

ERROR Y MERO DESCONOCIMIENTO EN DERECHO PENAL*

* «Error y mero desconocimiento en derecho penal», fue publicado como volumen independiente por Legal Publishing, Santiago, 2008.

Si se pregunta a los juristas cuál es el tratamiento penal apropiado para un sujeto que desconoce en alguna medida el alcance de su conducta, la respuesta habitual, heredada de los romanos, es que eso depende del objeto específico del desconocimiento. El tratamiento será diverso si tal desconocimiento recae en realidades predominantemente fácticas, o si recae más bien en categorías jurídicas. Nuestra hipótesis es que ello obedece a una simplificación de la realidad que, entretanto, se ha vuelto insostenible.

Es cierto que, en general, la sociedad está más dispuesta a disculpar defectos cognitivos de sus miembros («no me di cuenta» es una excusa más o menos aceptable) que a exonerar sus defectos volitivos («no me importó» carece de valor como excusa, aunque se formule en términos más sofisticados como «tenía algo más importante en qué pensar»). Las razones por las que esto es así son variadas (por ejemplo, los defectos cognitivos conducen a fracasos en la planificación individual del sujeto) y en lo que sigue sólo se hará referencia a ellas en forma tangencial. Lo interesante es que los juristas romanos optaron por simplificar su sistema de imputación y asociaron esquemáticamente y de un modo rígido el desconocimiento de los hechos a la presencia de un defecto cognitivo (*error facti nemini nocet*), mientras identificaban el desconocimiento del derecho con un defecto volitivo (*error iuris nocet*).

Esta misma tradición continúa hasta hoy en su versión moderna, la distinción entre error de tipo y de prohibición en el marco de la denominada «teoría de la culpabilidad». Como consecuencia de ello, la discusión se ha concentrado en el problema de la «naturaleza» del desconocimiento, cuando lo que realmente importa es su *significado* desde el punto de vista de la imputación. Las reflexiones que siguen quieren proponer la recuperación de esta última perspectiva, que bien puede sintetizarse en las siguientes consideraciones pre-romanas:

«[Los hombres] imponen penas y medidas de reparación a quienes se han hecho responsables, en la medida en que no haya existido coacción o ignorancia inculpable (...) Pues incluso la ignorancia es sancionada, cuando es posible asumir que alguien no es inocente respecto de ella. Así por ejemplo se castiga doblemente al ebrio, pues el principio motor del hecho se encuentra en él mismo: dependía completamente de él no beber hasta la ebriedad y, en este caso, la ebriedad es la causa de la ignorancia. También se castiga el desconocimiento de una prescripción legal, cuando uno debía conocerla y no se refiere a una materia especialmente difícil. Y lo mismo ocurre en los demás casos, cuando se puede asumir que el desconocimiento se debe a falta de atención. Se presupone que estaba en poder del culpable evitar la ignorancia, pues era libre de ser más atento».¹

Como se puede apreciar –y más allá de la problemática específica del ebrio, un verdadero tópico de la filosofía jurídica antigua y medieval–, Aristóteles no distingue los efectos del desconocimiento según su objeto, sino según la «inocencia» de quien lo padece o la falta de ella, lo que alcanza por igual a los datos aparentemente fácticos y a las normas jurídicas, cuyo desconocimiento se castiga si existía el deber de conocerlas y no se refieren a «una materia especialmente difícil». Dicho de otro modo, el desconocimiento de lo que debía conocerse no es un error excusante cuando se debe a una falta de atención que a su vez expresa una falta de interés –un defecto volitivo– en el que lo padece. El objeto del desconocimiento es, en cambio, irrelevante.²

¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* (EN), 1113b-1114a, citada según la versión alemana de Franz DIRLMEIER; Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969.

² Una opinión distinta sostiene WELZEL (*Vom irrenden Gewissen*, Tübingen, 1949, p. 7 y s.), basándose en un pasaje ubicado poco antes en el mismo Libro III (EN 1110b), en el cual ARISTÓTELES distingue entre el desconocimiento καθόλου y el desconocimiento καθ'ἕκαστα. El primero comprendería los casos de error de prohibición, mientras que el segundo aludiría a los supuestos de error de tipo. Esta propuesta no resulta, sin embargo, del todo convincente. El desconocimiento καθόλου no se refiere al desconocimiento de *universalia* o principios generales, como afirma WELZEL, sino al desconocimiento de aquello que es común a todos, de lo que pertenece al acervo común de quienes conforman la ciudad. Por su parte, el desconocimiento καθ'ἕκαστα tiene por objeto *singularia* consistentes en «lo particular-concreto», incluyendo el objeto mismo de la actuación, como aparece de manifiesto en la oración siguiente a la citada por WELZEL (EN 1111a). Sobre todo la primera forma de desconocimiento resulta

De esta manera queda esbozado el programa de este breve estudio. En primer lugar se muestra el nuevo escenario jurisprudencial en cuanto a la forma de tratar el desconocimiento (1), situándolo en su contexto (2). A continuación se problematiza la posición predominante en la jurisprudencia y en la doctrina –la denominada «teoría de la culpabilidad»–, en primer término desde la perspectiva del derecho positivo (3).

La revisión de las principales normas que se refieren al desconocimiento en el Código Penal llevará a la conclusión –por cierto, nada original– de que el legislador reconoce eficacia al desconocimiento, pero que dicha eficacia no necesariamente responde al modelo rígido basado en la distinción entre errores de tipo y de prohibición, es decir, que la teoría de la culpabilidad en el mejor de los casos es una opción sistemática más o menos plausible en el derecho chileno.

Esta ausencia de compromiso de la ley con una determinada manera de definir y tratar los efectos del desconocimiento, sumada a los indicios que ella misma entrega a favor de una concepción normativa del error, y por lo tanto más flexible en la apreciación de sus efectos, permiten esbozar una propuesta que se aparta del consenso dogmático y jurisprudencial. Esta propuesta se articula sobre una concepción de la imputación (4) y del derecho penal funcional a la constitución de la sociedad (5), y cristaliza en una comprensión normativa del «error» como categoría de imputación específicamente penal (6 y 7). Según esta comprensión, el error y sus efectos no se determinan según el objeto sobre el que recae el desconocimiento, sino sobre la base de la competencia por el desconocimiento, es decir, según la posibilidad de reprochárselo a quien lo padece. Parte de este análisis se realiza actualmente en la práctica a propósito de la cuestión de la evitabilidad del error, a la que por ello se dedica un capítulo que tiene especialmente en cuenta las valoraciones jurisprudenciales (8).

La propuesta se ilustra mediante un ejemplo sencillo tomado del derecho penal secundario (9), el cual pone nuevamente de manifiesto

indicativa de que ARISTÓTELES se refiere a un conocimiento elemental, que se atribuye a todo ciudadano que eleve la pretensión de ser considerado como tal, siempre que ostente un mínimo de interés en respetar el orden social. Ello queda aun más de manifiesto en pasajes posteriores de la teoría de la imputación aristotélica, como el que se ha citado más arriba en el texto.

que no se trata de proponer un ideal acerca del modo en que sería conveniente tratar el error, sino más bien de describir el modo en que el derecho chileno lo define y lo trata. La sección siguiente (10) se hace cargo de una serie de cuestiones particulares, seleccionadas en razón de su interés práctico, y que van desde la relevancia de la «duda» hasta la función del art. 1º inciso 2º CP respecto de la denominada «conciencia de la antijuridicidad».

La última sección (11) procura resumir lo expuesto y extraer algunas conclusiones sistemáticas, mientras que el Apéndice da cuenta del origen de estas reflexiones.

1. Un nuevo escenario

Entre 1997 y 2007 se modificó radicalmente la perspectiva de los tribunales superiores de justicia en cuanto al enjuiciamiento del error en materia penal. Este nuevo escenario se gestó «desde arriba», desde la Corte Suprema, y vino a sustituir la oscilación precedente entre la aplicación sin restricciones de la ficción de conocimiento de la ley,³ por una parte, y la distinción entre los errores de derecho que recaen en materias penales y aquellos que recaen en materias extrapenales,⁴ por la otra.

Como antecedente de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema suele mencionarse un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago dictado en 1972.⁵ La sentencia resuelve un caso de error sobre los

³ De un modo paradigmático, SCA Santiago 23.X.1946 en Gaceta 1946, 2º sem., p. 435.

⁴ Estos últimos eran tratados, al igual que en la jurisprudencia del Tribunal Imperial alemán, como errores de hecho: SCA Chillán 18.V.1938 en RCP IV, p. 439; SCA Santiago 17.V.1943 en Gaceta 1943, 1º sem., p. 232. Ambas sentencias fueron redactadas por el ministro señor Rafael Fontecilla. Esta solución contó con cierto apoyo en la doctrina: véase sección 2, nota 29, y sobre todo SCHWEITZER WALTERS, *El error de derecho en materia penal*, 1964, p. 42 y s. (43): «Por imperativo de justicia debemos propugnar como solución transitoria (...) el que la ignorancia de una ley ajena a la penal y que sólo sirve para integrar el tipo de la figura delictiva, al ser ignorada constituye un error de hecho y consecuentemente podría eliminar la culpabilidad del agente».

⁵ SCA Santiago 10.I.1972 en RCP XXXI, p. 42 y ss. (nota de CURY), sentencia redactada por el ministro señor Rubén Galecio. Menos conocida es la SCA Talca 27.V.1935, en *Revista del Colegio de Abogados de Valparaíso*, XII (1935), p. 83.

presupuestos fácticos de la legítima defensa (en concreto, sobre la existencia de una agresión ilegítima) y acoge la teoría del dolo, basándose en que la «presunción de voluntariedad» establecida en el art. 1º inciso 2º CP «comprende el conocimiento de la antijuridicidad del acto punible». En el caso concreto, «el yerro ha[bría] recaído en la significación jurídica de los hechos». Como «el dolo abarca el conocimiento del obrar desde el punto de vista de las normas jurídicas (...) o aun en otras palabras, la conciencia de la delictuosidad de la acción» (...), entonces «el error con que actuó N.N. excluye el dolo» (cons. 3º).

Sin embargo, es a partir del año 1997 cuando comienzan a sucederse resoluciones que dan clara cuenta del cambio de perspectiva mencionado.⁶ En un caso en que lo discutido era la concurrencia y efectos de un error acerca de la situación de justificación prevista en el art. 10 Nº 6 inciso 2º CP, la Corte Suprema afirma que «habría sido necesario analizar si la actitud del imputado fue dolosa, o si se debió a un error de prohibición (...), lo que no haría culpable su conducta, aun para aquellos que exigen que el error sea invencible» (cons. 4º de la sentencia de casación).⁷ No obstante, la Corte no toma posición en

⁶ La síntesis que sigue no tiene pretensiones de exhaustividad (véanse p. ej. y entre otras la SCA Concepción 20.XII.2000, en causa Rol Nº 10.256 del Juzgado del Crimen de Laja, que apreció un error de prohibición respecto de un delito de usurpación, y la S. de 19.I.2005 dictada por el 31º Juzgado del Crimen de Santiago en causa Rol Nº 3262-2004 —«caso Ripley»—, que consideró como error de prohibición —en la especie, invencible— el error del sujeto acerca de la concurrencia de los presupuestos fácticos de la legítima defensa), y pasa por alto señaladas involuciones, como la SCS 21.XII.2004 (en causa Rol Nº 3173-2004), que rechazó la alegación de la defensa en el sentido de que el procesado desconocía que «la sola edad de la menor era determinante del delito [de violación impropia], lo que *equivale a alegar la ignorancia de la norma* invocada en el considerando anterior [art. 362 CP] para tipificar el delito de violación, *alegación que expresamente se encuentra prohibida después 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)». No obstante, a renglón seguido la Corte convierte la ficción en una presunción simplemente legal, volviendo así a las bases de la argumentación de derecho positivo en favor de la teoría de la culpabilidad: «luego, *esta presunción obligaba a la defensa a probar de contrario el desconocimiento real* por parte del encausado que la minoridad de la ofendida era constitutivo de delito y al no hacerlo no corresponde su aceptación» (todas las citas corresponden al cons. 5º de la sentencia de reemplazo; cursivas sólo aquí).

⁷ SCS 10.XII.1997, Rol Nº 3881-97.

cuanto a los efectos del error sobre la situación de justificación. Aunque parece considerarlo como una especie de «error de prohibición excluyente del dolo» (y, en el caso concreto, también de la culpa, pues habría sido inevitable), al final se inclina por apelar al estándar de convicción para absolver (art. 456 bis del antiguo CPP). Tampoco es suficientemente claro el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca de 3.I.1998,⁸ que rechaza la alegación de error de prohibición en un delito de daños. Notificado de que debía dejar el inmueble que ocupaba, el sujeto procedió a sacar materiales que consideraba de su propiedad, destruyendo en parte la vivienda. La Corte rechazó la alegación de un error de prohibición, pues «el encausado estaba en condiciones de saber que lo que ejecutaba era un ilícito (...) aun cuando desconociera que tenía pena». Se trataba, por lo tanto, de un error sobre la punibilidad, y «sólo un error acerca de la punibilidad de la conducta no es bastante para eximir de pena». La Corte agrega: «a lo más pudiéramos concluir que [el sujeto] pensaba que tenía una causal de justificación, lo que la doctrina llama error indirecto de prohibición, que no exime de responsabilidad» (cons. 3°). Como se puede apreciar, aunque la Corte utiliza una nomenclatura ya distante de la dicotomía entre error de hecho y de derecho, realiza una afirmación acerca del llamado «error indirecto de prohibición» que la doctrina subyacente al nuevo paradigma difícilmente estaría dispuesta a aceptar. En todo caso, es significativo que la discusión acerca del «error de punibilidad» se produzca precisamente respecto del delito de daños, una figura que se sitúa en la frontera entre el derecho civil y el derecho penal.

La verdadera «revolución» se produce, no obstante, con la dictación de la sentencia de 4.VIII.1998,⁹ que en el caso de un supuesto error (considerado además inevitable por el Supremo Tribunal)

⁸ SCA Talca 3.I.1998, Rol N° 286.791.

⁹ SCS en GJ 218 (1998), p. 96 y ss. Un sujeto observa cómo su hijo es asestado con una pistola por un vecino que ya inmediatamente antes había hecho disparos al aire, ante lo cual dispara con una escopeta contra el que supone agresor, causándole en definitiva la muerte. Luego se comprobó que la pistola estaba asegurada. De este hecho, junto a otras circunstancias, el voto de mayoría deduce que el supuesto agresor no tuvo el propósito de herir o matar, sino sólo de amedrentar. El disidente consideró, en cambio, que en los hechos sí concurría una situación de agresión ilegítima, de modo que el autor se encontraba justificado en su actuar.

sobre la concurrencia de una agresión ilegítima acogió plenamente la teoría de la culpabilidad, en contra de la tesis adoptada veintiséis años antes por la Corte de Apelaciones de Santiago. En primer lugar, la sentencia procura establecer con claridad la distinción entre el error de tipo y el error sobre la licitud de la conducta. Cuando alguien yerra sobre la concurrencia de una agresión ilegítima, «esta equivocada apreciación de los hechos constituye un caso de error sobre la licitud de la conducta, porque no recae sobre los elementos del hecho típico» (cons. 6° de la sentencia de reemplazo). Por lo tanto, se trata de un error que no tiene efecto alguno sobre el dolo del autor pero que, al ser inevitable, excluye su culpabilidad.

A continuación, el fallo se hace cargo de los principales argumentos por los que no procedería aplicar sin restricciones la ficción de conocimiento de la ley en materia penal. Resumidos, estos argumentos son los siguientes:

(i) El art. 8° del Código Civil no se aplica en materia penal debido al requisito de voluntariedad de la acción u omisión delictiva establecido art. 1° CP, el cual incluye la conciencia de la ilicitud. La concurrencia de este requisito, por disposición legal expresa, sólo se presume legalmente (cons. 7° de la sentencia de reemplazo),¹⁰

(ii) El art. 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, de modo que «se

¹⁰ En un sentido similar, pocos días antes, la SCA Santiago de 2.VII.1998 (en GJ 217 [1998], p. 151 y ss.), esp. cons. 2°: «la culpabilidad es un elemento de la esencia de todo juicio de reproche y (...) para su concurrencia es necesario se compruebe el conocimiento del ilícito por parte de quien en él incurre y la voluntad de transgredir la norma que lo consagra, más precisamente la intención de vulnerar el bien que ella ampara». El cons. 4° consuma la identificación que realiza el tribunal entre la lesión de la norma y la lesión del «bien» que ella protegería: «la antedicha voluntariedad [exigida en el art. 1° CP] ha de entenderse referida a la conciencia o intención de actuar en contra del bien amparado por el tipo». En el caso concreto, se trataba de una mujer casada que, tras cuarenta años sin tener noticias de su marido, había contraído matrimonio con un tercero. La Corte la absolvió del delito de bigamia por el que había sido condenada, si bien lo hizo amparándose en el estándar de convicción del art. 456 bis del Código de Procedimiento Penal, es decir, conectando directamente la declaración de principios transcrita en el cons. 2° con la norma procesal y prescindiendo, por lo tanto, de un desarrollo de carácter dogmático-sustantivo.

encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto» (cons. 8° de la sentencia de reemplazo). La cadena de argumentación es la siguiente: la culpabilidad es presupuesto de la responsabilidad penal; la culpabilidad requiere a su vez la posibilidad de obrar de otro modo, y finalmente ésta presupone la conciencia de la ilicitud.¹¹

Una nueva sentencia de la Corte Suprema, dictada el año siguiente, prosigue el desarrollo jurisprudencial del tratamiento del error.¹² Se trata de un fallo relevante porque, además del interés que tiene la argumentación contenida en él, se refiere a un caso distinto del error sobre los presupuestos fácticos de la legítima defensa.¹³ La Corte Suprema reafirma en primer término que, desde su perspectiva, la conciencia de la ilicitud no integra el dolo y que, por lo tanto, la conducta sigue siendo típicamente antijurídica a pesar del error (que en la especie, además, consideró inevitable).¹⁴ Ello es coherente con su

- ¹¹ Es dudoso si sólo la combinación del argumento expuesto en (ii) con el señalado previamente en (i) abre una vía para evitar hasta donde resulta posible la circularidad que denuncia Soto en «Una jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del 'principio de culpabilidad' en el derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año III, N° 3 (1999), p. 233 y ss. (242). En efecto, no parece claro que para dar eficacia excusante al error sea necesario acudir a los tratados internacionales y no baste, por ejemplo, con constatar la especialidad del art. 1° CP respecto del art. 8° CC (en esta dirección ya JIMÉNEZ DE ASÚA, *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, Buenos Aires, 1942, p. 454), en relación con la interpretación tradicional del la voz «voluntaria» (al respecto véase sección 10, notas 179 y 180).
- ¹² SCS 23.III.1999, en FM 484 (1999), p. 187 y ss. Esta sentencia, junto a la que se acaba de tratar y al fallo de 27.X.2005 que se comentará a continuación, constituyen el núcleo del «nuevo escenario» jurisprudencial en materia de error. Todas ellas fueron redactadas por el ministro señor Enrique Cury.
- ¹³ El alcalde de una pequeña localidad fue condenado en primera y segunda instancia por el delito de negociaciones incompatibles (art. 240 CP), pues el Municipio había adquirido productos en una tienda de su propiedad y en una de propiedad de su madre. La Corte Suprema lo absolvió al apreciar un error inevitable sobre la prohibición.
- ¹⁴ Cfr. cons. 6°, 12° y 21° de la sentencia de casación. Esta concepción se expresará de un modo especialmente claro en un fallo posterior: «La conciencia de la ilicitud no es un elemento del dolo (malicia) —el cual subsiste aunque ella esté ausente— sino del juicio de reproche o culpabilidad, para emitir el cual basta con que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer lo injusto de su comportamiento» (SCS 9.V.2000, en causa Rol N° 234-00 sobre delito marcario, cons. 3° del voto disidente).

recepción de la teoría de la culpabilidad (cons. 12° letra a) de la sentencia de casación),¹⁵ que va acompañada de una definición del concepto mismo de culpabilidad como «reproche personal».¹⁶ A los argumentos de la sentencia de 4.VIII.1998 en contra de la tesis que resta eficacia al error de prohibición a causa de la ficción de conocimiento de la ley, agrega el fallo una interpretación del art. 224 CP, según la cual esta norma contendría *a sensu contrario* el reconocimiento de una ignorancia en puntos de derecho que sería excusable incluso para los jueces. Por lo tanto, argumenta la Corte, con mayor razón los legos pueden padecer una ignorancia semejante y penalmente excusable.

El panorama se completa con la sentencia en que la Corte Suprema toma posición respecto de una de las cuestiones más debatidas en la dogmática posfinalista: los efectos del error evitable sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Mientras para algunos esta clase de error constituye un error de tipo o al menos debe asimilarse a él,¹⁷ para otros se trata de una forma más del error de prohibición regido en sus efectos por la teoría de la culpabilidad.¹⁸ Para quienes adhieren a la teoría de la culpabilidad, como lo viene haciendo la Corte Suprema, las consecuencias son muy relevantes, pues de la posición que se adopte depende si el error excluye el dolo o no lo hace, es decir, si se aplica o no la teoría de la culpabilidad para regular los efectos de dicho error. La Corte Suprema sostiene en esta sentencia que el error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error de prohibición y por lo tanto deja subsistente el dolo, pero

¹⁵ De paso, confirma el criterio jurisprudencial según el cual el error sobre la punibilidad no es un error de prohibición (cons. 12° letra b) de la sentencia de casación).

¹⁶ La culpabilidad es el «reproche personal por haber infringido las prohibiciones y mandatos del ordenamiento jurídico», pues el sujeto «en la circunstancias en que obró, tenía la posibilidad de acatarlos y comportarse de otra manera» (cons. 7° de la sentencia de casación).

¹⁷ Se trata de la posición mayoritaria: véase ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., München, 1997, 10/13-26, 14/62 y ss., con ulteriores referencias. En la doctrina chilena, véase sección 2, nota 25.

¹⁸ Cfr. entre otros autores finalistas WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 168 y ss.; KAUFMANN, *Arm.*, «Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung», JZ 1955, p. 37 y ss. En la doctrina chilena, véase sección 2, nota 26.

que «ha de tratárselo de manera más benigna y, precisamente, 'como si' en tal evento concurriera sólo imprudencia (culpa)». ¹⁹ Los fundamentos se encuentran en el mismo considerando 11° de la sentencia de casación y merece la pena reproducirlos pese a su relativa extensión: «Ello se explica, porque en tal situación, a diferencia de lo que ocurre en los restantes casos de error de prohibición, el autor se comporta de una manera 'fiel al derecho'. En efecto, si su representación de los hechos no fuera errónea y correspondiera a la realidad, el ordenamiento jurídico la hubiera valorado como él lo hace, y lo habría efectivamente autorizado para realizar la conducta típica». Citando a Jescheck y Weigend, ²⁰ el Supremo Tribunal continúa: «'Cuando el autor acepta equivocadamente los presupuestos de una causa de justificación reconocida por el derecho, está ausente la apostasía de los valores de la comunidad jurídica característica de los delitos dolosos. El castigo sobre la base del tipo doloso no resulta justificado porque, como consecuencia del error, el dolo no se muestra como portador del desvalor de la actitud interna propio de los hechos dolosos'. Por otra parte, además, el motivo del tratamiento privilegiado de esta clase de error reside 'en su menor (que no inexistente) desvalor de acción. Tal minoración se deriva de la conciencia del autor que cree estar obrando justificadamente y que aquí se refiere a una causa de justificación reconocida por el derecho (el autor cree actuar legalmente en el sentido del derecho positivo existente)'».

Por lo tanto, según la Corte Suprema el hecho es doloso, pero a causa del error evitable sobre los presupuestos del ejercicio legítimo de un derecho (art. 10 N° 10 CP), es portador de un menor desvalor

¹⁹ SCS 27.X.2005, en causa Rol N° 1739-2003, cons. 11° de la sentencia de casación. En cuanto al supuesto de hecho: el sujeto creyó actuar lícitamente (según el Supremo Tribunal: pensó estar ejerciendo legítimamente un derecho, art. 10 N° 10 CP) al recuperar de propia mano un automóvil que había entregado en consignación y por el que, no obstante que el vehículo ya había sido vendido y entregado al adquirente, no había recibido el pago en la forma acordada. Como se advierte, el caso pone en entredicho la misma distinción entre error de tipo y error de prohibición: si el derecho que el sujeto cree estar legítimamente ejerciendo es el derecho de propiedad, en realidad su error se refiere a la ajenidad de la cosa en el hurto y es, por lo tanto, un error de tipo y no de prohibición.

²⁰ La cita corresponde a la traducción de la 5ª ed. del Tratado de Derecho Penal, Parte General, realizada por Olmedo Cardenete, Granada, 2003, p. 499 y s.

de acción (el autor es «fiel al derecho») y por lo tanto debe ser tratado «como si» sólo concurriera culpa.²¹ En el planteamiento de la Corte Suprema, esto último significa concretamente castigar «a título culposo», de modo que en la especie, como no existe un hurto culposo que sea típico, el sujeto restó impune. La eventual «laguna de punibilidad» se explicaría por el carácter de *ultima ratio* del derecho penal (cons. 14° y 15° de la sentencia de casación). De esta manera, el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación conduce a la impunidad, aunque dicho error haya sido evitable para el sujeto, a no ser que excepcionalmente sea posible sancionar por un delito imprudente.

Si se atiende ahora al conjunto de las sentencias mencionadas, se concluye que la doctrina reciente de la Corte Suprema acerca del tratamiento del error es la siguiente: es preciso distinguir entre error de tipo y de prohibición, y los efectos de este último se gobiernan conforme a la denominada teoría de la culpabilidad. Hace excepción a este régimen el error evitable sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, que según la Corte no hace decaer el dolo (como quiere, en cambio, la teoría limitada de la culpabilidad), pero obliga a tratar el hecho «como si fuera» culposo y, por lo tanto, a sancionarlo sólo en forma excepcional.

²¹ CURY (Derecho Penal, 7ª ed., 2005, p. 448) explica que esta «solución» –considerar el hecho como doloso, pero tratarlo «como si fuera culposo»– tiene la ventaja de que permite la participación punible de terceros intervinientes, la que no sería posible si el hecho no sólo fuera tratado como culposo, sino además «considerado» como tal (ello se debe a la concepción habitual de la accesoriedad como presupuesto de la participación delictiva, según la cual sería necesario un comportamiento doloso del «autor» para poder castigar al partícipe). En general, la doctrina que sustenta el Supremo Tribunal es conocida como «teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas» (sobre ella, su origen y las principales críticas que se le han dirigido, ROXIN, *Strafrecht*, I, 14/56, 71 y ss.). Entretanto, es posible distinguir entre quienes la fundamentan en consideraciones de culpabilidad (como sugiere la Corte Suprema), y quienes ponen el acento en el injusto (en especial cuando se le fundamenta subjetivamente). En este último sentido, sostiene FRISTER (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2006, 14/29 ss.) que cuando el sujeto sufre un error de esta clase, adopta no obstante ello una decisión acorde con los parámetros del ordenamiento jurídico, por lo que la representación de la situación de justificación compensa el desvalor de motivación del dolo típico: «La errada suposición de los presupuestos de justificación no hace desaparecer el dolo mismo (...), pero sí su contrariedad al derecho, de modo que a fin de cuentas en el caso de un error como éste tampoco se ha realizado un *injusto doloso*».

Al menos algunas Cortes de Apelaciones han continuado la tendencia impulsada por la Corte Suprema, pero al mismo tiempo han introducido nuevos elementos a la discusión. Acogiendo un recurso de nulidad, la Corte de Apelaciones de Santiago se hizo cargo de la problemática del error de prohibición alegado por la defensa en un caso de violación impropia.²² Con menor claridad que el Supremo Tribunal, la Corte parece acoger también la teoría de la culpabilidad, en la medida en que acepta que el error de prohibición puede excluir o atenuar la responsabilidad penal (cons. 7° y 8°). Sin embargo, se sostiene además en un *obiter dictum* que una forma del error de prohibición se verifica cuando el autor sabe que existe una norma prohibitiva y que su actuar no está justificado, «pero cree que la obediencia de la norma le es inexigible (error acerca de una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho)» (cons. 7°).²³ El sujeto se cree exculpado, sin estarlo, respecto de un hecho que reconoce como antijurídico. Si se la toma literalmente, la afirmación de la Corte parece ser falsa. El error sobre una causa de exculpación por inexigibilidad puede ser de dos clases: el sujeto supone erróneamente que concurren los presupuestos de una causa de exculpación reconocida por el ordenamiento jurídico, o bien supone que existe una causa de exculpación que el ordenamiento no reconoce. Al menos conforme a las categorías tradicionales, ninguna de estas situaciones tiene que ver con un error sobre la prohibición, sino con la capacidad o incapacidad del sujeto para evaluar su situación, cuya apreciación se confunde con los elementos que sirven para ponderar la normalidad de la motivación en sí misma.

Para la problemática del tratamiento del error también es relevante otro aspecto del fallo. La sentencia recaída en el juicio anulado por la Corte razona a través de la siguiente pregunta retórica: «¿Puede considerarse vencible el desconocimiento del acusado que ni siquiera se representa la posibilidad de cometer un injusto?» La respuesta es que «la invencibilidad radica precisamente en su desconocimiento,

²² SCA Santiago 12.I.2007, en causa Rol N° 2476-2006. El contexto era una relación de pololeo aparentemente conocida y aceptada por el entorno de la muchacha, quien a su vez exhibía el comportamiento de una persona de mayor edad.

²³ En el mismo sentido, una sentencia muy similar de la CA San Miguel, de 22.VI.2007, en causa Rol N° 770-2007, cons. 5°.

pues para quien al menos intuye la posibilidad de realizar una acción antijurídica, es cuestionable que no haga todo lo posible por conocer el contenido de la norma, pero para quien legítimamente no se representa siquiera esa posibilidad, ciertamente, resulta invencible». Esta afirmación lleva a la Corte a afirmar que el tribunal ha confundido el error de prohibición con los criterios para determinar su invencibilidad (cons. 12°). En efecto, el *non liquet* en el razonamiento del Tribunal de Juicio Oral radica, como se puede advertir, en la palabra «legítimamente»: lo que este tribunal debía resolver era si el autor podía *legítimamente* excusarse apelando a su falta de representación.

2. Consenso en la dogmática

Es posible que el nuevo escenario en la jurisprudencia, cuyos rasgos fundamentales se acaban de esbozar, sea la consecuencia de un ya antiguo consenso doctrinal. Este consenso se puede sintetizar en el reconocimiento de la distinción entre error de tipo y de prohibición, la aceptación de «errores de tipo con efecto excluyente del dolo» y el tratamiento de los errores de prohibición de acuerdo a la teoría de la culpabilidad.²⁴ La discusión entre los partidarios de la teoría limitada de la culpabilidad²⁵ y quienes, en cambio, adhieren a su versión extrema,²⁶ no ha sido en Chile especialmente relevante hasta ahora, una situación que posiblemente se revierta a raíz del nuevo *status questionis* en la

²⁴ Posiblemente uno de los primeros antecedentes en la doctrina chilena se halle en BUSTOS/SOTO, «Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido», en RCP XXIII (1964), p. 243 y ss., 261 y ss.

²⁵ BUSTOS/CABALLERO, en POLITOFF/ORTIZ (dir.), Texto y Comentario del Código Penal Chileno, 2002, p. 54 y s.; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 326 y ss.; con una variante (ver sección 1, nota 21) CURY, Derecho Penal, p. 445 y ss.; por la teoría limitada de la culpabilidad parece inclinarse también SOTO, «Una jurisprudencia histórica», p. 253.

²⁶ COUSIÑO, Derecho Penal chileno, I, 1975, p. 695 y III, 1992, p. 203; GARRIDO, Derecho Penal, II, 4ª ed., 2005, p. 307 y ss.; NÁQUIRA, Derecho Penal, 1998, p. 404 y ss. Cfr. también KUNSEMÜLLER, «Notas sobre el error de prohibición», en GJ 292 (2004), p. 7 y ss., quien se pronuncia a favor de reconocer eficacia al error de prohibición, pero –aunque parece simpatizar con las teorías de la culpabilidad– se abstiene de tomar partido por alguna de las variantes usuales.

jurisprudencia.²⁷ En todo caso, atrás parecen haber quedado los planteamientos que negaban todo efecto al «error de derecho»,²⁸ aquellos

²⁷ Ejemplos de ello son el trabajo de MAÑALICH, «Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación», en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3 (2003), p. 145 y ss., 162 (la teoría limitada de la culpabilidad armonizaría mejor con la teoría del injusto personal), y la enfática toma de posición de BULLEMORE/MACKINNON, «El error de prohibición y la reforma del ordenamiento penal», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXVI (2005), p. 100 y ss., a favor de la teoría pura o extrema de la culpabilidad. Hasta donde alcanzamos a comprenderlo, el planteamiento de estos dos últimos autores se basa en que el error de quien, por ejemplo, se defiende putativamente, no recaería sobre la infracción de la norma prohibitiva por parte del agresor, sino sobre la permisón misma para «agredir al agresor». Sin embargo, no parece claro por qué de ello habría que desprender que el error sobre los presupuestos fácticos de la permisón –pues al menos debe existir un agresor– sería equivalente a cualquier otro error sobre la permisón. De hecho, lo que los partidarios³ de la tesis contraria sostienen es justamente que conviene distinguir entre ambas situaciones (el que yerra sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos de una causa de justificación sería más «fiel al derecho» que el que supone erróneamente una permisón en general de ciertas conductas, etc.). Esta distinción parece, incluso, más acorde con los presupuestos de los que parten BULLEMORE/MACKINNON, para quienes «la simple realización de la conducta descrita en el tipo no constituye una infracción de la norma» (*op. cit.*, p. 103), pues siempre se requiere además la afectación del bien jurídico. Como este último aspecto admite un rango muy amplio de interpretaciones plausibles, si no se quiere vaciar de contenido el valor socialmente orientador de los tipos penales esta concepción debería llevar a incorporar en ellos de un modo más intenso los presupuestos de la afectación *contraria a derecho* de los bienes jurídicos. Finalmente, subyace a su planteamiento la idea de que la «agresión ilegítima» debe ser culpable o al menos típica para dar lugar al derecho a legítima defensa (*op. cit.*, p. 101, 105, 111), lo que no es efectivo.

²⁸ NOVOA, *Curso de Derecho Penal chileno*, I, 1960, p. 509 y ss., 573 y ss.: «En criterio nuestro, la existencia de la disposición contenida en el Art. 8 del Código Civil, obliga al intérprete chileno a cejar en sus exigencias doctrinarias. Si el legislador parte del supuesto de que todo individuo conoce todas las leyes en vigor, y prohíbe que se alegue ignorancia de ellas, no hay otro camino consecuente con el respeto debido a los mandatos legislativos que entender existente el dolo, aun cuando en el hecho el sujeto activo no conozca las normas jurídicas pertinentes, ni la tipificación de su conducta» (p. 513). Según el mismo autor, sin embargo, el conocimiento de la significación de la conducta para el ordenamiento jurídico integra el dolo; por esta razón, el art. 8° CC importaría una presunción de derecho de un elemento del dolo, a la que se sumaría la presunción simplemente legal de los demás elementos que, según el mismo NOVOA, contendría el art. 1° inciso 2° CP (*op. cit.*, p. 525 y ss.).

que distinguían entre error de derecho penal y extrapenal,²⁹ e incluso los que se pronunciaban a favor de la teoría del dolo.³⁰

Hasta donde alcanzamos a ver, en Chile sólo Etcheberry realiza un planteamiento sustancialmente divergente tanto del problema como de su solución.³¹ Para este autor, entre el error que recae en algún elemento

²⁹ Véase sección 1, nota 4. Una posición similar suele atribuirse también a LABATUT (cfr. en particular su Derecho Penal, I, 1968, la primera edición preparada por ZENTIENO, p. 85 y ss., 201 ss.). No obstante, este autor desarrolla un planteamiento diferenciado y, en definitiva, contradictorio. Mientras por una parte recoge la distinción entre errores de hecho y de derecho y niega eficacia excusante a estos últimos salvo en casos excepcionales (*op. cit.*, p. 85: aunque no queda claro si sólo expone «tendencias actuales» o si él mismo toma partido a su favor), luego señala que «el dualismo tradicional no tiene razón de ser: ambos tipos de error excluyen el dolo, por cuanto en uno y otro caso el agente obra de buena fe, convencido de que no ejecuta una acción antijurídica» (*op. cit.*, p. 204). Asimismo, las constelaciones en las que el error de derecho tendría eficacia excusante son extraordinariamente amplias, en particular si se acepta dicha eficacia respecto de los delitos considerados *mala quia prohibita* (*op. cit.*, p. 86). La propuesta de LABATUT parece ser una especie de teoría limitada del dolo, pues reconoce a todo error el efecto de excluir el dolo —«el agente obra de buena fe»—, pero rechaza en principio la exclusión de la culpabilidad cuando el error recae sobre el derecho o bien se trata de un error de hecho no esencial o esencial evitable. Muy parecidos a estos planteamientos son los de DEL RÍO, Explicaciones de Derecho Penal, I, 1946, p. 226 y s. Al igual que en el caso de LABATUT, rechaza en teoría la vigencia absoluta del principio *error iuris nocet*, pero le parece que tanto la importancia del principio para la sociedad como la regulación positiva impiden prescindir de él en materia penal.

³⁰ Especialmente SCHWEITZER WALTERS, El error de derecho, p. 78 y ss., 116, en un planteamiento inspirado en la doctrina de la «ceguera jurídica» de MEZGER (posiblemente por primera vez en Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, München, 1949, p. 183 y s.) y JIMÉNEZ DE ASÚA (Tratado de Derecho Penal, VI, Buenos Aires, 1963, p. 559 y ss.): «El juzgador, por todos los medios de prueba que le otorga la ley, deberá tratar de llegar a la convicción acerca de la culpabilidad del agente u omitente. Deberá pues *convencerse* íntimamente de que en el actuar ha habido dolo o culpa, y si encuentra que éstos no se han dado porque el sujeto desconocía el deber o la prohibición legal, sin mediar siquiera negligencia o imprudencia, deberá absolver por cuanto falta para condenar, la culpabilidad. Pero, si en la actitud del agente encuentra una concepción incongruente con aquella que el lego debe necesariamente tener en lo que concierne al derecho, obligado está a castigar, por cuanto el efecto del dolo ha sido trasvasado, si se nos permite la expresión, a esta actitud del autor». En cambio, y como se verá a continuación en el texto, la posición de Etcheberry está lejos de identificarse con la teoría del dolo.

³¹ ETCHEBERRY, Derecho Penal, I, 3ª ed., 1998, p. 331 y ss.

descriptivo del tipo, el que versa sobre uno normativo, el que se refiere a la existencia de una causa de justificación o a la concurrencia de sus presupuestos fácticos no existe ninguna diferencia relevante desde el punto de vista jurídico, ya que todas estas situaciones «van a parar a lo mismo: el sujeto no tiene conciencia de que su acto es contrario a derecho».³² Por eso, para Etcheberry lo importante es determinar qué errores excluyen el dolo y cuáles excluirían, además, la culpa del sujeto.

Para resolver la primera cuestión, sin embargo, retoma la distinción entre errores relativos a los hechos o al tipo penal y errores referidos a la licitud o ilicitud de la conducta. Así, sólo tendrían el efecto de excluir el dolo los errores «sobre las circunstancias de hecho que constituyen el tipo» cuando ellos son «esenciales», es decir, cuando recaen sobre el «tipo» y no simplemente sobre la «figura delictiva»,³³ porque en este último caso subsiste el dolo «respecto de aquello de que el agente tuvo conciencia». Esto se debe a que los errores esenciales eliminarían la conciencia de que el acto es sancionable penalmente, mientras que los errores accidentales sólo se refieren al título por el cual el hecho sería punible. Cuando se trata de las «circunstancias que determinan la licitud de la conducta», Etcheberry utiliza un criterio análogo: habría que determinar si el error hace creer en la «completa licitud» de la conducta, o si el sujeto sólo cree estar realizando un delito de menor entidad. En el primer caso, el error excluye el dolo; en el segundo, subsiste el dolo respecto del delito del cual el sujeto tuvo conciencia. En ambas situaciones, Etcheberry ve el principal fundamento positivo de su propuesta para el tratamiento del error en la regla del art. 1º inciso 3º CP, que impediría castigar por aquello que el sujeto no ha conocido al momento de desplegar su conducta.

El problema de la exclusión de la culpa es abordado desde la perspectiva de la evitabilidad del error. Como es natural, las principales dificultades se presentan en aquellos casos en que el error era

³² ETCHEBERRY, Derecho Penal, I, p. 335 y ss. (aquí y en lo que sigue de este capítulo).

³³ Con ello alude a la distinción belingniana entre *Tatbestand* y *Deliktstypus* (cfr. BELING, «Die Lehre vom Tatbestand», contribución publicada originalmente en el Libro Homenaje a Frank, Tübingen, 1930; traducción castellana de S. Soler en el volumen Esquema de Derecho Penal, Buenos Aires, 1944). ETCHEBERRY ilustra la distinción con el ejemplo del sujeto que mata a su padre sin saber que lo es, y que responde como autor de homicidio doloso y no de parricidio frustrado.

evitable. Si el error recae sobre las circunstancias de hecho que constituyen el tipo o sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, el hecho se castigará a título culposo o restará impune, según si la ley prevé o no el correspondiente tipo culposo. Si, en cambio, el error evitable recae sobre «la licitud de la acción» (es decir, se trata de hipótesis de error de prohibición distintas del error sobre los presupuestos de la justificación), la solución de Etcheberry es sorprendente: como no se puede afirmar que exista una relación de causalidad entre el error y el resultado, elemento esencial para imputar dicho resultado a la «falta de diligencia en el saber», el error evitable sobre la licitud ha de conducir a la impunidad. En efecto, la imposición de un castigo al que padece el error implicaría suponer que, si el agente se hubiera informado sobre la ilicitud de su acción, habría desistido de obrar. Como esto no pasa de ser una conjetura, «no se justifica cargar en cuenta del agente el resultado, ni a título doloso, ni culposo, ni tampoco otorgándole una atenuante». Por lo tanto, «el error acerca de la licitud de la conducta, como que no admite grados, no justifica una sanción penal, haya sido o no evitable».

La «originalidad» de la posición de Etcheberry se debe a la coherencia con que despliega los presupuestos naturalistas que subyacen a ella. Para este autor, el dolo y la culpa son formas del vínculo psicológico que liga al agente con el hecho, y por consiguiente no sólo delimitan la imputación según el conocimiento del autor, entendido como hecho psíquico, sino que además están afectas al requisito de actualidad. La idea de una conciencia «potencial» de la ilicitud, introducida por Welzel como un cuerpo extraño en una teoría del delito básicamente naturalista,³⁴ no tiene cabida en la propuesta de Etcheberry, pues implicaría pasar por alto uno de los pilares de la imputación jurídico-penal: la relación psicológica. Por otra parte, cuando de lo que se trata es de imputar un resultado a la imprudencia del agente —así sea a una

³⁴ Sobre los problemas que ello trae véanse: en relación con la cuestión de la conciencia «eventual» de la antijuridicidad, WARD, «Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein», en G. STRATENWERTH *et al.* (ed.), *Festschrift für Welzel*, Berlin, 1974, p. 499 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuridicidad», en ADPCP XL (1987), fasc. 3, p. 647 y ss.; en relación la problemática paralela de la «co-conciencia» de la antijuridicidad, ya RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, 1969, p. 140 y ss.

«imprudencia de derecho»— es preciso establecer previamente que dicha imprudencia ha sido «causa» de ese resultado. Ninguna consideración normativa está en condiciones de sustituir esta prueba del vínculo causal, pues de lo contrario se pasaría por alto el otro pilar de la imputación penal de base naturalista: la causalidad. Se trata, en síntesis, de las mismas bases de la doctrina del delito denominada «neoclásica», que para el ordenamiento chileno reviste singular interés en materia de error, pues el sistema conformado por el art. 1° inciso 3° y el art. 64 inciso 2° CP ha sido con frecuencia interpretado como si se tratara de la regulación positiva subyacente al neoclasicismo alemán.³⁵

El planteamiento de Etcheberry pone también de manifiesto una cuestión central: si no se está dispuesto a aceptar la impunidad del error evitable de prohibición —y la sociedad en su configuración actual no puede permitirse hacerlo—, no es posible conformarse con «remendar» la teoría naturalista de la imputación jurídico-penal.

Con todo, la teoría de la culpabilidad es sin lugar a dudas la tesis de consenso en cuanto al tratamiento del error, y su adopción por parte de la doctrina trasciende incluso —no obstante algunos matices— las diversas concepciones acerca del delito y la pena.³⁶ Posiblemente este consenso guarda estrecha relación con la recepción en Chile de la evolución dogmática, legislativa y jurisprudencial española y alemana. En lo que respecta a Alemania, la marcha triunfal del finalismo con su concepto de «dolo neutro» y la consiguiente autonomía en el tratamiento del error de prohibición llevaron a que primero el Tribunal Federal³⁷ y luego el legislador³⁸ adoptaran la teoría de la culpabilidad.

³⁵ § 59.1 del Código Penal Imperial alemán: «Si alguien, en la comisión de un hecho punible, no conoce la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que elevan la punibilidad, no le serán imputables estas circunstancias». La regulación es, sin embargo, sólo «casi» idéntica a la del Código Penal chileno: éste no se refiere expresamente a circunstancias «de hecho» y, por otro lado, reconoce efecto atenuante a las circunstancias desconocidas para el agente, lo cual carece de fundamento desde el punto de vista psicológico.

³⁶ Véanse notas 4 y 5 de esta sección.

³⁷ BGHSt 2, 194.

³⁸ Concretamente en 1975, cuando entra en vigencia la nueva parte general del Código Penal alemán, cuyos §§ 16 y 17 sancionan expresamente la distinción entre error de tipo y de prohibición y sujetan los efectos de este último a la teoría de la culpabilidad. Las dudas de constitucionalidad que hicieron

En España también es posible hablar de un tránsito desde la teoría del dolo hacia la teoría de la culpabilidad, si bien sobre una base dogmática menos firme.³⁹ En cualquier caso, el Código Penal español de 1995 ha positivizado la distinción entre el «error sobre un hecho» constitutivo, calificante o agravante de la infracción penal, y el error sobre la «ilicitud del hecho».⁴⁰ Al primer error se le asigna eficacia excluyente del dolo; el segundo, excluye la responsabilidad o bien obliga a una atenuación en uno o dos grados, según si se trata de un error inevitable o evitable. Más allá de las controversias que ha suscitado la regulación, es un hecho que la ley española distingue el tratamiento de los errores según su objeto, y que de un modo rígido considera menos digno de excusa el error que recae sobre la ilicitud del hecho (punibilidad mediante cláusula general; punibilidad aun con grados muy diversos de vencibilidad del error). Por lo tanto, el sistema español acoge los postulados centrales de la teoría de la culpabilidad, aunque bajo una modalidad diversa del sistema alemán. Ello tiene consecuencias relevantes para quienes —como hace la doctrina predominante— interpretan psicológicamente el concepto de error. En efecto, el modelo español equivale a la afirmación de que la culpabilidad plena sólo puede configurarse en los casos de conocimiento actual y completo de la ilicitud. En todos los demás casos, es decir, en las hipótesis de conocimiento meramente potencial o parcial, el artículo 14 del Código Penal español prevé una rebaja obligatoria de la pena. Si el conocimiento (y por consiguiente el error) consiste en un hecho psíquico, entonces la regulación española del error se halla indisolublemente

valer los partidarios de la teoría del dolo (castigar penalmente sobre la base de una conciencia del injusto meramente potencial atentaría contra el principio de culpabilidad) fueron desestimadas por el Tribunal Constitucional federal (BVerfGE 41, 121: la diferencia de tratamiento para ambas clases de error —de tipo y de prohibición— no sería «arbitraria»); sobre esta decisión véase SCHMIDHÄUSER, «Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 Satz 1 und § 17 StGB)», en JZ 1979, p. 361 y ss.

³⁹ Por eso, hasta hoy no puede considerarse resuelto el debate entre quienes, invocando la misma regulación positiva, adhieren a la teoría de la culpabilidad según el planteamiento de CEREZO MIR y quienes como MIR PUIG sustentan una versión de la teoría del dolo (en detalle, FELIP I SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Barcelona, 2000, p. 76 y ss.).

⁴⁰ Cfr. art. 14 CP español. Su precedente es el art. 6 bis a) del antiguo Código, introducido en la reforma de 1983.

atada al *factum* del conocimiento o desconocimiento por parte del autor. En este sentido, se trata de una regulación rígida, a diferencia del modelo alemán, que no considera el conocimiento actual como presupuesto necesario de la culpabilidad plena y por ello establece una atenuación meramente facultativa para los casos de desconocimiento.

El nuevo Código Penal español modificó también un aspecto diverso, aunque relacionado con el tratamiento del error, al sustituir la incriminación genérica de la imprudencia (salvo en algunos ámbitos) por un sistema de *crimina culposa*. En efecto, el sistema del *crimen culpæ* vigente con anterioridad había favorecido en España el desarrollo de las teorías del dolo con argumentos inexistentes, por ejemplo, para la dogmática alemana. En este aspecto, la legislación chilena se distanció desde un comienzo del esquema español, al establecer un sistema que tiende a ser de *numerus clausus* (sin serlo del todo).⁴¹

3. El problema

La evolución dogmática del tratamiento del error puede resumirse a grandes rasgos diciendo que la fórmula romana *error iuris nocet*⁴² (y su contrapartida: *error facti nemini nocet*) posee tal fuerza de convicción,

⁴¹ Este hecho, unido a la semejanza ya aludida entre la regulación del desconocimiento en la ley penal imperial y en el Código Penal, hacen que en esta materia la evolución dogmática alemana sea más relevante que cualquiera otra para comprender la chilena. Conviene recordar también que el Código Penal español de 1850 no consideraba un precepto como el art. 2º CP, por lo que en España siempre fue dogmáticamente más complejo rechazar la equiparación entre voluntariedad y dolo que la mayoría de los intérpretes leía en el art. 1º del Código, similar en esto al chileno.

⁴² Uno de los textos clave se encuentra en las *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iuri collecti Digestorum seu Pandectarum*, Liber XXII (edición de Th. MOMMSEN y P. KRUEGER, *Corpus Iuris Civilis*, I, 1954), 22.6.9, pr.: «Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse». Como se puede apreciar, PAULUS reconocía excepciones relevantes al principio general.

que –al menos en el ámbito jurídico-penal–⁴³ tuvo aplicación hasta mediados del siglo veinte y sigue teniéndola, con más o menos matices,⁴⁴ hasta el día de hoy en casi todo el mundo occidental. Entre estos matices se encuentran la distinción entre el error sobre regla penal y sobre regla extrapenal, la consideración de los «elementos normativos» de las descripciones típicas como categorías genuinamente jurídicas, la definición del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación como hipótesis de *error facti*, y varios otros. Con independencia de los detalles, se siguió considerando que, en principio, sólo los errores de carácter preponderantemente fáctico podían ser objeto de indulgencia, mientras que era preciso sancionar como defecto volitivo los supuestos de desconocimiento de las reglas jurídicas de convivencia. Según la concepción ampliamente dominante en la

⁴³ Una opinión diferente sostiene BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II, Leipzig, 1877, p. 310 y ss., quien rechaza enérgicamente la idea de que el derecho romano haya aplicado el principio *error iuris nocet* en el ámbito criminal; más bien existirían evidencias en el sentido de que los romanos asignaban al error de derecho el efecto de excluir el dolo: más referencias en IDEM, *Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1913, reimp. 1975, p. 105. En cualquier caso, ello en nada altera la idea fundamental según la cual el error se equipara al mero desconocimiento y sus efectos se regulan en forma rígida según la materia sobre la que recae. Sobre la influencia de la fórmula en el *common law*, instructivo *Re'em Segev*, «Justification, rationality and mistake», en *Law and Philosophy* 25 (2006), p. 31 y ss., 41 y ss.

⁴⁴ Resulta históricamente interesante el estudio de aquellos matices que los juristas romanos ya habían introducido. Así, por ejemplo, existen buenas razones para pensar que en el derecho romano la *ignorantia facti* no sólo estaba referida a los hechos materiales, sino a todos los elementos de lo que hoy se denomina «tipo legal» (cfr. en este sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, p. 25 y s.). Por otra parte, y como sugiere BINDING (véase nota anterior), es posible que el principio de la inexcusabilidad del *error iuris* se haya ido endureciendo con el paso de los siglos, como consecuencia de una pérdida de la capacidad de distinción, o bien de las necesidades de estabilización de un orden normativo sujeto a fuertes contingencias políticas. A nuestro juicio, ello se debe especialmente a que las excepciones genéricas a la inexcusabilidad se reconocían, dejando a un lado los menores, en favor de determinados «grupos sociales» –los rústicos, los soldados y las mujeres–, de manera que las fluctuaciones en el tratamiento de la ignorancia están ligadas en buena parte al rol que dichos grupos fueron cumpliendo históricamente en la sociedad romana. La tesis contraria sustenta, no obstante, CORRAL (*De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*, 1987, p. 26) siguiendo a VOLTERRA y con ulteriores referencias.

actualidad –la denominada «teoría de la culpabilidad»–, si el sujeto desconoce alguno de los elementos que configuran el lado objetivo de la descripción típica (error de tipo), este desconocimiento hace decaer la relación psicológica que le liga al hecho. Esta consecuencia es independiente de cualquier valoración posterior del desconocimiento. Si el sujeto, en cambio, desconoce el significado del hecho o de su intervención en él para el ordenamiento jurídico (error de prohibición), entonces rige el principio *error iuris nocet*. Por cierto que en ambos casos, al igual que en el derecho romano, se admiten excepciones. Así, el error evitable sobre el lado objetivo del hecho deja subsistente la (excepcional y disminuida) responsabilidad por imprudencia, mientras que el error inevitable sobre la prohibición tiene como consecuencia la impunidad.

La pervivencia de la fórmula a lo largo de los siglos habla en favor de su corrección. No obstante, hoy se sabe que su presupuesto fundamental es errado. Si hay algo que en materia de error no es posible hacer, es distinguir entre un objeto fáctico y uno jurídico o valorativo. La misma distinción entre error de tipo y error de prohibición da cuenta de esta imposibilidad, pues ambas clases de error se refieren al contenido de una norma jurídica.⁴⁵ Esta situación resulta aun más evidente, si cabe, cuando se trata de los así llamados elementos «normativos» del tipo, supuesto que sea posible distinguir entre elementos descriptivos y normativos: ¿qué clase de elemento es, por ejemplo, el carácter de «ascendiente» exigido por el tipo penal del parricidio (art. 390 CP)?, ¿se trata de una cuestión meramente fáctica?,

⁴⁵ La interesante comprensión de los «hechos» como objeto de la regulación jurídica y del «derecho» como regulación jurídica del objeto, que propone CORRAL (De la ignorancia de la ley, p. 194 y ss., 243 y ss.), confirma esta constatación: la distinción nada tiene que ver con «lo normativo» y «lo fáctico», sino con el tratamiento que ha de darse, según los casos, al desconocimiento; cuestión aparte es que a los efectos de la imputación penal sea relevante distinguir entre ambas situaciones, según la propuesta de CORRAL. En un sentido similar al del texto, las observaciones de SOTO («Una jurisprudencia histórica», p. 244 y ss.), quien destaca que ningún sistema de imputación ha aplicado sin fisuras la máxima *error iuris nocet*. Confirma la imposibilidad de distinguir entre elementos fácticos y normativos el propio NOVOA, Curso, I, p. 509: «No puede haber dolo –hablando en [el] plano doctrinal– si el sujeto no conoce la significación que su conducta tiene ante las normas jurídicas, esto es, si no sabe el disvalor que ella constituye para el derecho».

¿cómo se vincula la calidad de cónyuge con la relación de «convivencia», introducida por el legislador en 2005? Por cierto que las realidades normativas conectan con realidades de hecho, pero ¿son estas últimas por sí solas relevantes desde la perspectiva de la imputación? Lo mismo puede decirse de la discusión —a nuestro juicio, en gran parte estéril— sobre el carácter de los presupuestos de las causas de justificación en cuanto objeto del error: el sujeto que arremete en su indignación contra las cosas que se hallan en su habitación, sin detenerse a pensar que algunas de ellas pertenecen a su arrendador, comete en el peor de los casos un atentado imprudente contra la propiedad (que en el ordenamiento jurídico chileno no es punible); lo curioso de la solución no radica en que el sujeto resulte impune, sino en que su tratamiento tenga que ser completamente distinto del que se otorga a quien piensa que, en casos de indignación, no delinque quien destruye cosas (sean ellas propias o ajenas) de menor valor.

La distinción entre diversas clases de error según su objeto no se encuentra, sin embargo, en el derecho penal positivo. La regulación positiva del «desconocimiento» en el Código Penal puede considerarse más o menos afortunada, pero no se apoya explícitamente en esa distinción. Por eso es que para determinar el régimen del error vigente en el ordenamiento jurídico chileno parece aconsejable andar el camino en el sentido inverso de aquel en que se suele recorrer. En lugar de examinar la «naturaleza» de los errores y las diversas teorías sobre su tratamiento para luego interpretar el derecho positivo a la luz de alguna de ellas, se propone fijar en primer lugar la atención sobre las normas que en el Código Penal contienen alguna regulación más o menos explícita del desconocimiento e intentar descifrar si ellas responden, si no a un sistema, al menos a un «esquema» según el cual la ley positiva define y organiza las consecuencias del error. Desde luego, no se plantea aquí la ingenuidad metodológica de actuar como si fuera posible interpretar la ley sin una teoría suficiente para ello. Se trata más bien de intentar contrastar el problema (¿qué efectos produce el desconocimiento?) con el derecho positivo, pero dejando por un momento en segundo plano las concepciones doctrinales que explicarían —o bien no lo harían— las opciones legislativas.

A nuestro juicio, son cuatro las disposiciones del Código Penal que manifiestan de un modo especialmente elocuente la «visión» que subyace a él en cuanto a los efectos del desconocimiento. Las dos

primeras han jugado, acertadamente, un rol importante en la discusión dogmática. Se trata de los artículos 1° inciso 3° y 64 inciso 2° del Código Penal. Ambas normas se refieren explícitamente a «circunstancias» del hecho, pero esta expresión no alude a lo que técnicamente se conoce como circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Etcheberry ha demostrado de un modo convincente que el legislador no distingue prolijamente entre «circunstancias» y «elementos» del delito,⁴⁶ y lo mismo se desprende de las Actas de la Comisión Redactora.⁴⁷ Sobre todo, es la propia ley la que se refiere a *circunstancias* «que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado» o que el legislador ha expresado al describir y penar un hecho (art. 63 CP). El contenido de los artículos 1° inciso 3° y 64 inciso 2° del Código Penal es, a los efectos que aquí interesan, idéntico: sólo pueden incrementarse las penas en razón de una circunstancia que se considera conocida por el agente al momento de su intervención en el hecho delictivo. Por lo tanto, para el Código Penal la atribución de conocimiento es presupuesto de la punibilidad. Nada se dice acerca de la «naturaleza» de las circunstancias que deben ser conocidas, esto es, si sólo se trata de realidades fácticas o también de realidades normativas, como, por ejemplo, una determinada posición jurídica.

Si se pregunta ahora qué es lo que la ley entiende por «conocer» una circunstancia, la respuesta que emana del texto positivo puede resultar algo sorprendente. En concreto, parecen existir buenas razones para pensar que el legislador no necesariamente imagina el conocimiento relevante para la imputación como una especie de *factum* psíquico, cuya concurrencia en la mente del sujeto al momento de realizar la conducta haya que demostrar. En efecto, el art. 64 inciso 2° CP confiere eficacia también a aquellas circunstancias que eran conocidas del sujeto «antes (...) de la acción o de su cooperación para el delito». Desde luego que quien conoció algo antes, probablemente lo conocerá también en el momento del hecho, pero ello no necesariamente es así, o al menos no

⁴⁶ Cfr. Derecho Penal, II, p. 82 y s.

⁴⁷ Respecto del art. 1° inciso 3° CP en particular, véase el ejemplo utilizado por los comisionados en la Sesión 116 de la Comisión Redactora del Código Penal para aclarar la expresión «circunstancias no conocidas del delincuente»: se trataba de situaciones como la de «alguien [que] creyendo matar a un extraño mata a su padre».

lo es desde una perspectiva psicológica. Por lo tanto, el art. 64 CP imputa en razón de una simple probabilidad en sentido naturalista, o bien lo hace normativamente.⁴⁸ Por su parte, el art. 1° inciso 3° *in fine* CP contiene una norma que se suele interpretar como una simple muestra de benignidad legislativa por razones humanitarias.⁴⁹ Aunque fuera cierto, ello no excluye una interpretación sistemática que casi se impone por sí sola: a la ley no le interesan el conocimiento o el desconocimiento como meros datos fácticos, sino como categorías de imputación y, por lo tanto, está dispuesta a abonar en la cuenta del sujeto circunstancias que le favorecen con independencia de que se acredite en el proceso que los presupuestos de su concurrencia «pasaron por su cabeza», siempre que de esta manera se asegure la consistencia entre la magnitud de la pena y la realidad objetiva, es decir, que «únicamente se aplique la pena merecida por el hecho real».⁵⁰

Lo ocurrido en la Sesión 117 de la Comisión Redactora del Código Penal es revelador en este sentido. Fabres propuso que se fijara un plazo para que las disposiciones relativas a las faltas fueran obligatorias para los extranjeros recién llegados a Chile, o que, por lo menos, se autorizara a los jueces para «dispensar de las faltas puramente locales» a los extranjeros que no tuvieran un mes de residencia. Los demás comisionados no rechazaron la propuesta de Fabres sobre la base de argumentos psicológicos. Reconociendo el problema (si existen faltas puramente locales, ¿forma parte de la motivación de respeto al derecho por parte de los extranjeros recién llegados al país el evitarlas?), no quisieron establecer una cláusula

⁴⁸ La *imputación* de un conocimiento como «actualizable» siempre es normativa, pues no se limita a constatar un hecho psíquico, sino que remite a un parámetro externo al sujeto que define lo que se considera como socialmente esperable. En esta definición, la psicología puede operar como límite máximo (porque la sociedad así lo quiere), pero no establece necesariamente el mínimo: la sociedad puede esperar del sujeto algo menos que lo necesario para obtener el máximo puntaje en un test psicológico. Del mismo modo, la pregunta acerca de la extensión temporal del «antes» contenido en el precepto sólo puede responderla el juez.

⁴⁹ En este sentido POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno*, Parte General, 2004, p. 263.

⁵⁰ Actas de la Comisión Redactora, Sesión 116, una sentencia que debiera tenerse en cuenta en la discusión sobre un complejo de problemas situado al reverso de la cuestión del error, la punibilidad de la tentativa idónea.

general en el sentido de la primera propuesta,⁵¹ pero acordaron ocuparse de la segunda –una solución normativa, pese a tratarse de un problema «subjetivo»: es indiferente lo que el extranjero pensó o dejó de pensar– en un momento posterior que finalmente no llegó.⁵² En el mismo sentido se expresa el comentarista con mayor influencia sobre los redactores del Código Penal. Pacheco se pregunta en una lección: «¿Quién ha condenado al cazador, que tirando desde su puesto, hirió alguno de sus compañeros que había abandonado el suyo, é invadido el lugar vedado para todas las personas?» El fundamento que aduce Pacheco para la exención de responsabilidad en un caso semejante no es que el tirador no haya pensado en que su disparo podía herir a un hombre, sino el siguiente: «El que golpea á otro, el que le envenena, el que le hiere, no serán exentos de culpa en cualesquiera circunstancias, por más que protesten la inocencia de sus intenciones: necesario es que se conozca (...) *el hecho de haber tirado el tercero adonde saben los cazadores que no deben entrar, porque es el recinto propio de las fieras*».⁵³

Los otros dos preceptos a que se hacía referencia permiten ahondar en estas cuestiones. En primer lugar está el controvertido art. 456 bis A CP, que tipifica el delito de receptación, y que castiga al «que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, o las compre, venda o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiere dispuesto de ellas». La norma –que no establece una hipótesis de responsabilidad objetiva ni pretende hacerlo– reafirma que carece de relevancia la distinción entre un conocimiento «*dé hecho*» (posiblemente, en un sentido psicológico) relativo al origen de las

⁵¹ La ficción de conocimiento de la ley es denominada por los comisionados como «principio general».

⁵² Una norma de contenido similar a la propuesta de FABRES en la Sesión 117 de la Comisión Redactora se convirtió en ley en el art. 207 CJM: si el procesado cuenta con un total inferior a dos meses de servicios en las instituciones armadas, ello constituye una atenuante, incluso cuando el sujeto haya tenido plena conciencia del alcance de su conducta desde el punto de vista psicológico.

⁵³ PACHECO, Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, en Obras Jurídicas de Don Joaquín Francisco Pacheco, II, 3ª ed., Madrid, 1868, p. 60 y s. (cursivas sólo aquí).

especies, y el de quien «no pudo menos que conocerlo». Este añadido es, si se tiene en cuenta lo expuesto precedentemente, superfluo: la ley no va tras un espejismo psíquico denominado «conocimiento», sino que se interesa –también aquí– por el conocimiento como categoría de imputación. «No pudiendo menos que conocerlo» significa, pues, tanto como «siendo posible atribuir el conocimiento sobre la base de los antecedentes disponibles en el proceso».

Aunque innecesario, el precepto subraya un aspecto ya presente en otros tipos penales que aluden a ciertos objetos o elementos que «conocidamente» –es decir, según una valoración social– sirven a ciertos fines. El autor puede tener la opinión que estime conveniente acerca de la funcionalidad de dichos elementos, pero en principio no puede alegar que desconoce su significación social. Si a pesar de ello lo hace, será preciso indagar a fondo la relevancia de esa alegación, que puede ser desestimada. Nos referimos al que entrega al enemigo «objetos conocidamente útiles» u «objetos pertenecientes al Estado, de reconocida utilidad para el progreso de la guerra» (art. 109 CP); al que «fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo» (art. 445 CP); al que «fuere aprehendido con bombas explosivas o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar alguno de los estragos expresados en este párrafo» (art. 481 CP).⁵⁴ Varias de estas disposiciones contienen normas que hoy podrían

⁵⁴ Los ejemplos podrían multiplicarse: el art. 171 CP permite sancionar «como responsables de estafa y otros engaños» a quienes circulan moneda cuya «falsificación o cercenamiento fueren tan ostensibles que cualquiera pueda notarlos y conocerlos a la simple vista» (la norma está redactada en contraposición al tipo penal previsto en el artículo anterior, que se pone en el caso de que la moneda falsa se reciba de buena fe, pero se circule luego de constarle su falsedad al hechor); por el mismo título permite sancionar el art. 179 CP a quienes circulen títulos falsificados, «si la falsificación fuere tan grosera y ostensible que cualquiera pueda conocerla y notarla a la simple vista». Al igual que en el caso anterior, al derecho no le interesa –como en la norma inmediatamente precedente– si el sujeto ha actuado o no de buena fe. Puede que exista desconocimiento o ignorancia de su parte, pero la ley imputa al sujeto dicho desconocimiento como asunto suyo y lo hace responsable de él, cuando la realidad aparece tan de manifiesto a la vista que cualquiera en la sociedad podía conocerla. No hace falta agregar que la «falsedad» de un documento no es una cualidad constatable mediante la sola percepción sensorial ni de índole meramente fáctica.

considerarse inconstitucionales, pues implican una anticipación de la punibilidad hacia estadios muy anteriores al comienzo de la tentativa, es decir, vulneran la dignidad humana al menos en su dimensión del derecho a la intimidad. Pero ello nada tiene que ver con la noción de «conocimiento» o «desconocimiento» que subyace a ellas y que informa el ordenamiento jurídico-penal vigente.

Finalmente, resulta indispensable detenerse en el contenido del art. 329 CP, que se encuentra en el párrafo 16 del Título VI del Libro II del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos relativos a los ferrocarriles, telégrafos y conductores de correspondencia. Reducida a un ámbito muy específico, la norma posee escasa relevancia práctica y por eso no se debe exagerar su valor interpretativo. Pero tampoco sería apropiado desconocer su relevancia sistemática, como manifestación del régimen al que la ley somete el desconocimiento. Así como el art. 456 bis A CP pone enfáticamente de relieve algo que los arts. 1º inciso 3º y 64 inciso 2º CP dan por supuesto –a saber, que no interesa por sí mismo el *factum* del conocimiento–, el art. 329 CP arroja luz sobre otro aspecto que esas normas no aclaran, la cuestión del objeto del desconocimiento. El precepto sanciona al que «por ignorancia culpable, imprudencia o descuido, o por inobservancia de los reglamentos del camino, que deba conocer, causare involuntariamente accidentes que ocasionen lesión o daño a alguna persona». En lo que atañe a la problemática del desconocimiento, la norma establece un inequívoco paralelo entre el descuido y la imprudencia, por una parte, y la ignorancia culpable y la inobservancia de reglamentos que el sujeto debía conocer, por la otra. La «causación involuntaria» de accidentes puede deberse, por consiguiente, tanto a un descuido por deficiente planificación o ejecución, como a la inobservancia de un reglamento que tal vez no se conocía, pero que se debía conocer. En este último caso, el desconocimiento recae sobre una norma y da lugar al tratamiento punitivo del hecho como cuasidelito. Para la ley, el objeto del desconocimiento –si se trata de un «hecho» o de una «norma»– parece ser irrelevante.

El art. 329 CP contiene también una importante asociación que es preciso destacar. El desconocimiento de las normas que lleva a su inobservancia, así como el descuido, disminuye la «voluntariedad» de la causación. La norma lo expresa de un modo muy enfático mediante la voz «involuntariamente», pero hay buenas razones para

pensar que el Código Penal nunca sanciona un hecho que se considera del todo involuntario.⁵⁵ Lo interesante es que el precepto establece una conexión con el art. 1° incisos 1° y 2° CP, y por lo tanto sugiere la presencia de un vínculo con aquella constatación jurisprudencial ya citada: la presunción de voluntariedad establecida en el art. 1° inciso 2° CP «comprende el conocimiento de la antijuridicidad del acto punible» y, como se trata de una presunción simplemente legal de conocimiento, es posible en todo momento demostrar lo contrario de lo que ella afirma.⁵⁶

Antes de profundizar algo más en este vínculo conviene referirse brevemente a otras normas que contienen fragmentos de la regulación del desconocimiento en la ley. En efecto, no pocos tipos penales incorporan alusiones al conocimiento con que debe obrar el agente. Es el caso del auxilio al suicidio, que debe realizarse «con conocimiento de

⁵⁵ Aunque es claro que para los comisionados —en sintonía con PACHECO— lo que no es *intencional* es de algún modo menos voluntario, se puede sostener también que, en su concepto, la falta de una «intención positiva» no suprime del todo la voluntariedad. Así queda de manifiesto tanto en el hecho indiscutido de que no procede reducir el dolo a la intención, como en la bipartición del art. 2° CP, que distingue entre delitos y cuasidelitos, ambos «penados por la ley». De este modo, la voluntariedad sería presupuesto de todo delito según el art. 1° CP (cfr. al respecto la Sesión 120 de la Comisión Redactora). Así parece entenderlo el propio PACHECO: «Entre esa comisión voluntaria y esa comisión plenamente involuntaria; entre el *dolo*, nombre romano de la primera, y la *inocencia*, nombre universal de la segunda, ha podido considerarse algo intermedio, a que llamaron *culpa* los antiguos jurisperitos, y que nuestro Código ha apellidado *negligencia e imprudencia temeraria*» (El Código Penal Concordado y Comentado, III, 5ª ed., Madrid, 1881, p. 428). En este sentido, por ejemplo, el art. 10 N° 8 CP no exime de responsabilidad por ser el resultado involuntario (pues podría no serlo: art. 71 en relación con el art. 490 CP), sino porque el mal se ha causado por «mero accidente», es decir, porque el *resultado* no es imputable a la conducta del sujeto. Del mismo modo, como se verá, la presunción del art. 1° inciso 2° CP no es necesariamente una presunción de dolo, sino de evitabilidad: se presume que dichos actos u omisiones —sea que den origen a un delito doloso o bien a uno culposo— no son involuntarios. Sobre la posición de PACHECO véanse COUSIÑO, «El dolo eventual en la dogmática chilena», en RCP XXVII [1968], p. 115 y ss., 124 y s., y BUSTOS/SOTO, «Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido», p. 245 y esp. 258; con todo, el tratamiento sistemático de la culpa en PACHECO y SILVELA está lejos de ser unívoco.

⁵⁶ SCA Santiago 10.I.1972 en RCP XXXI, p. 42 y ss. Más tarde, en el mismo sentido, SCS 4.VIII.1998, en GJ 218 (1998), p. 96 y ss. (cons. 7°).

causa» (art. 393 CP); del encubrimiento, que al menos exige conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito (aunque en ciertos casos basta saber que se colabora con «malhechores»: art. 17 CP); de la omisión propia del funcionario en el delito de torturas, quien debe conocer la ocurrencia de los tormentos o apremios ilegítimos (art. 150 A inciso 2° CP). Entre estos tipos penales que aluden expresamente al conocimiento destacan los delitos de parricidio e incesto, que exigen el «conocimiento de las relaciones» que ligan al autor y la víctima. La cuestión del desconocimiento de dichas relaciones ha sido objeto de discusión en particular respecto del delito de parricidio. Como se ha visto, parece razonable aplicar a estos casos en que el sujeto no yerra en la persona, sino que alega desconocer el vínculo exigido en el tipo, el régimen contenido en el inciso 3° del art. 1° CP (con independencia de la discusión acerca de si la norma se refiere también a la *aberratio ictus*). Conforme a esta regla, el desconocimiento del parentesco no grava al agente, siempre que se pueda efectivamente hablar de desconocimiento en el sentido de la ley.⁵⁷ Si esta norma es aplicable, entonces el régimen del error que suya al Código Penal no puede ser el de la teoría de la culpabilidad, pues esta doctrina obligaría a precisar previamente si lo que el sujeto desconoce son los presupuestos fácticos de la relación que lo liga a la víctima o, en cambio, si conociendo dichos presupuestos desconoce inexcusablemente su significado para el ordenamiento jurídico, en el sentido de que tal contexto tiene la potencialidad de co-fundar un injusto mayor. Nada de ello exige la aplicación del art. 1° inciso 3° CP.

Un lugar especial en la discusión han ocupado habitualmente los tipos penales que sancionan a los jueces o funcionarios que «por negligencia o ignorancia inexcusables» dictan sentencia o resolución «manifiestamente injusta» (arts. 224, 225 y 228 CP). Se trata de figuras

⁵⁷ alguna doctrina suele explicar esta situación señalando que la expresión legal «conociendo las relaciones que los ligan» tiene, entre otros, el sentido de excluir el parricidio culposo, de modo que el hecho curiosamente pasaría a ser un homicidio culposo. Así, «el sujeto que no sabía, pero que debía saber, que la víctima era su padre, comete *homicidio culposo*» (POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho Penal chileno*, 2ª ed., 2001, p. 90 y s.). Pero no se entiende por qué un sujeto a quien se puede imputar el conocimiento de estar matando a otro va a ser responsable de homicidio culposo simplemente por no advertir que la víctima era su padre.

con requisitos típicos muy exigentes –la ignorancia ha de ser «inexcusable» y la resolución, de una injusticia «manifiesta»–, y por lo mismo de escasísima aplicación. En lo que aquí interesa, se suele razonar que la «ignorancia» a la que se refieren estas normas puede tener por objeto el derecho y que, por tanto, si quienes están llamados a conocer y aplicar el derecho pueden padecer a su respecto una ignorancia que sea «excusable» desde el punto de vista penal, con mayor razón ello se aplica a los legos.⁵⁸ Como argumento a favor del reconocimiento legal de efectos excusantes para el error de derecho o de prohibición, estos preceptos no parecen ser especialmente interesantes, pues en ellos nada se dice acerca del objeto del error.⁵⁹ Por otra parte, de lo que en realidad se trata en las normas citadas es de delimitar la extensión del comportamiento prohibido en la negligencia punible de los jueces (y funcionarios): no es que el juez «yerre» acerca de lo que debe hacer (fallar conforme al mérito del proceso), sino que ignora en forma crasa y supina –en un rango que excede lo socialmente tolerable– la realidad (con sus componentes fácticos y normativos), lo que le lleva a fallar de un modo manifiestamente injusto desde la perspectiva de quien dispone del conocimiento pertinente. Precisamente por esta razón se trata de normas con un importante significado sistemático: una sentencia o resolución puede ser manifiestamente injusta tanto si el juez o el funcionario desconocen los «hechos» (v. gr. los conocimientos científicamente afianzados sobre la materia en cuestión) como si desconocen el «derecho» aplicable, y no obstante ello se apresuran a dictar sentencia o a resolver.

Al final del capítulo sobre la jurisprudencia reciente se dejó planteada la cuestión acerca del tratamiento que corresponde a quien

⁵⁸ En este sentido, por ejemplo, CURY, Derecho Penal, p. 446; ETCHEBERRY, Derecho Penal, I, p. 337.

⁵⁹ En efecto, el argumento –recibido en Chile probablemente por SCHWEITZER WALTERS, El error de derecho, p. 107 y ss.– intenta sacar partido de la relativización que haría el art. 224 CP del aforismo *iura novit curia* para relativizar a su vez el principio *error iuris nocet*. Sin embargo, no es claro que el art. 224 N° 1 CP pretenda dicha relativización, pues la norma sanciona a los jueces que «por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal», sin precisar el objeto de la ignorancia. Aun más: hay que recordar que la conducta de fallar contra ley expresa y vigente se encuentra, al menos respecto de los jueces, sancionada especialmente en el art. 223 CP.

se cree exculpado, sin estarlo, respecto de un hecho que reconoce como antijurídico. La Corte de Apelaciones de Santiago designa esta situación como «error de prohibición». Al concluir este capítulo, se añade a la lista de los aspectos que merecen un examen detenido otro *dictum* jurisprudencial, más asentado pero no por ello menos problemático: la «voluntariedad» a la que se refiere el art. 1° CP comprende la conciencia del significado social de la conducta. Y además se presume.

4. La pena estatal y su teoría de la imputación

En contra de lo que pensaba Carrara,⁶⁰ la teoría del delito depende por completo de la concepción de la pena que se sustente. En efecto, la teoría del delito no es otra cosa que una teoría de los presupuestos para la imposición de una pena por parte del Estado, y por consiguiente mira en todo momento hacia aquello que constituye su objeto. La parte principal de estos presupuestos es lo que se conoce como teoría de la imputación. En este sentido, la teoría de la imputación –y, como parte de ella, la teoría del error– es siempre funcional al sistema de relación en el cual dicha imputación ha de realizarse. En el sistema jurídico-penal, la variable central es justamente la pena, y es en función de ella que han de definirse las categorías de imputación. Esto hace que, por ejemplo, la imputación jurídico-penal sea diversa de la imputación en el sistema de relación moral. Kant expresaba esta idea de la siguiente forma: «El que actúa será considerado como autor, mediante su actuación, del efecto, y éste junto a la acción misma le pueden ser imputados, si con anterioridad se conoce la ley en virtud de la cual les corresponde *un cierto y determinado* carácter vinculante». De allí que jurídicamente se pueda definir a la persona como «aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de *una* imputación».⁶¹ La imputación de que se ocupa la teoría del delito es la que tiene por objeto la imposición de una pena.

⁶⁰ Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, vol. I, Buenos Aires, 1944, § 1 (trad. de la 11ª ed. italiana bajo la dirección de S. Soler): «Distinguir la teoría de la *imputación* de la teoría de la *pena* fue uno de los más notables y radicales progresos de la ciencia criminal moderna».

⁶¹ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Erster Theil, 2ª ed., 1798, en: WEISCHDEL (ed.), *Immanuel KANT. Werke in sechs Bänden*, IV, Frankfurt a.M., 1963, p. 305 y ss., p. 329 (cursivas sólo aquí).

En una sociedad jurídicamente organizada, delito en sentido formal sólo puede ser la lesión del derecho en cuanto derecho,⁶² la declaración comunicativamente relevante —esto es, realizada por una o varias personas, que a su vez lo son *para* el sistema penal— en el sentido de que el ordenamiento jurídico no tiene vigencia en una situación concreta. Desde una perspectiva material, dicha declaración consiste en una conducta que lesiona la vigencia del derecho en una medida que afecta fundamentalmente la independencia *jurídica* de una persona o comunidad.⁶³ En ambas dimensiones, el «daño» causado por el delito no se identifica con el «perjuicio» sufrido por un individuo ni con la «lesión de un bien jurídico». Perjuicios y lesiones son materia del derecho civil de daños que regla las indemnizaciones que se deben a los individuos perjudicados. La única lesión que interesa al derecho penal, pues es la que justifica la imposición de un castigo que va más allá de la obligación de indemnizar, es la lesión del derecho en cuanto tal —de la vigencia del ordenamiento jurídico—, un daño si se quiere inmaterial, pero que el responsable debe también «reparar». Por eso es que, por ejemplo, en derecho penal tiene cabida el talión, pero como expresión de una proporcionalidad en la reparación del daño causado a la sociedad, cuyo parámetro es aquello que resulta necesario para la reconstitución del orden social.⁶⁴ En este sentido se expresaba ya Aristóteles: «Esta forma del derecho —el talión— se muestra como fuerza de cohesión en las relaciones cotidianas entre los hombres, pero *siempre que se la entienda en términos de proporcionalidad y no de igualdad mecánica*».⁶⁵ En esta misma

⁶² Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 95, (citadas según la edición a cargo de E. MOLDENHAUER y K.M. MICHEL, Frankfurt a.M., 1970). En el mismo sentido, a nuestro juicio, TOMÁS DE AQUINO, *S. Th. II^a-IIae q. 77 a. 1 ad 1*, cuando señala que lo prohibido por la ley (penal) es aquello que atenta contra la convivencia social, entendida como «orden» social: «Et ideo lex humana non potuit prohibere quidquid est contra virtutem, sed ei sufficit ut prohibeat ea quae destruunt hominum convictum; alia vero habeat quasi licita, non quia ea approbet, sed quia ea non punit» (cfr. también, entre muchos otros pasajes, *I^a-IIae q. 96 a. 3 co.*).

⁶³ Cfr. KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 22 y ss.

⁶⁴ Aparentemente en un sentido diverso KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 454 y s.

⁶⁵ EN 1132b-1133a. ARISTÓTELES lo ilustra de la siguiente forma: «Cuando, por ejemplo, un funcionario público ha lesionado corporalmente a un ciudadano, no se puede lesionar al funcionario de la misma manera para equiparar las cosas. Pero si alguien lesiona a un funcionario público, no sólo debe sufrir corporalmente por su delito, sino que debe ser castigado adicionalmente».

línea de pensamiento, Hegel se refiere a una «comparabilidad según el valor» entre el delito y la pena, y afirma que sólo cuando no se ha captado este concepto se puede sostener que entre un homicidio y la pena de cárcel no existe más que una conexión arbitraria.⁶⁶

La pena no es un mal que se suma a otro mal, el causado por el delito, sino que tiene un significado al menos *reconocible* por cada ciudadano. Tal significado es, como se ha visto, reparatorio, y depende en primer término del aspecto material del delito: la pena es reparación del daño social que representa el injusto culpablemente cometido y, por lo tanto, es retribución. Pero ocurre que el objeto de la retribución, y con ello la medida de la misma culpabilidad, dependen en parte importante de una función social, las necesidades de estabilización de la norma en una sociedad concreta. La autoridad nunca puede apartarse conscientemente de la retribución sin hacer que la pena pierda su significado, pero una teoría de la retribución penal que no sea capaz de integrar los fines es inviable, pues resultaría incompatible con el principio de culpabilidad en su configuración actual.⁶⁷ La justificación de la pena radica, por tanto, en que ella cumple una determinada función social ligada al aspecto formal del delito. Junto con legitimar la intervención punitiva estatal, esta función social determina la forma en que el delincuente ha de prestar su reparación del daño social.

⁶⁶ Cfr. Grundlinien, § 101: «La supresión del delito es retribución en la medida en que ella misma es conceptualmente una lesión de la lesión. Pues como el delito en su existencia tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa, su negación también tiene una existencia dimensionada en ambos sentidos. Pero esta identidad basada en el concepto no es de igualdad en lo específico, sino en la constitución de la lesión en sí, es decir, según el valor de la misma».

⁶⁷ La idea de que la pena no se puede concebir sólo como retribución está presente ya en TOMÁS DE AQUINO, S. Th. I^a-IIae q. 105 a. 2 ad 9: «Non solum propter gravitatem culpae, sed etiam propter alias causas gravis poena infligitur». Entre estas otras causas menciona la «cantidad» de la falta y la «facilidad» relativa para cometerla; ambos criterios sólo adquieren contornos conforme a una determinada configuración de la sociedad. La discusión actual en torno a las teorías de la pena parece haber recuperado el énfasis en la necesidad de integrar la retribución y la prevención (cfr. PAWLK, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlin, 2004, p. 21 y ss.). Muy ilustrativo al respecto, con ejemplos extremos tomados del sistema angloamericano, ROBINSON, P. / CAHILL, M. Law without justice, New York, 2006, p. 27 y ss.

Así como la retribución es el significado de toda pena, su función es el restablecimiento de las expectativas de vigencia real de las normas. El Estado puede y debe satisfacer esta función a costa del delincuente, pero nunca de un modo tal que excluya una voluntaria aceptación del castigo por parte de éste. Esto se explica, de una parte, porque la persona que delinque es portadora de una dignidad anterior al Estado en cuanto comunidad política organizada, de modo que no es pensable que el Estado como organización cumpla sus deberes para con la comunidad política lesionando la dignidad de alguno de sus miembros.⁶⁸ Ello ocurriría, sin embargo, si en su forma o en su contenido la sanción penal no fuera más que mera coacción o aseguramiento frente a un peligro, es decir, si el delincuente no fuese tratado como un ser racional, capaz de pensar y de actuar libremente, sino «como un perro al que se amenaza con el bastón».⁶⁹ De allí que el significado de la pena haya de ser reconocible por cada ciudadano, también por aquél a quien se impone, y que la mejor reparación del daño social que puede prestar el delincuente sea su aceptación voluntaria y consciente del castigo.

Por otro lado, la soberanía estatal, de la cual emana su potestad punitiva, no se basa en el ejercicio de violencia sobre los súbditos, sino en la autocomprensión de cada uno de ellos como miembro de una sociedad políticamente organizada de un modo determinado, de la que forma parte el deber fundamental de respetar el orden jurídico. Esta «fidelidad al derecho» propia del ciudadano, que es en estricto rigor el único bien absolutamente protegido por el ordenamiento jurídico-penal (todos los demás bienes son sólo relativamente objeto de protección), tiene como contenido mínimo la prohibición de desestabilizar las expectativas de comportamiento institucionalizadas en los ámbitos nucleares de la vida social. La sanción penal no puede ciertamente obligar a tomar conciencia del propio rol como ciudadano, pues dicho proceso

⁶⁸ Al respecto VAN WEEZEL, «Persona como sujeto de imputación y dignidad humana», en CANCIO/GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2006, p. 1057 y ss. Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen, 1845, reimp. 1970, p. 781; IDEM, *System des deutschen Strafrechts*, Abt. 1, *Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1855, reimp. 1978, p. 789: el individuo no es un accidente de la substancia estatal, sino un «órgano libre de su espíritu».

⁶⁹ Expresión utilizada según GANS por HEGEL, *Grundlinien*, § 99, complemento, para referirse críticamente a la teoría de la pena de FEUERBACH.

es un acontecimiento que no se puede violentar externamente. Pero la pena ha de ser ocasión para tal toma de conciencia y debe, en lo posible, incentivarla, lo que explica que la sanción penal consista casi siempre en la irrogación de un dolor o privación. La razón para ello no radica en la idea de venganza (ni siquiera de la venganza hecha pública o sublimada por el pensamiento de una corrección de la voluntad por la vía de privarla de los objetos a los que adhiere), sino en que de acuerdo a la experiencia humana el dolor ayuda de un modo particularmente intenso en el proceso de toma de conciencia. Ciertamente ni la eficacia ni la justicia de la sanción penal dependen de que el delincuente acepte la oferta y, volviendo sobre sí mismo, tome conciencia de su rol como ciudadano.⁷⁰ Pero la imposición de la pena no puede excluir desde un comienzo tal posibilidad, sino que ha de ordenarse precisamente a su realización: que el sujeto pasivo de la pena pase a ser, al mismo tiempo, sujeto activo de su imposición.

A esta concepción de la pena estatal corresponde una determinada teoría de la imputación, que se articula sobre los siguientes pilares:

(a) Por una parte, se asume que la imputación jurídico penal contiene tanto un elemento retrospectivo como un elemento prospectivo. Este último se expresa en el principio clásico de que «el deber presupone el poder», que ya está presente en Aristóteles y continúa desarrollándose en la Edad Media —especialmente en la obra de Tomás de Aquino—, para ser recogido por la tradición del Derecho Natural y luego presentado con un carácter casi revolucionario en la filosofía de la Ilustración y del Idealismo.⁷¹

(b) Por otro lado, y en dependencia de lo anterior, se asume que el delito es una expresión de sentido, es decir, en el lenguaje de Hegel, una

⁷⁰ Al contenido de la pena no pertenece la toma de conciencia del individuo, sino sólo su compatibilidad con ella y la estabilización de la norma a costa del ciudadano. Ello se cumple ya con la imposición de un castigo que expresa socialmente que el proyecto de configuración social del delincuente ha fracasado.

⁷¹ Con respecto a ARISTÓTELES, véase LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, reimpr. de la edición de Jena (1903), 1967, p. 172 y ss. (no obstante, la obra contiene a nuestro juicio pocas referencias útiles a la problemática que nos ocupa); sobre el pensamiento de los autores medievales, con especial referencia a la teoría del error, cfr. KUTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Ciudad del Vaticano, 1935, p. 133 y ss.; una renovada visión de la teoría de la imputación del Aquinate en GLÄSER, *Zurechnung bei Thomas von Aquin*, Freiburg, 2005, en lo que aquí interesa especialmente p. 58 y ss.; sobre la (al menos incipiente)

expresión de la voluntad particular del delincuente, que se sitúa en contradicción con el derecho como realización del espíritu objetivo, y cuya existencia por lo tanto es en sí nula, pero que, como procede de un ser racional, debe ser contradicha por el ordenamiento jurídico.⁷²

(c) A los dos aspectos mencionados se suma un aporte específico de la discusión jurídico penal de los últimos años, en el que vale la pena detenerse y al que se dedicará el próximo capítulo. Se trata de la idea de que tanto las condiciones de posibilidad del deber como la relevancia de una expresión de sentido no son determinables en abstracto, sino que sólo se pueden establecer socialmente, es decir, con referencia a la estructura de expectativas normativas de una sociedad en un tiempo determinado.

5. El derecho como función social

a) Funcionalismo y personalidad

Cuando los autores ilustrados se plantearon la pregunta acerca de la legitimidad del derecho penal (con qué derecho puede venir un funcionario del Estado e imponer a alguien un castigo), lo hicieron sustancialmente en los mismos términos que presiden el discurso actual. Esta pregunta admite, tanto en el ideario ilustrado como en la actual ideología liberal, sólo una respuesta: el castigo se impone en aras de la libertad. Ello se debe, expresado con Kant, a que el derecho es «la síntesis conceptual de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede armonizarse con el arbitrio de los demás conforme a una ley universal de libertad».⁷³ Más allá de cuál sea el alcance de esta «ley universal de libertad», en el plano operativo se trata de armonizar «arbitrios», por lo que la doctrina penal más afín al liberalismo ilustrado ha interpretado sin ambages que, al menos en lo que respecta al derecho punitivo, el contenido del derecho no se encuentra determinado

consideración del aspecto prospectivo en la teoría de la imputación de PUFENDORF en el contexto del Iusnaturalismo, cfr. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlin, 1958, p. 88 y ss.; como muestra del pensamiento ilustrado, véase KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (Akademie-Ausgabe), III, 524 (=A 807/B 835), y de la filosofía del Idealismo, el propio HEGEL, *Grundlinien*, § 115 y ss.

⁷² Véanse, aparte de los pasajes habituales de las *Grundlinien*, las *Lecciones de Filosofía del Derecho* editadas por H. HOPPE (Frankfurt a.M., 2005), correspondientes al semestre de invierno 1821/22, p. 90 y ss.

⁷³ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 337.

por el *contenido* de la ley moral, sino únicamente por una remisión abstracta y formal al «bien supremo» de la libertad entendida como autonomía. Éste es el sentido en el que Feuerbach afirmaba que «el derecho es la posibilidad de coacción determinada por la razón, o bien una cierta permisón de la coacción por parte de la razón en aras de la ley moral».⁷⁴

Continuando esta tradición, Köhler sostiene en la actualidad que «según su contenido, la norma jurídica de libertad debe limitarse al elemento abstracto y formal consistente en el reconocimiento y aseguramiento general y recíproco de la libertad mediante mandatos y prohibiciones».⁷⁵ Esta perspectiva tiene de entrada una importante ventaja: ya que casi todos los objetos catalogados como bienes jurídicos pueden reformularse en términos de libertades, la libertad puede presentarse como encarnación versátil del derecho en cuanto derecho en el ámbito penal. Consecuencia y complemento de ello es que «el derecho no puede ser en modo alguno instrumento externo para la imposición de una determinada concepción de la felicidad y del bien»,⁷⁶ y que «los contenidos materiales de la sistemática de la razón deben, por el contrario, permanecer libres de toda regulación jurídica obligatoria».⁷⁷

A la luz de la experiencia histórica y de la discusión teórica de las últimas décadas, se puede ser más o menos escéptico respecto de la «neutralidad» a que aspira el liberalismo ortodoxo, así como de su formalismo metodológico.⁷⁸ En cualquier caso, no se trata de la única

⁷⁴ VON FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Berlin, 1796 (reimp. 1963), p. 259.

⁷⁵ KÖHLER, *Strafrecht*, p. 14.

⁷⁶ KÖHLER, *Strafrecht*, p. 15.

⁷⁷ KÖHLER, *Strafrecht*, p. 14.

⁷⁸ Cfr., por ejemplo, RAWLS, *El liberalismo político*, Barcelona, 1996 (trad. castellana de A. Domènech), p. 226 y 243, nota 21 (los principios de justicia incluyen «concepciones políticas de la sociedad y de la persona», de modo que la posición original no puede considerarse «moralmente neutra»); ALEXY, Entrevista con Manuel Atienza, en *Doxa* 24 (2001), p. 671 y ss. (684): «El Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido (...) La pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral»; en torno a la posición de RAWLS, pero con una propuesta propia, OLLERO, «Derecho y moral entre lo público y lo privado», en *Estudios Públicos* 69 (verano 1998), p. 19 y ss.

aproximación que permite esbozar una frontera entre el derecho y la moral. Sobre todo, parece perfectamente posible una *distinción* de los planos desde una perspectiva estrictamente social, la que además no implica de modo necesario una *separación* de ambos sistemas al modo formalista, sino una cierta prescindencia respecto del *contenido concreto* de la norma de libertad.

En cuanto es expresión de la sociedad, el derecho penal constituye un fenómeno comunicativo. Por lo mismo, consiste en discursos que sólo pueden llegar a existir en la medida en que previamente se ha realizado una selección de los procesos dotados de sentido, es decir, de aquellos que son comunicativamente relevantes. La selección de perturbaciones *penalmente* relevantes ocurre mediante una imputación específica: los hechos imputables son hechos dotados de sentido en el ámbito de la comunicación jurídico-penal.⁷⁹ La imputación penal que corresponde al estado actual de la sociedad se orienta según el principio de culpabilidad, por lo que las perturbaciones relevantes para el sistema sólo se constituyen mediante la objetivación de una disposición equivocada frente a la norma. Es decir, no interesan perturbaciones consistentes en la mera lesión de bienes jurídicos (concepto causal de acción), ni en la afectación de su seguridad (teorías causales de la tentativa), ni la sola infracción de roles o estándares (concepto social de acción).⁸⁰

Por otro lado, una parte de la comprensión jurídico-penal acerca de lo que *es* un sujeto está constituida por el reconocimiento de su pretensión de autoadministrarse. La imputación propia de la teoría del delito es, en esta medida, el reflejo jurídico-penal de la pretensión de libertad de comportamiento en el contacto social, y los criterios de imputación responden a esta forma de organización descentralizada de la sociedad. En este sentido, la imputación jurídico-penal tiene por objeto hacer efectiva la institución social fundamental sintetizada en el sinalagma libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias. Nada menos, pero al mismo tiempo nada más.

⁷⁹ Sobre la teoría de la imputación objetiva como teoría del *significado* del comportamiento véase FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 9 y ss., 33 y ss.

⁸⁰ Sobre el valor explicativo del concepto social de acción véase VOßGÄTTER, *Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre der objektiven Zurechnung*, Frankfurt a.M., 2004, *passim*.

Por eso es que un derecho penal consciente de sus límites no se dirige inmediatamente al hombre integral, como individuo de la especie humana, de carne y hueso, sino sólo a un centro de imputación. Este centro de imputación es la persona en sentido jurídico-penal, dotada de las capacidades que el mismo derecho le atribuye para el control de la acción, mientras el control de las inclinaciones permanece en manos del individuo.⁸¹ El derecho no atribuye al individuo capacidad para controlar sus inclinaciones (procurarse una motivación suficiente en orden a respetar el derecho), sino que da por supuesta dicha capacidad como atributo de la personalidad jurídico-penal, que es una dimensión de la ciudadanía. Y no podría ser de otra manera: la disposición a seguir la norma no puede ser simultáneamente contenido de la misma norma, pues tal disposición se encuentra *ab initio* referida a la norma en cuestión y,⁸² por otro lado, la formulación de «meta-normas» de motivación es propia de regímenes totalitarios. En consecuencia, el contenido normativo concreto no necesita ser internalizado ni aceptado por el destinatario de la norma. Se trata sólo de que en el hecho se evite la realización del tipo cuando ella es individualmente evitable.⁸³ Dicho de otro modo: la autoadministración puede fallar, pero esas fallas sólo son asunto del ordenamiento jurídico cuando además implican un cuestionamiento de la configuración normativa de la sociedad, esto es, un déficit de aquella motivación de respeto al ordenamiento que el derecho ha dejado en manos del individuo y que, por lo mismo, da por concurrente en la persona como sujeto de imputación penal.

⁸¹ Utilizamos aquí la distinción welzeliana entre control de las inclinaciones y control de la acción (cfr. WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», en ZStW 58 [1939], p. 491 y ss., 502 y ss.); el primero alude a la motivación; el segundo, a la capacidad instrumental del sujeto para intervenir en el acontecer del mundo exterior. Sobre la capacidad de rendimiento de estos conceptos en la dogmática contemporánea véase JAKOBS, «Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff», en K. AMELUNG *et al.* (ed.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg, 2003, p. 949 y ss.

⁸² En ciertos casos del así llamado «error de prohibición» la situación podría ser diversa, pues —como se verá— en ellos pueden concurrir el reconocimiento del fundamento de vigencia del ordenamiento jurídico y el desconocimiento de su actual contenido.

⁸³ Cfr. KINDHÄUSER, «Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft» en J. BOHNERT *et al.* (ed.), *Verfassung-Philosophie-Kirche*, Festschrift für A. Hollerbach, Berlin, 2001, p. 640 y s.

Esto es válido no sólo bajo la premisa de que la persona y la sociedad se constituyen recíprocamente, sino también cuando se entiende que el ordenamiento jurídico no se pronuncia sobre la constitución individual del sujeto ontológicamente preexistente. Esta última perspectiva admite la posibilidad de que se produzca un desfase grave entre el «orden legal» y la constitución ontológica de las personas sujetas a él. Este desfase no elimina la existencia del orden con su pretensión de vigencia, pero convierte a la pena en mera coacción en la misma medida en que hace incompatible la autocomprensión del individuo como ciudadano con su autocomprensión como hombre (como persona *humana*).⁸⁴

En efecto, se ha dicho que el fundamento de la potestad punitiva del Estado radica en la autocomprensión de los ciudadanos como miembros de una sociedad políticamente organizada de un modo determinado y no, en cambio, en la violencia. Ello se debe a que la autoconservación de los individuos bien pudo ser el origen del Estado, pero no es la razón por la que éste sigue existiendo.⁸⁵ El Estado se mantiene porque su existencia y el orden que lo informa son considerados por cada uno —aunque sea en términos generales y con el contenido específico más diverso— como un *bien* que conviene conservar y que, de algún modo, se tiene sólo en común con los demás.⁸⁶ De hecho, conforme a la experiencia se trata de un bien que se puede conservar únicamente si existe cohesión social y ésta, a su vez, depende de la institución de la reciprocidad.⁸⁷ El bien que supone el Estado como orden jurídico es *más* que la autoconservación, y por eso es que no todo lo que sirve a la autoconservación «vale la pena». Expresado con Kant: «Si la justicia perece, ya no tiene valor el hecho de que existan hombres sobre la tierra».⁸⁸ De allí que el pensamiento «garantista»

⁸⁴ Sobre ello VAN WEEZEL, «Persona como sujeto de imputación», p. 1060 y ss. (1070).

⁸⁵ ARISTÓTELES, *Política*, 1252b; citada según la versión alemana de Eckart SCHÜTRUMPF, *Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt*, 1991.

⁸⁶ Cfr., a nuestro juicio en el mismo sentido, HEGEL, *Grundlinien*, § 260: «Ni lo universal se realiza sin el interés, el saber y el querer particular, ni los individuos viven para el interés supremo en cuanto meras personas privadas sin que a la vez quieran en y para lo universal y desarrollen una actividad consciente de este fin».

⁸⁷ Cfr. ARISTÓTELES, *EN* 1114a.

⁸⁸ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 453.

sólo tenga un fundamento viable cuando parte de la base de que existen bienes comunes a todos, y de que entre ellos es posible acordar una cierta jerarquía.

En cualquier caso, el carácter social del fundamento del Estado y de su orden hace que el derecho penal no aspire a ingresar en el santuario de las convicciones del hombre.⁸⁹ Su función es diversa y consiste en la realización objetiva del espíritu de una sociedad que se asienta en la motivación dominante de respeto al ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos o, desde la perspectiva del liberalismo ilustrado, en el aseguramiento de esferas de libertad. Por eso es que el rechazo del orden social que sólo se expresa en una huida hacia lo exclusivamente privado, en un mero distanciamiento respecto de la moral pública o en una búsqueda de singularización, no es por sí mismo relevante para el derecho penal, como tampoco lo es un comportamiento social que se agota en la convencionalidad y en un cumplimiento rígido y conformista del deber, en tanto la conducta no exprese la negación del orden jurídico en cuanto tal. El reforzamiento de la autocomprensión del individuo como ciudadano es el logro de una política social exitosa (que puede incluir una política criminal), pero el sello de un derecho penal legítimo consiste sólo en no rebajar la pena a la categoría de mera coacción.

b) Categorías de imputación subjetiva y configuración social

Si el derecho penal existe para garantizar una fidelidad suficiente al derecho, las instituciones jurídico-penales están llamadas a circunscribir —mediante una teoría de la imputación— las objetivaciones de una disposición equivocada frente a la norma. De allí que las normas

⁸⁹ Enfáticamente TOMÁS DE AQUINO, S. Th. I^a-IIae q. 100 a. 2 co.: la ley humana se ordena a la comunidad civil, que consiste en las relaciones de los hombres entre sí, y los hombres ordenan sus relaciones según los actos externos, en virtud de los cuales se desarrolla la comunicación entre ellos; a esta forma de comunicación corresponde la razón de la justicia, que es la virtud directiva de la comunidad humana («lex enim humana ordinatur ad communitatem civilem, quae est hominum ad invicem. Homines autem ordinantur ad invicem per exteriores actus, quibus homines sibi invicem communicant. Huiusmodi autem communicatio pertinet ad rationem iustitiae, quae est proprie directiva communitatis humanae»; cursivas solo aquí) y KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, p. 338.

de comportamiento no sean normas de motivación, sino de valoración: no tienen por objeto ordenar conductas, sino que las identifican como pertenecientes o no a un determinado orden.⁹⁰ La motivación es presupuesto de la observancia («el deber presupone el poder»), pero no función de la norma de comportamiento.

A nivel de imputación subjetiva, las instituciones jurídico-penales tienden a hacer posible una personalización de la atribución, pero siempre en los límites de la función del derecho penal, y por lo tanto sobre la base de que al ciudadano se le supone y exige una motivación dominante de respeto al ordenamiento jurídico. Como contrapartida, sólo una carencia en este aspecto será considerada como un déficit penalmente relevante. En consecuencia, como en el ámbito de la imputación subjetiva el *control de las inclinaciones* se encuentra socialmente estandarizado,⁹¹ lo que se busca descifrar mediante los indicios que proporcionan las modalidades del *control de la acción*⁹² –entre otras, las formas de aparición de la evitabilidad– es la conformidad con dicho estándar. El dolo y la imprudencia, en cuanto modalidades del control de la acción, representan indicios de una falta de disposición al seguimiento de la norma. Ambas tienen en común la cognoscibilidad de la realización del tipo como consecuencia evitable de la propia conducta, y se distinguen por el grado de actualización de dicha cognoscibilidad que es posible imputar al autor. Al autor doloso se le atribuye la actualización de la cognoscibilidad, el conocimiento, pero tanto a él como al autor culposo se les reprocha la no evitación de una realización típica que era individualmente (y no para un hombre medio) evitable. Expresado gráficamente, se trata de tonalidades de un mismo color que

⁹⁰ JAKOBS, Norm, Person, Gesellschaft; Berlin, 1999, p. 54.

⁹¹ Véase KINDHÄUSER, Festschrift für Hollerbach, p. 642: «El hecho de que el individuo (...), quiera o no, es constituido como una persona fiel al derecho, tiene como consecuencia que el modelo de imputación jurídico-penal es irreduciblemente normativo».

⁹² Las cuales no se estandarizan, pero –debido a su definición funcionalmente condicionada– tampoco se psicologizan. Conocimiento y desconocimiento como hechos psíquicos (y por tanto subjetivos) son, en este sentido (y al igual que la causalidad), «portadores» externos –según el principio de culpabilidad vigente, necesarios pero no únicos– del significado (social) del comportamiento (cfr. JAKOBS, en NEUMANN/SCHULZ [eds.], Verantwortung in Recht und Moral, ARSP Beiheft 74, 2000, p. 67).

se despliegan sin solución de continuidad.⁹³ En este sentido escribe Jakobs que «la imprudencia, con sus propiedades positivas, es frente al dolo el concepto más general (...) Dolo e imprudencia son formas de evitabilidad y ambas se hallan determinadas por la cognoscibilidad de la realización típica».⁹⁴ Por eso es que la falta de conocimiento no es una característica sustantiva de la imprudencia, sino simplemente un rasgo distintivo suyo, que la diferencia del dolo, así como dos lámparas idénticas se distinguen en que una no está encendida y la otra sí lo está. Como se verá, esta constatación tiene un significado crucial al momento de establecer la relación entre las formas de evitabilidad y el tratamiento del error.

En este mismo sentido se puede afirmar que en rigor no existe un deber jurídico-penal de adquirir determinados conocimientos. La adquisición de conocimientos constituye una *posibilidad* de que dispone

⁹³ Desde este punto de vista, no existe una razón estrictamente dogmática para sancionar en forma más benigna el hecho culposo que el doloso. A nuestro juicio, la explicación radica en que la sociedad puede permitirse hacerlo, pues el autor imprudente expresa con su conducta un sentido que no contradice frontalmente las normas de convivencia social. En rigor, el autor imprudente fracasa en su planificación individual –habitualmente, también en perjuicio propio–, y sólo en forma secundaria declara con su conducta que no reconoce la vigencia de las normas de convivencia social. Por ello, la sociedad puede permitirse una reacción más moderada, pero que es suficiente para restablecer la vigencia de las normas y evitar que el delincuente «aprenda selectivamente», es decir, que actúe con prudencia sólo cuando las consecuencias de su descuido le podrían afectar personalmente. Todo ello es, sin embargo, relativamente independiente de la constitución del injusto; en todo caso, no se desprende en modo alguno de lo anterior que haya que dividir los hechos punibles en dolosos e imprudentes, del mismo modo que no se dividen entre hechos más o menos exigibles.

⁹⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1991, 9/4, 9/13, 6/27. Las realizaciones típicas no son, por lo tanto, principalmente dolosas o imprudentes, sino en primer lugar evitables (donde la imprudencia como género y el dolo como concepto específico constituyen las «formas» de evitabilidad). Ello tiene entre otras cosas como consecuencia que es perfectamente posible condenar por el hecho imprudente (si también es típico) cuando en el proceso no se puede acreditar el conocimiento, pero sí la cognoscibilidad (similar PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, I, Baden-Baden, 2002, 15/4, 21/1). Cfr. también BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, IV, Leipzig, 1919, § 303.

el ciudadano en aras de la evitación.⁹⁵ Lo único que el ordenamiento jurídico presupone y exige es la disposición al seguimiento de la norma, de cuya actualización cada uno ha de preocuparse en la misma medida en que eleva la pretensión de autoadministración.⁹⁶

Para graficar lo anterior utilizaremos de nuevo el ejemplo de los presupuestos de la justificación, pues pone particularmente en evidencia lo expuesto en relación con la problemática del error, y por lo tanto el equívoco de distinguir la ignorancia según su objeto. Se suele decir que el dolo cumple una función apelativa, es decir, que la mera percepción de los elementos descritos en la faz objetiva del tipo ya constituye una llamada de atención para el autor.⁹⁷ Esto se argumenta especialmente respecto de la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, o de su falta de concurrencia. Así, antes de disparar contra alguien en legítima defensa, el sujeto tiene que fijarse muy bien si está siendo atacado o no. Por eso es que, para muchos autores, el error vencible sobre estos presupuestos no puede excluir el dolo, sino que constituye un problema de reprochabilidad mayor o menor. Para otros, en cambio, los presupuestos fácticos de las causas de justificación son elementos negativos del tipo penal, y por lo tanto el error invencible sobre su concurrencia excluye el dolo.

Esta discusión no se puede zanjar si no se sabe qué es lo que se quiere establecer, es decir, qué es lo que subyace a la didáctica del injusto típico y la culpabilidad, el error de tipo y el error de prohibición. Si el derecho penal trata de expresiones de sentido

⁹⁵ Al respecto JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972, p. 43: «El motivo para la evitación no presupone un conocimiento de las consecuencias, sino que es en sí mismo un estímulo para adquirir dicho conocimiento como presupuesto psíquico para la evitación».

⁹⁶ La discusión se ha suscitado en el ámbito de la teoría del «error de prohibición» bajo el rótulo de la «causalidad hipotética» del cumplimiento de un supuesto deber de información sobre el régimen jurídico en relación con la conciencia de la antijuridicidad que resultaría (o no) de la obtención de dicha información (cfr. ZACZYK, «Der verschuldete Verbotsirrtum – BayObLG, NJW 1989, 1744», en *JuS* 1990, p. 889 y ss., 894). Como se verá (cap. 8), en realidad no se trata de un problema de causalidad de la información, sino de exigibilidad respecto de la evitación de la realización típica.

⁹⁷ En este sentido ya ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», en *ZStW* 70 (1958), p. 566 y ss. (572).

que lesionan el derecho en cuanto tal, es decir, en cuanto expresión de la estructura normativa de una sociedad, entonces lo único que importa es determinar cuál es el déficit que se expresa en la conducta del sujeto. Cuando se trata de un déficit de conocimientos, como «el deber presupone el poder» hay que determinar si ese defecto es un error que descarga de responsabilidad o si refleja, en cambio, un defecto volitivo, es decir, un «no querer conocer» por falta de interés o por otras causas. La situación es muy diferente en uno u otro caso. La sociedad, en efecto, puede permitirse disculpar defectos cognitivos que reflejan ante todo un fracaso en la planificación individual del autor: por eso, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos sólo se castiga excepcionalmente por el hecho imprudente y, cuando se hace, se castiga en forma relativamente benigna.

Pero la sociedad moderna, en un ambiente de pluralismo —o dicho con mayor precisión: de relativismo— no puede permitirse la indulgencia de los defectos volitivos (en el amplio abanico que va desde un «no estoy de acuerdo» hasta un «no me interesa»), pues de hacerlo firmaría su propia acta de defunción. Por eso es que los así llamados «errores de derecho» no excusan en principio, sino sólo cuando revelan un déficit que de alguna forma no es imputable al autor, sino a la sociedad misma (deficiente socialización del sujeto o de la norma en cuestión).⁹⁸ Lo que no resulta apropiado es identificar sin más el desconocimiento del derecho (o bien, de la ilicitud de la conducta) con un defecto volitivo y el desconocimiento de hecho (o bien, de alguno de los elementos del tipo objetivo) con un defecto cognitivo. Tal identificación puede verificarse en la práctica con cierta frecuencia, pero en la sociedad actual está lejos de constituir una regla general, como ponen de manifiesto las limitaciones que se han ido introduciendo en las últimas décadas a la teoría de la culpabilidad (aplicación restringida al derecho penal nuclear; aplicación de la teoría del dolo a cierta clase de

⁹⁸ Cfr. JAKOBS, «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», en ZStW 101 (1989), p. 516 y ss. Si se admite la posibilidad de un desfase grave entre «orden legal» y «ontología», se incluyen también aquí los casos en que la autocomprensión del individuo como ciudadano se ha hecho, por obra del legislador, incompatible con su autocomprensión como persona humana.

errores: sobre elementos «normativos», sobre presupuestos «fácticos» de las causas de justificación; etc.).⁹⁹

Cuando los conocimientos cumplen alguna función en la imputación, lo hacen siempre en el contexto de una valoración funcional, y con ello normativa, de su relevancia, como queda en evidencia en cualquier regulación flexible del error de prohibición: no es el *desconocimiento*, sino el *error*, definido normativamente y con independencia de cuál sea su objeto, el que descarga de responsabilidad. El término «error» designa entonces un desconocimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, descarga de responsabilidad, debido a que no refleja un déficit de motivación de respeto al derecho, o bien refleja un déficit menor. Esta precisión conceptual nada tiene de insólito o esotérico,¹⁰⁰ pues se expresa habitualmente en el análisis de la *evitabilidad* del error que, según la doctrina generalizada, corresponde realizar tanto respecto de los errores de tipo como de los errores de prohibición. En este análisis se puede poner el énfasis en la perspectiva social, o bien se puede hacer como si se reconstruyeran los procesos psíquicos ocurridos «en la cabeza del autor»,¹⁰¹ pero en uno y otro caso se termina resolviendo según lo que le parece plausible al tribunal según su comprensión acerca del significado y fin de la

⁹⁹ La dogmática chilena de mediados del siglo 20 era consciente de lo inapropiado de esta simplificación. Buen ejemplo de ello son las propuestas de LABATUT y DEL RÍO (véase sección 2, nota 29), que parecen simpatizar con lo que en su época se conocía como «las teorías alemanas de la unión» (término comprensivo de las propuestas —muy disímiles entre sí— en orden a prescindir de la distinción entre error de hecho y de derecho en materia penal). Cfr. también la intuición de BINDING, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919, p. 133: «los errores no se convierten en graves por el objeto en que recaen, sino por la manera en que no se evitan».

¹⁰⁰ Aunque se opone a la distinción tradicional —considerada por lo general irrelevante desde el punto de vista de la imputación penal— entre error e ignorancia: al respecto véase SCHWEITZER WALTERS, *El error de derecho*, p. 21 y s.

¹⁰¹ Esta segunda alternativa no es más «garantista» que la primera, sino por lo general todo lo contrario, pues el psicologismo oculta al menos dos etapas del análisis (¿existe competencia por el hecho?, ¿qué conocimientos espera el derecho del sujeto?) e impide así cuestionar sus fundamentos. Esta simplificación puede tener consecuencias temibles, como se aprecia, por ejemplo, en la discusión a propósito del concepto de previsibilidad «objetiva» en el ámbito de la imprudencia.

pena. También en este sentido es cierto que las excusas se basan en razones y no en la ausencia de ellas.¹⁰²

En esta valoración funcional inherente a las instituciones de la teoría de la imputación penal, la «función» viene dada por las condiciones de existencia de la sociedad, que son tan cambiantes como la sociedad misma.¹⁰³ Una muestra de ello es lo que se conoce como «exigibilidad de otra conducta» o normalidad de la motivación: en un estado social de bienestar no pueden aplicarse los mismos criterios respecto, por ejemplo, del estado de necesidad exculpante (piénsese en el aborto *honoris causa* o por causas socioeconómicas), que en una sociedad liberal de propietarios.

Lo mismo se puede afirmar de la relevancia de las expresiones de sentido. Para utilizar un ejemplo relacionado con la interrelación de esferas personales en un mundo caracterizado por los contactos anónimos: ya en el plano objetivo, tiene que existir un límite a la división del trabajo entre agentes que persiguen un fin común (como un equipo médico), o entre sujetos que interactúan sin que sea posible exigir que cada uno se interiorice de los planes y proyectos del otro (se trata en parte de la discusión en torno a las denominadas «conductas neutrales»). Este límite objetivo se expresa en la distinción de base normativa –según la repartición social de competencias cristalizada en primer lugar en el ordenamiento jurídico– entre aquellas formas de división del trabajo que son vinculantes, y otras que implican una separación total o parcial de esferas de responsabilidad entre los agentes.¹⁰⁴

Esta funcionalidad de las instituciones jurídicas respecto de la constitución social ha hecho que la teoría de la imputación objetiva aparezca a veces como una especie de objetivización de la imputación

¹⁰² Cfr. el análisis de J. GARDNER, *Offences and Defences*, New York, 2007, p. 91 y ss. (112).

¹⁰³ Cfr. W. LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg, 1998, p. 25 y ss., quien muestra en qué medida la imputación, y no sólo en el ámbito penal, depende de la contingencia de las formas de atribución vigentes actualmente en una sociedad. En el ámbito específicamente penal véase JAKOBS, *Schuld und Prävention*, en *Recht und Staat*, Heft 452/453 (1976), *passim*; IDEM, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt», en *ZStW* 89 (1977), p. 1 y ss.

¹⁰⁴ Al respecto VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, Berlin, 2006, p. 76 y ss., 206.

subjetiva. En realidad, se trata sólo de una impresión superficial, pues la imputación subjetiva es insustituible. De lo que se trata es de definir el segmento de los hechos que es relevante desde el punto de vista del juicio acerca de la motivación del autor: qué es lo que el autor, supuesta la motivación de respeto al derecho, tiene el deber de evitar, para luego determinar si podía personalmente evitarlo. Por ejemplo, la intensidad del deber de no comercializar un producto que podría ser peligroso depende de la valoración social, que a su vez cambia en el tiempo conforme a si la sociedad en cuestión está necesitada de emprendimiento o más bien saturada de productos de consumo. Desde esta perspectiva, decir «conocimiento del tipo» —¿estoy lesionando?— no es sino otra forma de decir «conocimiento del riesgo permitido» y, con ello, conocimiento del significado social de la conducta. Algo análogo ocurre respecto del deber del vendedor de hacerse cargo de lo que el comprador hace con un producto; la existencia e intensidad de tal deber depende igualmente de la valoración social cambiante, y así puede observarse en la evolución alemana del tratamiento jurisprudencial de la venta de licor a los clientes de un bar, quienes previsiblemente van a cometer luego el delito de conducción en estado de ebriedad; o respecto del deber de atender al comportamiento futuro de la posible víctima (por ejemplo, la imputación de las lesiones a quien deja su automóvil con el motor encendido, lo que permite que un tercero no autorizado lo conduzca y se lesione).¹⁰⁵

Lo expuesto precedentemente permite extraer dos conclusiones. La primera, que se retomará en breve al tratar directamente la problemática del error, es que el conocimiento de los elementos de una descripción típica sin el conocimiento de su referencia a la estructura normativa de la sociedad, a las valoraciones sociales, no constituye conocimiento del tipo —en la formulación de Jakobs, es como saber que con una cosa cualquiera puede ocurrir otra cualquiera en un tiempo cualquiera—,¹⁰⁶ sino que como mucho hace posible una imputación subjetiva a título de cognoscibilidad.

¹⁰⁵ Sobre éstas y otras constelaciones similares, véase VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 155 y ss., 251 y ss.

¹⁰⁶ «Dolus malus», en K. ROGALL *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 119.

La segunda conclusión es que un hecho psíquico—el conocimiento o el desconocimiento— no tiene en sí y por sí un sentido socialmente relevante, sino que es preciso *descifrar* su sentido según el contexto normativamente estructurado, es decir, es preciso establecer el significado social que tiene la invocación de tal hecho psíquico. Por eso es que el mero desconocimiento no es en sí relevante; lo relevante es la causa del desconocimiento, y el juicio que respecto de esa causa realiza el ordenamiento jurídico. Hay algunas causas que el ordenamiento jurídico considera razonables o justificadas, y otras que para el ordenamiento no lo son. Lo decisivo es distinguir entre las causas que revelan un déficit de motivación en orden a respetar el derecho y las que no revelan tal déficit, sino que más bien constituyen la pobre respuesta del sujeto a la pregunta acerca lo que en su caso cabía esperar de una motivación óptima. En este sentido, hay causas del desconocimiento que son asunto y responsabilidad de cada persona, y hay otras que se cargan total o parcialmente a la cuenta de la sociedad, de terceros o incluso de la víctima. Se trata, entonces, de determinar si el sujeto ha obrado con una motivación dominante de respeto al derecho: el desconocimiento y sus causas son indicios de tal motivación, conforme a las valoraciones propias del mismo ordenamiento jurídico.

6. Evitabilidad y norma de comportamiento

En este ámbito se sitúa la problemática, a la que aquí sólo cabe hacer una breve referencia, acerca de si es correcto hablar de un *actuar* doloso o imprudente. En efecto, es al menos dudoso que la idea de que primero se *actúa* imprudentemente y luego, una vez que se ha producido el daño, se realiza un delito imprudente, responda a una lectura adecuada del derecho positivo. El concepto de conducta subyacente, que no es más que el resultado de un análisis del proceso de dirección psíquica del acontecer, conduce entre otras cosas a la posibilidad de referir este proceso a resultados arbitrariamente intercambiables, como se aprecia, por ejemplo, en los casos de error sobre los presupuestos fácticos de la justificación: la distinción entre la dirección de la conducta hacia un resultado y la dirección de la conducta hacia «un resultado fuera de la situación de justificación» es, desde la perspectiva psíquica, imposible o, al menos, arbitraria, por lo cual los errores inevitables de tipo y de prohibición terminan nivelándose en el plano valorativo,

como ocurre en todas las variantes de la teoría limitada de la culpabilidad. Este resultado es en sí mismo correcto, pero contradice la dogmática de la teoría de la culpabilidad y por lo mismo da cuenta de su escaso valor explicativo. Ésta es la discusión que se encuentra en el fondo de la polémica en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁰⁷ y, a otro nivel, en las críticas que ha despertado la denominada «teoría de la culpabilidad que remite a las consêcuencias jurídicas», a la que se reprocha precisamente la inconsecuencia de no descartar el dolo pero sí sus efectos en los casos considerados de error evitable.

Por el contrario, el concepto de «evitabilidad», como categoría supraordenada a las del dolo y la imprudencia, incorpora a la conducta desde el comienzo la relación de sentido hacia una determinada realización típica, pero sin convertir la forma de evitabilidad en un elemento de dicha realización. Esto último sería equivocado, pues las realizaciones típicas no son en primer lugar dolosas o imprudentes, sino que constituyen la expresión de un quiebre de la norma que, en razón de la evitabilidad —sin importar de qué clase—, puede imputarse subjetivamente a una persona determinada.¹⁰⁸ La determinación de la evitabilidad presupone, por lo tanto, una selección objetivo-normativa. En efecto, no sólo el controvertido tratamiento de los así llamados «automatismos», o de ciertos hechos pasionales, muestra la necesidad sistemática de reducir el objeto de valoración a un denominador común,¹⁰⁹ como el derecho penal trabaja con conductas que son *al mismo tiempo* expresión de sentido y realidad intencional,¹¹⁰ y que se

¹⁰⁷ Al respecto ROXIN, *Strafrecht*, I, 10/13 ss.; también HIRSCH, *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, p. 278 y ss. La solución de WELZEL para los casos de error evitable, mediante la construcción de un tipo negativo de las causas de justificación, en *Das deutsche Strafrecht*, p. 168. Se trata, en parte, de la discusión que subyace a las diversas interpretaciones de la regulación española del error: véase sección 2, nota 39.

¹⁰⁸ Cfr. KINDHÄUSER, *Festschrift für Hollerbach*, p. 634.

¹⁰⁹ Al respecto JAKOBS, «Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem», en G. STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Welzel*, Berlin, 1974, p. 310 y ss., con nota 15, en la que se refiere a los intentos de situar estas constelaciones en el ámbito de la acción, de la culpa por asunción o de la culpa por la conducción de la propia vida, de la exigibilidad o incluso de la imputabilidad.

¹¹⁰ Acerca de las interrelaciones entre ambos predicados véase VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, p. 171 y ss.

refieren a objetos que en sí mismos dependen de una descripción realizada desde afuera,¹¹¹ simplemente no podría ser de otro modo.

Esta necesidad de descripción de los objetos se deriva del hecho de que incluso atribuciones de conductas con un objeto intencional extensionalmente idéntico pueden tener significados completamente diversos. Sin referencia a un determinado contexto de sentido penalmente relevante –es decir, una determinada realización típica– la pregunta acerca de una determinada imputación subjetiva carece de objeto. Esto vale con mayor razón, si cabe, en el ámbito de la imputación objetiva: qué es «ejecución del hecho», es una pregunta que sólo puede ser respondida desde la perspectiva de una interpretación de la norma, la cual, en la medida en que incorpora las condiciones de existencia de una determinada sociedad, se obtiene mediante los criterios de imputación objetiva. Si esto no se tiene en cuenta, surgen en el ámbito de la imprudencia no pocas dificultades, como por ejemplo la necesidad (aún no suficientemente clarificada), de buscar *a posteriori* un «contexto de infracción del deber».

Un ámbito en el que lo expuesto tiene consecuencias especialmente llamativas es el de las confusas relaciones entre las formas de evitabilidad del hecho delictivo y el error o el desconocimiento, lo que ha llevado, por ejemplo, a acuñar fórmulas como la de «error excluyente del dolo». El origen de los malentendidos radica en la omnipresencia del dolo como categoría psicológica de imputación en los enfoques de corte subjetivista, cuyos efectos alcanzan hasta la pretensión de formular subjetivamente la distinción entre injusto civil y penal. Semejante pretensión ha sido atribuida históricamente a Hegel. En efecto, el error (pero no el simple desconocimiento) puede hacer que el injusto sea exclusivamente objetivo, lo que Hegel denomina «injusto inocente».¹¹² Con su conducta, la persona no niega el derecho en cuanto tal, sino el derecho de una persona singular: «su injusto sólo consiste en considerar conforme a derecho el objeto de su voluntad».¹¹³ Y ya que las partes en disputa están de acuerdo en que «la cosa

¹¹¹ Cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Berlin, 1980, p. 156 y ss.

¹¹² Grundlinien, § 85.

¹¹³ Grundlinien, § 86, complemento.

debe pertenecer a aquel que tiene derecho a ella»,¹¹⁴ «el derecho en cuanto tal (...) no resulta lesionado, sino que más bien se le invoca».¹¹⁵ Por lo tanto, en semejantes situaciones la persona «nada quiere en contra del derecho»¹¹⁶ y la estructura del juicio lógico que expresa su conducta es la de un juicio negativo: se niega solamente una particularidad, un predicado, pero se reconoce al mismo tiempo lo universal.

El mismo Hegel afirma que ésta es la estructura de las controversias jurídicas entre ciudadanos sujetos al derecho civil. Posiblemente a causa ello, durante muchos años fue un tópico de la crítica a la filosofía del derecho de Hegel –también desde el círculo de los penalistas hegelianos– sostener que, de aceptarse esta distinción entre el injusto civil y el injusto penal, habría que suprimir todos los injustos civiles dolosos y todos los injustos penales culposos.¹¹⁷

A nuestro juicio, esta crítica descansa en una visión equivocada de las relaciones entre el error y las formas de evitabilidad. El error –es decir, el desconocimiento por el que no se es competente– elimina de la realidad, a los efectos de la imputación, aquellos elementos del suceso sobre los que el error recae. Respecto de esos elementos el injusto es «inocente» y no puede dar lugar a una reacción penal, sino sólo, eventualmente, a la indemnización de los perjuicios causados. Cuando, no obstante esta supresión, la conducta de la persona que actúa en error tiene un sentido socialmente reconocible (lo cual será la regla general, pues lo habitual es que las personas actúen sobre la base del conocimiento de segmentos de la realidad), la imputación subjetiva orientada en el principio de culpabilidad vigente exige que se tome en

¹¹⁴ Grundlinien, § 85.

¹¹⁵ Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift, editada por D. HENRICH, Frankfurt a.M., 1983, p. 84.

¹¹⁶ Grundlinien, § 89, complemento.

¹¹⁷ Así HÄLSCHNER, Das preußische Strafrecht. Teil 2: Das System des preußischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bonn, 1858, p. 5; BINDING, Normen I, 1ª ed., Leipzig, 1872, p. 148 y s. con nota 150; VON BAR, Handbuch des deutschen Strafrechts, I (Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien), Berlin, 1882, p. 279; LISZT/SCHMIDT, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25ª ed., Berlin/Leipzig, 1927, p. 145, nota 3; VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht, I (Allgemeine Grundlagen), Berlin, 1925, p. 28; entre muchos otros.

cuenta –siempre sólo respecto de los elementos que superaron el filtro del error– la diferencia entre cognoscibilidad y actualización de la cognoscibilidad. Esta diferencia, modulada según los requisitos propios de cada tipo penal, da lugar a la distinción entre hechos dolosos e imprudentes. Esto significa que la presencia de injustos dolosos en el derecho civil y de injustos imprudentes en el derecho penal en nada afecta la distinción propuesta por Hegel, que no es de índole formal-positiva, sino lógica: es evidente que el injusto penal también puede dar lugar a una indemnización en el ámbito del derecho civil, pero un injusto «inocente» –y la culpa no es inocencia– nunca puede ser considerado un injusto penal. Dicho de otro modo: sólo el juicio negativo infinito, la negación del derecho en cuanto tal y no la negación del derecho como *lo debido* a una persona, es un delito. Quien yerra inevitablemente sobre el alcance del estado de necesidad que le ampara y lesiona bienes jurídicos diversos de la propiedad,¹¹⁸ comete un error que hace decaer su posibilidad de formular respecto de la situación un juicio negativo infinito.

Alguien considera que el automóvil vendido y entregado sigue siendo de su propiedad mientras no se le pague el precio y, a falta de pago, lo sustrae al comprador.¹¹⁹ Un arrendatario debe abandonar la propiedad y extrae elementos que ha instalado en la vivienda, dañándola, pero suponiendo que al no existir otra forma de separar dichos elementos no comete ilícito alguno.¹²⁰ El desconocimiento de los efectos de la falta de pago en el primer caso y del alcance de la situación de necesidad en el segundo, pueden dar origen –según si la alegación de desconocimiento es razonable, es decir, si concurre un error– a que un segmento del hecho o su totalidad se conviertan en un injusto «inocente» y que, por consiguiente, pierdan relevancia para el derecho penal. Si ello no ocurre, si el sujeto en el segundo caso es, por ejemplo, abogado, el hecho será plenamente relevante para el derecho penal, pero aún será posible discutir si no es preciso distinguir entre cognoscibilidad y conocimiento (entre culpa y dolo), cuestión que en el primer caso posiblemente ni siquiera se llegue a plantear.

¹¹⁸ Cfr. una hipótesis análoga en GJ 269 (2002), p. 129 y ss.

¹¹⁹ Cfr. una situación semejante en SCS 27.X.2005, en causa Rol N° 1739-2003.

¹²⁰ Cfr. un caso similar en SCA Talca 3.I.1998, en causa Rol N° 286.791.

Todo ello no significa que se haya de dar prioridad a la imputación objetiva por sobre la subjetiva. Sin la imputación subjetiva, el objeto de referencia de la imputación objetiva no se encuentra suficientemente concretado, pues recién la averiguación del horizonte de conocimientos personalmente posible para el autor proporciona el contexto en el que ha de enjuiciarse el suceso. Por eso es que no se trata de priorizar una parte de la imputación en desmedro de la otra, sino de un proceso unitario. Es en el marco de este proceso que la imputación subjetiva debe experimentar todavía una amplia normativización.

7. El error

Lo expuesto en los capítulos anteriores sugiere que la distinción entre error de tipo y de prohibición, que se basa en el «objeto» del desconocimiento, no da cuenta de que el delito no consiste en la causación de un menoscabo a un bien jurídico, sino en la infracción de un deber. Desde esta perspectiva, la conducta delictiva aparece como una declaración del autor (y de los demás intervinientes) en el sentido de que la norma no proporciona la medida de la situación en la que se inserta el hecho. Tal declaración sólo es comunicativamente posible en la medida en que quien la realiza cuenta con los elementos para poner en tela de juicio la vigencia del ordenamiento jurídico. Ya que las conductas relevantes en este sentido se hallan definidas normativamente, el conocimiento de la estructura normativa de la sociedad, al menos en lo que respecta a la conducta típica, es elemento imprescindible de la actuación delictiva. Consecuencia de una teoría del injusto penal como teoría del significado socialmente vinculante de la conducta es, por lo tanto, la obsolescencia de la distinción entre error de tipo y de prohibición.

¿Significa esto una toma de posición a favor de la denominada «teoría del dolo»? La respuesta es negativa, porque es precisamente la base de la distinción la que no responde a la dimensión y alcance del problema. Si la teoría del dolo fuese correcta, entonces en los supuestos de imprudencia concurriría siempre un error de prohibición.¹²¹ Esto no es efectivo, porque no es lo mismo ignorar la realidad que ser

¹²¹ Así, por ejemplo, JAKOBS, AT 19/34.

víctima de un error. Welzel advirtió con claridad este problema al preguntarse por el motivo suficiente de la evitación en los casos de culpa inconsciente: el autor debe evitar la realización típica cuando «en virtud de su participación plena de sentido en la vida de la comunidad, está en condiciones de orientar y acomodar sus propias actitudes valóricas de modo que se adecuen a lo que exige un comportamiento conforme al derecho en la vida social». ¹²² Si esta participación «plena de sentido en la vida social» —que es la única en condiciones de explicar el motivo de la evitación— ha de tener algún significado, entonces éste no puede ser otro que el siguiente: en los casos de culpa inconsciente no es posible separar el injusto de la culpabilidad. Como esta conclusión se aplica con mayor razón a los estadios superiores de actualización de la cognoscibilidad, se aprecia que la expresión «dolo malo» sólo da cuenta en forma muy imperfecta de la visión unitaria del conocimiento que es necesario atribuir para poder imputar subjetivamente un hecho.

La «teoría del dolo» presenta fundamentalmente dos inconvenientes. El primero de ellos es en parte común a la denominada «teoría de la culpabilidad» y consiste en que establece una relación de correspondencia casi mecánica entre el dolo y la culpa, por un lado, y la teoría del error, por el otro. En lugar de considerar a esta última como una función del reproche personal que se dirige al autor, la vincula en forma inmediata a las modalidades del control de la acción. A éste se suma un segundo problema, que consiste en entender la culpabilidad como una especie de relación psicológica entre el autor y el lado objetivo del hecho. La conjunción de ambos puntos de partida conduce a que la forma de culpabilidad que la teoría designa con el nombre de «dolo» consista en un hecho psíquico sujeto al requisito temporal de actualidad, concebida ésta igualmente en términos psicológicos. Esta perspectiva da origen a un tratamiento rígido del binomio conocimiento/desconocimiento en términos psicológico-naturalistas, según el cual conocimiento es igual a dolo y desconocimiento es igual a error.

Bajo estos presupuestos, resulta imposible comprender normativamente el dolo y la imprudencia, es decir, como formas de evitabilidad en el sentido explicado en el capítulo anterior. Desde un

¹²² WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», p. 561 y s.

punto de vista normativo, el presupuesto fundamental de la evitabilidad no es el *factum* del conocimiento, sino la cognoscibilidad en la perspectiva de la persona concreta que actúa, supuesta una motivación suficiente de respeto al ordenamiento jurídico. Si, en esta línea, el dolo y la imprudencia se definen como portadores de un sentido, como indicios de una falta de motivación dominante de respeto al ordenamiento jurídico, entonces aparece con claridad el carácter secundario de la actualización de la cognoscibilidad, se dejan atrás las clasificaciones del desconocimiento según su objeto, y se hace posible explicar¹²³ la imputación subjetiva de un hecho, o la falta de imputación, a partir del sentido y fin de la pena estatal, es decir, de la configuración social.

De ello se sigue que para obtener una reducción importante de la penalidad en los casos de error (desconocimiento no imputable) no es necesario hacer decaer el dolo ni, consecuentemente, convertir en ciertos casos los supuestos de *culpa iuris* en delitos imprudentes. La solución es mucho más radical: la cognoscibilidad que está en la base de la evitabilidad individual no distingue entre objetos «fácticos» y «normativos», de modo que la misma distinción entre delitos dolosos e imprudentes desde una perspectiva fáctica carece de relevancia para la determinación del error. Por eso, tampoco la *ignorantia facti* tiene directamente y por sí misma consecuencias respecto del reproche que emana de la sociedad en los casos de desconocimiento imputable (mero desconocimiento), como se aprecia en los supuestos que comprende la institución del *dolus indirectus*.¹²⁴

¹²³ Y no «realizar»: la imputación del dolo o la imprudencia se *realizan* en la sociedad de todas formas según criterios normativos y no psicológicos.

¹²⁴ Que hasta ahora se ha aplicado fundamentalmente a los casos de «ceguera ante los hechos», es decir, sobre la base de la distinción entre error de hecho y de derecho (o bien, de tipo y de prohibición). Cfr. al respecto JAKOBS, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», en ZStW 114 (2002), p. 584 y ss. Es cierto, por otra parte, que tanto la «indiferencia» como la «ceguera» son categorías de origen psicológico, de manera que la teoría del *dolus indirectus* aparece como una especie de correctivo normativo *a posteriori*, que sería superfluo si desde un comienzo se normativizara la imputación subjetiva: en este sentido la observación de GARCÍA CAVERO, Derecho penal económico, 2ª ed., Lima, 2007, p. 643, nota 82. Es posible que sólo se trate, sin embargo, de una discusión sobre palabras: cuando se afirma que el *dolus indirectus* es dolo y que la ceguera no es error, lo que está detrás es un análisis acerca de aquello que normativamente se considera suficiente para la imputación del dolo, o bien, para rechazar la excusa del desconocimiento entendido en términos naturalistas.

La alternativa entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad se manifiesta así, al menos desde el punto de vista teórico, como un falso dilema. Esto es saludable, pues ambas opciones son insatisfactorias.¹²⁵ La teoría del dolo conduce conocidamente a vacíos punitivos inexplicables en las legislaciones con sistema de *numerus clausus* para la penalización de la imprudencia, o bien –en las legislaciones con cláusula general– a una dispersión valorativa que resulta de remitir la solución del problema general del error a las valoraciones legislativas *ad hoc* de la parte especial. Por su parte, la teoría de la culpabilidad, al desconocer que el delito no es un proceso psico-cibernético sino una expresión de sentido, termina mutilando el horizonte de conocimientos exigible para la objetivación de una actitud equivocada frente al ordenamiento jurídico. En efecto, especialmente en el ámbito del derecho penal secundario y respecto del tratamiento de los denominados «elementos normativos» del tipo, las alternativas eran las siguientes:¹²⁶

(a) Enriquecer el dolo con el conocimiento de los preceptos o actos (y, eventualmente, también de sus respectivas consecuencias jurídicas) contenidos en las referencias normativas del tipo. Esto equivale

¹²⁵ Con una fundamentación diversa llega a la misma conclusión WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, 2006, p. 393 y ss. (también y en especial p. 217 y ss., con propuestas legislativas concretas en p. 443 y ss.): tanto la fuente como el objeto del error han de tener sólo una incidencia secundaria en su tratamiento. A su juicio, el criterio fundamental se basa en que «existe una profunda diferencia entre una decisión consciente y una decisión inconsciente en contra del derecho»; incluso más, «cuando la culpabilidad se entiende como falta de fidelidad al derecho en el proceso de formación de la voluntad, aquella diferencia es la más profunda que se pueda pensar» (*op. cit.*, p. 438). En realidad, sin embargo, al derecho no le atañe el proceso de formación de la voluntad, y por eso la diferencia entre decisiones conscientes y decisiones inconscientes (en caso de que las hubiera) en su contra no es relevante por sí misma. Lo que interesa es determinar la competencia por el desconocimiento, esto es, su incumbencia y razonabilidad. La concentración de WALTER en los procesos (psicológicos) de formación de la voluntad tiene una serie de consecuencias en su planteamiento: considera «muy duro» el régimen flexible del § 17 StGB (*op. cit.*, p. 410), acepta como error excusante el error sobre la punibilidad (*op. cit.*, p. 443), propone introducir una regla legal sobre la duda de conciencia y, consiguientemente, una especie de «dolo eventual» referido a la prohibición (*op. cit.*, p. 444), etc.

¹²⁶ Con respecto a lo que sigue cfr. JAKOBS, *Festschrift für Rudolphi*, p. 121 y s.

prácticamente a la afirmación de que el dolo incluye la conciencia de la antijuridicidad, con las consecuencias que ello tiene desde la perspectiva del error.¹²⁷ Esta opción tiene la ventaja de que considera el injusto como una unidad y no se contenta con «fragmentos» de conocimiento por parte del autor. El problema es que no soluciona los casos de «ceguera» culpable o incluso preordenada.

(b) Restringir el dolo al conocimiento de la materialidad de la descripción típica, la materia de la subsunción, morigerando los efectos por medio de una teoría «blanda» de la culpabilidad en los supuestos de error.¹²⁸ Con esta tesis, sin embargo, el dolo se reduce a algo casi casual: ¿por qué tiene que esforzarse el autor en evitar algo cuando la racionalidad social de la prohibición *en concreto* se le escapa, es decir, por qué si no sabe que los supuestos A y B no pueden concurrir en forma cercana, tiene que velar para que el supuesto A (por ejemplo, donación a una corporación educacional) no concorra en un tiempo cercano con el supuesto B (continuando el ejemplo: cursos de capacitación impartidos por la donataria en condiciones favorables a trabajadores del donante)?¹²⁹ Por otra parte, en estos casos se castiga en forma severa la ceguera culpable (a título de dolo), pero ¿es razonable hacerlo justo en el ámbito del derecho penal secundario, mientras que en el ámbito nuclear (por ejemplo, respecto del homicidio) rige en general el criterio de que tal ceguera impide la imputación del dolo?

¹²⁷ Es la solución propuesta, entre otros, por TIEDEMANN, ya en *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, en especial p. 172 y ss. En la misma dirección apunta en la doctrina chilena el planteamiento de POLITOFF: «Como en la comunicación social el significado de las cosas está también determinado por el contexto social en que ellas existen o suceden, no se puede hablar de dolo si el sujeto no entiende el significado de su acto en la vida social. En otras palabras, para obrar con dolo debe el sujeto *conocer el significado de sus hechos en el mundo de la vida*» (*Derecho Penal*, p. 453 y s.).

¹²⁸ En este sentido especialmente ROXIN, *Strafrecht*, I, 21/39 y ss.

¹²⁹ El art. 97 N° 24 del Código Tributario establece que «los contribuyentes (...) que reciban de las instituciones a las cuales efectúen donaciones, contraprestaciones directas o indirectas o en beneficio de sus empleados, directores o parientes consanguíneos de éstos, hasta el segundo grado, en el año inmediatamente anterior a aquél en que se efectúe la donación o, con posterioridad a ésta, en tanto la donación no se hubiere utilizado íntegramente por la donataria (...) serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo». Resulta evidente que el núcleo de la valoración del hecho viene dado por el concepto de «contraprestación».

En la medida en que el derecho positivo lo permite —como ocurre en Chile—,¹³⁰ nada obliga a aferrarse a una distinción rígida y además basada en el supuesto objeto del error.¹³¹ Por el contrario, en concordancia con la evolución de la teoría del delito, es perfectamente

¹³⁰ A nuestro juicio es posible avanzar también en esta dirección en la Argentina. Aunque el art. 34 N° 1 del Código Penal de la Nación dispone que «no son punibles, 1° el que no haya podido, en el momento del hecho (...), por error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones», y con ello parece normativizar únicamente el «error de hecho», esta disposición deja atrás la rigidez de la distinción entre error de tipo y error de prohibición para centrar la atención en las causas del desconocimiento. Cuando éste obedece a un motivo razonable (la ignorancia ha de ser «no imputable»), entonces se puede hablar de error; si tal motivo falta, entonces se trata simplemente de un desconocimiento que no libera de responsabilidad. Asimismo, cabría un «desconocimiento» en sentido normativo, pues si lo decisivo es la imputabilidad del conocimiento, entonces existen conocimientos que tienen carácter meramente accidental, como los de una secretaria que por interés personal está participando en un curso de tributación y debido a ello advierte la falsedad de la declaración de impuestos que debe transcribir. Por otro lado, el desconocimiento ha de tener como efecto que el sujeto no haya podido comprender la criminalidad del acto. Esta redacción permite plantear la razonabilidad de otorgar un tratamiento semejante a los errores que no pueden considerarse «de hecho», considerando que los efectos de tales errores no se encuentran expresamente regulados. Finalmente, la norma sitúa la problemática del error invencible en el mismo contexto que la exigibilidad de otra conducta. La gradualidad en la aplicación de estas soluciones podría resolverse, como ocurre en otros ámbitos, recurriendo a la ley del valor límite de los preceptos legales.

¹³¹ GARCÍA CAVERO (Derecho penal económico, p. 641 y s.) propone en el Perú reservar el concepto de error de prohibición para aquellos casos en que el sujeto desconoce el ordenamiento jurídico (*ignorantia legis*), mientras que el error sobre el carácter antijurídico del hecho en concreto (*error iuris*) constituiría un error de tipo excluyente del dolo. El error de prohibición excusante constituiría en este esquema una situación muy excepcional, cercana a la inimputabilidad y limitada a los casos en que el sujeto «no pudo» tener acceso al conocimiento del ordenamiento jurídico. La distinción —que en cierto modo se aproxima al planteamiento *de fondo* de NOVOA sobre la base del derecho chileno: Curso, I, 1960, p. 509 y ss., 573 y ss.— parece, no obstante, superflua, pues no existirá un solo caso en el que pueda excluirse el error de prohibición y al mismo tiempo afirmarse el dolo. A la inversa, en todos los casos en que se afirme el dolo quedará excluida la posibilidad de acoger un error de prohibición. Dicho de otro modo: la *ignorantia legis*, o es una forma de *error iuris*, o no tiene relevancia alguna. La distinción sólo parece explicarse en razón de que el legislador peruano ha positivizado una bipartición rígida del error (art. 14 del Código Penal), de manera que aquella aparece como la única forma de dotar al sistema de cierta flexibilidad.

posible recuperar la distinción clásica¹³² entre error e ignorancia para atender al déficit de motivación que puede revelar el desconocimiento. De esta forma se preserva además la coherencia con el significado y fin de la pena estatal, con la imputación que resulta de ellos, y con la teoría de las normas de comportamiento subyacente. La solución consiste, por lo tanto, en (i) distinguir normativamente entre error y mero desconocimiento, y (ii) en flexibilizar la teoría del error, para que dé cabida a los diferentes grados de falta de motivación de respeto al ordenamiento jurídico que el desconocimiento expresa.

Según la doctrina tradicional, que en este punto se hace cargo del mismo problema expuesto por Aristóteles y referido al comienzo de esta contribución, la ley no castiga siempre –y cuando lo hace, sólo en forma atenuada– el déficit en la formación de la motivación proveniente del desconocimiento, si tal desconocimiento es invencible o sólo difícilmente vencible, esto es, cuando se estima que no obedece a un defecto volitivo, o bien éste sólo proporciona –siempre en el plano subjetivo– una explicación secundaria de la realización del tipo. Esta *valoración* está en el centro del juicio de evitabilidad, pues plena evitabilidad equivale a conocimiento desde el punto de vista del *resultado* de la imputación subjetiva. Como se ha intentado mostrar, ello obliga a transitar desde la constatación del *factum* del desconocimiento a la apreciación de un error que libera de responsabilidad o, en cambio, de una ignorancia que incumbe al actuante. De esta manera, la cuestión del error se reconduce a un problema de *repartición de las cargas del desconocimiento* desde la perspectiva de la atribución social de responsabilidades y, en definitiva, de la función de la pena.

No es que haya que tratar al que desconoce algo culpablemente como si lo conociera. A quien ha perdido por completo la orientación, así sea de un modo culpable, se le trata como a alguien que está desorientado, y por eso es que su conducta –por regla general y salvo

¹³² Y no la muy posterior distinción entre *ignorantia* y *error* al interior de la categoría del error de prohibición (al respecto ZACZYK, «Der verschuldete Verbotsirrtum», p. 892). Una distinción semejante a la del texto proponen en el fondo y *de lege lata* en España tanto FELIP I SABORIT, El conocimiento de la antijuridicidad, p. 262 y s. como MANSO, «Efectos jurídico-penales del error de prohibición en los sistemas colombiano, español y alemán», en E. MONTEALEGRE (COORD.), El funcionalismo en derecho penal, Bogotá, 2003, p. 307 y ss. (316 y ss.).

en los casos de ignorancia crasa y supina— recibirá un tratamiento más o menos benigno. Algo análogo se aplica a las situaciones en que la desorientación no es completa, de manera que la sanción tendrá en cuenta el grado de desorientación. Sin embargo, en cualquier caso la sociedad hace que el delincuente asuma su parte en las cargas del desconocimiento: se le castiga por el déficit de respeto al ordenamiento jurídico que expresa su desorientación. Ello implica lo siguiente:

En principio, la ley parte de la base de que el sujeto, al actuar en cualquier ámbito de la vida social, está en situación de proveerse de los medios que garanticen la evitación de realizaciones típicas, lo cual puede implicar la obtención de información.¹³³ La complejidad propia del ámbito de regulación puede conducir a atenuaciones de la responsabilidad penal, a una nueva elaboración de las categorías dogmáticas que dé cuenta de tal complejidad con miras a la articulación de un reproche razonable (v. gr. la consideración —en el esquema tradicional— de las remisiones típicas a obligaciones extrapenales primero como cuestiones de hecho y más tarde como elementos normativos del tipo), o bien a una forma de determinación de la evitabilidad que sea coherente con dicha complejidad (ver cap. 8). Pero la tarea de procurarse la información necesaria para su actuación, como medio para la evitación de la realización típica, es competencia de cada persona. En consecuencia, el desconocimiento de los hechos, de su contexto o del alcance de las normas que lo estructuran no exime ni atenúa por sí mismo la responsabilidad, sino sólo bajo presupuestos que lo hagan razonable. Tales presupuestos se verificarán cuando la adquisición de la información sobre cuya falta se discute no era total o parcialmente de competencia del autor o interviniente en el hecho según los criterios sociales —habitualmente plasmados en normas jurídicas— de asignación de competencias, que se determinan con ayuda de la teoría de la imputación objetiva. Como la motivación dominante de respeto al ordenamiento jurídico que el derecho penal pretende garantizar sólo se extiende a aquello que jurídicamente incumbe a cada ciudadano, la ausencia de información que se encuentra fuera del ámbito de competencia de una persona no da lugar a un déficit de motivación jurídico-penalmente relevante.

¹³³ Con independencia de que ella sea luego internalizada por el sujeto como «conocimiento», en sentido psicológico.

La repartición de las cargas del desconocimiento está en parte determinada por la opción legislativa de sancionar sólo excepcionalmente el hecho imprudente. Esta opción, y la repartición de competencias que de ella resulta, inciden en el tratamiento punitivo del desconocimiento. Cuando se trata de una figura que es punible con independencia de la forma de evitabilidad individual (aunque lo sea en grado diverso y más allá de la técnica legislativa concreta), el error sobre el significado del hecho para el ordenamiento jurídico da lugar a un abanico de posibilidades, que van desde la impunidad (error inevitable) hasta una pequeña atenuación de la pena (cuando el error refleja un déficit motivacional considerable), pasando por una rebaja sustancial de ella (cuando el desconocimiento, aun siendo evitable, pudo afectar incluso al ciudadano con una motivación en principio adecuada) y por el tratamiento del hecho «como si se tratara» de un delito imprudente (atenuación media de la pena).¹³⁴ En este último caso no se trata necesariamente de sancionar *a título culposo*, como hace la Corte Suprema en las hipótesis de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.¹³⁵ El desconocimiento puede o no hacer decaer el dolo, pero esto no es lo decisivo, sino la apreciación flexible de los efectos del desconocimiento, con relativa independencia de que –desde el punto de vista de la evitabilidad individual– el hecho sea imputable subjetivamente a título de dolo o de culpa. De hecho, el efecto del desconocimiento en cuanto a la exclusión del dolo depende de las características de los respectivos tipos penales (de la *manera*¹³⁶ en que el tipo describe el hecho –por ejemplo, como lesión de un bien jurídico– o

¹³⁴ A diferencia de las situaciones anteriores, la ignorancia crasa y supina (se desconoce aquello que todo ciudadano o la mayor parte de los ciudadanos conoce) no forma parte del espectro, pues no constituye un caso de error, sino de mero desconocimiento que no libera de responsabilidad. Por eso es que su apreciación a nivel de análisis del error se considera con frecuencia como el primer paso para luego imputar dolo bajo la forma de *dolus indirectus*.

¹³⁵ SCS 27.X.2005, en causa Rol N° 1739-2003, cons. 11°, pero referida a un hecho que no es punible a título de imprudencia, por lo que el sujeto restó impune.

¹³⁶ En general se trata de definir si, conforme a la teoría del injusto (o de la política criminal) que se sustente, el dolo exige sólo el conocimiento de la materia de la subsunción o, por el contrario, también de la consecuencia jurídica. En la doctrina alemana, esta discusión se confunde en parte con la que gira en torno a la distinción entre el tratamiento de ciertas referencias normativas de los tipos penales como elementos del tipo (su desconocimiento, aun evitable, haría desaparecer el dolo), o bien de los tipos penales que las contienen como

exige el conocimiento de ciertos elementos, como el tratarse de un bien de importación prohibida en el contrabando o de un signo distintivo en el delito marcario, el carácter de empleado público en los delitos funcionarios, «las relaciones que los ligan» en el incesto, la ajenidad de la cosa en el hurto, etc.), pero ello no prejuzga acerca de la razonabilidad del desconocimiento que se alega¹³⁷ o su evitabilidad. Dicho de otro modo: la problemática del error tiene que ver con la aceptabilidad o no aceptabilidad, en el caso concreto, de diversos grados de desconocimiento del hecho y su significado; la cuestión del dolo y la culpa se refiere a la clase de imputación subjetiva que es posible realizar con lo que resta después de aplicar el filtro del error. Algunas veces, este remanente (o la totalidad, si el filtro dejó pasar todo) permitirá imputar el conocimiento necesario para afirmar dolo; otras, en cambio, sólo se podrá imputar culpa y, por último, en ocasiones el hecho habrá sido individualmente inevitable.¹³⁸

leyes en blanco. Según la opinión predominante, en este último caso el dolo se satisface con el conocimiento de la materia de la subsunción, mientras que en el primero exige el conocimiento de la consecuencia jurídica asociada a la situación descrita. Naturalmente, la dificultad mayor se encuentra en diferenciar unos supuestos de otros y en resolver los casos en que el sujeto conoce la consecuencia jurídica, pero yerra acerca de los presupuestos que la desencadenan. Al respecto véase WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, p. 263 y ss.

¹³⁷ Pues si no se alega, sino que es considerado como hipótesis plausible por el tribunal a partir de los antecedentes recabados en el proceso (situación que puede presentarse debido al principio de objetividad y al estándar de convicción requerido para condenar), en rigor ya se ha resuelto sobre su razonabilidad.

¹³⁸ Ello resulta de considerar la teoría del error como función del reproche personal de culpabilidad y no de las modalidades de control de la acción. A un resultado similar se llega siempre que se relativiza la relevancia de los datos psíquicos en el plano de la imputación. Así ocurre, por ejemplo, cuando en el *common law* los tribunales consideran que una «mistake defence» no necesariamente ha de vincularse a un déficit de culpabilidad (en sentido psicológico), es decir, a la negación en el caso concreto de las respectivas «offences» sujetas al principio de legalidad, sino que se trata precisamente de una «defence» que, como otras, puede ser creada y desarrollada por los propios tribunales sobre la base de un análisis de los argumentos de política pública a favor y en contra del reconocimiento de un determinado tipo de «mistake defence» (cfr. al respecto ya el caso «Prince», 13 Cox's Criminal Cases 138 [1875]). P. ROBINSON (*Criminal Law*, New York, 1997, p. 261) llega a expresarlo en los siguientes términos: «A juicio de los tribunales, definir lo que basta para aceptar una defensa en razón de error no necesariamente implica prejuzgar sobre el requisito de culpabilidad necesario para fundamentar la responsabilidad por el delito correspondiente».

Cuando la sociedad ha optado por sancionar un hecho sólo en sus hipótesis dolosas, las cargas del desconocimiento pesan de un modo más intenso sobre la víctima y sobre la misma sociedad. Esto no se debe en forma inmediata a que –si se nos permite continuar con la comparación– cuando el remanente de los conocimientos imputados baja de un cierto nivel, el hecho deja de ser relevante para el derecho penal, sino a que la actualización de la cognoscibilidad –que es necesaria para poder atribuir dolo– necesariamente ha de referirse en los casos de error a un segmento más acotado de la situación, lo que la hace más improbable. En este sentido, si los criterios de razonabilidad utilizados para enjuiciar el error son más estrictos, el sistema equilibra un poco la distribución de los riesgos en perjuicio del delincuente. También por eso es que la opción legislativa de castigar solamente el hecho doloso no significa que las causas del desconocimiento pierdan toda relevancia desde la perspectiva jurídico-penal –desapareciendo la distinción entre error y mera ignorancia–, sino sólo que el derecho ha puesto *en principio* más baja la vara de la exculpación. Como la línea de lo doloso y lo imprudente es continua, siempre será preciso distinguir entre los errores que liberan de responsabilidad y los casos de *ignorantia crassa et supina*, que no excusa y por lo tanto deja «intacto» suficiente material como para que luego pueda imputarse dolo al autor con la misma probabilidad que si el error nunca se hubiera alegado (esto es lo que, en forma abreviada, se denomina *dolus indirectus*). En sus resultados prácticos – v. gr., impunidad del conductor imprudente que ocasiona cuantiosos daños vs. punibilidad del autor doloso de provocación a duelo– la opción legislativa puede parecer a veces arbitraria, pero no por ello deja de ser la opción del legislador.

La forma concreta en que los tribunales pueden hacerse cargo de estas distinciones no es un asunto menor, aunque tanto los marcos penales¹³⁹ como las reglas de individualización judicial de la pena ofrecen por lo general amplias posibilidades.¹⁴⁰ Así, por ejemplo, una

¹³⁹ Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que entre la sanción más leve para un homicidio doloso y la más grave para un homicidio culposo no media más que un grado de penalidad.

¹⁴⁰ Cfr. entre otros VAN WEEZEL, «Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena», *Revista Chilena de Derecho*, tomo 24, N° 3 (1997), p. 459 y ss.; una apreciación similar en POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, *Derecho Penal chileno*, p. 115.

solución radical consistiría en reconocer en casos calificados una atenuante por analogía fundada directamente en el art. 1º CP. Se ha visto que existen buenas razones para pensar que esta norma considera la conciencia del significado de la conducta como parte de la «voluntariedad» exigida para todo delito, y que en su inciso 3º se reconoce eficacia incluso a las atenuantes que el autor que actúa en error no conocía. Una solución menos radical y con tradición en la dogmática hispanoamericana¹⁴¹ consiste en el reconocimiento de una eximente o bien de una atenuante de eximente incompleta relativa al art. 10 Nº 1 CP: quien actúa sin conciencia del significado de su acto, lo hace de una manera en cierto sentido irracional. De un modo análogo, podría postularse una solución semejante a la adoptada en el art. 110 del Código Tributario, que permite eximir o atenuar la responsabilidad en razón del conocimiento imperfecto de las obligaciones infringidas remitiéndose al art. 10 Nº 12 (segunda parte) del Código Penal: quien omite desplegar la conducta apropiada para evitar la infracción (en este caso: abstenerse, delegar o procurarse la información) puede beneficiarse de una atenuante o incluso de una eximente, dependiendo de la «justificación» de las razones del desconocimiento. En estos casos será posible considerar también la aplicación del art. 73 CP, respecto de las eximentes incompletas, así como la apreciación de la atenuante como muy calificada en los términos del art. 68 bis CP. La opción de combinar una o más de estas posibilidades permanece igualmente abierta, en los límites de la ley. No parece viable, en cambio, acudir al art. 10 Nº 8 en relación con el art. 71 CP, pues lo determinante en aquella norma es la «causación de un mal por mero accidente», de modo que su ámbito de aplicación tiene que ver con la imputación objetiva de resultados (concretamente, con la realización de riesgos) y no primordialmente con la imputación objetiva y subjetiva de conductas, a la que pertenece la problemática del error.

8. Vencibilidad e invencibilidad del error

Ya se ha visto que el juicio de vencibilidad es la forma en la que, incluso en el contexto rígido impuesto por la teoría de la culpabilidad, se da cabida a una valoración flexible del desconocimiento en función

¹⁴¹ CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1982, p. 88 y s.; POLITOFF, *Derecho Penal*, 1997, p. 622 y ss.; CURY, *Derecho Penal*, p. 448.

de la asignación social de competencias. Como la clave radica en establecer un déficit de motivación de respeto al ordenamiento jurídico, resulta patente la estrecha relación que existe entre dos instituciones que la ciencia penal gusta de tratar en lugares diversos, la exigibilidad de otra conducta y la vencibilidad del error.

A diferencia de la doctrina,¹⁴² la jurisprudencia destaca frecuentemente la conexión que existe entre ambas categorías. Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago pone de relieve uno de los aspectos centrales de la problemática: «El examen de la evitabilidad o de la invencibilidad del error resulta indispensable que sea efectuado por los sentenciadores en cada caso concreto, de manera rigurosa, pues toda absolución fundada en la falta de conciencia del ilícito debilita en forma indirecta la vigencia de la norma respectiva».¹⁴³ De allí que las sentencias que se detienen en cuestiones relativas al error contengan por lo general consideraciones relevantes acerca de su vencibilidad, es decir, de los límites entre la motivación de respeto al ordenamiento jurídico y aquello que, en el caso concreto, era posible esperar de una motivación óptima.

Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia de la Corte Suprema de 23.III.1999, a que ya se ha hecho referencia. Después de constatar que la cuestión del error es un asunto de motivación,¹⁴⁴ estableció la inevitabilidad del error en el caso concreto sobre la base de los siguientes parámetros:

a) La «artificiosidad» del tipo penal (cons. 15° de la sentencia de casación), es decir, la dificultad para comprender el alcance y límites de lo prohibido. El fallo alude a «tipos sofisticados que describen comportamientos probablemente lesivos de la convivencia, pero que

¹⁴² Véase, no obstante, HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en K. ENGISCH *et al.* (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger*, München, 1954, p. 249 y ss. Modernamente de un modo explícito también SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento», p. 652, 654, y MANSO, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Bogotá, 1999, p. 32 y ss., 39 y ss.

¹⁴³ SCA Santiago 12.I.2007, en causa Rol N° 2476-2006, cons. 9°.

¹⁴⁴ FM 484 (1999), p. 187 y ss.: «Quien ni siquiera ha contado con la posibilidad de dicho conocimiento [de que lo que hacía era contrario a derecho], no ha tenido motivo alguno para abstenerse de quebrantar la norma» (cons. 7° de la sentencia de casación).

no repugnan 'prima facie' a los sentimientos de justicia» de individuos sin formación jurídica, de comunidades apartadas y sencillas y sin asistencia legal (cons. 13° de la sentencia de casación).

b) Los patrones culturales y las prácticas habituales en el ambiente en que se desempeñaba el autor (cons. 18° y 19° de la sentencia de casación).

c) El contexto en el que ocurrieron los hechos desde la perspectiva del tipo penal pertinente: se trataba de una comunidad muy pequeña, y el delito imputado era el de negociaciones incompatibles (cons. 20° sent. de casación).

Las consideraciones de la Corte explican que las hipótesis de desconocimiento excusable se presenten por lo general en ámbitos donde existen defectos de socialización de las normas mismas (excesiva complejidad, frecuentes modificaciones, imperfección técnica de la redacción, etc.) o de sus destinatarios. De hecho, la jurisprudencia publicada da cuenta de que el problema del desconocimiento se ha discutido –dejando aparte los casos de error sobre los presupuestos fácticos de la legítima defensa– fundamentalmente respecto de tipos penales que contienen valoraciones complejas o se remiten a ellas. Así, por ejemplo, en un caso resuelto por la Corte Suprema en 2006,¹⁴⁵ el dolo del delito de desacato implicaba saber si una medida precautoria decretada por un árbitro impedía al sujeto participar en una determinada junta de accionistas. Aparentemente, el Supremo Tribunal estimó que concurría un error de tipo y declaró que, como no existe una figura culposa de desacato (art. 240 CPC), no tenía sentido averiguar si el error era o no vencible. La Corte de Apelaciones de San Miguel se ocupó también del desconocimiento en un delito de desacato, esta vez respecto de la medida de prohibición de ingresar en el hogar común: el sujeto supuso que el consentimiento de la mujer le autorizaba para ingresar al hogar, y la Corte consideró que se trataba de un error de prohibición inevitable y lo absolvió.¹⁴⁶

También se ha discutido con cierta frecuencia la eficacia del desconocimiento en relación con los delitos de daños (por ejemplo: daños causados en una vivienda que el sujeto ocupa sin ser dueño,

¹⁴⁵ SCS 12.XII.2006, Rol N° 5302-2004.

¹⁴⁶ SCA San Miguel 22.VI.2007, Rol N° 770-2007.

pero respecto de cosas que considera propias)¹⁴⁷ y de violación impropia (si el conocimiento de la edad de la menor forma parte del conocimiento de la ilicitud o del tipo penal,¹⁴⁸ si la aprobación del entorno de la menor hizo o no desaparecer la conciencia de la ilicitud).¹⁴⁹ En algunos de estos casos resulta evidente que los tribunales prefieren considerar ciertos errores como si fueran «errores de prohibición», para aprovechar la flexibilidad que la doctrina dominante acepta en este último ámbito, lo cual pone de manifiesto la dependencia de la cuestión del error respecto de la motivación y el contexto de actuación, y la consiguiente necesidad de flexibilizar la ponderación del error.

En un caso en que lo discutido fue la suposición por parte del autor de la concurrencia de una agresión ilegítima, el Supremo Tribunal estableció la invencibilidad del error sobre la base de las siguientes consideraciones:

a) El contexto (elemento «positivo»), que «tiene que haber inducido al procesado a suponer» (cons. 5° de la sentencia de reemplazo) que existía una agresión ilegítima.

b) La falta de infracción de un estándar de cuidado: «Su equivocación es inevitable porque ni aun empleando todo el cuidado que de él se podía exigir en tales circunstancias estaba en situación de salir de ella» (cons. 9° de la sentencia de reemplazo).

c) La inexigibilidad de una conducta diversa (elemento «negativo» o limitativo): «De nadie puede razonablemente esperarse que, si en el fragor tumultuario de una disputa advierte que uno de los adversarios apunta con una pistola contra el pecho de su hijo, tenga la sangre fría como para cuidarse de verificar si el arma se encuentra en situación de ser efectivamente disparada» (cons. 9° de la sentencia de reemplazo).¹⁵⁰

La jurisprudencia estima que se está, en cambio, ante un desconocimiento inexcusable (error vencible) especialmente cuando el

¹⁴⁷ SCA Talca 3.I.1998, Rol N° 286.791.

¹⁴⁸ SCS 21.XII.2004, Rol N° 3173-2004.

¹⁴⁹ SCA Santiago 12.I.2007, Rol N° 2476-2006.

¹⁵⁰ Como es sabido, la CA Santiago en su fallo de 10.I.1972 (RCP XXXI, p. 42 y ss.) sostuvo en un caso análogo, pero en modo alguno idéntico, que la «precipitación defensiva» sólo provoca un desconocimiento inexcusable (cons. 4°).

sujeto goza de cierta formación o experiencia en el ámbito de relación de que se trata, de modo tal que no sería posible acoger la excusa sin trastocar las expectativas sociales en ese ámbito. En este sentido, el voto disidente¹⁵¹ en una sentencia de la Corte Suprema dictada en 2000 establece que «el encausado es un *productor y comerciante avezado* que, por consiguiente, tiene que conocer las condiciones de legitimidad del uso de una marca y que, además, contaba con *asesoría jurídica* a la cual le bastaba consultar para saber cómo estaba obligado a comportarse por el derecho. Así, aun suponiendo que en la situación concreta obró con error de prohibición –cosa, en todo caso, problemática– tal error sería paradigmáticamente vencible y, por ende, tampoco permitiría considerar excluida la culpabilidad del hechor» (cons. 3° del voto disidente).¹⁵²

En términos similares se expresa en otro fallo el Supremo Tribunal: «El error (...) era evitable o vencible, ya que el encausado N.N. pudo, si se hubiera esforzado más por hacerlo, superarlo. Dada su condición socioeconómica, así como su *educación*, que 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 inducirlo a consultar la situación con quienes estuvieran capacitados para darle una asistencia profesional competente».¹⁵³

En síntesis, la inexigibilidad o exigibilidad disminuida de otra conducta –en este caso, procurarse la información necesaria como presupuesto de la evitación– es una causa de exculpación o de atenuación de la responsabilidad basada en un déficit excusable. El requisito que consiste en la existencia de un motivo plausible para el conocimiento insuficiente, en aquellas situaciones en que tal motivo es socialmente relevante, debe ser llenado de contenido en cada caso concreto. A nuestro juicio, y recogiendo en parte los criterios centrales de la jurisprudencia, hay que tener en cuenta lo siguiente para eximir de responsabilidad, y lo mismo es aplicable *cum grano salis* para su atenuación:

¹⁵¹ La disidencia no se refiere a los parámetros para enjuiciar la evitabilidad del error, sino a las facultades del Supremo Tribunal para enmendar el pronunciamiento de los jueces del fondo acerca de la concurrencia de malicia en el autor.

¹⁵² SCS 9.V.2000, en causa Rol N° 234-00 (cursivas sólo aquí).

¹⁵³ SCS 27.X.2005, en causa Rol N° 1739-2003, cons. 13° de la sentencia de casación (cursivas sólo aquí).

(a) El juicio ha de realizarse teniendo en cuenta la finalidad de la pena, reafirmar normativa y cognitivamente la vigencia de la norma, por lo que se trata de saber si, aceptada la excusa, todavía es posible organizar jurídicamente el ámbito de que se trata.

(b) La motivación del autor ha de poder considerarse como reacción adecuada a la situación en que se encuentra, lo que especialmente ocurre cuando no es él mismo responsable de dicha situación.

(c) Lo anterior significa que el conflicto puede explicarse como casualidad o como competencia de otro (dado el caso, de la propia sociedad).

En la ponderación de los elementos anteriores ciertamente pueden tener un lugar los *topoi* tradicionales, sólo que ahora de un modo flexible y desde la perspectiva de la mayor o menor excusabilidad del déficit que se alega. En concreto, el tribunal podrá atender a la circunstancia de si la valoración de que se trata proviene de una norma central del ordenamiento jurídico o si dicha norma es más bien marginal (o da cuenta únicamente de una convención terminológica), si el objeto del desconocimiento es accesible mediante constatación sensorial o contiene elementos que escapen a ella (como el origen de una cosa o el estado civil de una persona), o si requiere incluso para su aprehensión de un «paso intelectual»¹⁵⁴ adicional, etc. La antigua distinción entre errores de derecho de índole penal y extrapenal no era más que un esfuerzo por juzgar la excusabilidad del desconocimiento atendiendo al grado de motivación de respecto al ordenamiento jurídico que éste expresaba, pues se entendía que el contenido de las normas penales, al menos en su sentido general, difícilmente podía ignorarse de un modo inocente.

9. Un ejemplo

Hace algunos años, el Servicio de Impuestos Internos impuso a Antonio una sanción administrativa condicional: si no pagaba una multa en cierto plazo, el Servicio procedería a clausurar su local por espacio de seis días. Antonio enteró el valor correspondiente dos días después del vencimiento del plazo, lo cual no fue obstáculo para que funcionarios del Servicio clausuraran el local en su presencia, sellando

¹⁵⁴ Cfr. ZACZYK, «Der verschuldete Verbotsirrtum», p. 893.

las vías de ingreso según prescribe la normativa. El mismo día de la clausura, en horas de la noche, Antonio rompió los sellos e ingresó al local con el fin de retirar de la caja un dinero que necesitaba con urgencia para atender a las necesidades de su familia. El Servicio dedujo querrela en su contra por el delito de destrucción de sellos previsto en el artículo 97 N° 13 del Código Tributario. Además de invocar la necesidad familiar, Antonio señaló en su defensa que había estimado que, una vez pagada la multa, podía disponer de su negocio, pues el alzamiento de la clausura luego de satisfecha la obligación no sería más que un trámite burocrático.

Simplificando un poco las cosas, los tribunales de justicia resolvieron como sigue: el tribunal de primera instancia absolvió a Antonio, exculpándolo en razón de que las necesidades urgentes de su familia le habrían puesto en una situación de fuerza irresistible. El tribunal de apelación, sin desechar del todo esta argumentación, lo absolvió por estimar que Antonio había obrado en error de prohibición. La Corte Suprema, finalmente, lo condenó, desestimando tanto la fuerza irresistible como el error de prohibición, pero reconociendo una serie de atenuantes (entre ellas, la atenuante extraordinaria del artículo 110 del Código Tributario) que significaron una reducción sustancial de la pena. El voto disidente estuvo, en cambio, por eximir de responsabilidad en virtud del artículo 110 del Código Tributario.¹⁵⁵

El artículo 110 del Código Tributario establece, en efecto, lo siguiente: «En los procesos criminales generados por infracción de las disposiciones tributarias, podrá constituir la causal de exención de responsabilidad penal contemplada en el N° 12 del artículo 10 del Código Penal o, en su defecto, la causal atenuante a que se refiere el número 1° del artículo 11 de ese cuerpo de leyes, la circunstancia de que el infractor de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada, haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. El tribunal apreciará en conciencia los hechos constitutivos de la causal eximente o atenuante».

En lo que aquí interesa, llama la atención en primer término el hecho de que, según el artículo 110 del Código Tributario, el conocimiento

¹⁵⁵ GJ 269 (2002), p. 129 y ss.

imperfecto del alcance de las normas pueda fundamentar tanto la exención de responsabilidad como su atenuación. Por otra parte, la ley no precisa en qué casos se configura la eximente y en qué otros tiene aplicación sólo la atenuante, sino que se limita a encomendar al tribunal la apreciación en conciencia de los hechos constitutivos de la circunstancia respectiva.

Más allá de los problemas puntuales de interpretación,¹⁵⁶ el sentido de la regulación parece claro: el error sobre el alcance de la obligación puede o no hacer decaer el dolo, pero en todo caso remite a un «momento de omisión» que está en la base del diferencial entre el conocimiento imputado y el socialmente óptimo, y que determina la ausencia de al menos una parte de los presupuestos de la evitación. Es precisamente esta «omisión» la que el legislador valora de modos diversos, en razón de si ella revela un déficit de motivación del autor o no lo hace y, en su caso, según la intensidad de ese déficit. De allí que la ley no quiera castigar siempre el desconocimiento, y por eso ha establecido que «en los procesos criminales generados por infracción de las disposiciones tributarias», «podrá» considerarse excusable el conocimiento imperfecto de las obligaciones pertinentes. Ello queda en evidencia en la sentencia de la Corte Suprema relativa al caso del ejemplo, en la que el voto de mayoría rechazó la eximente del art. 110 del Código Tributario en relación con el delito de destrucción de sellos del art. 97 N° 13 del mismo Código, pero reconoció—junto a otras—la circunstancia atenuante prevista en la norma en relación con el art. 11 N° 1 del Código Penal. En esta misma línea, es perfectamente posible pensar en una exención de responsabilidad por evasión en los casos en que el contribuyente se ha ceñido a una «interpretación razonable» de la ley tributaria (si esto no ha hecho desaparecer ya la tipicidad de la conducta), aunque ella no coincida con la interpretación administrativa del Servicio.

La norma del art. 110 del Código Tributario no obedece a la lógica de la distinción entre error de hecho y de derecho, de tipo o de prohibición, sino que apunta a la razonabilidad (justificación) del desconocimiento y, por lo tanto, a su valor como indicador de una (falta de) motivación suficiente de respeto al ordenamiento jurídico. En concordancia

¹⁵⁶ Sobre el alcance de esta norma véase VAN WEEZEL, *Delitos Tributarios*, 2007, p. 41 y ss., 90 y ss.

con ello, la ley reconoce situaciones que razonablemente hacen presumir un conocimiento imperfecto del alcance de las normas pertinentes, es decir, un desconocimiento que no es óbice a la «infracción» de tales normas, pero cuyos presupuestos la hacen total o parcialmente excusable. De esta manera, el art. 110 del Código Tributario pone en evidencia la vinculación estrecha que existe entre la normalidad de la motivación o exigibilidad de otra conducta y la cuestión de la invencibilidad del error: el desconocimiento es total o parcialmente excusable cuando no refleja en absoluto, o sólo en forma disminuida, un déficit de motivación del autor.¹⁵⁷

10. Cuestiones particulares

La problemática del error es rica en cuestiones particulares y, por cierto, no es el propósito de este breve estudio referirse a todas ellas.¹⁵⁸ A continuación se mencionan y tratan sucintamente sólo algunas de las más recurrentes.

¹⁵⁷ No se trata del único caso en que la ley regula en forma expresa el desconocimiento en términos estrictamente normativos. En el mismo sentido, por ejemplo, el art. 110 de la Ley N° 18.092 sobre Letra de Cambio y Pagaré, que sanciona a quien en el acto de protesto o en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva tacha de falsa su firma puesta en una letra o en un pagaré, cuando resulta en definitiva que la firma es auténtica. Entonces se castiga al sujeto como si se tratara de una defraudación «salvo que acredite justa causa de error». En este caso, el desconocimiento se refiere al hecho de ser la firma falsa o auténtica y, no obstante ello, la ley excusa el error únicamente cuando ha existido «justa causa». Ésta es una remisión a la valoración social de la razonabilidad del desconocimiento, y por lo tanto implica el tratamiento flexible de un «error de hecho». El Código de Justicia Militar, por su parte, recoge un tratamiento flexible del desconocimiento en su art. 207: la «ignorancia de los deberes militares» puede eximir de responsabilidad cuando ella se considere «excusable» en razón del «nivel de instrucción y demás circunstancias» del hecho o del sujeto que no es oficial.

¹⁵⁸ Algunas dejan de tener sentido, como cuestiones generales, si se acepta el planteamiento propuesto. Por ejemplo: la problemática de la «co-conciencia» de la antijuridicidad, la cuestión de la así llamada conciencia «eventual» de la ilicitud, y la discusión sobre si en el enjuiciamiento de la evitabilidad del «error de prohibición» hay que utilizar o no un parámetro más estricto que para enjuiciar la imprudencia de hecho. La jurisprudencia alemana tiende a responder esta última cuestión afirmativamente, es decir, a estimar con mayor facilidad que el desconocimiento de la prohibición era evitable para el autor. Crítico al respecto ZACZYK, «Der verschuldete Verbotsirrtum», p. 893; sobre el estado de la cuestión cfr. ROXIN, AT I, 21/44, y sobre la posición propia, cap. 8 *in fine*.

Como no interesa determinar si el autor conoció o no el significado de su conducta, sino sólo si su alegación de desconocimiento es aceptable para el ordenamiento jurídico,¹⁵⁹ tampoco tienen relevancia las dudas que hayan podido aquejar la conciencia del sujeto.¹⁶⁰ Así como quien –verificándose los demás presupuestos– sólo duda si la munición de su arma de bajo calibre conseguirá dar muerte a la víctima, actúa de todos modos con dolo homicida, quien duda sobre la licitud de una operación compleja desde el punto de vista tributario –que es de hecho punible– actuará con conocimiento de la antijuridicidad si no adopta las precauciones que la situación exige (y no las que sus escrúpulos –o la falta de ellos– le dicten) para evitar la realización del tipo. Por el contrario, su desconocimiento será en principio perfectamente excusable si, antes de realizar la compleja operación, ha consultado a un especialista, y ello aunque a pesar de haber hecho la consulta su conciencia continúe atormentada por las dudas y actúe en estas condiciones. Es decir, puede ser que el especialista no logre tranquilizar la conciencia de su cliente, pero al menos le proporcionará una excusa eficaz desde el punto de vista penal, incluso si él mismo se ha equivocado y, eventualmente, tiene la obligación de responder personalmente por ello.¹⁶¹

Si de lo que se trata es de descifrar el posible déficit de motivación de respeto al ordenamiento jurídico que se expresa en el desconocimiento invocado por el sujeto, entonces el parámetro de referencia para establecer el significado de una conducta es el *ordenamiento jurídico practicado* en una sociedad determinada¹⁶² y no la infracción meramente formal de una norma tras la que no se encuentra ninguna expectativa institucionalizada de conducta, o bien tras la que sólo se halla una expectativa notablemente más restringida que la que se podría extraer de su tenor literal. Esta última situación se produce cuando tiene lugar un cambio intempestivo en la aplicación jurisprudencial de un determinado tipo penal prohibitivo o permisivo.

¹⁵⁹ Véase sección 7, nota 133 y el texto en torno a ella.

¹⁶⁰ Acertadamente, LABATUT, Derecho Penal, I, p. 204: «La duda o la incertidumbre no se identifican con el error».

¹⁶¹ En este sentido incluso FRISTER, Strafrecht 19/10.

¹⁶² Cfr. BGHSt 15, 156 (158): «Las leyes penales (...) no llevan una vida propia; su interpretación y permanente aplicación práctica por medio de los tribunales llamados a hacerlo es determinante».

En este sentido existe también en materia penal una «confianza legítima», que emana directamente del principio de reserva o legalidad.¹⁶³ Al primer grupo de casos corresponden, en cambio, las hipótesis en las que un tipo penal ha caído en desuso y de pronto encuentra aplicación a propósito de un caso en particular. Se ha dicho que estas situaciones son más difíciles de resolver que las anteriores, pues la aceptación de errores invencibles a su respecto puede implicar una virtual derogación de la norma, cuestión que excede de la competencia de los tribunales de justicia. Pero ésta es una dificultad aparente: los tribunales no pueden derogar tipos penales simplemente porque los ciudadanos no suelen incurrir en ellos, pero sí pueden y deben aplicar el art. 1º del Código Penal y excusar a quien obró desconociendo invenciblemente el significado de su conducta. Es irrelevante si ello se debe al «desuso» de la norma. Lo que ocurre, más bien, es que esta clase de errores en principio sólo será aceptable en ámbitos más bien marginales del derecho penal.

Esta última consideración introduce la difícil cuestión acerca de si el conocimiento del significado de la conducta que es preciso atribuir para imputar subjetivamente el hecho se satisface con el conocimiento de su antijuridicidad en general, o si, además, debe referirse al *carácter penal de la prohibición*. Como se ha procurado mostrar, la jurisprudencia parece inclinarse por la primera alternativa: errores sobre la punibilidad serían meros errores de subsunción. El problema es especialmente relevante respecto de los hechos cuya comisión en principio está amenazada con sanciones administrativas, pero que bajo ciertos presupuestos pueden constituir infracciones penales (transacciones con valores sobre los que se tiene información privilegiada,¹⁶⁴ no entrega de boletas, omisión de declaraciones,¹⁶⁵ etc.), pero también

¹⁶³ Ello es aplicable, con mayor razón si cabe, en los ámbitos en que el derecho penal es administrativamente accesorio, respecto de las interpretaciones administrativas que contribuyen a delimitar el ámbito de lo prohibido, como ocurre con las que están facultados para realizar el Director del Servicio de Impuestos Internos, el Director de Aduanas, algunas Superintendencias, etc. En materia tributaria existe norma expresa al respecto, el art. 26 del Código Tributario.

¹⁶⁴ Cfr. artículos 165 y 60 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

¹⁶⁵ Cfr. art. 97 números 2, 5 y 10 del Código Tributario.

respecto de aquellos a los que comúnmente sólo se asocia una sanción contravencional de multa (de un modo paradigmático, algunas infracciones en el ámbito del tráfico motorizado).¹⁶⁶

A favor de la segunda alternativa se ha argumentado que el ordenamiento jurídico todavía permite una gran diferencia en el estándar de protección de derechos y garantías, desde el punto de vista procesal, entre los ilícitos penales y los administrativos, de manera que el desconocimiento del carácter penal de la prohibición no podría ser irrelevante para el sujeto. Por otra parte, en el ámbito administrativo es frecuente que se generen situaciones que, trasladadas al ámbito penal, darán origen a errores invencibles sobre la licitud (por ejemplo, el compromiso de una empresa con un servicio público fiscalizador en orden a dar cumplimiento paulatino a cierta normativa, cuyo incumplimiento aun parcial es en principio punible). En tercer lugar, cuando el legislador transforma una contravención en un ilícito penal, lo hace en buena medida porque espera de ello un efecto en el respeto de la norma, es decir, aspira a que el carácter penal del procedimiento y de las sanciones que se aplicarán active en los ciudadanos la motivación correspondiente. Este *plus* de motivación sería lo específicamente penal.¹⁶⁷ Por lo tanto, no sería coherente reconocer este efecto motivacional como *raison d'être* de la incriminación, y luego afirmar la plena responsabilidad penal de quien desconoce precisamente este carácter penal de su conducta.¹⁶⁸

En contra se argumenta que basta con que sea posible atribuir al ciudadano fiel al derecho el conocimiento de la desaprobación jurídica de la conducta para que se le pueda exigir que se abstenga de realizarla y, sobre todo, que entre las sanciones administrativas y las

¹⁶⁶ Por ejemplo, en la Ley N° 18.290 de Tránsito: conducir un vehículo sin la licencia exigida por la ley (art. 196 D); instalar una barrera que impida el tránsito sin estar facultado para hacerlo (art. 196 A 1).

¹⁶⁷ De allí que para quienes comprenden la pena como «coacción psicológica» (prevención de intimidación), la punibilidad de la conducta sea, coherentemente, objeto del conocimiento de la ilicitud. En estricto rigor, de acuerdo a este planteamiento también la penalidad al menos abstracta debiera ser objeto de dicho conocimiento.

¹⁶⁸ Cfr. entre otros, con argumentos similares a los señalados en el texto, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, p. 192 y s. (véase no obstante la relativización de este planteamiento en p. 205); OTTO, «Der Verbotsirrtum», *Jura* 1990, p. 645 y ss. (648).

penales no existe más que una diferencia cuantitativa.¹⁶⁹ Desde el punto de vista aquí propuesto, la atribución del conocimiento del carácter específicamente penal de la sanción ligada a la conducta es irrelevante para la imputación subjetiva del hecho. El delito es la lesión del derecho en cuanto tal, y para que ella se produzca es necesaria, desde el punto de vista material, una afectación significativa de la autonomía ajena. Formalmente, el delito conlleva una sanción estatal, pero la forma concreta en la que el ordenamiento jurídico reaccionará punitivamente a la lesión de su vigencia es un asunto de política legislativa. Ello implica que basta con poder atribuir al sujeto el conocimiento de que su hecho será «castigado», y no simplemente de que puede ser obligado a responder por los perjuicios que cause. Es precisamente la existencia de una sanción que excede la reparación del daño individual causado lo que define la *reacción punitiva* de la sociedad, tanto en el orden administrativo como en el plano específicamente penal. Esta sanción tiene por objeto la reparación de un daño que no se ha causado a un individuo, sino a la sociedad: la lesión de su constitución normativa, es decir, del derecho en cuanto tal.¹⁷⁰

Este criterio puede servir también para resolver el problema del desconocimiento en el ámbito de los *delitos de peligro abstracto*. Como lo que se castiga en estos casos es una conducta que se aparta del estándar normativamente definido con independencia de cualquiera otra consideración, cabe preguntarse si la persona a quien se le imputa la conciencia de estarse apartando de dicho estándar se le imputa al

¹⁶⁹ Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Köln, 2000, 10/60-62: basta con que el sujeto pueda saber que su hecho desencadenará actos de «coerción estatal» en cualquier forma (una sentencia judicial, la intervención de la policía, la adopción de medidas por parte de la autoridad administrativa, etc.). En un sentido similar JAKOBS, AT 19/23 y NEUMANN, en *IDEM et al.* (ed.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 1995 (estado: 1998), § 17, n. 20.

¹⁷⁰ Cuando el legislador convierte una contravención en delito para motivar más intensamente a los ciudadanos a respetar la norma, lo que está haciendo es dar inicio a un proceso social de modificación de las expectativas de conducta que puede ser legítimo o ilegítimo (según si la nueva regla responde a la constitución normativa de la sociedad), exitoso o fallido. Nada de ello es relevante al momento de enjuiciar si el desconocimiento alegado por el sujeto le excusa o le perjudica: lo único que interesa es la realidad del ordenamiento jurídico practicado y las consiguientes expectativas normativas de conducta actualmente vigentes en la sociedad.

mismo tiempo la conciencia de la ilicitud. La imposibilidad de realizar esta identificación desde el punto de vista psicológico, sumada a la de conectar la conciencia de la ilicitud con cualquier otro elemento (que en estos delitos no existe) ha llevado a algunos autores a prescindir de la conciencia de la ilicitud como categoría de imputación en esta clase de delitos.¹⁷¹ Esta solución no parece aceptable, pues contradice el principio de culpabilidad en su concepción actual. De acuerdo a lo que se ha expresado, en cambio, la afirmación de la conciencia de la ilicitud implica la imputación del conocimiento de la valoración del hecho desde el punto de vista sancionatorio. Si es posible imputar al sujeto el conocimiento de que su infracción es desvalorada en términos de gatillar una sanción (y no sólo una obligación de indemnizar perjuicios), este conocimiento es suficiente para afirmar la conciencia de la ilicitud.¹⁷²

Con el problema anterior se relaciona la cuestión del error en el caso de las denominadas *leyes penales en blanco*, que es asimilable a los casos de desconocimiento de normas más bien marginales. Estas situaciones dieron origen en su tiempo a los esfuerzos encaminados a distinguir entre el desconocimiento relativo a las normas penales, por una parte, y a las extrapenales, por la otra. Una solución muy extendida consiste en determinar si los preceptos objeto de la remisión son «puramente formales o técnicos» o no lo son. En el primer caso, sería más razonable tratar su desconocimiento según el modelo aplicado generalmente al error de tipo (con «efecto excluyente del dolo»).¹⁷³ Expresado en las categorías dogmáticas tradicionales, en el caso de los preceptos formales o técnicos habría que tratar las leyes en blanco como si fueran tipos penales con elementos normativos. En sus consecuencias, la solución es adecuada y coincide en general con lo

¹⁷¹ KAUFMANN, Art., Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz, 1950, p. 190 y ss.

¹⁷² En un sentido similar, GARCÍA CAVERO, Derecho penal económico, p. 500 y s.

¹⁷³ En este sentido POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal, p. 333, siguiendo a JESCHECK (a quien citan según la 4ª ed. del Tratado, trad. de Manzanares, Granada, 1993, p. 416). Esta solución fue aceptada incluso por NOVOA para los casos en que el precepto objeto de la remisión no tiene rango legal: cfr. artículo editorial de «El Mercurio» 16.V.1963, a propósito de la modificación aprobada entonces a la Ley sobre Cambios Internacionales (cit. por SCHWEITZER WALTERS, El error de derecho, p. 114 y s.).

expuesto en esta contribución: lo relevante es la excusabilidad del desconocimiento desde una perspectiva social, y en principio es dable suponer que éste es más excusable –parafraseando a Aristóteles– cuando se refiere a «una materia especialmente difícil». Sin embargo, esta solución se mantiene aferrada a la rigidez que caracteriza al tratamiento del desconocimiento *more romanum*, según su objeto. Por eso es que no está en condiciones de resolver correctamente los casos en que el sujeto –precisamente en razón de su profesión, actividad, rol social, etc.– debía conocer los preceptos que, para otros, pueden ser considerados como puramente formales o técnicos.

En los casos en que el sujeto alega que tenía buenas razones para estimar que la norma en cuestión se encontraba *tácitamente derogada*, o que la valoración contenida en ella es *contraria a la Constitución Política*, también es preciso estar a lo que constituye el ordenamiento jurídico practicado. Por lo tanto, si era razonable pensar que el Tribunal Constitucional, conforme a una *praxis ya iniciada*, daría la razón al sujeto, entonces la norma en cuestión ya no integra realmente el orden social y su desestimación no refleja un déficit de motivación de respeto al ordenamiento jurídico.¹⁷⁴ Si, por el contrario, al momento de los hechos la cuestión es controvertida, por regla general el sujeto deberá contar con que el ordenamiento practicado incluye la valoración del hecho que él pretende desestimar. Su desconocimiento, en caso de que decida seguir adelante, será incluso en situaciones extremas sólo escasamente excusable.

Algo más compleja parece la solución de los casos en que se atribuye al sujeto el conocimiento del carácter típico y antijurídico de su conducta, pero en que existen indicios para pensar que *se consideraba exculpado o excusado*. Aunque el supuesto de hecho del caso concreto no calzaba con esta afirmación, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo recientemente que se verifica un error de prohibición cuando el autor sabe que existe una norma prohibitiva y que su actuar no está justificado, «pero cree que la obediencia de la norma le es inexigible

¹⁷⁴ Véase al respecto JAKOBS, «Conocimiento y desconocimiento de la norma», en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno* (edición a cargo de M. SANCINETTI), Buenos Aires, 1998, p. 63 y s. POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 333, admiten sin otras distinciones la falta de conciencia de la antijuridicidad en estos casos.

(error acerca de una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho)». ¹⁷⁵ Se señaló también anteriormente que en casos semejantes lo indicado parece ser la apreciación de una situación de inexigibilidad (o de exigibilidad disminuida), pues el error en la valoración del sujeto puede reconducirse a las circunstancias que fundamentarían su exculpación por esta causa. Ello sería válido tanto en los casos en que el sujeto yerra sobre la existencia en la ley de una causa de exculpación, como en aquellos en los que su error se refiere a la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de exculpación existente.

No obstante, en estas situaciones el sujeto parece tener motivos para pensar que la conducta, prohibida en general, le está permitida en el caso concreto y se comporta de acuerdo a ello. Al menos en la última hipótesis, ¿no se trata de una situación semejante a la del que da por concurrentes los presupuestos fácticos de una causa de justificación? Dicho de otro modo: si lo verdaderamente relevante es la posibilidad de exigir al sujeto un comportamiento motivado en forma dominante por el respeto al ordenamiento jurídico, ¿no termina confundiéndose la problemática del injusto con la de la culpabilidad (exigibilidad)? La respuesta es negativa. Lo único que pasa a recibir un tratamiento unitario es la imputación subjetiva del hecho delictivo. La solución aquí propuesta lleva, efectivamente, a una especial personalización de la imputación subjetiva (que también podría denominarse, aunque impropriamente, «individualización»), pues el derecho penal garantiza una motivación dominante de respeto al ordenamiento jurídico y no un determinado estándar objetivo de conducta. Lo único que se encuentra estandarizado es el control de la motivación. El control de la acción, por el contrario, depende de las capacidades y destrezas del destinatario de la norma, y el derecho no puede sino reconocer los límites que la naturaleza impone en su seguimiento. De allí que no exista una diferencia sistemática en el modo de tratar el desconocimiento que recae sobre un elemento «descriptivo» del tipo, sobre un elemento «normativo» del mismo, sobre la existencia de una causa de justificación o sobre sus presupuestos fácticos o, en fin, sobre la existencia y alcance de una causa de inexigibilidad.

¹⁷⁵ SCA Santiago 12.I.2007, en causa Rol N° 2476-2006, cons. 7°.

Diverso es el caso de los elementos de la punibilidad de una conducta que no inciden en la culpabilidad, sino que responden a consideraciones político-criminales externas al injusto culpable, como ocurre por ejemplo con las *excusas legales absolutorias* o con otros elementos integrantes de lo que se conoce como «punibilidad» del hecho.¹⁷⁶ Si un sujeto, creyéndose amparado por la norma del art. 489 CP, entra en el departamento de su hermana y sustrae un computador, pero luego resulta que este artefacto pertenece a las personas a quienes la hermana había arrendado –recientemente y sin conocimiento del autor– la propiedad, el desconocimiento del sujeto es irrelevante en los mismos términos en que lo es el que se refiere al carácter penal de la prohibición. En ambos casos se trata de un mero error de subsunción, pues al sujeto puede atribuirse el conocimiento de todo lo necesario para constituir el injusto y, por lo tanto, de todo lo que hace falta para fundamentar a su respecto la imputación subjetiva del hecho. El resto es una cuestión de política legislativa.¹⁷⁷

Finalmente, se ha visto que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema¹⁷⁸ considera la *conciencia de la ilicitud como parte integrante de la voluntariedad*, exigida por el art. 1° inciso 1° CP como elemento esencial de todo delito, del mismo modo que se había hecho antes con el conocimiento de los elementos del tipo delictivo. Por esta misma

¹⁷⁶ Véase el planteamiento del problema en NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, 1980, p. 111 y s., centrado en la dificultad para distinguir entre los elementos del delito y otras condiciones de la punibilidad.

¹⁷⁷ Una posición diversa sostienen conocidamente BACIGALUPO ZAPATER (*Delito y punibilidad*, p. 192 y s.) y BUSTOS (*Obras Completas*, I, Lima, 2004, p. 1035), quienes admiten –este último sólo con cautela y para ciertos casos– el efecto excusante del error sobre elementos relativos a la punibilidad de la conducta. Esta posición extrema la relevancia motivacional de la sanción específicamente penal y, coherentemente, debiera conducir a otorgar eficacia excusante a un error del sujeto acerca de, por ejemplo, la extensión de los plazos de prescripción de la acción penal que emana del delito. Más cercano al del texto el planteamiento de NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 340 y ss., 391 y ss., para quien el conocimiento sólo debe extenderse a lo que él denomina «enantiotelidad» del hecho, es decir, a las propiedades que son relevantes desde el punto de vista de la razón, propósito o política de la ley *en orden a la prevención* mediante la atribución de responsabilidad penal.

¹⁷⁸ Si bien anticipada en este extremo por la SCA Santiago 10.I.1972 (en RCP XXXI, p. 42 y ss.), cons. 3°.

razón, la presunción simplemente legal establecida en el inciso 2° del precepto se refiere también a dicha conciencia. Desde el punto de vista procesal, lo anterior significa que en principio corresponde a la defensa acreditar lo necesario para apreciar un desconocimiento excusante de la ilicitud. En este sentido, no deja de ser curioso que, mientras la prueba del dolo se considera con frecuencia en la doctrina como un asunto de la acusación,¹⁷⁹ la conciencia de la ilicitud aparezca invariablemente como un hecho de la causa, a no ser que la defensa alegue y pruebe su ausencia. En estricto rigor, esta distinción resulta improcedente, por las mismas razones por las que carece de sentido la distinción entre error de tipo (excluyente del dolo) y error de prohibición.

El conocimiento de la significación social de la conducta está constituido tanto por elementos predominantemente fácticos como por elementos predominantemente normativos, en una unidad inescindible. La presunción de «voluntariedad», por su parte, o se refiere por igual a todas las categorías de la imputación subjetiva del hecho (desde la exigibilidad hasta la evitabilidad, pasando por la imputabilidad), o bien carece de toda utilidad y ha de mirarse como no escrita, pues no existe ninguna razón de peso para considerar que la presunción de voluntariedad sólo se refiere a la evitabilidad, o bien sólo a la conciencia de la ilicitud, a la exigibilidad, o a cualquiera otra categoría de la imputación subjetiva.¹⁸⁰ Y como la ciencia del derecho penal se refiere al derecho vigente y no a un *desideratum*, desde el punto de vista dogmático sólo cabe concluir que cuando a alguien se

¹⁷⁹ Cfr. KÜNSEMÜLLER, *Culpabilidad y pena*, 2001, p. 255 y ss. Un esfuerzo destacable en este sentido en GALLAHER, «La presunción de inocencia y a presunción de voluntariedad», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XV (1993-1994), p. 283 y ss., quien entiende la presunción del art. 1° inciso 2° CP como el establecimiento de una «verdad provisional» en el proceso, por sí misma insuficiente para condenar. Similar en sus consecuencias ya la propuesta de P. ORTIZ, «Voluntariedad y otras cuestiones», *RCP V* (1941), p. 372 y ss.

¹⁸⁰ Cfr. PACHECO, *El Código Penal*, I, p. 73: «*Voluntario* [en el art. 1° CP] significa antes que todo, *libre*»; al respecto véase especialmente BUSTOS/SOTO, «Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido», p. 258 y ss. Una síntesis de la discusión al respecto, con ulteriores referencias, en CURY, *Derecho Penal*, p. 306 y s.; BUSTOS/CABALLERO, *Código Penal*, p. 53 y s. y KÜNSEMÜLLER, *Culpabilidad y pena*, p. 250 y ss.

le puede imputar objetivamente un hecho delictivo,¹⁸¹ la exclusión de la imputación subjetiva es –en principio– tarea de la defensa (sin perjuicio de la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica, del principio de objetividad, del estándar probatorio requerido para condenar y de las demás manifestaciones de la presunción de inocencia).¹⁸² Esto nada tiene que ver con una presunción de dolo: lo que el art. 1º inciso 2º CP presume al respecto es la evitabilidad de la realización típica, pero nada dice acerca de la forma concreta de evitabilidad (dolo o imprudencia) que concurre en el caso concreto.¹⁸³

11. Resumen y conclusión

A la teoría del error se ha encomendado tradicionalmente, de un modo directo o indirecto,¹⁸⁴ la solución de tres problemas diversos: (1) definir lo que realmente pertenece al tipo objetivo y, por lo tanto, ha de servir de referencia para la imputación de dolo o imprudencia (tipo del error); (2) definir el grado de actualización de la cognoscibilidad de la realización típica que es necesario para imputar dolo, y (3) proporcionar un criterio para el tratamiento de la falta de actualización óptima: el problema de la evitabilidad del error.

¹⁸¹ Cuestión que excede con mucho la «causación» o el mero «favorecimiento causal» de la realización típica, pues importa tanto una definición del curso causal relevante como un juicio sobre la competencia de una persona por ese curso causal. Una visión panorámica en JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el principio de confianza» (trad. castellana de E. Peñaranda), en *IDEM*, Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1997, p. 209 y ss.

¹⁸² Al respecto véase STC 21.VIII.2007, en causa Rol N° 739-07: utilizando un antiguo argumento, el Tribunal Constitucional considera que la presunción de voluntariedad no se opone al principio de inocencia precisamente en atención a la «aplicación imperativa en el procedimiento penal (...) de preceptos que imponen el deber al juez de establecer la participación culpable del inculpado» (cons. 10º). Véase también, en otro plano, la clarificadora contribución de WALTER, «Die Beweislast im Strafprozess», JZ 2006, p. 340 y ss.

¹⁸³ Aunque sólo sea en esta medida, nuestra posición se aproxima en sus consecuencias a la de P. ORTIZ, *Nociones generales de derecho penal*, 1933, p. 206 y ss. (210), para quien la distinción entre dolo e imprudencia aparece recién en el art. 2º CP y por lo tanto no puede leerse ya en el art. 1º CP.

¹⁸⁴ En particular, por falta de una adecuada teoría del dolo: M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903 (reimp. Frankfurt a.M., 1977), p. 78.

Las reflexiones precedentes procuran mostrar que, para resolver estas cuestiones, no es apropiado distinguir el tratamiento de la ignorancia al modo romano según su objeto, es decir, según si se refiere a los hechos o a su valoración jurídica. En realidad, todo desconocimiento jurídico-penalmente relevante es un desconocimiento relativo a normas jurídicas. Estas normas son siempre, según se ha visto, normas de valoración y no simplemente de determinación. Ello obliga a tomar en cuenta —también en la imputación subjetiva!— tanto el lado prospectivo como el lado retrospectivo de la imputación, de manera que el modelo subyacente al concepto de *dolus indirectus* es igualmente válido en el ámbito de la ignorancia respecto del significado social del hecho. De allí que si se quiere identificar un concepto rector para los casos en que el desconocimiento se imputa al que lo padece, tal concepto haya de ser probablemente el de *culpa iuris*. Esta *culpa iuris* no designa los casos de error evitable de prohibición en sentido tradicional, sino que se refiere únicamente a la competencia por el desconocimiento, y constituye el concepto genérico, del mismo modo que la culpa es el género y el dolo es lo específico en materia de evitabilidad de la realización típica.

En cuanto a esta última categoría, se ha mostrado que la cuestión de la evitabilidad del error sólo se relaciona en forma mediata con la categoría tradicionalmente denominada como evitabilidad de la realización típica. En efecto, en la medida en que la primera permite distribuir la responsabilidad por el desconocimiento, tiene incidencia en el segmento de la realidad (hechos valorados) que se imputarán subjetivamente a cada agente. Sobre esta base se decidirá si corresponde imputar dolo o imprudencia a la luz del tipo penal respectivo, o bien si habrá que considerar el hecho como inevitable.

Se ha visto también que la teoría de la culpabilidad sobre los efectos del error es una reelaboración de la fórmula *error iuris nocet* conforme al estado de la evolución dogmática a mediados del siglo veinte, esto es, sobre la base de una imputación subjetiva de índole psicológica. Esta concepción, combinada con el naturalismo que implica intentar distinguir los errores según su objeto, condujo a consecuencias a que no resistieron la prueba del tiempo, como la disfuncional rigidez en el tratamiento de algunos errores (considerados «de tipo»), la imposibilidad de aprehender la denominada ceguera ante los hechos y, en el extremo opuesto, el excesivo rigor que implicaba calificar como «de

prohibición» los errores relativos a ciertos elementos del tipo signados por una carga valorativa más visible, para no mencionar la problemática del desconocimiento relativo a los presupuestos de una causa de justificación.

Sea como fuere, la fórmula romana cumplió su función durante siglos y, aunque la solución contenida en ella haya dejado de ser viable, el problema que le dio origen subsiste. En cuanto expresión de una sociedad normativamente «débil» (gran parte de sus normas no puede fundamentarse sin fisuras), y por tanto reticente a disculpar defectos volitivos de sus miembros, se puede sostener también ahora —aunque sólo sea en este sentido— que el mencionado modelo de la *culpa iuris* es la versión moderna del viejo aforismo romano, pero adaptada al estadio actual de evolución de la teoría del delito, donde no sólo todo error jurídicamente relevante es en cierto modo un error de derecho, sino sobre todo, donde lo realmente importante no es el hecho del desconocimiento, sino su significado en función de la imputación.

Apéndice: nada nuevo bajo el sol

Durante la primera mitad del siglo doce (en todo caso, antes del año 1148), Rolandus Bandinelli introdujo en la decretística un tratamiento de la ignorancia que provocó la perplejidad de sus contemporáneos. En lugar de proponer las distinciones de base romana *junto a* las distinciones propiamente canónicas, integró ambas en una síntesis que, luego de ser recogida circunstancialmente por algunos de sus pares, parece haber perdido terreno entre los comentaristas posteriores del Decreto de Graciano hasta desaparecer del horizonte científico en las Decretales. Rolandus distingue, al tratar de la ignorancia vencible, entre la ignorancia crasa y supina (categoría tomada directamente del Digesto: 22, 6, 6) y la ignorancia que afecta incluso al más cuidadoso: «qui vero ignoranter, rei nulla ratione habentur, dumtaxat ea sit ignorantia invincibilis, vel si vincibilis ea sit, quae in discretissimum caderet virum». Y luego: «vincibilis alia est, quae caderet in virum discretissimum; alia est resupina et crassa; resupina et crassa est, quando quis id ignorat, quod tota civitas vel maior pars civitatis novit, hec neminem excusat».¹⁸⁵ Según Rolandus, por lo tanto, la ignorancia

¹⁸⁵ STROMA ad C. 22, q. 5 (citada según KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre*, p. 147).

vencible es excusable bajo ciertas circunstancias, cuando no es crasa y supina. Esta última, en cambio, no es excusable y equivale al *negligit vel contemnit scire* propio de las distinciones exclusivamente canónicas.

¿Qué relevancia tienen estos antiguos textos para la discusión actual? La respuesta a esta pregunta se descompone en cinco aspectos. En primer lugar, Rolandus es el primero que, a los efectos de la teoría de la imputación, se aparta de las distinciones de la ignorancia y del error basadas en el objeto del desconocimiento, propias de la sistemática romana, para concentrarse en las exigencias que el ordenamiento jurídico hace al ciudadano respecto de la actualización del conocimiento. En segundo término, establece un criterio social para definir la ignorancia que no es excusable; este criterio se basa en la constatación de la estructura normativa de la sociedad y se concreta en la interpretación que de ella (y no de un dato meramente estadístico) realiza el juzgador: la ignorancia crasa y supina, que a nadie excusa, se verifica cuando se ignora lo que «toda la sociedad», o al menos «la mayor parte de ella», conoce. En tercer lugar, Rolandus señala cuál es la perspectiva a su juicio correcta al momento de decidir sobre la relevancia del desconocimiento en orden a la distribución de las cargas que éste supone, y afirma que sólo aquella ignorancia que puede afectar incluso al ciudadano más cuidadoso —es decir, al ciudadano atento y respetuoso de los bienes propios y ajenos, materiales e inmateriales— tiene efecto excusante de responsabilidad. Tal efecto excusante no es, en cuarto lugar, necesariamente absoluto, pues Rolandus precisa que la ignorancia que no es crasa y supina puede excusar también «en alguna medida» (*aliquatenus*),¹⁸⁶ de modo que la figura del hombre *discretissimum* no es un modelo rígido, sino un parámetro susceptible de individualización ulterior. Por último, y en un detalle que puede parecer anecdótico, Rolandus experimenta una evolución significativa en su pensamiento. En la *Stroma* utiliza la distinción entre *ignorantia crassa et supina* e *ignorantia quae caderet in virum discretissimum* al interior del *error facti*, como forma subordinada dentro de una categoría que ya suponía la distinción de la ignorancia y el error según su objeto, y por lo tanto asumía la posibilidad de distinguir entre errores de

¹⁸⁶ *Summa Parisiensis* ad pr. C. 22, q. 2 (citada según KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre*, p. 146).

hecho y de derecho. Posteriormente, sin embargo, Rolandus desechará esta vinculación¹⁸⁷ y postulará la distinción según las expectativas sociales como categoría independiente en el contexto de la teoría de la imputación.

Estos mismos cinco aspectos son los que se ha procurado desarrollar en esta contribución y constituyen la base de la propuesta *de lege lata* que ella contiene para el tratamiento del error según el Código Penal.

¹⁸⁷ Esta evolución es documentada por KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre*, p. 146.