

ARTÍCULOS

Consideraciones acerca del tratamiento del error de prohibición en la jurisprudencia chilena

Observations on the approach to the mistake of law defense in Chilean jurisprudence

Jorge Boldt Silva 

Universidad de Santiago, Chile

RESUMEN Este artículo presenta distintas consideraciones relevantes con respecto al error de prohibición y cómo ha sido abordado en el ordenamiento jurídico chileno. El autor abre este capítulo con una breve revisión histórica sobre el rol que ha jugado la antijuridicidad y su conocimiento o desconocimiento dentro de la imputación de hechos, poniendo énfasis en el ámbito penal respecto de delitos. Reseña también las tendencias, posturas y desarrollo doctrinario que este ha tenido en el tiempo. En un segundo apartado, el autor explora de manera sucinta los límites entre el error de prohibición y el error de tipo, de cara a la complejidad que presenta como figura la legítima defensa putativa, culminando con el caso contra Castro Muñoz. A continuación, el autor realiza una revisión a la jurisprudencia previa al caso mencionado, explicando en qué consistían las sentencias, además de la aplicación y alcance que tenía el artículo 8 del Código Civil chileno y la idea de voluntariedad presente en el artículo 1 del Código Penal chileno. Termina con un apartado dedicado al criterio que durante las últimas décadas ha admitido, discutido y consagrado el error de prohibición como defensa, tomando varios casos para explicar la consolidación de este, señalar qué delitos presentan aún discusión, y qué factores se deben considerar a la hora de realizar el ejercicio normativo que permita admitir o no la concurrencia de un error de prohibición ante una conducta ilícita.

PALABRAS CLAVE Error de prohibición, derecho penal, principio de culpabilidad, antijuridicidad, vencibilidad del error.

ABSTRACT The following article presents different considerations regarding the mistake of law and how it has been addressed in the Chilean legal system. The author opens this chapter with a brief historical review of the role played by unlawfulness and its knowledge or ignorance within the imputation of facts, emphasizing the criminal field regarding these crimes. He also reviews the trends, opinions, and doctrinal development that it has had over time. In a second section, the author briefly explores the limits

between the mistake of law and the type of error, facing the complex figure of putative self-defense, culminating with the case against *Castro Muñoz*. Next, the author reviews the jurisprudence before this case, explaining what the sentences consisted of, the application and scope of article 8 of the Chilean Civil Code, and the idea of voluntariness present in article 1 of the Chilean Penal Code. It ends with a section dedicated to the criterion that during the last decades has admitted, discussed and consecrated the mistake of law as a defense, taking several cases to explain its consolidation, to point out which crimes are still under discussion, and which factors must be considered when carrying out the normative exercise that allows admitting or not the concurrence of a prohibition error in the face of an unlawful conduct.

KEYWORDS Mistake of law, criminal law, culpability principle, unlawfulness, avoidability of the mistake.

Introducción

Poco tiempo después de la conocida sentencia de la Corte Suprema del 4 de agosto de 1998, caratulada *contra Castro Muñoz*, redactada por Enrique Cury, don Miguel Soto Piñeiro (1999: 233 y ss.) publicó un artículo sobre el error de prohibición y principio de culpabilidad, en el que señalaba que aquel fallo «debería estar llamado a marcar el rumbo de toda la evolución futura doctrinaria y sobre todo —esperamos— jurisprudencial sobre el tema». Al fin y al cabo, se trataba de la primera vez que la Corte Suprema resolvía en contra del principio *error iuris nocet* en materia penal y hacía un reconocimiento tangible del principio de culpabilidad. Hasta antes de eso, pronunciamientos de este tipo se habían hecho en distintas cortes de apelaciones,¹ pero no por el máximo tribunal del país.

Dicho fallo significó, tal como anticipaba Miguel Soto, un cambio sustancial y permanente: a partir de entonces la jurisprudencia que reconoce el error de prohibición como una defensa válida en sede penal es apabullante e intocable, y la sola idea de que el artículo 8 del Código Civil pudiera ser aplicado en contra de un imputado pasó a ser considerada como un resabio del pasado, algo propio del siglo anterior. El argumento del fallo giró en torno a los alcances de la garantía establecida en el entonces inciso sexto (hoy séptimo) del artículo 19 número 3 de la Constitución Política, que establece que «la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal». Esta restricción al *ius puniendi*, que es expresiva del principio de culpabilidad, impide que se presuma de derecho cualquiera de los presupuestos de responsabilidad, y por

1. Así en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 18 de enero de 1972, caratulada *contra Flores Muñoz* (redactada por Rubén Galecio) y en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 29 de junio de 1982, caratulada *contra Campos Campos*, redactada por Carlos Cerda.

aplicación del artículo 1 del Código Penal que exige voluntariedad. Entre esos presupuestos se encuentra el conocimiento de la antijuridicidad.

Este avance en favor del reconocimiento del principio de culpabilidad, sin embargo, no parece haberse traducido en un desarrollo fértil de criterios para aceptar el error de prohibición como eximente. La jurisprudencia, a partir de entonces, no ha dado muestras de una sistematización clara al momento de definir su postura sobre qué elementos son relevantes para identificar un error de prohibición lo suficientemente intenso como para servir de fundamento para la absolución. Más bien, nos encontramos con una serie de casos en los que el problema ha sido abordado sobre la base de los hechos concretos, sin sentar con claridad bases generalizables. Lo que sí puede verse en la evolución jurisprudencial ulterior es cómo factores socio-políticos influyen en los problemas de fondo que atañen al error de prohibición. En este artículo, además de lo anterior, pretendemos dar cuenta en general del tratamiento del error de prohibición, el modo en que el problema ha sido abordado por la jurisprudencia chilena, el tipo de casos que suelen asociarse al error de prohibición y los criterios que han sido recogidos por nuestros tribunales.

Conocer la antijuridicidad del hecho

La doctrina penal ha sido siempre sensible al problema del conocimiento de lo antijurídico para la imputación, por razones relativamente obvias. El principio de legalidad, en su formulación tradicional y clásica, supone que el derecho penal solo es legítimo en la medida en que la ley que regula la conducta prohibida se encuentre establecida con claridad antes del acaecimiento del hecho punible. Esto es una consideración básica en un Estado de derecho derivado del liberalismo político. Si ello es así, entonces no parece razonable que el conocimiento o desconocimiento de la ley sea irrelevante ¿De qué sirve levantar banderas por una ley previa y clara, si esa ley es, en el caso concreto, desconocida por el autor al que se pretende castigar por un acto concreto?

Si uno estimara que basta con que la ley esté publicada para que el error *iuris nocet* impere, entonces como mucho estaríamos cumpliendo con las formalidades del principio de legalidad, aunque desatendiendo el núcleo mismo de la culpabilidad penal: el reproche al autor. El propio Miguel Soto Piñeiro (1986: 173) lo hace ver de paso al señalar que «la aceptación del principio del error *iuris nocet*, implica postular derechamente la derogación del principio de culpabilidad y aún antes del de legalidad». Como sea, no es admisible un reproche —al menos uno dotado de la intensidad que la responsabilidad penal amerita— a quien desconoce el carácter prohibido de lo que ha hecho.

Dicho de otro modo: uno puede identificar una diferencia entre quien infringe la ley sabiéndolo y quien la infringe sin saberlo. Aquel que —conociendo sus actos

y resultados— ha infringido una norma sin saberlo, no expresa enemistad con el derecho. O, si se prefiere en términos conocidos, no comunica que para él la norma carece de vigencia, pues simplemente no la conoce. Como sea, si uno rinde honor a esa diferencia entre infringir con o sin conocer lo que se infringe, entonces debe otorgarse relevancia al desconocimiento de la ley.

Cuando decimos que la doctrina penal ha sido sensible a este problema, lo decimos en sentido fuerte: desde las primeras formulaciones del concepto de delito moderno (como acción típica, antijurídica y culpable), el desconocimiento de la ley ha tenido su lugar. Miguel Soto Piñeiro (1986: 172) explica cómo el error de prohibición encuentra espacio desde la teoría psicológica de la culpabilidad en los siguientes términos:

Del psicologismo en adelante, cualquiera que sea la concepción que dé la imputación subjetiva de las lesiones de la misma, tanto por razones sistemáticas, como de política criminal; necesariamente deberá ser, a lo menos, la potencial conciencia que el autor tenga del carácter antijurídico de su actuar.

En la antigua teoría del dolo, el conocimiento del carácter prohibido de una conducta formaba parte del propio dolo, que ha de ser actual —esto es, estar presente al tiempo de ocurrencia del acto imputado—, por lo que el conocimiento de la prohibición debía también ser actual. Dicho de otro modo, el autor, para ser responsable, debía tener conocimiento acerca de la prohibición y bastaba que ese elemento no concurriera al tiempo de comisión del hecho para excluir la responsabilidad dolosa —quedando subsistente únicamente la posibilidad de responsabilidad culposa, si existiere para el tipo penal del que se tratare—, lo que en un modelo de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos imprudentes deja importantes lagunas para la sanción.

La teoría del dolo, entonces, incapaz de hacer frente a notorias lagunas de punibilidad —incompatibles con la práctica jurisprudencial, por lo demás—, fue superada por la teoría de la culpabilidad. El nombre proviene de la idea de que, conforme a esta teoría, el conocimiento de la antijuridicidad ya no forma parte del dolo, sino que constituye un elemento autónomo de la culpabilidad. Eso implica, a su vez, que ese conocimiento ya no tiene que ser actual, sino que basta con que sea meramente potencial. Es decir, la posibilidad de conocimiento de la ley es suficiente para la imputabilidad. Todavía de otro modo, en esta teoría el error de prohibición solo excluye la responsabilidad si es invencible, pero si es vencible, entonces esta subsiste a título de dolo. El finalismo, que llevó el dolo al tipo, terminó con ello de sellar el equilibrio que trajo consigo la teoría de la culpabilidad.

Es lógico que lo que conoce o desconoce el autor, a quien se reprocha una conducta, no es propiamente *la ley*. Esto es así, en primer lugar, porque no es esperable que nadie conozca el precepto, norma o estatuto, sino más bien si una conducta está

o no prohibida, esto es, si es jurídicamente correcta o incorrecta. En segundo lugar, el conocimiento o desconocimiento sobre el cual recae el reproche no es *del derecho*, a secas, como ocurre en sede civil cuando se atribuye mala fe a quien se vale del desconocimiento de la ley. El objeto de conocimiento contenido en la culpabilidad debe entenderse a la medida propia de la teoría del delito: lo que se ha de conocer es la antijuridicidad de la conducta, no el derecho. De ahí que la díada «error de tipo/ error de prohibición» no sea equivalente a la díada «error de hecho / error de derecho». La doctrina ha dado cuenta de casos en los que un error de derecho equivale a un error de tipo (como el caso de quien desconoce una ley extrapenal cuya concurrencia es requerida por el tipo penal, caso en el cual el error es de derecho, pero es error de tipo),² y casos en los que un error en circunstancias de hecho cuenta como error de prohibición.³

Por supuesto, identificar la concurrencia fáctica del conocimiento de la antijuridicidad es una tarea probatoria en cierto modo imposible. Más bien uno puede aspirar a conocer hechos circundantes que, a su vez, permitan sostener que el agente sí conocía la antijuridicidad de su conducta (o debía conocerla, como se explica luego), en un modo —en principio— similar a aquel en que operan las presunciones, esto es, como un hecho desconocido que se presume a partir de hechos conocidos. ¿Pero es propiamente un *hecho* que se presume?

En el contexto de la discusión acerca de la prueba del dolo, Hruschka (2009: 188-190) explica esta forma de acreditar el dolo como *dolus ex re*, que es una forma de razonar por vía de «conclusiones que cualquier persona emplea de forma cotidiana en la convivencia diaria», que no es sino un modo de aludir a la idea de presunción. Esta idea responde a la lógica propia de cualquier criterio de imputación (Hruschka, 2009: 11 y ss.). Imputar es adscribir responsabilidad, y esto es a su vez un ejercicio de vinculación de un evento a un agente. Nada de ello se corresponde con un hecho del que uno pueda predicar que es cierto o falso, y de ahí que no sea en rigor un hecho que se presume. Dicho de otro modo, el error de prohibición funciona como una forma de adscribir responsabilidad, y no es propiamente algo que pueda acreditarse. Lo único esperable parece ser que identifiquemos si en un caso concreto las posibilidades de conocimiento de la antijuridicidad para un sujeto determinado son suficientes

2. Como en el caso de quien hurta una cosa mueble creyendo que es suya, pues desconoce la normativa civil de dominio. Esa persona incurre en un error de derecho, pero aquel elemento jurídico es un componente objetivo del tipo, de modo que aquel es a su vez un error de tipo.

3. El conocido ejemplo, empleado usualmente por Miguel Soto en su cátedra, era el de un sujeto que comete un delito al borde de una frontera entre países con distinta regulación sobre esa conducta, creyendo encontrarse del lado de la frontera que corresponde al país en el que ese acto está permitido, cuando en realidad se encuentra en el país en el que ese mismo comportamiento está prohibido. Aquel error es de hecho, pues se refiere al lugar en el que se encuentra el límite fronterizo, pero es de prohibición, pues recae en el carácter prohibido de la conducta (y no en algún elemento del tipo).

como para reprocharle haber obrado en conocimiento del carácter prohibido de su conducta.

Ahora bien, por regla general al legislador le es indiferente si el conocimiento es actual o potencial: la mera posibilidad de conocer es suficiente, ya que lo relevante no es si el sujeto conocía la antijuridicidad, sino si podía hacerlo. Sobre esto existe consenso doctrinario desde superada la teoría del dolo. Esto significa, *contrario sensu*, que, si el error de prohibición es vencible, no hay exclusión de responsabilidad. Para entender bien qué significa que un error sea vencible es útil acudir a la estructura de la imputación extraordinaria.

Existen casos en los que no es posible —en principio al menos— atribuir agencia por un acto a una persona que no concurre a alguno de los presupuestos de imputación (digamos, dolo, acción, conocimiento de la antijuridicidad, etcétera). Es decir, son hipótesis de déficit de imputación. Sin embargo, en muchos de los casos en que esto ocurre, todavía es posible una imputación en la medida en que el propio agente es responsable de ese déficit de imputación, en cuyos casos insistimos en su responsabilidad. Esta forma de imputación es lo que se denomina imputación extraordinaria (Hruschka, 2009).

La estructura de la imputación extraordinaria está presente en varias formas de responsabilidad. La imprudencia es agencia por el déficit de dolo, así como la *actio libera in causa* es agencia por la ausencia de acción. De la misma forma, el error de prohibición vencible es agencia por el desconocimiento de la antijuridicidad. Es decir, cuando afirmamos que concurre un error de prohibición vencible, estamos diciendo que existe un error de prohibición, pero el agente es responsable de su propio error, de su ignorancia. Si esto así, y si el error de prohibición vencible es equivalente a la ausencia de error de prohibición,⁴ entonces la pregunta que uno debe hacerse en cada caso es esta: ¿aun existiendo un desconocimiento de la antijuridicidad, era exigible al agente salir de su propia ignorancia?

Frente a esta pregunta, las respuestas tienden a coincidir en ciertos elementos comunes, tales como el tipo de actividad en el contexto del desarrollo de los hechos, el nivel de regulación que supone esa actividad, factores culturales, socioeconómicos, etcétera. Para Roxin (1997: 884 y ss.), el error de prohibición es vencible si concurren tres presupuestos conectados entre sí: i) han existido motivos para reflexionar acerca de una potencial antijuridicidad de la conducta o para informarse sobre ella; ii) frente a esos motivos, el agente no ha adoptado medida o esfuerzo alguno para verificar la prohibición, o bien sus esfuerzos han sido tan nimios que resulta intolerable excluir la responsabilidad de forma preventiva; y iii) si haber adoptado esfuerzos por verificar la prohibición le hubiera llevado a percatarse de la antijuridicidad.

4. Dejando de lado la cuestión acerca de si un error de prohibición vencible es constitutivo de una eximente incompleta y, por ende, de una atenuante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 número 1 del Código Penal.

De similar modo resume Jesús Silva (1987: 649) lo sostenido por la doctrina dominante alemana, conforme a la cual «existe dicho conocimiento eventual siempre que el sujeto considera seriamente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y se conforma con ello». Esta solución presupone que el agente se le ha representado la posibilidad de la antijuridicidad, pero le ha sido indiferente para efectos de guiar su comportamiento.

En el contexto anglosajón —y en un entorno doctrinario radicalmente distinto, por cierto— se han propuesto fórmulas similares, pero la idea de capacidad de daño de la actividad de que se trate —derivada del fundamental *harm principle*— suele ocupar un lugar central. Así, por ejemplo, se ha dicho que, si existe conciencia de la lesividad de la conducta —esto es, de su capacidad de causar daño—, no puede sostenerse que este error (*mistake of law*) sea «razonable», para luego no ser excusado (Husak y von Hirsch, 1993: 168).

Ahora bien, la definición acerca de cuándo un error de prohibición es razonable, o invencible, no es nunca independiente del contexto histórico y cultural en el que se enmarca el respectivo juicio de valor. La evaluación acerca de cuándo un error de prohibición es suficiente para excluir la responsabilidad corresponde a una determinada idea acerca de los estándares de tolerancia del desconocimiento alegado. Decir que alguien tiene un conocimiento potencial suficiente para ser reprochado es equivalente a decir que no estamos dispuestos a tolerar el desconocimiento que dice afectarle. Y las razones para decidir si el desconocimiento de la antijuridicidad se tolera o no, no son psicológicas ni están reguladas estatutariamente, sino que responden a valoraciones sociales de un determinado momento. Es entonces muy posible que un error que fuera tolerado en una época, bajo los mismos presupuestos doctrinarios, no lo sea en otra.

El problema de la legítima defensa putativa

Tal vez el problema más tratado en materia de conocimiento de la antijuridicidad radica en una cuestión ubicada en el borde del error de prohibición y el error de tipo: cómo han de tratarse los casos en los que el error recae sobre los presupuestos fácticos u objetivos de una causa de justificación. Es meridianamente claro que los errores sobre la existencia de una causa de justificación, o su alcance normativo, son errores de prohibición, pues se refieren al carácter antijurídico de la conducta. El problema se encuentra en aquella zona intermedia, en la que el error es de hecho (presupuestos fácticos), pero referidos a la antijuridicidad de la conducta (causa de justificación).

En el derecho penal alemán, la diferencia es concreta y tangible: si el error es de prohibición, recibe el tratamiento del párrafo 17 del Código Penal y no excluye el dolo ni, por ende, el injusto. Solo en caso de ser un error invencible excluye la responsabilidad, por cuanto no concurriría la culpabilidad; en cambio, si es un error de tipo,

recibe el tratamiento del párrafo 16 del Código Penal y excluye el dolo en cualquier caso. Pero si el error es vencible, deja subsistente la potencial imputabilidad a título de culpa en el caso de existir tipo culposo paralelo. La primera solución se denomina teoría estricta del dolo (puesto que rigurosamente trata este error, reconducible a la antijuridicidad, como error de prohibición), mientras que la segunda se denomina teoría limitada de la culpabilidad, puesto que «limita» los alcances del tratamiento del error de prohibición en sede de culpabilidad al no hacerlos extensibles a este caso específico.

Argumentos en favor de una y otra teoría abundan. No es objeto de estas líneas ahondar en ello, pero a modo de síntesis los defensores de la teoría estricta estiman que su posición hace honor a la diferencia entre tipicidad y antijuridicidad, así como a la diferencia entre las díadas error de tipo/error de prohibición y error de hecho/error de derecho. Solo quien entiende bien estas diferencias, dicen, entiende que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición. Por su parte, quienes defienden la teoría limitada de la culpabilidad se amparan en ideas estrechamente vinculadas con la teoría de los elementos negativos del tipo: los errores sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación son errores fenomenológicamente equivalentes a los errores de tipo y no expresan enemistad con el derecho. Para estos efectos, basta señalar que, hoy por hoy, esta teoría es ampliamente dominante tanto en doctrina como en jurisprudencia (Mañalich, 2003).

Precisamente sobre esto versaba el caso *contra Castro Muñoz*. El acusado al disparar contra otro y causarle la muerte alegaba haber obrado en la creencia de que su víctima contaba con un arma cargada y que dispararía contra su hijo, es decir, creía estar amparado por una causa de justificación. Sin embargo, el arma de la víctima estaba con seguro, de modo que esa presunta legítima defensa era inexistente. La Corte Suprema razonó que aquella hipótesis correspondía a un error de prohibición (inclinándose con ello por la teoría estricta de la culpabilidad) y que dicho error merecía ser considerado como causal de exclusión de responsabilidad, como ya se explicó antes.⁵

Miguel Soto Piñeiro (1999) señala que este fallo significaba un reconocimiento explícito del principio de culpabilidad. Como se ha dicho, la sentencia giró en torno a la consagración normativa más cercana a este principio, el artículo 19 número 3 inciso sexto de la Constitución (en su redacción vigente a la época del fallo), que proscribía las presunciones de derecho en materia penal. Esto no es sino una concreción específica del principio de culpabilidad, lo que visualiza la amplia operatividad que este fallo otorgó a la norma constitucional referida.

5. Por cierto, lo curioso es que la sentencia termina por condenar de todos modos al imputado en una figura de comisión por omisión por cuanto, habiendo herido a la víctima, no la socorrió y la dejó morir al descampado.

El error de prohibición en los tribunales superiores antes del caso contra Castro Muñoz

Mientras la evolución del tratamiento del conocimiento de la antijuridicidad en la doctrina ha transitado hacia hacer más exigentes los presupuestos de la defensa de error de prohibición, en la jurisprudencia chilena el camino ha sido el inverso. Hasta hace unas cuantas décadas, el criterio estandarizado de los tribunales de justicia consistía en extender los efectos del artículo 8 del Código Civil, conforme a la ley que se presume conocida desde su publicación, a la imputación jurídico-penal.

Así, mientras la doctrina buscaba argumentos para extirpar del dolo el conocimiento de la antijuridicidad —conservando la coherencia interna de la teoría del delito—, y evitar con ello lagunas de punibilidad inadmisibles, la jurisprudencia cortaba sin tapujos aquel nudo gordiano a través de la presunción de conocimiento de derecho proveniente del derecho civil, sin dejar espacio alguno para el error de prohibición como defensa.

Si se revisa el modo en que este asunto fue tratado antes de *contra Castro Muñoz*, solo se encuentra un par de casos en los que las Cortes de Apelaciones aceptaron como defensa un error de prohibición. Uno de ellos es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1972, redactada por el Ministro Rubén Galecio y reseñada por el propio fallo de la Corte Suprema de 1998. Se trataba de un caso por delito de homicidio en el que el imputado alegaba haber actuado bajo la creencia de estar amparado por una causa de justificación, puesto que la víctima parecía sacar un arma de su ropa cuando este le dio muerte. Es decir, es un caso típico de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Este fallo tiene la virtud de controvertir el principio de error *iuris nocet* en materia penal, aludiendo a la normativa vigente y aplicable. Conforme al fallo, el artículo 1 del Código Penal dispone que un delito debe corresponderse con una acción u omisión «voluntaria» penada por la ley. Esa voluntariedad supone haber obrado libremente y eso, a su vez, solo es posible en la medida en que el agente tenga consciencia de que su comportamiento es contrario al derecho. Así, conforme a esta posición, la exigencia de conocimiento de la antijuridicidad proviene de las bases mismas del derecho penal positivo: viene dado por la propia idea de voluntariedad.

La idea de que la voluntariedad del artículo 1 del Código Penal incorpora la voluntad de obrar de modo antijurídico no es, sin embargo, algo que pueda darse por sentado. La voluntariedad es un concepto no exento de ambigüedades y bien puede entenderse referido únicamente a la voluntad de realización del acto específico en cuestión, al margen de cuál sea la valoración jurídica de ese acto. Es decir, la nomenclatura del artículo 1 no parece ser suficiente para fundamentar que el conocimiento de la antijuridicidad es un presupuesto de imputación. En el caso *contra Castro Muñoz*, el redactor Enrique Cury echó mano a una disposición a la que no tuvo

acceso Rubén Galecio en 1972: el artículo 19 número 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República de 1980, señala explícitamente que no puede presumirse de derecho la responsabilidad penal. Si esa presunción está proscrita, entonces los presupuestos de la responsabilidad penal tampoco pueden presumirse, y eso incluye el conocimiento de la antijuridicidad.

Hay ciertamente una petición de principio en el argumento: seguimos sin dar con una fuente normativa para exigir aquel conocimiento de la antijuridicidad, pero aún puede acudir a otros cánones. El artículo 224 que tipifica el delito de prevaricación, señala en su numeral primero lo siguiente:

Sufrirán [los jueces] las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

1° Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables dictaren sentencia manifiestamente injusta en causa criminal.

Es decir, incurren en prevaricación los jueces que dicten una sentencia manifiestamente injusta en causa criminal, siempre que actúen por negligencia o ignorancia inexcusables. *A contrario sensu*, si obran sin negligencia o por ignorancia excusable, entonces no incurren en delito alguno. La ignorancia del derecho (aquí estamos hablando de errores de derecho, no de prohibición) es tolerada para nuestros jueces. ¿Cómo, entonces, podría no ser tolerada para el resto de los ciudadanos? Este argumento sistemático no es infalible —que la ignorancia de ley de un juez al fallar no sea constitutiva de delito no significa que esa misma ignorancia sirva de excusa para la responsabilidad penal—, pero sí es incómodo de contestar: si bien no es un estatuto explícito, sí entrega un criterio que resulta compatible con la idea de que la voluntariedad exigida para la concurrencia de un delito debería incluir el conocimiento de la antijuridicidad. Al menos ese es el criterio asentado en *contra Castro Muñoz* y que había sido adelantado en *contra Flores Muñoz* en 1972.

Después de aquella sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, tuvieron que pasar diez años para encontrar un fallo similar. En el caso *contra Campos Campos*, la Corte de Apelaciones de Concepción tuvo una nueva ocasión para abordar el problema. Se trataba del caso de un sujeto que, según se le acusaba, violó a una mujer privada de razón. El redactor don Carlos Cerda argumentó —en un fallo tanto políticamente controversial como mínimo— que el autor no tenía conocimiento acerca del carácter prohibido de esa conducta y, atendida su condición socio-cultural, esa defensa ameritaba una absolucón. La sentencia no es especialmente rica en argumentos acerca de cómo ocurriría aquel error de prohibición ni menos acerca de por qué este sería invencible, o a lo menos lo suficientemente intenso como para exculpar al autor. Sin embargo, y aquí está lo rescatable, sí da cuenta de que esta defensa es jurídicamente procedente, en línea con el caso *contra Flores Muñoz*.

Miguel Soto Piñeiro (1984), que hacía poco tiempo había culminado su tesis de grado sobre este mismo problema, analizó el fallo en un artículo en el que se preguntaba precisamente sobre los alcances del asunto en materias propias del ámbito de la libertad sexual. Ello da cuenta de que decidir si se exculpa o no a quien argumenta estar afecto a este error, implica una toma de postura de algún modo política: la admisibilidad del error de prohibición como defensa estaría vinculada con decidir acerca de los alcances de la libertad sexual.

No hay después de esto, al menos hasta 1998, nueva jurisprudencia reconocible sobre el error de prohibición. Suele aludirse a un fallo de la Corte de Pedro Aguirre Cerda, redactado por José Benquis en 1988, en el que se analizó la responsabilidad penal de un hombre que mantuvo relaciones sexuales con una niña de 12 años y que alegaba haber desconocido que esa era su edad. Sin embargo, como salta a la vista de esta sola y breve descripción de los hechos, el supuesto error esgrimido no es de prohibición, sino de tipo toda vez que recae en un elemento objetivo del tipo penal aplicable (violación impropia), como la edad de la víctima. Desconocer aquel hecho es desconocer un elemento del tipo penal y no el carácter antijurídico de la conducta, de modo que el caso pierde semejanza con los anteriores en lo que aquí es relevante.

Por lo tanto, hasta el caso *contra Castro Muñoz* la jurisprudencia se reducía a un par de fallos separados por décadas entre sí, y no había pronunciamientos de la Corte Suprema. Y mal puede decirse que haya existido una práctica jurisprudencial en torno a la materia. Sin embargo, tal como presagiaba Miguel Soto Piñeiro (1999), el fallo de 1998 cambiaría este panorama.

La casuística ulterior del error de prohibición y los criterios para excusar o no el desconocimiento del derecho

La doctrina incorporada por Enrique Cury en la segunda sala de la Corte Suprema caló hondo en la jurisprudencia venidera. No solo afianzó el criterio de admitir el error de prohibición como defensa, sino que parece haber además invitado a los tribunales a implementarlo en casos en que antes ni siquiera se planteaba la pregunta. La proliferación de casos en los que esta temática pasó a ser parte central de los procesos penales es casi entusiasta.

Poco después de *contra Castro Muñoz*, en 1999, el propio Enrique Cury dictó un nuevo fallo sobre la materia (caratulado *contra Gallardo Pereira*), esta vez argumentando un error de prohibición directo, ya que el anterior era un error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación. Lo especial del caso es que no se trataba de un imputado en situación de vulnerabilidad psicológica, económica ni social. Al contrario, era el alcalde de la comuna de Salamanca, que a su vez —según los hechos de la causa— era dueño del único supermercado del lugar. Es por esto que había sido procesado por el delito de negociación incompatible, tipificado en el

artículo 240 del Código Penal, por haber contratado, en representación de la municipalidad, a su propio supermercado para la entrega de diversos productos.

Sin embargo, la Corte argumentó que el señor Gallardo desconocía que su conducta estaba prohibida y que ese desconocimiento era insuperable, de modo que debía ser absuelto. Los argumentos centrales para llegar a esta resolución fueron la ausencia de un asesor jurídico en la municipalidad y la complejidad del tipo penal aplicado. Si bien no hay modo de comprobarlo, uno puede suponer que un fallo de esas características no se repetiría en tiempos como hoy, más de veinte años después, especialmente considerando los estándares de probidad que se exigen a los empleados públicos actualmente. Es un caso que resulta llamativo precisamente por el hecho de que aquel desconocimiento de antijuridicidad fuera tolerado, lo que parece estar ilustrado sobre un contexto político en el que la probidad administrativa no era un tema de especial preocupación, no al menos como lo es hoy.

En los años venideros, la Corte Suprema consolidaría su doctrina. Otra sentencia interesante de la época es la dictada en el caso *contra Medina Maturana* de 2005, también redactado por Cury, en el que el imputado por delito contra la propiedad creyó estar autorizado para sustraer un vehículo que había adquirido en un contrato de compraventa, pero que aún no le pertenecía pues no se le había entregado, es decir, no se había efectuado la tradición como modo de adquirir el dominio. El caso tiene la peculiaridad de que el error incurrido es de derecho (acerca de la regulación jurídico civil del traspaso del dominio), pero de tipo, pues la ajenidad es un elemento del tipo penal respectivo.

Esta tendencia se extrapoló a los demás tribunales con suma notoriedad.⁶ Es posible que la reforma procesal penal, que entró en vigencia paulatinamente entre los años 2002 (cuando se comenzó a implementar en dos regiones del país) y 2006 (cuando entró en vigencia en todo Chile), haya hecho su parte: un sistema procesal que permitió una litigación más ágil y con ello un mayor espacio de debate para plantear defensas que antes no encontraban espacio. Sin embargo, por la estructura procesal propia del nuevo sistema, menos casos fueron conocidos por la Corte Suprema, de modo tal que la jurisprudencia tiende a concentrarse en Tribunales de Juicio Oral en lo Penal y Cortes de Apelaciones.

En el curso de este desarrollo, uno puede identificar ciertos tipos de casos en los que la discusión acerca de potenciales errores de prohibición se da con mayor frecuencia: ciertos casos de delitos sexuales, especialmente en lo que dice relación con la edad de las víctimas; casos en los que el imputado adolece de cierta vulnerabilidad

6. Sobre esto véase Bullemore (2005: 95 y ss).

socio económica; casos relacionados con actividades reguladas por normativa altamente técnica o específica.⁷

Delitos sexuales

Que el conocimiento de la antijuridicidad sea tematizado en el ámbito de los delitos sexuales no es algo nuevo. La edad de la víctima como presupuesto de responsabilidad es un antecedente que suele ser esgrimido como aspecto desconocido de la prohibición, como en el ya citado caso *contra Campos Campos* de la Corte de Apelaciones de Concepción.

Más recientemente, en la causa rol 3198-2012, la Corte Suprema rechazó la defensa de error de prohibición de un imputado que alegaba desconocer que mantener relaciones sexuales con una joven menor de catorce años estaba prohibido. En el fallo, no es claro si la defensa consistía en que lo que se ignoraba era la edad o el hecho de estar prohibido el acceso carnal a menores de la edad señalada, pero el fallo trata el asunto como un error de prohibición. Se rechaza la defensa sin mayor argumentación jurídica, en cambio se alude escuetamente a los hechos acreditados sobre que el autor era el tío de la víctima y la llamó una noche a su habitación.

Por otra parte, en un caso similar (presunto error de prohibición en delito de violación impropia) en el año 2018, la Corte de Apelaciones de San Miguel (causa rol 1085-2018) absolvió a un imputado por concurrir un error de prohibición invencible. Se trataba de un joven con cierta discapacidad mental y en la sentencia se enfatizó que han de tomarse en especial consideración «las características personales del autor, las posibilidades de su integración en la sociedad, sus condiciones culturales, el sexo, la edad, el grado de instrucción o educación, su fortaleza física y rasgos de personalidad». La sentencia omite mayor análisis acerca de cómo esos criterios concurren en este caso, como apunta Miguel Schürmann (2018: 725 y 726) en su comentario a la misma sentencia, aunque sí puede deducirse de ella que dicha discapacidad mental sería un elemento que contribuye a dar por establecido que el error de prohibición ha sido invencible.

Por otra parte, ambos casos dan cuenta de una diferencia en relación con el citado caso *contra Campos Campos* de 1982, en el que las condiciones socio-culturales del imputado habían resultado suficientes para configurar esta defensa. En ninguno de estos fallos más recientes —ni el que acepta ni el que rechaza la existencia de un error invencible de prohibición— lo socio-cultural fue un factor que fuera mencionado en el contexto de delitos sexuales.

7. No encontramos en los últimos años jurisprudencia que haga referencia explícita a factores referidos a valoraciones culturales de los imputados, aun cuando se trata de un criterio recientemente estudiado. Sobre esto, véase Castillo (2014: 243-267).

Casos de vulnerabilidad social del autor en el delito de desacato

Sí existen, en cambio, otros casos en los que la situación de vulnerabilidad social en que se encuentra el imputado es tomado en consideración, como ocurre con los referidos al delito de desacato, como casos con órdenes de alejamiento en investigaciones por delitos de violencia intrafamiliar. Se trata de personas que dicen desconocer las implicancias de infringir una orden de alejamiento —más precisamente, alegan desconocer que esa infracción es constitutiva de delito de desacato— y se aproximan a quien fuera su pareja, muchas veces con consentimiento de esta. Así, por ejemplo, en la causa rol 674-2010, en un caso de este tipo la Corte de Apelaciones de Temuco aludió expresamente al «bajo nivel educacional» del imputado para validar la invencibilidad de su error de prohibición.

No contamos con un desarrollo argumentativo en la jurisprudencia que permita identificar con claridad los motivos por los que en estos casos sí es relevante el factor socio-cultural, pero tampoco es difícil ver una diferencia en la gravedad de los delitos: los delitos sexuales son delitos graves en los que, al menos al día de hoy, no parece admisible una excusa vinculada a la falta de educación. Para un delito «menor», como es el desacato, sí es aceptable que el nivel educacional de un imputado sea considerado como un factor determinante para justificar el error de prohibición. De hecho, este factor no deja de estar directamente asociado a la capacidad de comprender sus deberes y obligaciones, lo que apunta también al núcleo de la invencibilidad del error: a menor capacidad de comprender el marco normativo que lo afecta, menor es el reproche de culpabilidad y más fuerte es el argumento en favor de la invencibilidad de su error, al menos en este tipo de delitos.

Delitos en ámbitos regulados

Otro grupo de casos recurrentes en los que se plantean discusiones sobre error de prohibición son los delitos referidos a ámbitos altamente regulados. Ejemplos de ello son los delitos tributarios, los aduaneros, algunas regulaciones especiales en materia propietaria —como lo es el decreto Ley 2695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz— o en materia de tenencia de armas. Uno de los casos más ilustrativos acerca de los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del error alegado sobre delitos vinculados a las apuestas y los juegos de azar, corresponde a la causa rol 285-2009 de la Corte de Apelaciones de Arica. En él, esta Corte hizo suyo el criterio elaborado por Roxin (1997) para argumentar que una imputada que se inmiscuía en la actividad de apuestas debía necesariamente conocer el carácter prohibido de su comportamiento. Para ello, la Corte consideró especialmente que:

- a) Se trataba de un imputado comerciante.
- b) Es de conocimiento público y notorio el cuestionamiento de este tipo de máquinas y que en otros lugares de Chile se han incautado y destruido máquinas similares.

c) Toda persona que empieza a realizar un negocio, cualquier sea su naturaleza, averigua la situación actual de la actividad que pretende desarrollar.

d) También es un hecho público y notorio que en nuestro país existe un limitado número de casinos en los cuales se desarrollan juegos que dan premios en dinero y por ende al menos debiera existir la conciencia de que si se pretende poner a disposición del público una serie de máquinas que dan premios en dinero (no importando si son de habilidad o destreza), al igual que un Casino, racionalmente debiera dudarse acerca de la legitimidad de desarrollar este tipo de actividad, pues para cualquier ciudadano es conocido que para apostar u ganar dinero debiera concurrir a un Casino o al otro lugar de apuestas y no a un almacén o botillería de barrio.

De lo anterior, concluye el fallo, se deriva que no existe un motivo que permita justificar que exista un error de prohibición, ni menos que sea vencible. Como se ve, aun cuando la defensa de error de prohibición fue rechazada, la sentencia realiza un esfuerzo argumentativo en cuanto a la concurrencia y vencibilidad del error alegado, y procura establecer con meridiana solidez que el autor sí estaba en posición de conocer el carácter prohibido de su conducta.

En este mismo sentido, en la causa rol 37917-2017 de la Corte Suprema, se rechazó la concurrencia de un error de prohibición en caso de porte ilegal de armas en el que la defensa argumentó que el imputado era una «hombre de campo» de «bajo nivel de instrucción formal». En esta sentencia, pronunciada en 2018, se enfatizó que el imputado no había acreditado las circunstancias que configurarían el presunto error de prohibición, sin que se descartara que, en otras circunstancias, este pudiera concurrir.

Ya más recientemente hubo algunos casos relacionados con el delito tipificado en el artículo 318 ter del Código Penal, derivados de la pandemia por covid-19 y las medidas específicas de salubridad impuestas por la autoridad. Así, por ejemplo, en la causa rol 2996-2020, la Corte de Apelaciones de San Miguel absolvió a una persona que salió de su domicilio sin permiso sanitario, pues iba a acompañar una diligencia investigativa conjuntamente con la policía a raíz de un delito en el que él mismo había sido víctima, de modo que la Corte consideró que su error era razonable como defensa.

Por último, siempre surgen nuevos casos de legítima defensa putativa, que plantean un desafío de análisis particular del caso concreto cada vez. Y hace no mucho tiempo —conforme a la fecha de redacción de este artículo—, la Corte Suprema, en la causa rol 96223-2021, tuvo ocasión de pronunciarse acerca de un presunto error de prohibición en el marco de una imputación de trata de personas (artículos 411 ter y 411 quáter del Código Penal).

Conclusiones

La jurisprudencia chilena no ofrece un desarrollo acabado de criterios de vencibilidad del error de prohibición. Sin embargo, la casuística que puede apreciarse en los últimos años, desde el caso *contra Castro Muñoz* —cuando se consagró el error de prohibición como defensa—, sí suele venir de ciertos lugares comunes. El nivel educacional y cultural del imputado, la gravedad del delito de que se trate y la complejidad de la prohibición, son elementos que encuentran un espacio en el desarrollo argumentativo de los tribunales de justicia. En general, a mayor gravedad del delito, menor parece ser el espacio para argumentos como las características sociales y culturales del autor. En cambio, tratándose de delitos vinculados con regulaciones complejas, los tribunales al menos parecen verse llamados a desarrollar con mayor profundidad el análisis de esta defensa.

Esto no debería sorprender, ya que los delitos *mala in se* ponderados con mayor rigor que los delitos *mala quia prohibita* no es algo privativo de nuestros tiempos. Sin embargo, uno no puede desentenderse de casos como *contra Campos Campos*, o el no tan antiguo *contra Gallardo Pereira*. Ninguna de esas sentencias pareciera ser compatible con los criterios jurisprudenciales más actuales. Para delitos sexuales el nivel social y cultural del imputado ha sido expresamente descartado en casos recientes, al igual que para delitos de negociaciones incompatibles con funcionarios públicos. La absolución basada en la carencia de asesoría jurídica parece hoy impensable considerando los criterios actuales.

Definir qué puede tolerar la sociedad como excusa ante el deber de informarse sobre lo que está prohibido es en gran medida una cuestión socio-política. La ignorancia del carácter prohibido de una conducta que consideramos admisible hoy como defensa no necesariamente se corresponde con aquella que pudo aceptarse hace algunas décadas. Identificar la procedencia o no de un error de derecho es un ejercicio de identificación de los límites de tolerancia que pueden tenerse respecto de si el sujeto debe o no estar informado. Dicho de otro modo, la evaluación de concurrencia del error de prohibición es necesariamente un ejercicio normativo: ¿qué tanto debía el autor conocer la prohibición que infringió o el mandato que desatendió?

Posiblemente los elementos analizados al resolverse cuestiones de conocimiento de antijuridicidad sigan siendo los mismos, pero el grado de importancia que a ellos se les otorga frente a ciertos delitos, especialmente los de mayor gravedad, no es una cuestión estática, sino que sujeta a las mismas variaciones que tienen nuestros cambios sociales y políticos.

Referencias

- BULLEMORE, Vivian y John Mackinnon (2005). «El error de prohibición y la reforma del ordenamiento penal». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 26 (1): 95-112.
- CASTILLO, Alejandra (2014). «La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 27 (2): 243-267.
- HRUSCHKA, Joachim (2009). *Imputación y Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F.
- HUSAK, Douglas y Andrew von Hirsch (1993). «Culpability and Mistake of Law». En Stephen Shute, John Gardner y Jeremy Horder (editores), *Action and Value in Criminal Law* (pp. 157-174). Oxford: Oxford University Press.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2003). «Consideraciones acerca del error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación». *Revista de Estudios de la Justicia*, (3): 145-161.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas.
- SILVA, Jesús María (1987). «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuridicidad». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 40 (3): 647-663.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel (en coautoría con María Piedad Karelovic Car) (1984). *Sistema de error evitable sobre la antijuridicidad en el Código Penal chileno, en los delitos de acción*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales [Universidad de Chile].
- . (1986). «Nota». *Revista de Ciencias Penales*, 38: 164-174.
- . (1999). «Una jurisprudencia histórica hacia el reconocimiento del “principio de culpabilidad” en el Derecho Penal chileno». *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 3 (3): 233-253.
- SCHÜRMAN, Miguel (2018). «La vinculación entre los presupuestos de imputabilidad y el conocimiento de la prohibición». *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, 45: 721-726.

Nota

Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en las Jornadas en memoria de Miguel Soto Piñeiro, de mayo de 2023, organizadas por el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

Sobre el autor

JORGE BOLDT SILVA es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. LL.M. en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Máster en Derecho Penal por las Universidades Pompeu Fabra y de Barcelona. También es académico de la Universidad de Santiago, Chile. Su correo electrónico es jorgeboldt@gmail.com.  <https://orcid.org/0009-0001-7675-8243>.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

(www.tipografica.io)