sin embargo, es que esta estrategia contradice, más bien, la tesis de la estricta equiparación legal de “dolo” y “malicia”, proclamada tradicionalmente por los partidarios de la teoría del dolo como clave de lectura de los arts. 1º y 2º del Código Penal: si “dolo” es igual a “malicia”, y el dolo eventual cuenta como una forma de “dolo”, entonces no es posible imaginar cómo el legislador podría excluir la relevancia de una forma de “dolo” exigiendo nada más que “dolo”.

El segundo argumento consistiría en sostener que la interpretación en cuestión sí evitaría la redundancia, en la medida en que, al exigir “malicia”, el legislador estaría excluyendo la punibilidad del hecho respectivo, en tanto éste sólo resultase imputable a título de imprudencia. El problema, sin embargo, es que semejante argumento sólo funciona tratándose de aquellas exigencias específicas de “malicia” contenidas en disposiciones que tipifican hechos delictivos cuya punibilidad a título de imprudencia efectivamente se encuentra prevista por la ley, lo cual únicamente ocurre tratándose de los arts. 395 y 396, que respectivamente tipifican los delitos de castración y de mutilación. Fuera de este ámbito, la interpretación en cuestión no logra eludir la atribución de una redundancia al legislador, contraviniendo así el principio de la interpretación útil.

Frente a esto, sin embargo, cabe proponer una interpretación alternativa, que procure relativizar la tesis de una estricta equivalencia entre las nociones legales de “dolo” y “malicia”. Para ello, es de máxima relevancia considerar el problema en referencia al art. 342 del Código Penal, que tipifica las variantes típicas de aborto cuya realización es imputable, a título de dolo, a personas distintas de la mujer embarazada. El encabezado del art. 342 exige, en efecto, que el hecho sea cometido “maliciosamente”. Puesto que el aborto, en virtud de su sola posición en el sistema de la regulación legal, no se encuentra configurado como una forma de delito contra las personas, no es admisible una interpretación de “maliciosamente” como equivalente a “dolosamente”, pues ello conllevaría atribuir una redundancia al legislador. Y en contra de esto no cabría aducir que, dado que el art. 343 tipificaría una forma de aborto cuya realización imputable no requeriría dolo, la exigencia de “malicia” en el art. 342 no sería redundante, puesto que, en tal medida, la regulación sí reconocería la punibilidad de una forma de aborto imprudente. Pues el art. 343 habla de “propósito” para referirse al dolo que no necesita darse en el autor, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o bien conste al mismo autor. Lo cual muestra, entonces, que la regulación no recurre a la noción de “malicia” para demarcar el ámbito de punibilidad del aborto doloso y del aborto imprudente.

³⁴ Acerca de esta posibilidad interpretativa véase ya Amunátegui, Felipe: “*Maliciosamente*” y “*A Sabiendas*” en *el Código Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, pp. 46 s.

³⁵ El principio de la interpretación útil constituye un criterio hermenéutico de conformidad con el cual ha de evitarse la interpretación de alguna disposición o expresión legal que prive a ésta de producir efectos normativos.

³⁶ Véase en relación con el aborto (art. 342), la castración (art. 365) y la mutilación (art. 366), Politoff, Sergio, Grisolia, Francisco y Bustos, Juan: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 148 s., 199, 201.

Esto deja abierta la posibilidad de interpretar el término “maliciosamente”, en el contexto del art. 342, como una exigencia específica de conocimiento de la antijuridicidad. Y lo interesante está en que hay buenas razones por las cuales el legislador pudo haber juzgado necesario o conveniente establecer tal exigencia específica.³⁷ Esto concierne directamente el estatus de la prohibición del aborto como una norma que está lejos de ser auto-evidente para el ciudadano. Sobre todo en atención a la altísima conflictividad que esa prohibición muestra en relación con el reconocimiento de la igual dignidad y la igual autonomía de la mujer embarazada, es altamente probable que, a pesar del dolo (“natural”), el autor del hecho pueda no llegar a inferir su específica antijuridicidad, ante todo en virtud de una eventual suposición errónea de la existencia de causas de justificación, es decir, en virtud de un posible error de prohibición indirecto (o “error de permisión”).³⁸ En este contexto, la exigencia expresa de “malicia” tendría que entenderse como una declaración legal de la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad como requisito de la punibilidad del hecho, cuya satisfacción ha de ser exitosamente demostrada por el órgano persecutor.

Así, siempre que el legislador exige que se demuestre positivamente la consciencia de la antijuridicidad, de parte del autor, en la forma de una exigencia de “malicia”, la invocación exitosa de un error de prohibición tendría que operar destruyendo ese presupuesto de la punibilidad del hecho correspondiente. Fuera de este ámbito, sigue estando pendiente determinar cuáles son los efectos que se siguen de un error de prohibición de conformidad con la regulación legal.

Para responder esta pregunta, el punto de partida se halla en la consideración de que la equiparación de las nociones de “dolo” y “malicia”, en el contexto del art. 2º, no tiene que ser entendida, por las razones ya ofrecidas, como una declaración de equivalencia semántica. Más bien, esa equiparación tiene que ser entendida como una indicación de la conexión funcional que cabe reconocer entre la representación de las circunstancias del hecho y la representación de la significación delictiva del hecho, esto es, entre dolo (“natural”) y malicia,³⁹ justamente en el sentido de que la culpabilidad en que se refleja el carácter doloso del hecho sólo puede consistir en una culpabilidad definida por el conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Y esta forma de culpabilidad, que es la única funcionalmente congruente con el injusto subjetivo de un hecho doloso, puede ser entendida, a su vez, como la específica “voluntariedad”, en los términos de la definición del inc. 1º del art. 1º, del hecho constitutivo de un delito doloso.⁴⁰

³⁷ Bajo la tesis aquí favorecida, no es casualidad que tal exigencia figure también, por ejemplo, en el art. 374 bis inc. 2º, que tipifica un delito de mero almacenamiento o adquisición de material pornográfico en cuya producción hubiesen sido utilizados menores de edad, como en los arts. 1º, 2º y 4º de la Ley 19223, que tipifican delitos de sabotaje informático, destrucción y alteración de datos y divulgación de datos, respectivamente. Pues en todos estos casos se trata del reforzamiento jurídico-penal de prohibiciones que están lejos de ser auto-evidentes para el ciudadano. De máxima relevancia resultar ser la circunstancia del establecimiento relativamente reciente de las mencionadas normas de sanción, pues ello sugiere que el uso correspondiente de “malicia” está lejos de ser un mero resabio anacrónico, expresivo de una deficiente técnica legislativa.

³⁸ Indiciariamente en este sentido, Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. I, p. 308.

³⁹ Esto es apenas sugerido por Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 106 s., aunque apoyándose en el escasamente concluyente argumento de que la conjunción “o” que conecta los términos “dolo” y “malicia” sería “alternativa y no equiparativa”. El problema es que esto es lo que debería ser demostrado, y no dado por sentado, por el argumento.

⁴⁰ Con ello, la exigencia de voluntariedad del art. 1º conserva su carácter común frente a la distinción legal entre el delito doloso y el delito imprudente, formulada en el art. 2º. Fundamental para esta interpretación, Bustos, Juan y Soto, Eduardo: “Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido”, en *Revista de Ciencias Penales* XXIII, 1964, pp. 260 s.

Pero de acuerdo con la regla del inciso 2º del art. 1º, el hecho ha de reputarse voluntario, salvo que conste lo contrario; es decir, el hecho *doloso*, en el sentido del art. 2º, ha de reputarse *malicioso*, salvo que se demuestre lo contrario. Luego, el régimen general de la regulación del Código Penal en relación con los presupuestos de la culpabilidad propia del delito doloso – que sólo se ve alterado allí donde la ley exige, expresamente, “malicia” – convierte el conocimiento de la antijuridicidad en objeto de una presunción simplemente legal,⁴¹ la cual sólo resultará derrotada en la medida en que la defensa demuestre, exitosamente, la existencia de un error de prohibición.⁴²

Y si este error de prohibición resulta ser un error vencible, entonces, excluyéndose el carácter malicioso del hecho, la punibilidad del mismo ha de quedar sometida al régimen de punibilidad y penalidad del correspondiente delito imprudente o “cuasidelito”: a menos que su punibilidad como delito imprudente esté específicamente prevista por alguna disposición legal, el hecho sólo resultará punible, en tanto el mismo se encuentre tipificado bajo el Título VIII del Libro II del Código Penal, con arreglo a los arts. 490 y siguientes, que justamente exigen la inexistencia de “malicia”, y no meramente la inexistencia de “dolo”.

Lo anterior no se ve modificado si se toma en cuenta que el legislador ha establecido un régimen diverso en el art. 110 del Código Tributario, consistente en el reconocimiento de una eximente o atenuante en caso de que, tratándose de una persona “de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada”, ella hubiese tenido “un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas”. Pues el conocimiento de la antijuridicidad no depende del conocimiento del alcance de la norma respectiva – pues de lo contrario cualquier error de subsunción podría implicar la inexistencia de consciencia de la antijuridicidad –, sino que se reduce a la inferencia del carácter antijurídico del hecho a partir de la representación de las circunstancias fácticas de las cuales depende la realización del correspondiente tipo delictivo. Por ende, al establecer un régimen distinto, el art. 110 del Código Tributario pone de manifiesto que la exigencia general de malicia como forma de culpabilidad correlativa al eventual carácter doloso del hecho no se encuentra reconocida en el ámbito del derecho (penal) tributario.⁴³ La disposición restringe, por ende, el alcance eximente del error de prohibición previsto (implícitamente) por el Código Penal, de modo que aquellos contribuyentes que no se encuentran en la situación descrita por la regla no pueden invocar un desconocimiento de la ilicitud de su actuar u omitir a modo de exoneración.⁴⁴

La solución general que, por defecto, prevé el Código Penal para los casos de error de prohibición vencible consiste, entonces, en la exclusión del régimen de penalidad asociado a la exigencia de culpabilidad *por* un injusto doloso – esto es, de aquel régimen que presupone una atribución de culpabilidad en la cual se refleja el carácter doloso del

⁴¹ *Ibid*, p. 261.

⁴² A diferencia de la tesis defendida por Amunátegui, Felipe: “*Maliciosamente*” y “*A Sabiendas*” en *el Código Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961, pp. 56 ss., la tesis aquí defendida no parte de la base de la interpretación de la presunción de voluntariedad como una presunción de dolo; antes bien, esa presunción es sólo una presunción de la consciencia de la antijuridicidad, que se ve revertida, entonces, cada vez que el legislador formula una exigencia específica de (la comprobación de) “malicia”.

⁴³ De ahí que no sea posible considerar la regulación del art. 110 del Código de Tributario como instancia particular de un régimen más general que pudiera ser atribuido al legislador. Véase sin embargo van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 63 ss.

⁴⁴ Ello no contraviene exigencia de legitimación alguna que pudiera ser vinculante para el legislador, dado que el art. 2º del Código Penal, al igual que el art. 110 del Código Tributario, constituye una norma de rango legal: *lex specialis (posterior) derogat lege generali (priori)*.

injusto (subjetivo) –, subsistiendo únicamente la aplicabilidad del régimen de penalidad correspondiente a la culpabilidad referida a un injusto imprudente, siempre que la ley prevea la punibilidad del hecho imputable a título de imprudencia en el ámbito delictivo correspondiente.

2.4. La demarcación precisa de los presupuestos del error de prohibición

Aquí es importante constatar que la solución propuesta sólo se aleja de la que favoreciera la Corte Suprema, en sus dos emblemáticos pronunciamientos de los años 1998 y 1999, ya examinados, en lo tocante a las consecuencias del reconocimiento de un error de prohibición vencible. Pues tratándose de un error de prohibición invencible, ambas propuestas llevan a la misma consecuencia: exclusión de toda responsabilidad jurídico-penal por inexistencia de culpabilidad. Por ende, la diferencia importante concierne el régimen de punibilidad y penalidad aplicable en los casos de error de prohibición vencible: mientras que la propuesta hecha suya por la Corte Suprema, que se corresponde con la fundamentación tradicional de la teoría de la culpabilidad, se limita a postular el reconocimiento de una atenuación de la responsabilidad por vía analógica, la propuesta aquí defendida, que lleva al mismo resultado tradicionalmente defendido por los partidarios de la teoría del dolo, somete la punibilidad y penalidad del hecho, en el mismo caso, al régimen aplicable al correspondiente delito imprudente.

Aquí es importante reparar, por de pronto, en que la propuesta aquí favorecida, a diferencia de aquella hecha suya por la Corte Suprema, exhibe la ventaja considerable de resultar estrictamente congruente con el texto de la regulación legal: en la medida en que los arts. 490 y 492 prevén que el régimen aplicable al delito imprudente supone la inexistencia de malicia, y en la medida en que por “malicia” haya que entender, según ya se sostuviera, la específica consciencia de la antijuridicidad del hecho posibilitada por la representación de las circunstancias del hecho, resulta del todo consecuente afirmar la aplicabilidad de dicho régimen a los casos de error de prohibición vencible. Y según ya se mostrara también, la solución postulada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes que ajustarse a los términos del Código Penal chileno, parece presuponer un contexto regulativo como el de la legislación alemana o la legislación española.

Pero para defender la plausibilidad y, sobre todo, la verosimilitud de la lectura de la regulación aquí favorecida, puede ser importante, asimismo, dar cuenta de que sus consecuencias distan de ser lo radicales que parecerían ser, al menos a primera vista. Pues una objeción en tal sentido desconocería, en efecto, que las condiciones de las cuales depende el reconocimiento de un error de prohibición, y ya con independencia de su carácter vencible o invencible, son más estrictas que lo pudiera imaginarse. Desde ya, porque la representación, por parte del autor, del carácter específicamente antijurídico del hecho no necesita en modo alguno consistir en una representación cabal del sentido y alcance de la norma respectiva. Antes bien, para la consciencia (“actual”) de la antijuridicidad del hecho es suficiente que el autor infiera el carácter específicamente antinormativo de su actuar a partir de su conocimiento de las circunstancias fácticas de

las cuales depende la realización del tipo.⁴⁵ Y obviamente esto no exige en modo alguno que el autor llegue, en sentido técnico, a subsumir su comportamiento bajo el tipo delictivo correspondiente, sino sólo que llegue a la conclusión de que su comportamiento, en atención a las características que objetivamente fundamentan su antijuridicidad, ha de ser un comportamiento contrario a derecho, precisamente en atención a su descripción como un comportamiento de esas características.⁴⁶ Es recién en este nivel, y no en el de la determinación del dolo (“natural”) por referencia al conocimiento de las circunstancias fácticas de las cuales depende, objetivamente, la realización del tipo, que cabe recurrir a la así llamada “valoración paralela en la esfera del lego”, precisamente en la adscripción del conocimiento de la antijuridicidad.⁴⁷

Y esta consciencia de la específica antijuridicidad del hecho, por otra parte, no necesita conllevar una representación de su ilicitud que sea rayana en la certeza, sino que es suficiente lo que cabría denominar un “conocimiento eventual de la antijuridicidad”.⁴⁸ Pues esto se sigue, sin más, del reconocimiento de la función indiciaria del dolo, ya analizada. Si el dolo, definido en su forma básica como dolo eventual, se satisface con una representación, con un grado de probabilidad relevante para la decisión, de la posibilidad concreta de la realización del tipo delictivo a través del propio comportamiento, entonces semejante dolo (eventual) a lo sumo podrá fundamentar una representación equivalente, definida por el mismo grado de probabilidad, del carácter antijurídico del hecho. Para dar un ejemplo: si un sujeto cree, con un grado de probabilidad de X%, que aquello sobre lo cual dispara con un arma de fuego es un ser humano, entonces su conocimiento de la antijuridicidad del hecho (en tanto constitutivo de homicidio) no podrá superar el grado de probabilidad de X%. Dicho en otros términos: el conocimiento de la antijuridicidad del hecho – al igual que el conocimiento de las circunstancias del hecho (= “dolo”) sobre el cual reposa aquél – subsiste, en el caso normal, “a pesar de la duda”.⁴⁹

De esto es posible extraer dos consecuencias fundamentales, en lo que aquí interesa. Por una parte, la eventual aceptación de la tesis aquí desarrollada, según la cual el régimen de punibilidad y penalidad aplicable al hecho atribuible a una persona en quien se da un error de prohibición vencible ha de consistir en el régimen legal previsto para el correspondiente delito imprudente o “cuasidelito”, está lejos de significar el otorgamiento de un “bolsón general de impunidad”, dado lo estrictas que son las condiciones para reconocer, de entrada, un posible error de prohibición. Pero por otra parte, aun de no seguirse la solución aquí propuesta, bajo la convicción de que la solución favorecida por la jurisprudencia de la Corte Suprema no estaría expuesta a las objeciones concluyente que aquí se han esgrimido en su contra, de todas formas es necesario reconocer que entre el dolo – entendido como la representación de las circunstancias del hecho – y la consciencia de la antijuridicidad del hecho existe una conexión funcional que ha de guiar el examen de las condiciones específicas que han de verificarse a la hora de afirmarse la culpabilidad por un injusto atribuible a título de dolo. Pues son las características objetivas del hecho de las cuales depende su contenido de injusto lo que el sujeto ha de

⁴⁵ Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Frisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 161 s.

⁴⁶ Binding, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2009, pp. 53 s.

⁴⁷ Así Kindhäuser, Urs: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en Frisch *et al*, *El error en el derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 162.

⁴⁸ Silva Sánchez, Jesús: “Observaciones sobre el conocimiento ‘eventual’ de la antijuridicidad”, en, del mismo, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 259 ss.

⁴⁹ Binding, Karl: *La culpabilidad en derecho penal*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2009, pp. 55 s.

representarse, con el grado de probabilidad relevante, para que el hecho le resulte subjetivamente imputable a título de dolo. Y es solamente esta representación de las circunstancias del hecho, constitutiva del dolo “natural”, lo que a su vez puede llevar a que el sujeto advierta la eventual antijuricidad del hecho que le resulta imputable. Como se intentará mostrar en lo que sigue, ésta es una consideración capital a la hora de indagar en la manera en que cabría reconocer la eficacia eximente de un error de prohibición en relación con un hecho constitutivo de violación o abuso sexual respecto de una persona menor de 14 años.

3. El error de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad por el injusto de un delito contra la libertad o la indemnidad sexual

3.1. Contenido de injusto y bien jurídico

De acuerdo con la descripción de la conexión funcional entre el injusto y la culpabilidad que se propusiera más arriba, el injusto tiene que ser entendido como el objeto de referencia de la culpabilidad, pues sólo de esta manera cabe dar cuenta de la exigencia de culpabilidad precisamente como una exigencia de culpabilidad por el injusto. Y ésta es la clave para la tesis, ya fundamentada, de que la función del dolo se reduce a posibilitar la consciencia de la antijuricidad del hecho. En tales términos, el dolo determina el alcance de la consciencia de la antijuricidad. Pues un sujeto sólo puede reconocer la ilicitud de su comportamiento bajo la descripción de su comportamiento que le es conocida. Y lo que determina que tal conocimiento de una posible descripción del propio comportamiento del autor cuente como el dolo del hecho no es sino que esa descripción se refiera a aquellas características del mismo comportamiento que le confieren relevancia típica.

Lo anterior significa que la única manera de determinar la especificidad tanto del dolo como de la consciencia de la antijuricidad, entendidos como criterios de imputación de un hecho eventualmente constitutivo de un delito contra la libertad o la indemnidad sexual (de otra persona), es atendiendo a la especificidad de la descripción típica de ese mismo hecho.

Aquí resulta indispensable, por ende, determinar qué componentes de la descripción típica de un comportamiento eventualmente constitutivo de un delito “de significación sexual” son aquellos cuya realización puede servir de indicio de la ilicitud de ese mismo comportamiento, en la medida en que el agente tenga consciencia de su realización. Y a este respecto, lo primero que se impone es la constatación de que el problema queda completamente oscurecido en la medida en que se hable aquí, precisamente, de “delitos de significación sexual”, o aun de “delitos sexuales”.⁵⁰ Pues esta terminología justamente se distingue por hacer irreconocible aquellos componentes de las respectivas descripciones típicas que confieren la correspondiente “marca de injusto” al comportamiento que satisface alguna de esas descripciones. Esto, porque dicha terminología, que parece encontrarse plenamente enraizada en la discusión forense, disocia enteramente la designación del específico injusto típico, por un lado, de la identificación del fundamento de la antijuricidad material del correspondiente injusto

⁵⁰ Véase a este respecto la observación de Manuel de Rivacoba contenida en el prólogo de Rodríguez Collao, Luis: *Delitos Sexuales*, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 9 s.

típico, por otro. Pues la etiqueta “delito de significación sexual”, que responde más bien a la adopción de un punto de vista puramente fenoménico, no expresa en modo alguno cuál sería el objeto de protección de la norma eventualmente quebrantada por el autor del delito, esto es, cuál sería el bien jurídico cuyo menoscabo conferiría la marca de injusto al hecho típico.

Así, en tanto se favorezca la terminología de los “delitos de significación sexual” o “delitos sexuales”, resulta imposible dar cuenta de la muy diversa marca de injusto que exhibe un hecho constitutivo de violación y un hecho constitutivo de incesto, o bien entre un hecho constitutivo de estupro y un hecho constitutivo de sodomía (en relación con un menor de 18, pero mayor de 14 años).⁵¹ Para ejemplificar el punto en atención a la última contraposición: si bien tanto el estupro (tipificado en el art. 363) y la sodomía (tipificada en el art. 365) pueden ser entendidos como delitos “de significación sexual”, y si bien la descripción típica de uno y otro exige que el autor realice una acción constitutiva de acceso carnal sobre una persona menor de edad, pero mayor de 14 años, el específico contenido de injusto de uno y otro es abismalmente divergente. Pues en la medida en que su descripción típica exige la realización de una forma de interacción abusiva con el menor, quien entonces puede ser identificado como víctima, el estupro puede ser entendido como un delito cuyo contenido de injusto se corresponde con el menoscabo de un bien jurídico individual. Y esta consideración está completamente fuera de lugar para la caracterización del injusto específico de la sodomía, que, a pesar del lugar común tradicionalmente esgrimido en contrario, y que recientemente hiciera suyo la opinión de mayoría expresada en la sentencia del Tribunal Constitucional, que afirmó la constitucionalidad de la norma contenida en el art. 365 del Código Penal,⁵² no puede identificarse con el menoscabo de un bien jurídico individual, así como tampoco con el menoscabo de un bien jurídico colectivo que no se reduzca a un juicio difuso de aversión a la homosexualidad.

Sobra decir que esta caracterización no legitima en modo alguno la norma de sanción penal que tipifica la sodomía, sino que constata y denuncia su ilegitimidad. Lo importante aquí es advertir que dicha constatación tiene consecuencias interpretativas de suma relevancia. Pues en la medida en que no es posible identificar la marca de injusto de la sodomía con aquella del estupro, se vuelve posible, por ejemplo, entender que lo que cuenta como “acceso carnal” bajo una y otra descripción típica no necesita ser coincidente. Estando excluida ya la penetración por vía vaginal en atención a la anatomía de la persona que cuenta como objeto del hecho – y que sin embargo no es “víctima”, dado que no se trata aquí de un bien jurídico individual cuya titularidad pudiera corresponder a una persona determinada –,⁵³ es admisible la postulación de una interpretación restrictiva que excluya también la relevancia típica de una penetración por vía oral, en la medida en que históricamente sólo la penetración por vía anal haya reclamado el estatus de sodomía, sin que a su respecto resulten pertinentes, entonces, la consideraciones esgrimidas a favor de la ampliación del ámbito típico de los delitos de

⁵¹ Véase a este respecto el informe en derecho acompañado con fecha 14 de octubre de 2010 por la Defensora Nacional en los autos Rol N° 1683-10, ante el Tribunal Constitucional, a fojas 146 y ss., respaldando una pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma de sanción del art. 365 del Código Penal.

⁵² Por sentencia de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-10.

⁵³ Esto resulta de que sólo un varón puede ser autor (directo) de un hecho tipificado como constitutivo de un acceso carnal, en la medida en que sólo una penetración cuente como “acceso carnal” y sólo la introducción del pene cuente como “penetración”, y de que, con arreglo al art. 365, el acceso haya de recaer sobre una persona del mismo sexo del autor.

violación y estupro con ocasión de la reforma introducida por la Ley 19617, del año 1999. Y esto, precisamente porque dichas consideraciones apuntaban a la necesidad de protección de bienes jurídicos – la libertad o la indemnidad sexual – cuyo menoscabo es enteramente ajeno al contenido de injusto del delito tipificado en el art. 365.

3.2. La relevancia de la exigencia típica relativa a la edad de la víctima

Las breves referencias precedentes al específico contenido de injusto del delito de estupro pueden servir de base para dar cuenta de un dato de la regulación legal que aquí interesa, y que concierne la relevancia de la edad de la posible víctima – en sentido estricto – de un delito “de significación sexual”. Pues que la realización del tipo delictivo dependa de que la persona que es objeto de penetración pertenezca al rango de edad que va desde los 14 hasta los 18 años, es expresivo de una de las claves básicas de la definición legislativa del alcance de protección jurídico-penal de la libertad y la indemnidad sexual.

La necesidad de hablar disyuntivamente de la libertad sexual y la indemnidad sexual se sigue, en efecto, de las consecuencias normativas que la regulación asocia a la edad de la persona que puede contar como víctima del hecho delictivo en cuestión. Pues al menos tratándose de la tipificación de aquellos delitos que admiten ser entendidos, en este ámbito, como delitos de lesión – y no de peligro abstracto, como los de producción de material pornográfico con utilización de menores de edad (art. 366 quinquies), proxenetismo respecto de menores de edad (art. 367) y obtención recompensada de servicios sexuales (art. 367 ter) –,⁵⁴ es la circunstancia de que la potencial víctima sea una persona mayor o menor de 14 años de edad lo que determina si el contenido de injusto del hecho eventualmente delictivo habrá de identificarse con un menoscabo de su libertad sexual o de su indemnidad sexual, respectivamente.

Usualmente, esta última cuestión se expresa en la terminología del reconocimiento de la exclusión del injusto del hecho en atención a la posible significación del consentimiento del afectado: mientras que los mayores de 14 años serían “capaces de consentir sexualmente”, quienes aún no han alcanzado esta edad serían “incapaces de consentir sexualmente”. Esta manera de hablar apunta a algo que es indiscutiblemente correcto, pero impropia mente expresado. Pues las circunstancias que, por ejemplo, pueden convertir en constitutivo de violación, en los términos del art. 361 del Código Penal, el contacto sexual consistente en la penetración por vía oral, anal o vaginal de una persona mayor de 14 años no son circunstancias bajo las cuales resulte excluido, en términos dogmáticamente precisos, el consentimiento del afectado en relación con un comportamiento que en sí mismo considerado – esto es, haciendo abstracción de la existencia o no de tal “consentimiento” – pudiera reclamar relevancia jurídico-penal.

Antes bien: semejante contacto sexual recién adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que tenga lugar bajo alguna de las circunstancias enunciadas en dicho artículo. Pues en términos dogmáticamente refinados, el consentimiento siempre ha de

⁵⁴ A favor de esa interpretación de la disposiciones mencionadas, como expresivas de normas de sanción que tipifican delitos de peligro abstracto en contra de la libertad y la indemnidad sexual, habla decisivamente el hecho de que en ellas se hable en plural de “menores de edad” o “menores de 18 años” o “mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad” para caracterizar a los individuos en relación con quienes el potencial autor ha de ejecutar el hecho típico. Técnicamente, por lo mismo, esos individuos no pueden contar como víctimas.

entenderse referido a un determinado menoscabo de un bien jurídico (individual), menoscabo que precisamente no se da, tratándose de un contacto sexual de tal naturaleza, a menos que la penetración sea efectuada bajo alguna de las circunstancias de comisión alternativamente fijadas en el art. 361 (o bien en el art. 363, siempre que la víctima, siendo mayor de 14, no sea aún mayor de 18 años).⁵⁵ Pues no concurriendo alguna de esas circunstancias no es posible siquiera reconocer un menoscabo del bien jurídico protegido por la norma de cuyo quebrantamiento se trata, a saber: la libertad sexual.

Por ende, lo que diferencia la posición de una persona mayor de 14 años de aquella de una persona menor de 14 años como posible víctima de alguno de los delitos que aquí interesan es la circunstancia de que sólo a la primera se reconoce capacidad de desenvolvimiento libre en la interacción o tráfico sexual, esto es, autonomía sexual; una persona menor de 14 años, en cambio, queda precisamente definida como sujeto privado de esa capacidad de desenvolvimiento sexual, esto es, de todo margen de autonomía sexual, lo cual se traduce en que la regulación lo convierta en objeto de la más estricta y absoluta tabuización. Y es precisamente este estatus de persona sexualmente intangible lo que constituye el objeto de protección de las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento se encuentra tipificado en los arts. 362, 365 bis N° 2, 366 bis y 366 quáter incs. 1° y 2°.

Tratándose de personas a quienes la ley reconoce capacidad de desenvolvimiento libre en la interacción sexual, ahora bien, la regulación introduce una nueva distinción, que también se expresa por referencia a la edad de la víctima, entre aquellas que serían paradigmáticamente capaces de libre desenvolvimiento sexual, por una parte, y aquellas que sólo lo serían incipientemente, a saber, todas aquellas personas que son mayores de 14 y menores de 18. Las personas pertenecientes a este rango etario intermedio pasan a quedar sometidas a un estatus especial, asociado a un juicio legislativo relativo a la especial vulnerabilidad de su desenvolvimiento sexual libre, lo cual lleva aparejada la aplicabilidad de un régimen de protección intensificada a su respecto, que propiamente admite ser caracterizado como “paternalista”. Dicho régimen de protección intensificada queda constituido – haciendo abstracción aquí de las normas que protegen formas de menoscabo constitutivas de peligro abstracto – por el reforzamiento jurídico-penal de la prohibición del estupro (art. 363), de la correspondiente prohibición del abuso sexual bajo idénticas circunstancias de comisión (art. 365 bis N° 3 y art. 366 inc. 2°), así como por la prohibición de involucramiento de un menor en una acción de significación sexual (art. 366 quáter inc. 3°).

Podría parecer que las escuetas disquisiciones sistemáticas precedentes se alejan del objeto temático del presente informe, pero ello no es el caso. Pues dichas disquisiciones sugieren que la edad de la víctima de un hecho constitutivo de un delito contra la libertad o la indemnidad sexual de una persona es la variable decisiva para establecer cuál pudiera ser el contenido de injusto específico del hecho de tener lugar bajo alguna de las circunstancias de comisión respectivamente relevantes. Y esto, hasta

⁵⁵ Por ende, para designar aquellas formas de “voluntad conforme” con la ocurrencia del contacto sexual por parte de la persona cuya cavidad corporal es penetrada que obstan a la verificación de alguna de las modalidades de comisión enunciadas en los numerales del art. 361, es conveniente hablar de un “acuerdo” que es conceptual o semánticamente incompatible con la efectividad de la circunstancia de la cual depende la correspondiente realización típica. Para esta distinción entre las categorías dogmáticas del consentimiento y el acuerdo, Mañalich, Juan Pablo: *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 100 ss.

el punto de que es justamente la edad de la víctima lo que determinará si ese contenido de injusto ha de identificarse con la lesión de la libertad sexual o bien con la lesión de su indemnidad sexual. Y como ya se ha puesto de manifiesto, se trata aquí de dos bienes jurídicos no sólo distintos, sino que esencialmente contrapuestos, precisamente en atención a que aquellas personas que en razón de su edad pueden llegar a ser víctimas de un delito contra su indemnidad sexual son legislativamente declaradas como privadas de todo reconocimiento de libertad sexual.⁵⁶

De esto se sigue una consecuencia de la mayor trascendencia para lo que aquí interesa, en lo específicamente concerniente a la conexión entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad. Es evidente, por de pronto, que el desconocimiento del rango etario al que pertenece la víctima volverá imposible que quien realiza a su respecto un contacto sexual relevante bajo la tipificación de algún delito contra la indemnidad sexual tenga consciencia de la ilicitud de su actuar, lo cual, sin embargo, no constituiría más que el efecto reflejo de la correspondiente falta de dolo en tal caso; ese desconocimiento, en otras palabras, no representa sino un error de tipo, cuya existencia implica, según ya se mostrara, la existencia de un correspondiente error de prohibición.⁵⁷ Pero lo importante es que aun de estar al tanto el sujeto del rango etario al que pertenece la víctima, este conocimiento sólo podrá servirle de indicio de la antijuridicidad del contacto sexual mantenido con esa persona en tanto el primero reconozca y comprenda el fundamento de protección que determina el carácter prohibido de su comportamiento. Y dada la heterogeneidad de los fundamentos de protección sintetizados en las nociones (normativamente cargadas) de libertad sexual e indemnidad sexual, no hay razón alguna para asumir que cualquier ciudadano que reconozca y comprenda el merecimiento de protección del primero de esos bienes jurídicos (= libertad sexual) tuviera también que reconocer y comprender el merecimiento de protección del segundo (indemnidad sexual), precisamente por la esencial contraposición existente entre uno y otro.

Y aunque pueda ser plausible suponer que hay razones para dar por sentado el reconocimiento y la comprensión del fundamento de protección de la indemnidad sexual allí donde se trata de un recién nacido o un infante, ello deja de ser igualmente inequívoco en la medida en que la víctima se acerca al umbral de la pubertad. Pues aun bajo la hipótesis de que el eventual autor sepa que la víctima aún no ha cumplido los 14 años de edad al momento del respectivo contacto sexual, esto es, bajo la hipótesis de la inexistencia de un error de tipo que pudiera obstar a la adscripción de dolo (“natural”) a este respecto, ello de ninguna manera garantiza que cualquier ciudadano, sea cuál sea el respectivo contexto socio-cultural, vaya a poder inferir, a partir de tal representación, la ilicitud del contacto sexual.

3.3. ¿Resurgimiento de la solución del error *iuris nocet* en la jurisprudencia?

En la jurisprudencia de la última década se registra un pronunciamiento puntual de la Corte Suprema, emitido por sentencia de 21 de diciembre de 2004, Rol N° 3173-04, que tiene máxima significación para el establecimiento de las implicaciones del análisis

⁵⁶ Para una revisión exhaustiva del problema en el ámbito comparado, véase Waites, Matthew: *The Age of Consent. Young People, Sexuality and Citizenship*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2005, especialmente pp. 11 ss., 208 ss. Al respecto también Couso, Jaime: “La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal”, en Alegre *et al*, *Derecho y Sexualidades. SELA 2009*, Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss.

⁵⁷ Véase *supra*, 2.2.

ofrecido en la sección anterior, precisamente porque concierne los criterios de reconocimiento de un posible error de prohibición directo por desconocimiento de la significación jurídica de la calidad de menor de 14 años de la persona con la cual el imputado mantenía una relación sentimental, en el marco de la cual tuvieron lugar contactos sexuales constitutivos de acceso carnal de su parte. El caso llegó a ser conocido por la Corte a través de un recurso de casación en la forma y otro de casación en el fondo, siendo acogido el primero. En la sentencia de reemplazo, la Corte se pronunció sobre la invocación de un error de prohibición, con eficacia eximente de responsabilidad, por parte de la defensa. Por su importancia, el considerando amerita ser reproducido íntegramente:

Que la defensa ha fundado petición de absolución del inculpado en la contestación de las acusaciones, alegando que ha incurrido en error de prohibición que hace consistir en el hecho que por su declaración y demás antecedentes del proceso desconocía que la sola edad de la persona con la cual mantenía relaciones sexuales era determinante para la configuración del delito de violación por el cual fue acusado. [...] Pues bien, la defensa no se funda precisamente en la conciencia del defendido de estar ejecutando un acto lícito en la persona del menor, si no más bien en el simple desconocimiento de que la sola edad del menor era determinante del delito, lo que equivale a alegar la ignorancia de la norma invocada en el considerando anterior para tipificar el delito de violación, alegación que expresamente se encuentra prohibida después de que la ley ha entrado en vigencia conforme lo sanciona el artículo 8º del Código Civil, siendo obligatoria y se presume su conocimiento desde que ha sido publicada en el Diario Oficial (artículo 7º inciso 1º). Luego, esta presunción obligaba a la defensa a probar de contrario el conocimiento real por parte del encausado que la minoridad de la ofendida era constitutivo [*sic*] de delito y al no hacerlo no corresponde su aceptación (c. 5º).

Aquí no es necesario someter el tenor de este considerando a un escrutinio exhaustivo.⁵⁸ Lo que interesa, más bien, es centrarse en las razones esgrimidas por la Corte para negar la existencia de un error de prohibición. En el caso, lo que se planteaba era la alegación de un error de prohibición directo, esto es, un error que (eventualmente) podía excluir la culpabilidad del sujeto en virtud de su desconocimiento de la ilicitud de su comportamiento. Para rechazar esa alegación, la Corte postuló una distinción entre el desconocimiento “de estar ejecutando un acto lícito en la persona del menor”, por una parte, y “el simple desconocimiento de que la sola edad del menor era determinante del delito”.⁵⁹ Así, y a juicio de la Corte, lo primero habría podido conducir, efectivamente, al reconocimiento de un error de prohibición, mientras que lo segundo, que equivaldría a “alegar la ignorancia de la norma invocada”, no daría lugar a una exclusión de la culpabilidad por el hecho. Pues resolver en sentido contrario, sostuvo la Corte, supondría

⁵⁸ Al respecto véase Mañalich, Juan Pablo: “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005), pp. 387 ss., 446 ss.

⁵⁹ Igual distinción hizo suya, frente a un caso análogo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 7 de diciembre de 2007, Rol N° 1277-07, en su considerando 4º. Llamativamente, la misma consideración aparece en (el considerando 13 de) la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 27 de octubre de 2009, Rol N° 73-09 por la cual se confirmara la decisión de absolución, también en relación con un hecho típico en el sentido del art. 362 del Código Penal, en virtud del reconocimiento de la eficacia eximente de un error de prohibición invencible.

desconocer la presunción de conocimiento de la ley establecida en el artículo 8º del Código Civil.

Lo que la Corte sugirió, en otros términos, es que reconocer eficacia eximente al desconocimiento de que la sola edad de la víctima determinaba la ilicitud del contacto sexual mantenido con ella equivaldría a reconocer eficacia eximente al desconocimiento de la correspondiente norma prohibitiva, lo cual sería incompatible con la presunción de conocimiento de la ley establecida en el Código Civil. El problema es que esto último desconoce abiertamente que, según lo ya sostenido, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho depende de que el sujeto se represente que existe alguna norma de comportamiento jurídicamente que prohíbe su comportamiento. Según ya se sostuviera, esto no requiere en modo alguno que el sujeto tenga una representación acabada del alcance preciso de la norma en cuestión, sino que es suficiente que el sujeto concluya, sobre la base de su (efectiva) representación de las circunstancias del hecho – representación que es constitutiva del dolo correspondiente –, que su comportamiento ha de ser contrario a (una norma del) derecho, puesto que nada más cabe exigir del ciudadano de un Estado democrático.⁶⁰

Por ende, la pregunta fundamental tendría que haber sido la de si el desconocimiento de que la sola edad de la víctima, por tratarse de una menor de 14 años, conlleva una absoluta prohibición de un contacto sexual, constitutivo de acceso carnal, a su respecto, ponía en jaque o no el reconocimiento de una culpabilidad por el injusto del menoscabo de la indemnidad o intangibilidad sexual de la víctima.

Y la consideración determinante para responder esa pregunta concierne la significación del factor de la edad de la víctima como razón suficiente para convertir en ilícito el respectivo contacto sexual. Que una determinada forma de contacto sexual se encuentre prohibida, independientemente de cualquier otra circunstancia adicional, respecto de toda persona que aún no alcanza una cierta edad, implica que la representación de la significación de esa circunstancia es decisiva para que el destinatario de la norma llegue a estar en posición de evitar intencionalmente su quebrantamiento. Y esto quiere decir, a su vez, que el desconocimiento invocado por la defensa del imputado afectaba ya sus posibilidades de comprender en qué consiste el bien jurídico – la indemnidad o intangibilidad sexual del menor – cuyo menoscabo tenía que ser evitado a través de la abstención del contacto sexual en cuestión. Esto es: dado lo que el imputado desconocía, él ni siquiera se representaba en qué pudiera consistir el objeto de protección de la norma cuyo quebrantamiento tendría que fundamentar el correspondiente reproche punitivo a serle dirigido.

Por ende, es simplemente incomprensible la afirmación de que bajo el derecho chileno el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho podría tener eficacia excusante, y que al mismo tiempo carecería de toda relevancia que el sujeto desconozca que, en atención a la sola edad de la víctima, su comportamiento constitutivo de un acceso carnal sobre ésta resulta *per se* delictivo. Pues desconocer que dicha circunstancia confiere *per se* carácter delictivo al comportamiento en cuestión equivale a desconocer la antijuridicidad del hecho.

⁶⁰ Esto no obsta, ciertamente, a que el conocimiento de la norma haga sin más reconocible para su destinatario el conocimiento de la ilicitud de su actuar, en la medida en que el sujeto tenga conocimiento de las circunstancias fácticas que le confieren relevancia típica a su comportamiento, esto es, en la medida en que actúe dolosamente.

Más allá de lo anterior, también cabe reparar en lo anómala que resulta la maniobra argumentativa global desplegada por la Corte en fallo aquí considerado. Por una parte, la Corte reconoció la eficacia eximente del error de prohibición, en congruencia con su línea de jurisprudencia abierta por el fallo de 1998.⁶¹ Por otra parte, empero, la Corte negó la eficacia eximente del desconocimiento de la correspondiente norma prohibitiva, por aplicación del artículo 8º del Código Civil. Mas la misma Corte terminó afirmando que la presunción establecida en dicho artículo “obligaba a la defensa a probar de contrario el desconocimiento real por parte del encausado que la minoridad de la ofendida era constitutivo [sic] de delito”. O sea, la Corte sugirió una interpretación del artículo 8º del Código Civil como estableciendo una presunción simplemente legal, que en tanto tal admitiría prueba en contrario. Esto contradice, desde luego, la interpretación tradicional de la disposición en cuestión, pero también resulta inconciliable con el señalamiento previo de la Corte, ya criticado, según el cual en ningún caso el desconocimiento de la norma podría constituir un error de prohibición excluyente de la culpabilidad por el hecho.

La sugerencia de la admisibilidad de prueba en contrario parece más bien corresponderse con la lectura del art. 1º del Código Penal tradicionalmente propuesta por los partidarios de la teoría de la culpabilidad, que interpreta la presunción de voluntariedad establecida en el inc. 2º de esa disposición como una presunción derrotable de la consciencia de la antijuridicidad del hecho. Y esta presunción no podría en caso alguno ser entendida como presunción de derecho, al menos en tanto se sostenga, como lo hiciera ya la propia Corte Suprema, que ello estaría excluido por la proscripción constitucional de presunciones de derecho de responsabilidad penal (art 19 N° 3 inc. 6º CPR). Todo el problema se suscita, por ende, por la circunstancia de que en el fallo aquí examinado la Corte Suprema no haya sido enteramente consistente con sus dos importantes pronunciamientos previos, en los cuales, por buenas razones, no se registra referencia alguna a lo dispuesto en el art. 8º del Código Civil para los efectos de afirmar o negar la eficacia eximente de un error de prohibición. Pues de acuerdo con lo ya sugerido, dicha disposición es enteramente impertinente para resolver el problema que aquí interesa. Pues en la medida en que, de conformidad con los arts. 1º y 2º del Código Penal, el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho puede conllevar la falta de “voluntariedad” o bien aun la inexistencia de “malicia” – según cómo sean interpretadas dichas disposiciones –, y en la medida en que una falta de representación de la existencia de una norma puede implicar semejante desconocimiento de la antijuridicidad, no hay razón alguna para dudar que las reglas expresadas en aquellos artículos restringen el ámbito de aplicabilidad de la regla del art. 8º del Código Civil. Tratándose de reglas pertenecientes a un mismo rango de jerarquía normativa, no puede más que valer la máxima: *lex specialis derogat lege generali*.

A favor de lo anterior existe un ulterior antecedente de la mayor importancia, que es oportuno mencionar en este punto. Se trata de la regla del inc. 2º del art. 38 de la Ley 20357, de 18 de julio de 2009, “que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y los crímenes y delitos de guerra”, cuya promulgación y entrada en vigencia se tradujo en que se incorporase al derecho doméstico buena parte del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional, una vez que el Estado de Chile hubo ratificado el Estatuto de Roma.

⁶¹ Véase *supra*, 1.3.2.

En lo que aquí interesa, la disposición establece que “[n]o se podrá alegar la concurrencia del error sobre la ilicitud de la orden de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad”, lo cual responde a la idea según la cual tales crímenes internacionales constituirían la instancia paradigmática de *mala in se*.⁶² Lo fundamental está, sin embargo, en que por esa vía la disposición hace posible concluir, a *contrario sensu*, que por defecto siempre será posible invocar un error sobre la ilicitud del hecho de cuya imputación se trate, lo cual no hace sino reforzar la hipótesis según la cual el legislador chileno ya reconoce la eficacia eximente del error prohibición.

3.4. La significación del contexto socio-cultural

Según ya se ha sostenido, es necesario reconocer la existencia de un error de prohibición, con independencia todavía de si éste ha de calificarse como vencible o invencible, siempre que el sujeto no reconoce la concreta antijuridicidad de su actuar en atención a las circunstancias del hecho que son determinantes para su contrariedad a derecho. En el ámbito que aquí interesa, y en especial en relación con la ilicitud específica de las formas de comportamiento constitutivas de menoscabos típicos de la indemnidad o intangibilidad sexual de personas menores de 14 de años, resulta imprescindible atender a una variable que casi siempre resulta invocada, más allá de cuán precisamente se la identifique, cuando se plantea la alegación de un error de prohibición a este respecto, a saber: un cierto contexto socio-cultural definido por un más o menos amplio margen de tolerancia de la interacción sexual con menores que se encuentran ya en el umbral mínimo de la pubertad.

Ello ciertamente se vincula con, pero no es idéntico a, la progresiva baja de la edad de iniciación sexual que sería reconocible en Chile dentro del lapso de las últimas décadas.⁶³ Lo que aquí interesa no es directamente este último fenómeno, sino más bien la circunstancia de que, según lo sugieren las estadísticas oficialmente validadas a este respecto, la creciente prevalencia de la anticipación de la edad de iniciación sexual vaya asociada, en el caso de las menores de sexo femenino, a la existencia de una diferencia de edad de 4 ó 5 años con la persona que constituye la respectiva primera pareja sexual.⁶⁴ Y la importancia de esto es que si bien la regulación legal vigente concede relevancia – a través de la regla de la así llamada “excepción de Romeo y Julieta” (art. 4º de la Ley 20084) – al margen de diferencia de edad entre autor y víctima tratándose de hechos constitutivos de violación, abuso sexual o involucramiento en una interacción de significación sexual cometidos en contra de una persona menor de 14 años, la “realidad social” muestra un importante grado de discontinuidad respecto de dicha regulación legal.

Lo anterior, desde ya porque los términos del art. 4º de la Ley 20084 resultan incompatibles con la idea de que, en la medida en que la diferencia de edad entre quienes tiene lugar el contacto sexual en cuestión no sobrepase cierto umbral, el hecho dejaría de ser propiamente delictivo, en el sentido de que esa circunstancia operase, por ejemplo,

⁶² Al respecto Mañalich, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Flandes Indiano, Santiago, 2010, pp. 15 ss. Para esta noción de delitos constitutivos de *mala in se*, véase *infra*, 3.5.

⁶³ Sobre el fenómeno y su significación para la evaluación del modelo regulativo hecho suyo por el derecho penal chileno, véase Couso, Jaime: “La sexualidad de los menores de edad ante el derecho penal”, en Alegre *et al*, *Derecho y Sexualidades. SELA 2009*, Librería, Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss., 240 ss.

⁶⁴ *Ibid*, p. 240.

excluyendo el injusto – esto es, la tipicidad o la antijuridicidad – del hecho;⁶⁵ y tampoco es plausible una lectura de la disposición según la cual ésta establecería una excusa legal absoluta, esto es, un obstáculo jurídico-penalmente sustantivo a la punibilidad del hecho en sentido estricto.⁶⁶ Antes bien, la terminología empleada por el legislador inequívocamente favorece la tesis de que se trataría aquí simplemente de un obstáculo procesal a la persecución, esto es, de un impedimento procesal para el ejercicio de la acción penal.⁶⁷ Pero más allá de esto, es fundamental reparar en que el margen de edad que hace aplicable el obstáculo a la persecución dista de ser coincidente con el resultado que arrojan los estudios estadísticos. Pues tratándose de instancias de contacto sexual consistentes en un acceso carnal en el sentido del art. 362, el art. 4º de la Ley 20084 deja intacta la posibilidad de persecución del hecho si la diferencia de edad existente supera ya los dos años.

En términos de descripción sociológica, lo anterior admite reformularse como el diagnóstico de una situación de anomia, definida ésta

como la quiebra de la estructura cultural, que tiene lugar en particular cuando hay una disyunción aguda entre las normas y los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquéllos”.⁶⁸

Y lo que aquí interesa es la circunstancia de que la correspondiente “presión anómica” pueda encontrarse asimétricamente distribuida entre diversos sectores de un determinado grupo social, en la medida en que en el marco de los mismos pueda ser reconocible un determinado patrón sub-cultural, favorable a una evaluación normativamente discrepante de aquella que hace suyo el ordenamiento jurídico que reclama validez general para el grupo social en su conjunto.

Una aplicación de lo anterior aparece en una importante sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de fecha 18 de julio de 2006, RIT 91-2006, por la cual se absolviera a un varón a quien se imputaba un hecho constitutivo de violación de una persona menor de 14 años. En particular, se trataba del contacto sexual mantenido por un hombre de 20 años y una fémina de 13 años, vinculados por una relación sentimental. Para fundamentar su decisión, el Tribunal sostuvo que había que reconocer el carácter invencible o insuperable del error de prohibición bajo el cual habría actuado el imputado en atención, entre otros factores, a

su escasa instrucción escolar hasta 8º año básico, su desempeño laboral como obrero de la construcción ajeno por tanto a todo conocimiento que no sea el usual, común o popular, como es que existe violación cuando el acceso carnal no es consentido sino con fuerza o

⁶⁵ Tampoco es viable una interpretación en el sentido de una exclusión de la culpabilidad del autor, que pudiera descansar en un juicio de falta de exigibilidad de una motivación conforme a la norma prohibitiva. Pues es claro que la sola diferencia de edad, en abstracto, difícilmente podría fundamentar tal juicio de exclusión de la imputación.

⁶⁶ Así sin embargo, Carrasco, Edison: “Los delitos sexuales como objeto de regulación de la ley de responsabilidad penal adolescente (el artículo 4º y sus problemas)”, *Revista Procesal Penal* 70 (2008), pp. 9 ss., quien por lo demás favorece la calificación de las reglas que confieren excusas legales absolutorias como normas permisivas, lo cual es estrictamente incompatible, sin embargo, con su función de obstáculo a la punibilidad en sentido estricto.

⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, t. III, p. 432.

⁶⁸ Merton, Robert: *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 241.

violencia, alejado de la edad del sujeto pasivo que para él no representaba un inconveniente, porque era su polola de 13 años de edad con la que acordó tal relación (c. 8º, 4).

Lo importante de este pasaje está en la referencia a lo propio del saber “común o popular”, según el cual la noción misma de violación aparecería siempre asociada a la existencia de un ejercicio de coacción (y más aún: de coacción física) grave. Pues es justamente esto lo que se expresa en la jerga usual, con arreglo a la cual el delito tipificado en el art. 362 del Código Penal se correspondería con una forma de “violación impropia”.⁶⁹ Y es sumamente ilustrativo el antecedente que el propio Tribunal invocó a continuación para reforzar el punto de la “falta de obvedad” de la prohibición para el imputado, en atención a sus circunstancias personales y sociales:

Corroborar lo anterior lo manifestado en juicio por el funcionario de Carabineros Ortiz Cabrera, en cuanto al conocerse la actividad sexual de la menor y regresar con ella del Hospital, el Fiscal con el que tomó contacto poniéndolo en antecedentes de lo acontecido y de la edad de la menor le manifestó que ‘pasara el caso’ como estupro y dejara únicamente citado al acusado, al tiempo que ella consideraba que podía tratarse de un abuso sexual y así se lo manifestó a dicho Fiscal, lo que demuestra o es indiciario de que aún [sic] operadores del sistema de justicia criminal con conocimientos técnicos o profesionales sobre la materia no fueron capaces de determinar en esos momentos con certeza la connotación jurídica y alcance dentro de un tipo penal del hecho acontecido, por lo cual mal puede exigirse al ciudadano común tal comprensión, [...] considerando, como ya se dijo, sus características personales, su nivel socio cultural y el vínculo sentimental que lo unía con la menor (c. 8º, 4).

En lo anterior no deja de ser reconocible un paralelismo con los criterios invocados por la Corte Suprema, en su muy importante pronunciamiento del año 1999, para afirmar la eficacia eximente de un error de prohibición directo.⁷⁰ *Mutatis mutandis*, en uno y otro fallo se apela tanto al déficit de reconocimiento generalizado de la norma respectiva en un determinado contexto socio-cultural como a la falta de dominio sobre su alcance preciso y ámbito de aplicabilidad por parte de funcionarios estatales distintivamente competentes por la aplicación del derecho.

Esto hace posible advertir que la plausibilidad de la alegación de un error de prohibición directo, y ya prescindiendo aún de su calificación como vencible o invencible, está sometida a ciertos constreñimientos de verosimilitud, en el sentido de que, por ejemplo, sería prácticamente inimaginable una situación en que alguien pudiese seriamente afirmar que desconocía la ilicitud de su acción de disparar letalmente sobre otro (sin que concurrieran circunstancias que pudieran sugerir la aplicabilidad de una norma permisiva que, al modo de una causa de justificación, pudiera desplazar la prohibición de matar como razón para abstenerse de efectuar tal disparo). Y puede ser adecuado, en un sentido preciso, sostener que el reconocimiento de la eficacia eximente

⁶⁹ Véase Labatut, Gustavo: *Derecho Penal*, 7ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 137 ss.; Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, t. III, pp. 272, 348 s.; Rodríguez Collao, Luis: *Delitos Sexuales*, 1ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 136 s., nota 3.

⁷⁰ Véase *supra*, 1.3.3.

de un error de prohibición siempre sería “excepcional”, dependiendo de “la acreditación de circunstancias extraordinarias”, tal como se lee en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, de 2 de marzo de 2007, Rol N° 21-07, que desestimara la alegación de un error de prohibición por parte de la defensa del condenado. Pero lo que no puede dejar de advertirse, al mismo tiempo, es que cada vez que se llegue a la conclusión de que “efectivamente no comprendía la ilicitud de su conducta”, para usar las palabras de la propia Corte de Chillán, habrá que reconocer la existencia de un error de prohibición. Y sólo entonces ha de plantearse la pregunta ulterior acerca del carácter vencible o invencible del mismo, para determinar sus respectivas consecuencias para la punibilidad y/o penalidad del hecho, según cuál sea la interpretación de los arts. 1º y 2º del Código Penal que se favorezca.

3.5. La determinación del carácter vencible o invencible del error de prohibición directo

En la jurisprudencia de los últimos años es reconocible una tendencia a reducir la discusión acerca de la eventual existencia de un error de prohibición a la cuestión de si el mismo podría ser caracterizado como invencible o insuperable, en el entendido de que sólo así cabría dar lugar a una exención de responsabilidad por falta de culpabilidad.⁷¹ Esto es enteramente consistente con que, a partir del fallo de la Corte Suprema del año 1998,⁷² el reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición haya ido asociado a la recepción de la teoría de la culpabilidad como clave interpretativa de los arts. 1º y 2º del Código Penal. Pues dicha teoría pretende reducir la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad, en tanto presupuesto específico del juicio de culpabilidad por el hecho, al así llamado “conocimiento potencial” de la antijuridicidad, el cual sólo se ve comprometido en la medida en que el respectivo error de prohibición sea invencible o insuperable para el sujeto.

Más arriba ya se han ofrecido razones para resistir dicha consideración, en atención al eufemismo implicado en la noción de un conocimiento *potencial* de la antijuridicidad,⁷³ pero sobre todo en atención a las razones de orden sistemático relativas a la vinculación de los conceptos de dolo y malicia que se expresa en el art. 2º del Código Penal. De aceptarse la propuesta aquí defendida, es manifiesta la necesidad de no reducir el problema de la consciencia de la antijuridicidad a si cabe reconocer un error de prohibición invencible, dado que, bajo esta concepción, un error de prohibición vencible – determinado según las pautas estrictas ya enunciadas – de todas formas tendería que tener consecuencias determinantes tanto para la punibilidad como para la penalidad del hecho, en tanto el régimen aplicable será, en tal evento, el propio del correspondiente delito imprudente.

Pero lo que aquí interesa es la advertencia de que incluso de no acogerse la propuesta ya mencionada, de manera del tal de favorecerse, en cambio, la adopción de la

⁷¹ Esta tendencia se deja advertir, en lo concerniente a pronunciamientos directamente referidos al ámbito delictivo que aquí interesa, en la sentencia de 12 de enero de 2007, Rol N° 2476-06, de la Corte de Apelaciones de Santiago (c. 10º), así como en la sentencia de 2 de marzo de 2007, Rol N° 21-07, de la Corte de Apelaciones de Chillán (c. 3º y 4º). En igual sentido, aunque en relación con un hecho constitutivo de administración de lotería no autorizada, se pronuncia la sentencia de 21 de diciembre de 2009, Rol 285-09, de la Corte de Apelaciones de Arica (c. 6º).

⁷² Al respecto *supra*, 1.3.2.

⁷³ Especialmente crítico en cuanto a la reducción objetivista de la exigencia del reconocimiento del injusto del hecho bajo la fórmula de la “consciencia potencial”, Köhler, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, pp. 411 s.

formulación tradicional de la teoría de la culpabilidad, de todas formas ha de evitarse la reducción de la pregunta a la de si concurre un error de prohibición invencible. Pues también la versión más tradicional de la teoría de la culpabilidad reconoce relevancia, si bien no eximente, a la existencia de un error de prohibición vencible, a saber: al modo de una circunstancia atenuante, que bajo el derecho chileno tendría que ser analógicamente construida.⁷⁴

Lo anterior sugiere que es en todo caso imprescindible determinar el carácter vencible o invencible de un posible error de prohibición, para así determinar cuáles puedan ser sus específicas consecuencias jurídicas. Y en la jurisprudencia de la última década es posible encontrar algunos importantes pronunciamientos relativos a los criterios de los cuales tendría que depender dicha determinación.

Aquí puede ser oportuno tener en cuenta lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 12 de enero de 2007, Rol N° 2476-06, que rechazara la alegación de un error de prohibición (directo) invencible por parte de quien en definitiva fuese condenado como autor de un hecho constitutivo de violación de menor de 14 años (art. 362 del Código Penal). En lo aquí relevante, la Corte enunció los siguientes parámetros como criterios para el reconocimiento del carácter vencible de un posible error de prohibición: las características personales del imputado, sus “posibilidades de integración en la sociedad”, sus condiciones culturales, su sexo, su edad, su grado de instrucción o educación, su fortaleza física, así como, finalmente, sus rasgos de personalidad (c. 12º). Si bien la Corte de Santiago terminó rechazando la alegación de un error de prohibición, precisamente en atención a la falta de satisfacción de los criterios recién enunciados, es notable constatar que exactamente los mismos criterios aparecen validados por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 27 de octubre de 2009, Rol N° 73-09, que confirmara la sentencia absolutoria pronunciada en contra de una persona a quien se imputara un hecho de las mismas características, esto es, tipificado en el art. 362 del Código Penal (c. 11º).

Lo anterior sugiere que puede ser especialmente importante examinar el mérito de tales criterios. Y al respecto, lo primero que se impone es la consideración de que, en todo caso, su función no puede ser más que indiciaria. Esto, porque se trata de criterios que se refieren en general al estatus y la constitución de la persona del imputado, sin que alguno de ellos se conecte directamente con la específica situación en la cual el sujeto pudo realizar la descripción típica sin advertir la ilicitud de su comportamiento. En tal sentido, ninguno de ellos alcanza a tener peso por sí mismo para la determinación del carácter vencible o invencible del eventual error de prohibición. Su valor indiciario no supera en lo absoluto, por ende, al que cabría atribuir al antecedente esgrimido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en su sentencia de 7 de diciembre de 2007, Rol N° 1277-07, consistente en que el imputado hubiese “permanecido en presión por un largo periodo”, lo cual haría altamente improbable que no haya podido “representarse que su accionar al tener relaciones sexuales con una menor de 14 años [constituiría] delito” (c. 5º).

Pero también tendría que resultar claro que existe una importante asimetría entre los criterios invocados por la jurisprudencia aquí considerada. El sexo y la fortaleza física de la persona del imputado, por ejemplo, en principio tendrían que resultar enteramente

⁷⁴ Al respecto *infra*, 3.6.

irrelevantes frente a la pregunta que aquí interesa. En cambio, hay otros criterios entre los ya mencionados cuya significación y pertinencia resulta mucho más fácil de advertir, justamente por ser susceptibles de vinculación directa con la variable que más arriba fuese etiquetada como “contexto socio-cultural”. Aquí destacan los criterios relativos a la edad, el grado de educación o instrucción y las características personales de la persona en cuestión, como también los tocantes a sus condiciones culturales y sus posibilidades de integración en la sociedad.

El problema, sin embargo, es que la jurisprudencia aquí considerada no alcanza a hacer explícito dónde tendría que radicar la relevancia de tales criterios indiciarios. Ello pasa por notar que la determinación del carácter vencible o invencible de un error de prohibición sólo puede tener lugar en atención a las capacidades individuales de aquella persona de quien se esperaba una motivación conforme a derecho para así evitar la realización del tipo delictivo. Y entonces resulta enteramente comprensible que en la doctrina comparada se plantee la conveniencia o aun la necesidad de recurrir, en pos del establecimiento del carácter vencible o invencible del error de prohibición, a los mismos criterios a los cuales se recurre para determinar el carácter vencible o invencible de un error de tipo, a saber: a los criterios que hacen posible reconocer la infracción de una exigencia de cuidado relativa a la identificación de la posible ilicitud de la forma de comportamiento de cuya realización se trata.⁷⁵ Y lo que el principio de culpabilidad impone, a este respecto, es que la infracción de la exigencia en cuestión – exigencia cuya determinación es objetiva, aun cuando relativa a la concreta situación del hecho – sea establecida en atención a las capacidades individuales del sujeto en cuestión, en virtud de cuyo ejercicio éste habría podido inferir la antijuridicidad de su actuar a partir de su representación de las circunstancias del hecho.⁷⁶ Pues de lo contrario, la idea de que la atribución de culpabilidad por el hecho puede fundamentar un reproche *personal* dirigido en contra del autor tendría que resultar enteramente incomprensible.

Lo anterior hace posible indagar algo más pormenorizadamente en algunos de los criterios manejados por la jurisprudencia nacional. En relación con aquellos que sí pueden reclamar relevancia – como lo son los relativos a las posibilidades de integración social, las condiciones culturales, la edad, el grado de instrucción y los rasgos de personalidad –, es esencial destacar que su consideración ha de evitar una posible “patologización” de la posición del imputado.⁷⁷ Pues esos criterios tienen relevancia, exclusivamente, para determinar las capacidades individuales del sujeto en atención a las cuales cabría haber esperado de él, eventualmente, el reconocimiento de la antijuridicidad de su actuar. Esto se muestra de modo suficientemente claro en la sentencia de casación de la Corte Suprema de fecha 27 de octubre de 2005, Rol N° 1739-03, que para calificar como vencible el error atribuido al imputado tuvo en cuenta

que el encausado [...] pudo, si se hubiera esforzado más por hacerlo, superarlo. Dada su condición socio económica, así como su educación, que incluso incluye unos estudios incompletos de Derecho, él estaba en situación de percibir, siquiera fuese imprecisamente, el carácter anómalo de su comportamiento y, cuando menos, ello debió

⁷⁵ Véase *supra*, nota 31.

⁷⁶ Al respecto, por todos, Kindhäuser, Urs: *StGB Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, § 17, n.m. 15 s.

⁷⁷ Con especial referencia al problema de la culpabilidad por el hecho en casos de conflicto intercultural entre normas, véase Köhler, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, pp. 433 ss., 436 s.

inducirlo a consultar la situación con quienes estuvieran capacitados para darle una asistencia profesional competente (c. 13º).⁷⁸

Lo anterior da cuenta de que es imprescindible atender a las capacidades individuales del eventual autor para establecer si cabía esperar de él, y en qué medida, la representación de la ilicitud de su comportamiento. Y ciertamente, ello pudo perfectamente dar a lugar a la calificación del error en cuestión como invencible. Una aplicación especialmente clara de este último punto de vista se encuentra en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, ya mencionada, la cual sostuvo que cabía concluir,

en base a las características personales del imputado [...], las posibilidades de integración en la sociedad que le han sido dadas, sus condiciones culturales, el sexo, la edad, el grado de instrucción o educación, incluso su experiencia, escasa para su edad, su fortaleza física y sus rasgos de personalidad, todos los cuales se contraponen a un sujeto que de su misma edad normalmente ha rendido la prueba de aptitud académica, o al menos ha completado sus estudios medios, ha vivido en centros urbanos que le permiten acceso a todos los medios de comunicación social y cultural, circunstancias estas últimas ajenas al imputado [...], que en el caso de autos y conforme a la carpeta investigativa, se encuentra probado que el imputado efectivamente ignoraba la norma penal en cuestión y que, además, tal ignorancia le fue invencible (c. 12º).

Y es sumamente relevante que la Corte haya agregado, dentro del mismo considerando y para reforzar su afirmación de que el imputado no habría juzgado el mantenimiento de una relación carnal con la menor como un hecho incorrecto, una referencia a la circunstancia de que “entre la víctima y el imputado sólo existen cuatro años de diferencia”, así como a que “cuando aquella tenía doce años pesaba 69 kilos, lo que revela que se trataba de una niña con un gran desarrollo físico” (c. 12º). Esto ciertamente no pretende sugerir, de parte de la Corte, que el imputado hubiese desconocido la edad de la víctima al momento del hecho, pues de ser así ello tendría que haber dado pie, más bien, para el reconocimiento de un error (de tipo) excluyente del dolo, lo cual habría bastado por sí mismo para una decisión absolutoria, a consecuencia de la falta de punibilidad del correspondiente delito imprudente. Antes bien, de lo que se trata es de la relevancia de la madurez física de la menor como un antecedente para descartar una expectativa de reconocimiento de la ilicitud del acceso carnal practicado con ella desde el punto de vista de una persona carente, por lo demás, de cualquier otro indicio que pudiese llevarle a inferir la existencia de una prohibición de tal contacto sexual.

Y esto último se condice manifiestamente con la consideración material, ya planteada,⁷⁹ que tendría que resultar determinante a este respecto: en la medida en que ni siquiera la constitución física de la víctima sugiera algo que pudiera servir de razón sustantiva para la abstención de tomar parte en un contacto sexual experimentado como recíprocamente consensuado por parte de quienes mantienen una relación de pareja,

⁷⁸ Esto muestra que el error en cuestión no podía constituir un error acerca de los presupuestos fácticos de la causa de justificación del art. 10 N° 10, sino sólo uno referido al alcance de esta misma norma. Véase *supra*, nota 13. Ello, porque haber sido estudiante de derecho no conlleva una posición de privilegio epistémico acerca de las circunstancias fácticas en que tiene lugar un comportamiento, sino a lo sumo en cuanto al posible reconocimiento del estatus normativo de un determinado comportamiento.

⁷⁹ Véase *supra*, 3.2.

resulta ya inverosímil la hipótesis de que el destinatario de la prohibición pudiera incluso hacer suya la perspectiva bajo la cual el legislador define a la otra persona involucrada como sexualmente intangible. En otros términos: lo que resulta problemático aquí es ya la expectativa de que el destinatario de la prohibición pudiera llegar a comprender el fundamento de protección que la norma de prohibición reclama para sí.

Ello se conecta directamente con la configuración específica de la indemnidad o intangibilidad sexual de las personas menores de 14 años como bien jurídico protegido en paralelo a la libertad sexual de quienes ya han alcanzado dicha edad. A este respecto, es particularmente interesante poner la atención en una consideración esgrimida por la Corte Suprema en el emblemático fallo a través del cual ella reconoció, por primera vez y en el año 1999, la eficacia eximente de un error de prohibición directo. Aquí se trataba, según ya se indicara, de un hecho presuntamente constitutivo del delito de negociaciones incompatibles, tipificado en el art. 240 del Código Penal. En este marco, y explicando por qué el reconocimiento de la exclusión de la culpabilidad como consecuencia de un error de prohibición invencible no debería hacer surgir una preocupación por un riesgo de merma de certeza jurídica, la Corte sostuvo que

el peligro expresado es reducidísimo, si se tiene en cuenta que el derecho penal es de “ultima ratio” y está reservado, por lo general, sólo para sancionar conductas que atentan muy gravemente contra la paz social. Por tal motivo, la posibilidad de conocer la ilicitud de tales comportamientos es generalizada y sólo faltará en muy pocos casos, si es que en alguno. Difícilmente puede imaginarse que alguien carezca de la posibilidad de conocer el injusto de un homicidio, un robo de cualquier clase, una violación, unos abusos deshonestos, una malversación de caudales, una estafa, unas injurias, un testimonio falso, una falsedad documental, etc., etc. (c. 12º, b).

Lo que la Corte parecería sugerir, de esta manera, es una apelación a la distinción tradicional entre delitos constitutivos de *mala in se* y delitos constitutivos de *mala prohibita*. Tradicionalmente, esta distinción se entendía en términos de la contraposición entre hechos cuya significación delictiva no sería dependiente de regulación jurídica alguna, por un lado, y hechos cuya significación delictiva sí sería dependiente de una determinada regulación jurídica positiva, por otro. En tales términos, por cierto, la distinción es inservible, en la medida en que, desde el punto de vista del derecho, no es posible sino estar de acuerdo con Kelsen: “[n]o hay *mala in se*, sino sólo *mala prohibita*”.⁸⁰ Pero esto no obsta a que sea posible invocar la distinción en otro sentido, esto es, en relación no con la cuestión del origen (objetivo) de la norma de cuya contravención se trata, sino más bien con la cuestión de la posibilidad de reconocimiento (subjetivo) de la exigencia de comportamiento que esa norma fundamenta para su destinatario.

Ahora bien, la sugerencia de la Corte parece ser que, tratándose de alguno de los hechos del catálogo que ella misma enunciara a modo ejemplo, tendría que asumirse como prácticamente descartada la posibilidad de que una persona pudiera alegar, seriamente, el desconocimiento de la norma de comportamiento correspondiente; tales hechos serían constitutivos, cabría decir entonces, de instancias de *mala in se*. Y es decisivo reparar en que una de las formas de comportamiento delictivo mencionadas por

⁸⁰ Kelsen, Hans: *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 126.

la Corte es precisamente la de la violación. Pero aquí es necesario recordar que, en los términos ya expuestos, la expresión “violación” designa dos formas de comportamiento delictivo tipificadas por el legislador, entre las cuales ni siquiera existe correspondencia en cuanto al bien jurídico respectivamente protegido. Y si bien es razonable pensar que en relación con un hecho constitutivo de violación en el sentido del art. 361 del Código Penal pudiera ser altamente improbable que se den condiciones que ameriten una exoneración en virtud de una falta de reconocimiento de su antijuridicidad, ello no alcanza a prejuzgar que lo mismo tuviera que predicarse de un hecho constitutivo de violación en el sentido del art. 362, sobre todo en atención a las circunstancias particulares del presunto autor que pudieran seriamente poner en cuestión, del modo en que ello ya se sostenido, la posibilidad de que él reconociera la específica ilicitud de su comportamiento.

Y en contra de lo anterior ciertamente no cabría esgrimir que la mayor severidad del marco penal previsto por el art. 362 (= presidio mayor en cualquiera de sus grados) frente a aquel previsto por el art. 361 (= presidio mayor en sus grados mínimo a medio) contaría como señal inequívoca de que el ciudadano tendría que poder reconocer aun con mayor facilidad el contenido de injusto de un hecho que realizara el tipo delictivo del primero de los artículos mencionados. Más bien, lo que habría que advertir es que una disposición judicial negativa al reconocimiento de la posible eficacia eximente de un error de prohibición directo en este ámbito podría servir al ocultamiento de un déficit de socialización del destinatario de la norma, déficit que precisamente podría verse reflejado en una eventual representación irreflexiva de la supuesta conformidad a derecho de su actuar sobre la base de la vigencia de estándares de comportamiento culturalmente apartados de los estándares legislativamente validados.⁸¹

3.6. El régimen jurídico aplicable

Para finalizar, puede ser oportuno enunciar, a modo de síntesis, cuáles es el régimen aplicable a situaciones de error de prohibición directo en relación con un hecho que satisface la correspondiente descripción típica en el ámbito delictivo que aquí interesa. Y aquí es necesario observar que este ámbito no está reducido al catálogo de delitos cuya lesividad puede ser identificada con el menoscabo de la indemnidad o intangibilidad sexual de personas menores de 14 años. Más bien, y por razones vinculadas a la estructura sistemática de la regulación, se trata de la determinación del régimen de punibilidad y penalidad aplicable a consecuencia de un error de prohibición en relación, por de pronto, con cualquiera de las modalidades de comportamiento tipificadas bajo el Título VII del Libro II del Código Penal.

La relevancia de esta última consideración radica en que, a diferencia de lo que ocurre tratándose de las formas de comportamiento delictivo tipificadas bajo el Título VIII del mismo Libro II, que quedan sometidas – de faltar la *malicia* – al régimen aplicable para los cuasidelitos de conformidad con las reglas del Título X (arts. 490 y siguientes), para el ámbito delictivo correspondiente al Título VII del Libro II se mantiene el principio general de clausura de la punibilidad de los delitos imprudentes, de conformidad con lo establecido en los arts. 4º y 10 Nº 13. Lo cual es determinante para el establecimiento de las consecuencias que habrían de ser asociadas a la existencia de un error de prohibición

⁸¹ Así Köhler, Michael: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín, 1997, p. 411.

vencible. Pues si sigue la lectura de los arts. 1º y 2º favorecida tradicionalmente por los partidarios de la teoría del dolo, en tal caso habrá que negar la punibilidad del hecho, en la medida en que – en los términos de la teoría del dolo – el título de imputación que viene en consideración en caso de faltar el conocimiento de la antijuridicidad en virtud de un error vencible sería, en todo caso, el de la imprudencia (o culpa), con lo cual el hecho constituiría un delito imprudente (o culposo), esto es, un cuasidelito, cuya punibilidad, empero, se encuentra excluida por definición legislativa. Y a la misma conclusión habría que llegar de favorecerse la lectura de la regulación propuesta más arriba,⁸² la cual, si bien acepta la diferenciación conceptual entre dolo y malicia, entiende que en caso de haber dolo mas no malicia, esto es, precisamente en caso de un error de prohibición vencible, el régimen de punibilidad y penalidad previsto por el legislador será aquel aplicable al correspondiente delito imprudente.

La situación ciertamente cambia si se favorece, en el sentido de la línea jurisprudencial inaugurada con el fallo de la Corte Suprema del año 1998, la lectura de la regulación que se sigue de la adopción de la teoría de la culpabilidad bajo su formulación más tradicional. Pues entonces el régimen aplicable en caso de error de prohibición vencible será el correspondiente al respectivo delito doloso, aunque con el reconocimiento de una circunstancia atenuante, que tendría que ser construida analógicamente en relación con el art. 11 N° 1 del Código Penal,⁸³ o bien con referencia al art. 73, según cómo se interprete esta última disposición.⁸⁴ Y esto, más allá de que el reconocimiento de la atenuante en cuestión haya de ser obligatorio o facultativo para el tribunal competente.⁸⁵ Pues en cualquier caso seguirá siendo imprescindible determinar el carácter vencible del eventual error de prohibición para que resulte así procedente, obligatoria o facultativamente, la atenuante correspondiente. No puede dejar de observarse, empero, que en la medida en que se reconozca una base para la construcción analógica de la atenuante en cuestión, no resulta verosímil atribuirle, al mismo tiempo, un carácter puramente facultativo, dada la estructura propia de un argumento analógico: si la situación es efectivamente análoga a la de la atenuante del art. 11 N° 1, por tratarse también de una “eximente incompleta”, y si en este último caso se configura (“obligatoriamente”) la circunstancia atenuante, entonces la misma consideración habría de regir tratándose de un error de prohibición vencible.

Es fundamental, empero, advertir que esta disparidad de soluciones deja de existir si el correspondiente error de prohibición es calificado como invencible o insuperable. Pues en este caso, todas las claves de lectura de la regulación alcanzan arriban a la misma consecuencia, a saber: la plena exclusión de responsabilidad, ya sea por la inexistencia de dolo en tanto *dolus malus*, si se favorece la formulación tradicional de la teoría del dolo, ya sea por la completa exclusión de la culpabilidad por faltar aun la consciencia potencial de la antijuridicidad – esto es, la posibilidad exigible de conocimiento de la antijuridicidad del hecho –, si se favorece alguna formulación de la

⁸² Véase *supra*, 2.3.

⁸³ Así, y en relación con el art. 11 N° 1 del Código Penal, Politoff, Sergio: *Derecho Penal*, Conosur, Santiago, 1997, pp. 622 ss., 625. Véase también Cury, Enrique: *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Ediciones Universitaria Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 448; Garrido, Mario: *Derecho Penal Parte General*, 4ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, pp. 308 s.

⁸⁴ Para la sugerencia de la eventual aplicabilidad de la regla del art. 73 del Código Penal, véase van Weezel, Alex: *Error y mero desconocimiento en derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 57 s.

⁸⁵ A favor del carácter facultativo del reconocimiento de la atenuante se pronunció la Corte Suprema en su sentencia de casación de fecha 27 de octubre de 2005, Rol N° 1739-03 (c. 10°).

teoría de la culpabilidad. Y este resultado sólo se ve confirmado por el cada vez más importante y consistente reconocimiento jurisprudencial de la eficacia eximente del error de prohibición, al menos cuando éste no resultaba vencible para el imputado. Y esto debería asumirse una obviedad cuando se toma consciencia de que en tal caso, precisamente, desaparece toda base posible para un reproche de culpabilidad por un déficit de fidelidad al derecho.

4. Conclusiones

4.1. La tradicional distinción entre error de tipo y error de prohibición puede ser entendida como la distinción entre un error relativo a las circunstancias del hecho y un error relativo a la significación jurídicamente delictiva del hecho, respectivamente.

4.2. El reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición invencible en la jurisprudencia chilena, si bien tardío, ya es inequívoco. Su fundamento está constituido por el principio de culpabilidad. Dicho reconocimiento ha alcanzado tanto el error de prohibición indirecto, esto es, aquel consistente en el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho en atención a alguna regla permisiva que pudiese operar como causa de justificación, como el error de prohibición directo, esto es, aquel consistente en el desconocimiento de la antijuridicidad del hecho en atención a la norma (prohibitiva o imperativa) cuyo quebrantamiento fundamenta la ilicitud del hecho.

4.3. Para dar apoyo a la solución, jurisprudencialmente ya impuesta, de la eficacia eximente del error de prohibición, se conocen, en lo nuclear, dos posibilidades de interpretación de los arts. 1º y 2º del Código Penal. Lo que diferencia a cada una de estas propuestas de interpretación, que en lo fundamental reproducen la disputa doctrinaria entre la así llamada “teoría del dolo” y la así llamada “teoría de la culpabilidad”, es la definición más precisa de lo que ha de entenderse por “voluntariedad”, “malicia” y “dolo” en el contexto de dichas disposiciones. Puesto que una y otra propuesta hacen posible reconocer, sin más, la eficacia eximente del error de prohibición invencible, las consecuencias prácticas de optar por una u otra conciernen más bien el estatus del error de prohibición vencible: de conformidad con la teoría del dolo, en este caso sólo subsistiría la posibilidad de un reproche de culpabilidad a título de culpa o imprudencia, siempre que la ley prevea la punibilidad del correspondiente delito imprudente o cuasidelito; de conformidad con la teoría de la culpabilidad, en cambio, un error de prohibición vencible dejaría intacta la posibilidad de un reproche por un hecho doloso, pudiendo o debiendo reconocerse, en su caso, una atenuación de responsabilidad a su autor.

4.4. Frente a ambas posibilidades interpretativas, cabe defender una tercera propuesta, cuyo fundamento último se encuentra en la conexión funcional existente entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad, en el sentido de que, si bien una y otra categoría pueden ser nítidamente diferenciadas entre sí, la función del dolo, en tanto criterio de imputación

subjetiva en el nivel del injusto, consiste precisamente en posibilitar la consciencia de la antijuridicidad del hecho en el nivel de la culpabilidad. Esto hace posible redefinir la relación en que se encuentran los términos “dolo” y “malicia”, tal como los emplea el legislador. La consecuencia que se sigue de esta interpretación coincide con el resultado al que tradicionalmente lleva la teoría del dolo tratándose de un error de prohibición vencible: en tal caso, el hecho ha de quedar sometido al régimen de punibilidad y penalidad del correspondiente delito imprudente.

4.5. Con prescindencia de cuál sea la interpretación de los arts. 1º y 2º que se favorezca, el hallazgo de la conexión funcional entre el dolo y la conciencia de la antijuridicidad provee una clave para la solución de los problemas asociados a la aplicación de la distinción entre error de tipo y error de prohibición en el ámbito de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual. En este contexto, resulta ser de particular importancia la variable relativa a la edad de la víctima, tanto para la fundamentación de un eventual error de tipo como para la fundamentación de un eventual error de prohibición. Esto, porque es en atención a sea variable que la regulación vigente traza una demarcación fundamental entre dos ámbitos de protección diferenciados: sólo se reconoce libertad sexual a personas mayores de 14 años, de manera tal que las personas de edad inferior quedan sometidas al estatus de sexualmente indemnes o incólumes. Ello se traduce en una divergencia entre el contenido de injusto de los delitos contra la libertad sexual, por un lado, y el contenido de injusto de los delitos contra la indemnidad sexual, por otro. Y esto afecta directamente la pregunta de cuáles son las circunstancias fácticas a partir de las cuales una persona podría llegar a inferir la antijuridicidad de su comportamiento, en la medida en que para el injusto propio del menoscabo de la indemnidad sexual de una persona menor de 14 años carece de toda significación que se configure o no alguna modalidad de coacción o abuso.

4.6. La revisión de los pronunciamientos judiciales más significativos a este respecto hace posible detectar el riesgo de no que sean plenamente advertidas las consecuencias que se siguen del reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición, que la jurisprudencia ya ha hecho suyo. Lo indispensable, desde este punto de vista, está en determinar exactamente, en primer lugar, cuáles son las circunstancias del hecho de las cuales el autor ha de tener conocimiento para que el hecho le resulte imputable a título de dolo; así como establecer, en segundo lugar, en qué medida cabe esperar que el autor advierta, en tal situación, la significación jurídicamente delictiva de su comportamiento a partir de ese conocimiento de las circunstancias del hecho. Y esto es especialmente sensible cuando el hecho, objetivamente, satisface la descripción típica de un delito contra la indemnidad sexual de una persona menor de 14 años. Pues si una persona efectivamente desconoce que la sola edad de un menor basta para que un determinado contacto sexual mantenido con ese menor resulte jurídicamente prohibido, entonces esa persona actúa, en todo caso, bajo un error de prohibición.

4.7. Una tendencia de la evolución jurisprudencial más reciente, en el marco que aquí interesa, consiste en reducir la pregunta acerca de la eventual falta de conocimiento de la antijuridicidad del hecho a la pregunta por el carácter vencible o invencible de esa falta de

conocimiento. Una vez que se clarifica la necesidad de mantener separadas esas dos preguntas, resulta imperativo, en todo caso, establecer con precisión los criterios bajo los cuales ha de determinarse el carácter vencible o invencible de un posible error de prohibición. Dentro del catálogo de parámetros manejados por la jurisprudencia más reciente, destacan algunos a los cuales ha de atribuirse inequívoca prioridad, por concernir directamente la pregunta por la capacidad individual del (potencial) autor de advertir el carácter antijurídico de su comportamiento.

4.8. Sigue siendo controversial la pregunta acerca de las consecuencias, para la punibilidad y la penalidad del hecho, de un error de prohibición vencible. Pero se encuentra fuera de discusión, con arreglo al estado actual de la jurisprudencia y de la discusión doctrinaria, que el error de prohibición invencible siempre conduce a una plena exclusión de responsabilidad por el hecho respectivo, también en el ámbito delictivo que aquí interesa.

Es todo cuando puedo a Ud. informar.

Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R.