

QUÉ ES EL DOLO PENAL Y QUÉ ES EL ERROR PENAL

WHAT IS THE CRIMINAL DECEIT AND WHAT IS THE CRIMINAL MISTAKE

CLAUDIO PRAMBS*

SUMARIO

Sobre la base de dos distinciones conceptuales: “Error de tipo” frente a “error de prohibición”, en este artículo se argumenta (y se combate) la doctrina “tradicional” que postula que el dolo tiene dos elementos y está contemplado en la voz “voluntaria” que utiliza el artículo 1° del Código Penal; que el error de tipo elimina el dolo y el error de prohibición la culpabilidad. En el actual Derecho penal, no cabe seguir sosteniendo que la voz voluntaria significa dolo y que el error de prohibición se ubica en la culpabilidad. El dolo tiene ubicación sistemática en el tipo de injusto; y tanto el error de tipo como el de prohibición son negaciones de él, puesto que sólo está constituido por el elemento cognoscitivo (de los elementos del tipo y de las valoraciones o normas que el tipo publica).

SUMMARY

On the base of two conceptual distinctions: “Mistake of type” opposite to “mistake of prohibition”, in this article it is argued (and there fights) the “traditional” doctrine that postulates that the deceit has two elements and is contemplated in the “voluntary” voice that uses the article 1 ° of the Penal Code; that the mistake of type eliminates the deceit and the mistake of prohibition the guilt. In the current Criminal law, it is not necessary to continue holding that the voluntary voice means deceit and that the mistake of prohibition is located in the guilt. The deceit has systematic location in the type of unjustly; and so much the mistake of type as that of prohibition they are denials of him, since only it is constituied for the cognitive element (of the elements of the type and of the valuations or procedure that the type publishes).

* Profesor de Derecho Penal. Universidad San Sebastián. Sede Osorno. Email: claudio65@web.de

Tradicionalmente, desde el causalismo, todo lo subjetivo en la teoría del delito fue ubicado en la categoría dogmática de la culpabilidad, reservándose la categoría del injusto típico para todo lo objetivo. Es la sistemática que -inexplicablemente, superado y definitivamente sepultado, hace ya tiempo, el causalismo- se sigue manteniendo en las últimas obras de Derecho penal chileno. A partir del finalismo, alrededor de los años 30 del siglo pasado, se sostuvo que el dolo penal está constituido por dos elementos: Uno cognoscitivo (conocimiento de los elementos del tipo penal objetivo) y otro volitivo (voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo). De esta caracterización nace la doctrina de la doble posición del dolo dentro de la teoría del delito: Dolo neutro (ubicado en el injusto típico) y el dolo valorado o “dolo malo” o “voluntad mala” (ubicado en la categoría dogmática de la culpabilidad). Semejante caracterización del dolo no sólo es del todo errada dogmática - sistemáticamente hablando, puesto que un mismo elemento no puede estar ubicado en dos escalones distintos de la teoría del delito; sino que también es parcial, puesto que sus sostenedores, cuando tienen que referirse al dolo eventual y al delito omisivo, sostienen que en éstos el dolo está desprovisto del elemento volitivo, conservando sólo su elemento cognoscitivo: se habla, entonces, de “cuasi dolo”. Pero lo más grave, es que nuestro Código Penal sólo conoce el dolo con un elemento. En efecto, la voz voluntaria que utiliza el § 1, del Código se refiere a la categoría dogmática de la culpabilidad (lugar donde el dolo no tiene lugar) y, tal como lo hace el moderno y magnífico Código Penal portugués, concibe el dolo sólo con elemento cognoscitivo: Ahí están los § 1, inciso final, § 17, § 64, inciso segundo, y § 390, entre otros, para corroborarlo. La última y, a mi juicio, más acertada sistemática de la teoría del delito ubica el dolo penal en el injusto típico, y lo concibe sólo con el elemento cognitivo, puesto que la voluntariedad de las conductas humanas no es un problema de injusto, sino que de culpabilidad.

DEFRAUDACIÓN, FRAUDE, ENGAÑO, MENTIRA, FALSEDAD Y DOLO.

INTRODUCCIÓN

Es de gran interés para nuestro trabajo entrar al análisis preliminar¹ de estos conceptos jurídicos elementales, para despejar una serie de imprecisiones en que incurre la doctrina nacional, tanto civilista como penalista.² De la imposibilidad mental de desconectarse de la opinión de los civilistas sobre el concepto de dolo civil, los primeros comentaristas del Código Penal confunden dolo, fraude y engaño; y, lo más grave, ni siquiera repararon en que el Código Penal contiene un concepto de dolo que es completamente diferente al de mala fe³. Otro de los despropósitos en que ha incurrido

¹ A lo largo del trabajo iremos fijando sus significados precisos y sus alcances sistemáticos.

² Buen ejemplo de arcaísmo imperante son las voces “dolo específico” - “dolo propio de determinados delitos” o declaraciones como que la voz “voluntaria que utiliza el § 1 del Código Penal significa dolo”, u otras similares que pueden leerse en algunos manuales de Derecho penal nacional, incluso en los de más reciente aparición. El dolo penal es sinónimo de conocimiento; y así lo entiende nuestro Código Penal en sus artículos 1, 17 y 64, acogiendo la teoría cognoscitiva del dolo penal, que impresionantemente es la teoría que sigue la doctrina penal moderna más autorizada. La voluntad nada tiene que ver con el dolo, puesto que voluntad es precisamente eso, voluntad, y no conocimiento. Sobre el concepto de dolo, remito al lector de mi trabajo: El tipo de culpabilidad en el código penal chileno. Una visión sistemática, normativa y positiva. Editorial Metropolitana, 2005, pássim.

³ Sólo podemos atribuir estas imprecisiones a la circunstancia de que el Código Civil asimila el dolo al fraude y éste al engaño, y los primeros comentaristas de nuestro Código Penal se basaron en el concepto civil de dolo proveniente del Derecho francés, que recoge - en lo fundamental - nuestro Código Civil. Decía Pothier (citado por Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Imprenta Nascimento, 1937, t. XI, p. 220): “Se llama dolo toda especie de artificio de que alguno se sirva para engañar a otro”. Y Claro Solar lo define como: “Dolo es toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe, que una persona emplea para hacer que otra incurra en un error que la determine a contratar” (ob. cit. p. 220). El Código Civil habla de dolo en tres sentidos diferentes: a) en la celebración de un acto o contrato. En este sentido constituye la causa que vicia la voluntad. De él trata el art. 1458 y la doctrina civilista lo asimila a engaño.; b) en el incumplimiento de una obligación contractual. De él habla el art. 1558 en el sentido de

la doctrina penalista - inducida por su anclaje en los comentarios de algunos civilistas y por una inadecuada sistemática - es entender que el engaño en la estafa requiere del denominado artificio, ardid o mise en scène - a la francesa -; lo que no extraña si consideramos la enorme influencia de Groizard (de ascendencia francesa y comentarista del Código Penal español de 1870, con el cual concuerdan sus posteriores, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, penalistas de gran influencia en la doctrina patria⁴), quien siguiendo a Pothier afirma: "El dolo civil como el dolo criminal utilizan un mismo medio y tienen un común objeto: El engaño y el injusto provecho"⁵. Y Pothier entendía por dolo no sólo el engaño, sino que el engaño artificioso, es decir, la utilización de la mise en scène como adorno para engañar. Y la doctrina civilista - invasora y pretenciosa - no cesa en afirmar que el concepto de dolo civil es de aplicación general a todo el derecho⁶.

Dejando de lado las opiniones personales de algunos doctrinadores civilistas (sin duda eso, personales, porque lo cierto es que no se apegan ni a la letra ni al "sistema de la ley"), y yendo a la letra del Código Civil, podremos comprobar que el dolo es sinónimo o de conocimiento de actuar antijurídicamente (daño a la persona o propiedad) - así, en el sentido de la responsabilidad extracontractual - o sinónimo de engaño - así, en el sentido de vicio de la voluntad - o, simplemente, sinónimo de incumplimiento consciente de una obligación, esto es, incumplimiento conociendo el deber de cumplir⁷. En conclusión, podemos afirmar que para la ley civil dolo es conocimiento, engaño o incumplimiento de obligaciones⁸. En cambio, el concepto penal de dolo coincide con el concepto civil sólo en un sentido: Dolo penal es exclusivamente conocimiento; pero no cualquier conocimiento, sino que un conocimiento muy concreto: El dolo penal es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal. En cambio, defraudación en un resultado, es el perjuicio patrimonial provocado por el empleo de un fraude; fraude penal tiene exactamente el mismo alcance que el fraude civil ¡simetría sistemática!, esto es, podrá hablarse de fraude - penal o civil - cuando exista incumplimiento de obligaciones - con o sin engaño - (delitos de fraude), o engaño para lo-

incumplimiento voluntario de la obligación contractual, y alguna doctrina civilista lo asimila al concepto de fraude; y la más autorizada (Ihering) dice que sólo se configura como simple violación consiente de la obligación; y c) como fuente de los delitos civiles. Este es el sentido en que lo define el art. 44 del C. Civil: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Es el dolo causante del delito civil.

⁴ Si se analiza profundamente la obra de Mera (Fraude civil y fraude penal. El delito de entrega fraudulenta, Conosur, 1994), una de las más completas - que no acertadas - sobre el tema del fraude, se podrá comprobar que no es otra cosa que la adaptación y recepción de las concepciones penales del maestro de Salamanca, Antón Oneca.

⁵ El Código Penal de 1870 concordado y comentado, 2o ed., t. VI, Madrid, 1914, p. 433. Sin duda que es verdad lo que dice Groizard: Fraude civil y fraude penal son exactamente lo mismo; pero el problema es que éste autor confunde dolo con fraude, en circunstancias que son conceptos distintos: Dolo es conocimiento; fraude, engaño. Y entiende el fraude a la francesa: Mise en scène, lo cual, en nuestro Derecho, no tiene justificación lógica sistemática y positiva alguna.

⁶ Así, evidentemente errado, Saavedra Galleguillos, Teoría del Consentimiento, Conosur, 1994, p. 225.

⁷ La letra de la ley civil es más precisa y clara que la doctrina: En ninguna parte dice que el dolo exige ardid, artificio, maquinaciones o mise en scène. El art. 1458 dice: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo". Y el art. 44: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Por su parte, el Diccionario de la Real Academia española de la Lengua (22ª ed., 2001) define la voz fraguar como: "2. Idear, discurrir y trazar la disposición de algo". Nada de mise en scène.

⁸ No está en lo cierto Mera (Fraude civil y penal, Conosur, 2o ed. 1994, pp. 94 y ss.) al afirmar que el Código Civil concibe el dolo como sinónimo de engaño; y no lo está porque hemos demostrado que el dolo civil tiene tres sentidos diferentes. Y, al contrario de lo que él sostiene: "... preguntar... sobre la coincidencia o discrepancia de las nociones de dolo civil y dolo penal, no tiene sentido: es confundir, lisa y llanamente, la culpabilidad en sentido estricto con la tipicidad..." (p. 97), es de primera necesidad preguntarse por el concepto de dolo civil, pues si el Derecho penal es protector de los deberes extrapenales, regidos por el Derecho común o civil y la Constitución, no vemos cómo podríamos penar a un sujeto que ni siquiera ha actuado con dolo civil, esto es, que no ha infringido su deber extrapenal ¿Acaso es lícito castigar a alguien con una pena si ha actuado sin dolo civil? Es simplemente un despropósito la postura de este autor, sin duda confundida por una visión del Derecho penal errada, tanto en sus fundamentos (que no es otro que la protección de deberes extrapenales normativamente impuestos), como en su sistemática, pues el dolo penal no es elemento de la culpabilidad penal, como él sostiene, sino que la parte subjetiva de los tipos penales (elemento típico), basado sólo en el conocimiento, donde la voluntad nada tiene que ver con la teoría del dolo que acoge nuestro Código Penal, pues voluntad es culpabilidad, y no dolo. Más detallado, mi libro: "El tipo de culpabilidad ..." , cit.

grar desplazamientos patrimoniales - contractuales o no contractuales - (delito de estafa).

Si partimos de la base de que la protección penal se brinda a los deberes extrapenales, hemos de concluir que si el deber extrapenal no está incumplido, mal puede intervenir el Derecho penal, esto es, la tipicidad penal siempre estará condicionada por el incumplimiento del "deber extrapenal", pero el incumplimiento del deber extrapenal no es siempre todo el tipo penal objetivo⁹, aunque siempre su contenido mínimo e indispensable. Es posible que el tipo penal requiera más que la sola infracción al deber extrapenal para intervenir con la sanción penal; casos como estos se dan, por ejemplo, en los tipos que no sólo se conforman con un simple engaño o mentira, sino que exigen un medio engañoso determinado¹¹. El concepto penal de defraudación ya lo hemos adelantado: Es el perjuicio patrimonial provocado usando como medio comisivo el fraude; y el concepto de fraude penal tiene tres sentidos sistemáticos posibles en el Código Penal: a) incumplimiento de obligaciones sin engaño, lo que equivale al concepto civil de dolo en el incumplimiento de una obligación; b) incumplimiento engañoso de obligaciones y; c) el engaño para obtener un desplazamiento patrimonial o estafa. Engaño, por su parte, es una modalidad de fraude que es sinónimo de mentira activa o pasiva (reticencia u omisión). El concepto penal de falsedad es sinónimo de mentira, es la que - con brillo - se ha llamado "mentira escrita"¹², esto es, la mentira plasmada en un documento, inexistente en la realidad o alterado material o ideológicamente.

CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ERROR PENAL COMO AUSENCIA DE DOLO. EL ERROR DE PROHIBICIÓN. UN PROBLEMA DE CONOCIMIENTO, POR TANTO, DE DOLO O CULPA Y UBICADO EN EL INJUSTO PENAL Y NO EN LA CULPABILIDAD.

Contra abrumadora doctrina penal tradicional de corte civilista - naturalista, otras posteriores iguales, pero disfrazadas bajo un aparente normativismo para evitar el reproche por "error iuris nocet", y contra las modernas doctrinas de corte funcionalista¹³, sostenemos que en nuestro sistema penal el error o desconocimiento de las prohibiciones penales¹⁴ nada tiene que ver con la culpabilidad, porque el error es un problema que afecta a la facultad cognoscitiva del sujeto, un asunto

⁹ No es, por ello, correcto afirmar que entre "ilícito civil" e "ilícito penal" no hay diferencias. La infracción del deber civil es siempre indispensable para que intervenga el Derecho penal; pero no siempre suficiente, porque es posible que el tipo penal exija requisitos adicionales. En cualquier caso, desde el punto de vista penal, y suponiendo que la infracción del deber civil cumple todos los requisitos del tipo penal, esto es, son coincidentes, en sede penal no es un problema de "ilícito", sino que un mero problema de "tipicidad penal", pues hablamos de "ilicitud penal" cuando no concurren causas de justificación.

¹⁰ Como ocurre en el tipo básico de estafa, que contra casi toda la doctrina afirmamos que es el art. 473 del C. Penal: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales".

¹¹ Caso, por ejemplo, del art. 468 del C. Penal: "Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante".

¹² Rödíg. Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, pássim.

¹³ En el tema del error de prohibición demuestran sus inconsecuencias. Por citar sólo alguno de los autores más conocidos, Jakobs, dice: "Por lo que se refiere al injusto... su conocimiento o cognoscibilidad (problema del error de prohibición) como problema del ataque al fundamento de las normas es elemento independiente del tipo de culpabilidad (sin embargo en su sistemática lo incluye en la culpabilidad, como un elemento de esta categoría dogmática!)", continúa: "... dado que siendo inevitable el error de prohibición, falta un presupuesto positivo de la culpabilidad, no se plantea una cuestión de exculpación" (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1991 § 17.77.1). Si el presupuesto de la categoría de la culpabilidad es la existencia de injusto, hemos de concluir que el problema del error es un asunto radicado en el injusto. Ubicar el error dentro del tipo positivo de culpabilidad, como elemento de éste, como lo quiere la gran mayoría de la doctrina, no creemos que sea el camino correcto, puesto que entonces estamos incurriendo en el error de trasladar el dolo y la culpa a la categoría de la culpabilidad (¡ y por este camino retrocediendo 60 años en la dogmática penal !); y si así procedemos hemos de ubicar el desconocimiento o error en el lado negativo, en el tipo negativo de la culpabilidad, lo que no es correcto, puesto que el error no es un problema de voluntad, sino que de conocimiento.

¹⁴ Al igual que para el Derecho civil, que todavía deja sentir toda su influencia en el problema del error penal, error es sinónimo de equivocación o de falta de conocimiento.

de conocimiento o de posibilidad de conocimiento, ergo, de dolo o de culpa, respectivamente¹⁵, antes que de voluntad¹⁶; y, por ello, de ubicación en el injusto penal y no en la culpabilidad¹⁷. Si mantenemos que sólo podemos entrar al estadio de la culpabilidad cuando la antijuridicidad de la conducta está afirmada previamente, si está afirmada la existencia de una conducta dolosa o culposa, cualquier problema que impida establecer el dolo o culpa del sujeto no podrá dejar configurado el injusto típico y no podremos operar “per saltum” ingresando a una categoría delictiva, la culpabilidad, destinada -exclusivamente- al análisis de la voluntariedad de las acciones humanas ya declaradas - en el estadio del injusto - realizadas con conocimiento¹⁸. Para analizar los problemas culpabilísticos hemos de afirmar -previamente- la existencia de antijuridicidad, ergo, de dolo o de culpa¹⁹. Que el conocimiento de los elementos típicos, de los mandatos o las prohibiciones penales sea un problema de antijuridicidad, por incidir en el dolo o la culpa, en el conocimiento, resulta casi innecesario decirlo²⁰ por el solo nombre de la institución que analizamos: “Error”²¹, por ende con incidencia en el conocimiento humano²², requisito del dolo y la culpa, según hemos dicho precedentemente.²³

¹⁵ Notemos que la doctrina habla de error de tipo como conocimiento actual y para referirse al conocimiento de la antijuridicidad, mejor, de los mandatos y las prohibiciones penales, utiliza el adjetivo potencial, esto es, conocimiento potencial; y recordemos que nosotros hemos hablado de que el dolo es conocimiento y culpa posibilidad de conocimiento. De este paralelismo sacaremos conclusiones sistemáticas útiles más adelante.

¹⁶ Quien ignora ¡No sabe lo que hace!, lo que es muy distinto a decir que ¡No pudo evitar hacerlo!, puesto que el sujeto que actúa con error ¡Nada trata de evitar!

¹⁷ Su ha tratado de disectar el problema del error penal en dos (error de tipo y error de prohibición), lo que ya nos parece, de partida, artificial y voluntarista, dado que un mismo problema jurídico no puede tener tratamientos distintos. Y como el error es una falta de conocimiento y ello no casa con el denominado error de prohibición, se ha dicho que el conocimiento de la antijuridicidad o prohibición penal “no es un conocimiento actual”, sino que potencial; sin embargo, conocimiento potencial no es conocimiento, sino que la posibilidad de conocer, lo que algo muy distinto. Es muy acertado Cousiño cuando sostiene que un error no puede ser medido en evitable o inevitable, puesto que el conocimiento sólo puede ser real o actual: Se conoce o no se conoce; si se conoce no hay error y si no se conoce hay error. (Derecho Penal Chileno, t. III, Editorial Jurídica, 1992, pp. 189 y ss.).

¹⁸ Cousiño ha dicho que: “... el conocimiento de la prohibición es un componente de la acción voluntaria”. Trata así de encontrar justificación sistemática a su postura de que el error de prohibición debe ubicarse en la culpabilidad. A poco que analicemos el problema, veremos que ello es incorrecto y voluntarista, puesto que conocimiento y voluntad son dos conceptos jurídicos y lingüísticos distintos. El conocimiento es un elemento de la acción dolosa o culposa y la voluntad otro componente del concepto de acción; por ello se incurre en un vicio lógico cuando se afirma que el conocimiento es un componente de la acción voluntaria, una especie de tercer elemento, una subespecie de acción, ubicado en el concepto de voluntariedad. El concepto de acción penal tiene dos componentes, y como especie (dolo o culpa) y subespecie (voluntaria) de ella, no pueden mezclarse. Es especie de acción la acción dolosa o culposa y subespecie de acción y especie de acción dolosa y culposa, la acción voluntaria ¡Pienso, conozco, me informo, y luego decido actuar u omitir!

¹⁹ En la actual doctrina penal ya han desaparecido los que sostengan que el dolo o la culpa se ubican en la culpabilidad, salvo quienes, sólo por orgullo personal porque dogmática y legislativamente están acorralados, no pueden modificar sus posiciones que venían afirmando como artículo de fe, en orden a que el dolo y la culpa son formas de culpabilidad y por ello su ubicación corresponde a dicha categoría dogmática. El acorralamiento dogmático es claro, pero el acorralamiento legislativo ha venido desde las instancias internacionales, concretamente de la positivación de la presunción de inocencia y de la unánime jurisprudencia internacional que obliga a que el dolo y la culpa sean probados por la acusación, porque ellos son elementos del injusto positivo, esto es, elementos subjetivos de los tipos penales.

²⁰ Y no sólo lo afirmamos nosotros, sino que uno de los dogmáticos más prominentes, como lo fue Armin Kaufmann, decía que la cognoscibilidad del injusto constituye un problema común al dolo y a la imprudencia, añadiendo que la imprudencia es el dominium del error de prohibición (Das fahrlässige Delikt. Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, pp. 41 y ss.).

²¹ RAE (22^o ed., 2001) voz error: “1. Concepto equivocado o juicio falso. 2. Acción desacertada o equivocada. 3. Cosa hecha erradamente. 4. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto.”

²² Y aunque la prohibición de los comportamientos penados no esté explicitada ni esté implicada en la literalidad de los textos legales, en los tipos positivos, una interpretación de su significado material permite admitirla. Así, cabe entender que las disposiciones que castigan conductas presuponen que éstas están prohibidas (Así, Mir Puig, Derecho penal, Parte General, 5^o ed. 1998, p. 28 ss. Mir Puig, Comentarios al Capítulo Primero del Título Primero del Libro Primero del nuevo Código penal, Rev. Jurídica de Catalunya, 1997, pp. 314 ss.) o, mejor, que las disposiciones legales que castigan una conducta al mismo tiempo están transmitiendo de forma tácita e indirecta la prohibición de tal conducta. Existen además antecedentes en el Derecho histórico del hecho de que conductas menos graves, como ciertas infracciones administrativas, estén prohibidas expresamente, o que el propio Código penal designe como “infracción penal” que aconsejan entender que el Derecho vigente no sólo emite normas que castigan los delitos, sino también otras que los prohíben.

²³ Concordamos, en lo esencial, con Mir Puig (Introducción a las bases del derecho penal, Barcelona, 1982, pássim) y con Gimbernat (Introducción a las bases del Derecho penal, 1990, pássim), y muchos otros grandes penalistas, de antaño y ogaño, que conciben el tipo de injusto con su fase positiva (tipicidad propiamente tal) y su fase negativa (antijuridicidad), esto es, como injusto total, siendo

Es un lastre histórico civilista, que hoy no se justifica por haber adquirido el Derecho penal plena autonomía, mejor, haber cortado las cadenas que lo ataban al Derecho civil, “partir el conocimiento humano en dos cuando el sujeto se sitúa frente al mismo objeto de conocimiento” y afirmar que una parte de él pertenece al injusto²⁴ y el resto pertenece a la culpabilidad.²⁵ Ello es absurdo en lógica e injustificado desde el punto de vista sistemático penal.²⁶ Si afirmamos que la Constitución Política atribuye a todas las personas la condición de dignos, esto es, atribuye a las personas y reconoce todas sus potencialidades humanas, una de las cuales es la capacidad de conocer, hemos de afirmar que esa capacidad no sólo puede ser referida a los hechos, sino que también a las valoraciones de ellos;²⁷ y entonces la distinción entre error de tipo y error de prohibición,²⁸

la tipicidad *ratio essendi* de la antijuridicidad, porque el legislador no realiza tipificaciones de conductas que no sean antijurídicas; y, por ello, no pueden estar en lo cierto quienes se permiten, asistemáticamente, afirmar que una conducta puede ser típica, pero no antijurídica. Si no hay antijuridicidad no podremos hablar de tipicidad, pues falta un elemento al tipo, precisamente, su lado negativo, la antijuridicidad. De esta manera, si el dolo y la culpa son elementos del tipo total de injusto y el conocimiento de la antijuridicidad es elemento del tipo de injusto, de la conducta dolosa o culposa, la inexistencia de dolo o culpa elimina la injusticia del hecho y no podremos entrar a la culpabilidad. Si no conocemos la injusticia del hecho, esto es, la antijuridicidad (error de prohibición), no podremos afirmarla y no podemos analizar la culpabilidad de un hecho justo. Del todo desacertado es Bustos (Lecciones de Derecho Penal, t. II, Trotta, 1999, p. 345), cuando acusa a Mir de asistemático, aduciendo que de acuerdo a su postura del injusto total, del tipo total, habría primero que analizar la culpabilidad y después entrar a analizar el injusto, porque la antijuridicidad tiene como presupuesto que el sujeto es motivable y este es un problema de culpabilidad. Por otros derroteros va el problema que plantea Bustos. La culpabilidad no es un problema de conocimiento, sino que de voluntad y nada nos indica, como él pretende, que la voluntad precede en el plano lógico mental al conocimiento, puesto que voluntad y conocimiento, ambos por igual, son elementos del concepto de acción penal y sólo por razones jurídico sistemáticas (no se puede entrar al examen de la culpabilidad si no se ha constatado la existencia del injusto) hay que analizar primero el conocimiento y una vez afirmado se podrá entrar al análisis del problema de la voluntariedad (culpabilidad); y es por ello que las cosas en el Derecho penal y en la lógica son todo lo contrario a como lo afirma - el hoy Diputado - Bustos en su crítica a Mir: El conocimiento (dolo) es anterior y presupuesto para afirmar la existencia o inexistencia de voluntad penal. Es más, Bustos tiene una postura que es muy consecuente con su auto calificación de “político criminal”, pues en su conocido artículo (coelaborado por Soto) publicado en la Revista de Ciencias Penales en 1964 (“Voluntaria “significa culpabilidad en sentido restringido) afirmaba su alineamiento a la concepción del dolo natural, incoloro, de Welzel; posteriormente, en 1999 (Lecciones II, pp. 372 y ss.), afirma su simpatía por la teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias (una teoría asistemática y contradictoria que sostienen algunos penalistas alemanes y españoles - Jescheck y Muñoz Conde, entre otros - y es ilógica porque no son las consecuencias las que imponen el sistema, sino que al revés, es el sistema el que impone las consecuencias) y crea, declarando que ya no sigue la teoría estricta de la culpabilidad, una propia, la “teoría de la otra conciencia” (tener otra conciencia puede implicar dos cosas: O que no se está en un error porque se conoce la existencia de la prohibición, aunque se tenga otra conciencia, o que se está en un error porque no se conoce y se tiene otra conciencia, de manera que nos mantenemos en el mismo problema del error). Dos años más tarde, 2002, en el Texto y Comentario del Código Penal Chileno (p. 54), afirma: “voluntariedad ... debe identificarse solamente con la conciencia de la antijuridicidad, posición a la que ahora adherimos”: Ello implica que está sosteniendo, ahora, que la voluntad es igual a conocimiento de la antijuridicidad; está confundiendo conocimiento con voluntad, conceptos que el diccionario de la lengua castellana no hace sinónimos. Nuestra postura aparece confirmada por quienes, como por ejemplo Baumann / Weber/ Mitsch (Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10° ed. Bielefeld, 1995, núm. marg. 62), sostienen que el error sobre la existencia de una causa de justificación (error de prohibición indirecto), el error sobre los presupuestos de una causa de justificación y el error de tipo han de tener el mismo tratamiento, esto es, como un problema de injusto, de conocimiento, y no de culpabilidad. Si el error indirecto de prohibición o error sobre un permiso es un problema de injusto, no vemos qué impide tratar de la misma forma un error de prohibición directo, puesto que también es un error permisivo, un error sobre la prohibición.

²⁴ La doctrina actual ya casi no tiene disidentes en afirmar que bajo las reglas del error de tipo (que es un problema de injusto) se incluye el error sobre los supuestos de hecho de las causas de justificación. En cambio, el denominado error de prohibición indirecto, esto es, la suposición o creencia de la existencia de un permiso no existente en el ordenamiento jurídico sólo pocos lo incluyen en las reglas del error de tipo, siendo asimilado por la gran mayoría al error de prohibición.

²⁵ La gran mayoría de la doctrina ubica el error de prohibición directo, esto es, la suposición errónea o ignorancia de que la conducta no está prohibida o que está permitida en la culpabilidad. ¡Un problema de conocimiento ubicado en el sitio de la voluntad!

²⁶ Pretender que el dolo es un conocimiento avalórico, como lo hace, por ejemplo, Welzel (Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum vom Verbotsirrtum, Monatschrift für deutsches Recht, 1952, p. 584), es afirmar que el sujeto conoce a medias, conoce sólo los hechos pero no el significado de los hechos o las valoraciones de los hechos, lo cual no está de acuerdo con la lógica del conocimiento humano ni con la dignidad de la persona humana ni con la Constitución Política, que declara a los hombres libres, esto es, culpables (y el presupuesto de la culpabilidad es, precisamente, el conocimiento).

²⁷ Pues de lo contrario se estaría reconociendo sólo la mitad de la dignidad de la persona humana.

²⁸ En materia de error existen cuatro teorías tradicionales; pero también las nuevas teorías que nosotros seguimos en este estudio. La teoría tradicional estricta del dolo, es la primera en surgir y la última en resurgir en la actualidad, pero con importantes modificaciones. La interpretación de esta doctrina es hecha desde el causalismo. Allí, conforme a su sistemática, el dolo es parte de la culpabilidad y lo componen el conocimiento actual de la tipicidad y, a su vez, el de la antijuridicidad. Ambos conocimientos deben ser actuales. El desconocimiento de lo injusto (antijuridicidad), consecuentemente, elimina el dolo (para ellos la culpabilidad). Esto es así porque dicho conocimiento vendría a ser parte del mismo. En el finalismo, a diferencia, el dolo es parte del tipo y sólo lo integran, básicamente, el conocimiento de los aspectos objetivos (del tipo) y la voluntad de realizarlos. La conciencia o conocimiento de la antijuridicidad, no pasó junto al dolo al tipo penal sino que se quedó en la culpabilidad, como uno de sus componentes. El desconocimiento de lo injusto en

es artificial, voluntarista e injustificada.²⁹ Daremos dos argumentos para afirmar nuestra postura: Uno referido al aspecto material del problema del error, y el otro basado en el sistema de nuestro Código Penal, que prima sobre la doctrina, porque no existe teoría jurídica válida alguna si se estrellan con el tenor y sistema de la ley positiva.

este sistema, lógicamente, excluye la culpabilidad si es invencible. De otro lado, el conocimiento de la antijuridicidad, para esta teoría, requiere ser únicamente potencial. La teoría estricta del dolo resuelve el error de prohibición con el siguiente argumento: Si el error es invencible, excluye el dolo y además la culpabilidad. Siendo el hecho inculpaible, queda exento de pena. Si, por el contrario, el error es vencible, convierte la infracción de dolosa en culposa y lo sanciona como tal (culpa de derecho). Contra esta solución, podríamos argüir lo siguiente: No es practicable en nuestra legislación la conversión de un delito doloso en culposo. El sistema de *numerus clausus*, en principio, se opone a tal solución. Como no puede convertirse un delito de doloso en culposo, una buena cantidad de delitos deberán dejarse impunes por ausencia del correspondiente tipo culposo si el autor, por supuesto, obró en error de prohibición. La otra teoría tradicional, la teoría limitada del dolo, mantiene, en lo fundamental, el mismo criterio que la teoría anterior, pero trata de resolver los cuestionamientos que se le hacen. En efecto, podría ocurrir que un sujeto reaccione de modo ordinario ante el menor motivo demostrando el más absoluto desprecio por el orden jurídico (ceguera jurídica), o que circunstancialmente cometa un hecho pasional grave. En ambos casos, lo más probable es que el conocimiento de la antijuridicidad únicamente sea potencial y por lo tanto (conforme a la teoría estricta del dolo), quede excluido el dolo. Para evitar la imposición de la pena culposa si el error era evitable y garantizar la sanción por delito doloso, Mezger inventó una solución dirigida a los llamados casos de "ceguera jurídica", que después denominó "actitud incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto". A través de dicha solución, se pretendió equiparar la actitud dolosa con la "ceguera jurídica" y, por tanto, aunque el agente careciese de un conocimiento actual de la antijuridicidad al momento de actuar, pero lo hiciera con desprecio por el orden jurídico, su comportamiento merecería una sanción a título de dolo. El error en que incurra el autor al apreciar la antijuridicidad de su comportamiento, no podía ser relevante (y por tanto beneficiarle) si provenía de su hostilidad manifiesta al derecho. La fórmula propuesta, la tacha Welzel de infractora del principio de culpabilidad. Ella priva al autor, dice sin razón porque no siempre la ceguera no exculpará, de una causal de exculpación, al establecer la ficción irrefutable de que su error no es excusable. La teoría estricta de la culpabilidad, hoy casi abandonada (no obstante campea en algunos fallos de nuestra Corte Suprema, por inducción del ex ministro Cury), se caracteriza por considerar independientemente del dolo, a la conciencia de la antijuridicidad y al conocimiento del injusto exigido como no necesariamente actual. El error de prohibición invencible, así, elimina la culpabilidad, pero deja intacto el dolo (¡increíble! si pensamos en la doble posición del dolo) y, el error vencible, disminuye la culpabilidad y la pena, sin perjudicar, así mismo, el dolo (¡sorprendente!). Para la última teoría tradicional, la teoría limitada de la culpabilidad, a los errores que no provengan de una supuesta causa de justificación (estado de necesidad putativo, por ejemplo), se aplican los principios de la teoría estricta de la culpabilidad; se quiere decir con esto, que todos los casos de error de prohibición se resuelven de idéntica forma a como lo hace la teoría anteriormente analizada, a excepción de los supuestos de justificación putativa o denominados errores de prohibición indirecto. Defienden esta postura algunos de los sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo penal, o sea, quienes participan del pensamiento de que la constatación de que la tipicidad de un comportamiento implica la comprobación de la ausencia de una justificación y viceversa (es decir, que la presencia de una causa de justificación, hace atípica la conducta). El dolo, conforme al pensamiento que reseñamos, está en el tipo penal y siendo las justificantes elementos negativos del mismo, cualquier error sobre ellas debe ser tratado como error de tipo. El error de tipo, de lege lata, elimina la tipicidad (y el dolo) si es invencible; siendo vencible, sanciona el delito como culposo, si existe tipo culposo.

²⁹ El lector podrá darse cuenta que seguimos las modernas teorías del dolo, llamadas "teorías del dolo modificadas" o "teorías del dolo elásticas", que estimamos acertadas por basarse en el injusto de decisión del sujeto y ser respetuosas de los derechos de las personas. No lleva razón Cousiño (Derecho Penal, cit. p. 202), al afirmar textual: "En el día de hoy, todos los juristas alemanes adoptan la teoría estricta de la culpabilidad por exigencias dogmáticas". Craso error, puesto que la teoría estricta de la culpabilidad (creada por Maurach. Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, 1954, § 39, I, D, p. 405) no está en mayoría en Alemania actualmente y la siguen pocos penalistas (Al respecto, consúltese Paefßen. Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, publicado en el Libro de Homenaje a Armin Kaufmann - Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Dornseifer y otros, Heymanns Verlag, Köln - Berlín, 1989 - quien dice textual: "A pesar de sus prominentes sostenedores, este punto de vista - aludiendo a la teoría estricta de la culpabilidad - ha quedado en minoría; la opinión dominante apenas si la toma en cuenta"). Buena parte de la doctrina antigua y actual se alinea en la teoría del dolo y en las teorías que remiten a las consecuencias jurídicas. Así, sostienen la teoría del dolo: Merkel - 1889 - Frank - 1897 - Löffler - 1892 - Engisch - 1958 - Arthur Kaufmann - 1954 - Lang / Hinrichsen - 1953 - Roxin (con absoluta consecuencia y acierto, antes - 1962 - y hoy - 1978 y sus últimos trabajos -) Schaffstein - 1961 - Schröder - 1953 - Schünemann - 1985 - Lackner - 1987 - Samson - 1989 - von Weber - 1951 -; cercanos, Baumann y Weber - 1985 - Hruschka - 1988 - Frisch - 1988 - Schmidhäuser - 1975 - entre otros. Tampoco es cierto, como lo pretende Cousiño, que el Tribunal Supremo Federal alemán se haya decantado por la doctrina estricta de la culpabilidad, puesto que la sentencia de 1952, si bien fue famosa en su época, ha sido seguida por muchas otras que acogen la teoría del dolo y cercanas a la teoría de los elementos negativos del tipo, por lo que podemos afirmar, sin duda alguna, que el asunto no está resuelto, ni mucho menos decidido en favor de la teoría de la culpabilidad, por la jurisprudencia actual, puesto que el BGH. nunca ha rechazado la teoría del dolo en favor de la teoría de la culpabilidad, y no se avisa una decisión en favor de ésta por la circunstancia de que cada día encontramos desertores que alistan en las filas de las teorías del dolo. En efecto, sólo citaré, de entre muchos otros que existen (por ejemplo, BGH. 3, p. 105 (p. 107); BGH. p. 194 (p. 196); BGH. p. 357 (pp. 359 / 364), BGH. t. 31, p. 264 (p. 287), un fallo posterior al de 1952 del BGH en que se rechaza la teoría de la culpabilidad. Se trata del derecho de corrección realizado por los encargados de un centro de rehabilitación de menores, suponiendo la concurrencia de un permiso para realizarlo (un problema de error de prohibición indirecto, que la teoría de la culpabilidad califica como error de prohibición, como una cuestión radicada en la culpabilidad). Para la teoría de la culpabilidad habría que afirmar que la actuación de los educadores fue dolosa; sin embargo, el BGH declara que los maestros actuaron sin dolo, no cometiendo hecho injusto y sin error de prohibición! o sea, no fue un problema de culpabilidad, sino de injusto típico, y absuelve. Como podemos ver, este fallo es un claro caso de aplicación de la teoría del dolo y los fallos actuales, posteriores al Código de 1975, tampoco se han decantado, a pesar de la regulación expresa del error de prohibición y de tipo, por el rechazo de la teoría del dolo.

La doctrina distingue, para complicar más aún el problema, para transformarlo más artificial,³⁰ cuatro clases de errores penales: El error de tipo,³¹ el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación,³² el error sobre la existencia o límites de una causa de justificación o error de prohibición indirecto³³ y el error de prohibición directo, que alude al desconocimiento de la prohibición de la conducta.³⁴ Como ya hemos adelantado, existe una gran cantidad de penalistas que someten los tres primeros errores a las mismas reglas, y los identifican como un problema de error de tipo, esto es, un problema radicado en el injusto. Otra buena cantidad de penalistas afirman que la tradicional división entre error de tipo y error de prohibición, como conceptos distintos, no corresponde a una estructura preconcebida de diferentes tipos de representación (conocimiento) errónea, sino que sólo se debe a una decisión del legislador;³⁵ otros, que no son pocos y con los que concordamos plenamente, sostienen que la distinción entre error de tipo y error de prohibición en los Códigos Penales sólo produce una superposición de conceptos iguales, la superposición artificial de un mismo problema;³⁶ otros, con argumento material de peso,

³⁰ La distinción de tipicidad penal, objetiva y subjetiva, (en la cual incidiría el denominado error de tipo) y antijuridicidad penal (en la que incidiría el error sobre las causas de justificación) no se explica desde la idea de infracción de una norma primaria (sobre la cual incide el error de prohibición directo). Entiendo, siguiendo de cerca al gran jurista austríaco Hans Kelsen, por tal un mensaje prescriptivo (que puede llamarse imperativo) que procede de un emisor (legislador) y se dirige a determinados destinatarios (ciudadanos) y cuyo contenido consiste en la prohibición o prescripción de una conducta determinada en determinadas circunstancias. La infracción de una norma imperativa como ésta se da o no se da, pero no se da por partes, ni primero de forma provisional y luego de forma definitiva, o primero en abstracto y luego en concreto. Ni el tipo objetivo, ni el tipo objetivo - subjetivo completo (injusto penal) suponen todavía la infracción de una norma penal. Nadie que admita que el tipo completo requiere no sólo una parte objetiva, sino también una parte subjetiva, pretenderá que la sola realización del tipo objetivo suponga alguna forma de infracción de la norma de conducta. Pero tampoco la completa realización del tipo, objetivo y subjetivo, implica necesariamente la infracción de la norma, puesto que no puede considerarse prohibida si tiene lugar al amparo de una causa de justificación. No es admisible la tesis del finalismo, según la cual el tipo agota la materia de prohibición y su realización supone la infracción de la norma de conducta, aunque concorra alguna causa de justificación. (Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11° ed., 1969, p. 50; Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 249 ss.). Los preceptos que tipifican los delitos y los que prevén las causas de justificación pertenecen a un mismo cuerpo legal (el Código penal) y están previstos para ser relacionados unos con otros. Su distinción y ubicación en lugares diferentes del Código obedece solamente a razones de economía legislativa. Si sólo existiese un delito en el Código penal, no sería necesario prever en diferentes preceptos la formulación del tipo del delito y la de las causas de justificación. Si ese delito fuera el de homicidio podría decirse, por ejemplo: "El que matare a otro será castigado con la pena de ..., salvo que lo hiciera en alguna de las circunstancias siguientes: Legítima defensa, etc." Pero, siendo muchos los delitos previstos por el Código, sería interminable repetir la salvedad de las causas de justificación para cada uno de ellos. Lo mismo ocurre con la tentativa o las formas de participación, cuya previsión se hace en la Parte General del Código para no tener que repetirla respecto a cada clase de delito. La misma razón de economía legislativa es la única que explica, también, que las eximentes que no justifican el hecho, sino que sólo excluyen la posibilidad de su imputación personal al sujeto por falta de voluntad (culpabilidad), se hallen previstas en un precepto distinto a los que tipifican el hecho en forma positiva. Si sólo existiese el delito de homicidio también podría decirse: "El que matare a otro será castigado con la pena..., salvo que lo hiciera en alguna de las circunstancias siguientes: Locura o demencia..., fuerza irresistible... miedo insuperable, etc.". Todas las eximentes son salvedades que delimitan el alcance de la norma secundaria formulada expresamente por el precepto legal que castiga una conducta, porque todas ellas contribuyen a completar el supuesto de hecho de dicha norma secundaria y a condicionar, por tanto, su consecuencia jurídica: El deber del juez de imponer la pena señalada. Aquí parece especialmente claro que el artículo que prevé las eximentes no opera como norma permisiva de una conducta previamente prohibida, puesto que no permite nada, sino que impide al juez castigar en los casos de exención. En consecuencia, si decimos que hay ciertos errores que inciden en el injusto y decimos que otros inciden en la culpabilidad incurrimos en una inconsecuencia sistemática, puesto que en la categoría de la culpabilidad no se admiten los errores, por la sencilla razón que las causas de inculpabilidad no admiten error, porque su sustrato no es el conocimiento humano. El error de prohibición directo es un problema de desconocimiento de la norma primaria, la que está englobada en el injusto, delimitado, a su vez, por la tipicidad y la antijuridicidad, y si todos concuerdan que los errores que inciden en la tipicidad y antijuridicidad son problemas de injusto, no encontramos motivo alguno para no afirmar que el error de prohibición sea un problema de injusto.

³¹ Lo refiere a la ignorancia o equivocación de los elementos objetivos de los tipos penales positivos.

³² Que alude al mismo problema de error de tipo, pero referido al tipo negativo o causales de justificación, y que gran parte de la doctrina concuerda en someterlo a las mismas reglas del error de tipo positivo.

³³ Que alude al supuesto en que el sujeto supone la existencia de un permiso no existente en el ordenamiento jurídico. Este error es tratado, por algunos, como un error de tipo y, por otros, como un error de prohibición.

³⁴ El sujeto ignora que su acción o su inacción es delito.

³⁵ Así, aludiendo al StGB alemán, que divide los errores en de tipo y de prohibición, Neumann. *Der Verbotsirrtum* (§ 17 StGB), JuS, 1993, p. 793. Y desde ya adelantamos que nuestro legislador patrio ha decidido no dividir los errores; y la razón de porqué no lo hizo, no nos importa por el momento, pero fue una acertada decisión.

³⁶ Así, Bacigalupo (La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el proyecto de código penal de 1980. *La Ley*, 1981, pp. 919 y ss.), quien afirma, con toda razón, que el autor culposo siempre actúa con error de prohibición, lo que significa que también el error de tipo excluye el error de prohibición o la consciencia de la antijuridicidad. La afirmación es correcta; sólo nos queda por averiguar si puede ser al revés, esto es, si el error de prohibición siempre implica el error de tipo. Adelantamos que no puede ser de otra

sostienen que la distinción entre ambos errores es “problemática”, puesto que el conocimiento o dolo no puede quedar reducido al conocimiento de elementos fácticos, atendido que es difícil afirmar que el conocimiento humano sea acrítico o valorativo (crítica frontal a los welzelianos, a la doble posición del dolo);³⁷ existe una gran cantidad de penalistas que enfrentan el problema por la vía directa, de frente, como siempre debe ocurrir, afirmando, sin rodeos ni titubeos, que el denominado error de tipo y el denominado error de prohibición no cumplen tareas materialmente distintas³⁸ y, por ello, tampoco merecen tratamiento diferente.³⁹ Muñoz Conde⁴⁰ afirma que la clasificación entre error de tipo y error de prohibición está en crisis y que su fundamentación es puramente sistemática.⁴¹ Y, en efecto, es así; tomamos sus palabras y afirmamos que si la clasificación es sistemática y si seguimos la teoría del tipo total o la teoría del dolo⁴² sólo podremos afirmar que el error de tipo y el error de prohibición inciden en el injusto del hecho⁴³ y los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación y el error sobre la existencia misma de una causa de justificación (error de prohibición indirecto) inciden en el tipo negativo: Cualquiera sea el error que se produzca, será un error que elimine el injusto y no podremos pasar a la culpabilidad porque nos falta el presupuesto para ello: La antijuridicidad de la conducta por falta de dolo o culpa.⁴⁴

Que el tipo sólo sea el reflejo de la antijuridicidad, la misma antijuridicidad elevada a castigo penal, la corporización, la descripción de la antijuridicidad, no nos merece duda alguna si rechazamos, como lo hacemos, la artificiosa construcción tradicional que distingue entre tipo y antijuridicidad como escalones analíticos progresivos, separados y con elementos propios - culpable de la disección error de tipo / error de prohibición - que sólo causa problemas lógico analíticos y preguntas sin respuestas.⁴⁵ Una de las inconsecuencias de mayor calado que produce la postura

forma, puesto que si el sujeto no conoce la prohibición es porque no conoce, previamente, que lo que tiene ante sus ojos, el supuesto de hecho de la norma plasmado en el tipo penal, constituye un ejemplo de lo que regula la norma; y, entonces, no tiene motivo para abstenerse de actuar. Por ello, siempre que exista un problema de error de prohibición no podrá negarse el error de tipo, puesto que el error de prohibición incide en el tipo, en el tipo total. ¡En caso de desconocimiento de la prohibición, antes que error de prohibición hemos de afirmar el error de tipo!

³⁷ Así, en lo básico, Schaffstein. *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*. Festschrift für OLG Celle, Göttingen, 1961, p. 175.

³⁸ Y esta es la única solución compatible con la visión unitaria de las normas penales, pues mientras que todas las eximentes limitan las normas secundarias, no todas ellas afectan a la norma primaria dirigida al ciudadano. Sí lo hacen las causas de justificación, y no lo hacen las exculpantes, que no excluyen la prohibición del hecho al sujeto, sino sólo la responsabilidad penal de quien infringe la norma primaria por falta de voluntad. Pues bien, si se admite que las causas de justificación permiten realizar el hecho típico, es incongruente decir que cuando concurren no impiden que el sujeto infrinja la norma: Ello supone decir, al mismo tiempo, que el hecho permitido por el Código penal está prohibido por el mismo Código penal. Un mismo legislador promulgó el Código en el mismo momento y transmitió sus prohibiciones de modo que nunca pretendieron alcanzar a los hechos justificados. Aunque se admita la existencia de normas permisivas en un ordenamiento jurídico, en el precepto que prevé las justificantes no cabe ver una norma permisiva autónoma que levante alguna prohibición anterior, sino sólo una disposición que delimita el alcance de las normas prohibitivas que emite el mismo cuerpo legal. Téngase en cuenta que la norma primaria no se formula expresamente, sino que se transmite tácitamente, y que tampoco se dice expresamente qué eximentes justifican y por tanto permiten el hecho típico. Si ambas cosas se entienden por una interpretación del sentido material de los preceptos en juego, nada impide considerar también que el mensaje normativo final (la norma en su verdadero alcance, que no prohíbe los hechos típicos justificados) es el resultado de la interpretación global de dichos preceptos.

³⁹ Por todos, Jescheck/ Weigend. *Lehrbuch des Strafrecht*, 50 ed., Berlin, 1996, p. 308.

⁴⁰ Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias. *La Ley*, 1991, pp. 1040 y ss.

⁴¹ Nosotros creemos que ni siquiera puede calificarse de sistemática, puesto que lo único que provoca son asimetrías lógico sistemáticas, desde el momento que el error de prohibición invade una categoría lógico analítica donde viven elementos que no se llaman conocimiento humano, sino que voluntad humana, lo que transforma al error de prohibición en un intruso en la categoría de la culpabilidad.

⁴² La siguen en Alemania y en España, entre muchos otros que he nombrado en mi obra “... el delito de blanqueo de capitales...”. Editorial Lexis Nexis, 2005, Schmidhäuser, Baumann, Weber, Mitsch, Bacigalupo, Zugaldía Espinar, Langer, Schünemann, Mir Puig, Gimbernat, Cobo y Vives.

⁴³ Teniendo siempre presente que lo único que hace el tipo es corporizar la antijuridicidad ¡ratio essendi de la antijuridicidad, porque el legislador no tipifica conductas lícitas!

⁴⁴ Dice el penalista Hall: “Esta distinción - aludiendo al error de tipo y de prohibición - no me merece una buena opinión. Pero incluso si fuera posible llevarla a cabo, no conduce siempre a resultados justos y no llega al fondo de la cuestión” (*Über die Leichtfertigkeit*, Festschrift für Mezger, Berlin, 1954, pp. 229 y ss.).

⁴⁵ En efecto, produce graves inconsecuencias sistemáticas la afirmación de los que sostienen que la antijuridicidad debe ser afirmada en el proceso penal con la comprobación de la lesión del bien jurídico; pero a los que así piensan nosotros les preguntamos ¿No es sufi-

que criticamos es la afirmación que pueden existir hechos típicos, pero no antijurídicos. Ello lleva a Sainz Cantero⁴⁶ a preguntarse ¿Es que acaso comete una acción penada por la ley quien por mero caso fortuito realiza un hecho descrito en ella? Y Aftalión⁴⁷ se cuestiona ¿Y no resulta acaso rebuscado decir que una conducta típica puede ser conforme a Derecho? ¿Pero si el legislador sólo describe e incrimina actuaciones contrarias a Derecho ...!

El denominado error de tipo y el error de prohibición tienen un paralelismo estructural y la misma ubicación sistemática dentro de la teoría del delito, puesto que se refieren al mismo objeto de conocimiento. La estructura paralela de ellos se produce por incidir ambos en el tipo de injusto. Si tomamos el tipo de parricidio del art. 390 del C.P.: “El que, conocimiento las relaciones que los ligan, mate a su padre ... será castigado...”, podemos distinguir dos elementos: Matar y conocer; conocimiento! las relaciones con otra de las personas nombradas. El sujeto podrá incurrir en error porque no conoce las relaciones, no conoce que está ante otra persona (por ejemplo, cree que es un espantapájaros), no sabe que matar está amenazado con una pena en el mismo tipo, etc. Decir, como se hace tradicionalmente, que si el sujeto desconoce que dispara a su padre por creer que era un espantapájaros es un problema de desconocimiento típico (en que no deben indagarse las razones de ese desconocimiento porque es un error de tipo); y, en cambio, si desconoce que matar está prohibido, y ello no es un problema de desconocimiento típico (por ende deben analizarse las razones por las cuales el sujeto desconocía), y que la indagación de estas razones transforman todo el problema en un asunto completamente distinto, nos parece que no tiene lógica alguna. ¿Porqué ha de afirmarse la inexistencia de injusto sólo si el desconocimiento recae acerca de que el espantapájaros era humano? ¿Un lamentable desconocimiento sin mayores indagaciones sobre los motivos del error! ¿Y porqué ha de afirmarse que existe un hecho injusto si el sujeto no sabía que era prohibido matar? ¿Un desconocimiento mucho más lamentable y trágico y que, sin embargo, exige toda una serie de explicaciones e indagaciones sobre el sujeto! ¿Acaso la lógica no indica que en el segundo caso debe ser tratado el sujeto en forma similar, aunque la tragedia personal y social es mayor por incidir en desconocimiento de valores básicos de la estructura de la sociedad y no en

ciente con la existencia de causas legales de justificación para declarar que si alguna de ellas se cumple la antijuridicidad ha de quedar excluida? ¿No es suficiente con la descripción típica cumplida en el caso concreto para afirmar que hay antijuridicidad? ¿Acaso el tipo debe ser complementado con elementos que no están en él para que podamos afirmar la antijuridicidad, violando así el principio de legalidad penal, mejor, la tipicidad penal? ¿Acaso el legislador al tipificar una conducta lo hace pensando que en debe demostrarse adicionalmente que esa conducta ha violado un bien jurídico que el legislador no ha indicado en el tipo? ¿Acaso ello no sólo produce inseguridad y es semillero de arbitrariedades? ¿Acaso el juez debe absolver al acusado - bajo el pretexto que no ha quedado probada la lesión del bien jurídico o la antijuridicidad - si el fiscal prueba todos los elementos del tipo penal, tanto objetivos y subjetivos y el acusado no alega causal de justificación alguna e inculpabilidad alguna? Y frente a ella preguntamos: ¿Es la tipicidad un mero indicio de la antijuridicidad penal o es el antijuridicidad misma que sólo puede ser descartada si el acusado alega una causal legal de justificación? ¿Qué es el bien jurídico? ¿Porqué hemos de aceptar que todos los tipos penales protegen bienes jurídicos si ello es no es verdad, siendo muchos los que protegen únicamente intereses sectoriales, de unos pocos; otros que sólo protegen bienes jurídicos que son aparentes, “mentirosos”; y otros que, derechamente, no protegen bien jurídico alguno, sino que sólo valores constitucionales? ¿Cuál es el bien jurídico protegido en la bigamia? ¿Acaso el matrimonio monogámico o una configuración histórica de la sociedad occidental? ¿Cuál es el bien jurídico en el tráfico de drogas? Si es la salud pública ¿Porqué motivo, entonces, se castiga el consumo individual? Y si se dice que se castiga el consumo para proteger a todos los habitantes de la República ¿Porqué, entonces, se castiga a uno de los mismos beneficiarios de la protección? ¿Cuál es el bien jurídico en la estafa de crédito regulada en la Ley de Bancos, si ya existe un tipo de estafa regulado en el Código Penal, acaso un bien jurídico diferente; y si este bien jurídico diferente existe, acaso no es la protección extra reforzada con las armas del Derecho penal de la actividad, del patrimonio y la libertad, de unos pocos, los banqueros? ¿Y el negocio lucrativo de los banqueros, su fuente de riqueza, es un bien jurídico protegible con las armas del derecho penal? ¿Porqué no se protege con las armas del Derecho penal todas las actividades lucrativas? Y si afirmamos que hay que comprobar la lesión de un bien jurídico para dar por afirmada la antijuridicidad ¿Cómo podemos declarar dañado un bien jurídico en la tentativa de delito, si por definición todavía no ocurre daño alguno? ¿Y cómo podemos declarar dañado un bien jurídico en el delito de asociación ilícita? ¿Y cómo podremos declarar dañado un bien jurídico en los delitos de peligro concreto y abstracto?, ¿Y cómo podemos declarar dañado un bien jurídico en la conspiración y la proposición? ¿Y cómo podemos declarar dañado un bien jurídico en los delitos de mera actividad y en los formales? Muchas preguntas sin respuesta. Se ha pretendido responder con un argumento circular, esto es, lo que en lógica se llama tautología: En la tentativa, en los delitos de peligro, en los delitos formales o de mera actividad, etc., hay un peligro de lesión, pero ello no da una respuesta a la pregunta de cómo el peligro puede ser interpretado como daño a un bien jurídico, como antijuridicidad.

⁴⁶ Lecciones de derecho penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 226.

⁴⁷ Notas para una definición realista del delito, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, 1955, t. VIII (sept. - dic.), p. 491.

un mero hecho confusional ? ¿Acaso el sujeto “es culpable” por no conocer que matar a su padre es prohibido y es “no culpable” si creyó disparar a un espantapájaros ? No lo creemos, y sí creemos que en la visión tradicional del análisis de los problemas de error penal hay no sólo un problema lógico sistemático (aunque parezca circular, un “error” lógico sistemático), sino que, más grave aún, axiológico.⁴⁸

Para abordar la correcta caracterización del problema del conocimiento de las prohibiciones hay que partir por la teoría de las normas penales, pues de lo que por ellas entendamos podremos clarificar el asunto.⁴⁹

Como por todos es sabido, Carrara⁵⁰ planteaba que delito es la infracción a la ley, frente a lo cual Binding,⁵¹ en la primera edición de su obra “Las normas y su transgresión” de 1872, contesta que delito no es la infracción de ley, sino el acto que se ajusta a la ley, y viola algo que se encuentra detrás de la ley, en su trasfondo: La norma.⁵² Delito es, para Binding, el acto que se ajusta a la ley, pero que viola algo que se encuentra encima de la ley, que es preexistente a la ley y que se llama norma jurídico penal. Binding sostiene que la norma crea lo antijurídico y la ley crea la acción punible: La norma valoriza, la ley describe. A partir de aquí se producen todos los problemas posteriores en materia de error: De esta afirmación bindiniana, de la cual mucha doctrina no se ha podido desmarcar hasta el día de hoy, nace, con Binding⁵³ y los posteriores doctrinadores, la distinción entre tipo (cumplimiento de la ley penal) y antijuridicidad,⁵⁴ y su posterior identificación - por obra principal de Franz von Liszt - con el concepto de bien jurídico (violación de la norma) y la distinción entre error de tipo (desconocimiento de los elementos descritos en la ley) y de prohibición (desconocimiento de la norma). Fue Mezger quien vino a poner orden lógico en la sistemática referida a este tema, afirmando que delito no es una acción típica y antijurídica, sino que típicamente antijurídica, de modo que sin tipicidad no puede existir antijuridicidad y sin antijuridicidad no puede existir tipicidad, y que la tipicidad es la

⁴⁸ Las visiones modernas que califican el problema del error de prohibición como un atentado a la autoridad de la norma caen por su extremo sólo considerando que el sujeto que ignora ¡En eso consiste el error de prohibición! no puede cuestionar la majestad de la ley. El único que la cuestiona es el que la conoce o debe conocerla y no lo hace; pero esto no es un problema de error de prohibición, sino que, en el primer caso, simplemente no existe error de prohibición, y, en el segundo, un problema de culpa o de baremo para determinar lo que puede calificarse como error o no, porque el error es desconocimiento y quien desconoce nada puede cuestionar. Lo que sí es rescatable de las modernas teorías que abordan el problema del error es que han desterrado el análisis diferenciado de los errores, afirmando que sólo existe error penal sin adjetivaciones, porque los resultados del error son siempre los mismos. No importa si el sujeto yerre sobre los elementos objetivos del tipo, o que yerre sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los supuestos de ella o que desconozca - derechamente - la prohibición, el resultado es el mismo: no cuestiona la vigencia y validez de la norma.

⁴⁹ Las visiones modernas que califican el problema del error de prohibición como un atentado a la autoridad de la norma caen por su extremo sólo considerando que el sujeto que ignora ¡En eso consiste el error de prohibición! no puede cuestionar la majestad de la ley. El único que la cuestiona es el que la conoce o debe conocerla y no lo hace; pero esto no es un problema de error de prohibición, sino que, en el primer caso, simplemente no existe error de prohibición, y, en el segundo, un problema de culpa o de baremo para determinar lo que puede calificarse como error o no, porque el error es desconocimiento y quien desconoce nada puede cuestionar. Lo que sí es rescatable de las modernas teorías que abordan el problema del error es que han desterrado el análisis diferenciado de los errores, afirmando que sólo existe error penal sin adjetivaciones, porque los resultados del error son siempre los mismos. No importa si el sujeto yerre sobre los elementos objetivos del tipo, o que yerre sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los supuestos de ella o que desconozca - derechamente - la prohibición, el resultado es el mismo: no cuestiona la vigencia y validez de la norma.

⁵⁰ Programa del curso de derecho criminal, (trad. por Soler), Buenos Aires, 1944.

⁵¹ Die Normen und ihre Übertretung. Eine untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, t. I, Normen und Strafgesetze, reed. de la 4o ed. de Leipzig, 1922, Aalen, 1965.

⁵² La consecuencia de definir la antijuridicidad como infracción de una norma imperativa se desprende de un límite inherente a ésta: sólo puede tener efecto respecto a quienes pueden conocerla. En términos de teoría de la comunicación, la norma imperativa es un mensaje comunicativo, con todos sus elementos característicos: emittente, contenido, medio y receptor. Sin la recepción no se produce la comunicación. No tiene sentido suponer que las normas penales primarias se dirijan a motivar a aquellos seres que no pueden tomar conocimiento de ellas. Esta es la razón por la que nadie puede sostener que los animales no humanos y los niños sean destinatarios de las normas jurídicas imperativas.

⁵³ Die Lehre von Verbrecher, 1906.

⁵⁴ Liszt distinguió entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, a lo cual Jiménez de Azúa responde, acertadamente, que Liszt confunde las cosas y que antijuridicidad formal es lo mismo que tipicidad y antijuridicidad material es la antijuridicidad propia.

antijuridicidad reflejada en el tipo.⁵⁵ Junto a Sauer funden la tipicidad en la antijuridicidad inaugurando la visión bipartita del delito: Injusto y culpabilidad.⁵⁶ Pero mucho antes que Mezger, había sido fundada por Adolf Merkel, en la segunda mitad del siglo XIX, una sistemática que hoy, renovada y limadas sus asperezas, cuenta con muchos y prominentes seguidores:⁵⁷ La teoría de los elementos negativos del tipo y sus posteriores derivaciones.⁵⁸ Esta teoría tiene, al igual que nuestro Código Penal, un poder de resistencia increíble a los embates de las doctrinas que le han sucedido (especialmente los autodenominados “humanistas y los político criminales”), tanto es así que las novísimas teorías del delito y tendencias que se derivan de la prevención general y que podríamos englobar bajo la denominación común de “teorías de la imputación penal”, llegan a idénticas consecuencias y soluciones, en lo fundamental, que la teoría de los elementos negativos

⁵⁵ Si las normas primarias no se dirigen a quienes no pueden recibirlas por carecer - ab initio y por voluntad del legislador - de facultad cognoscitiva (los niños), es que no les prohíben los comportamientos que sí prohíben a sus destinatarios, que son todas las demás personas. Quien no es destinatario de una norma por no ser sujeto conocedor, no es destinatario de la prohibición que ésta establece. Por tanto, no puede infringirla. Cuando el absolutamente incapaz penal - por causa de edad (menor de 14 años) - de conocer una norma realiza la conducta que ésta prohíbe a sus destinatarios, no infringe dicha norma. Ello permite la siguiente conclusión: Si la antijuridicidad penal se entiende como infracción de una norma primaria en sentido estricto, y si el incapaz de conocer la norma no infringe dicha norma, no puede decirse que el mismo realice una conducta penalmente antijurídica. Entendida como infracción de la norma, la antijuridicidad requeriría la posibilidad de acceder ella. La minoría de edad penal y el error de prohibición invencible, entonces, deben ser causas de exclusión de la antijuridicidad penal porque en ambos casos no se tiene conocimiento de la norma. Ni esta consecuencia, ni la de que el resultado típico no podría considerarse en sí mismo antijurídico se admiten por la doctrina dominante, pero ello no es coherente con su concepción de la antijuridicidad como infracción de la norma imperativa. Si se sigue la doctrina tradicional de que el resultado pertenece a lo injusto del hecho y se afirma que el niño y el que actúa en error de prohibición invencible también pueden actuar antijurídicamente, ello es sólo consecuente si se abandona la premisa de que la antijuridicidad penal requiere la infracción de la norma primaria imperativa. Y entonces hará falta algún otro criterio para mantener en pie el concepto de antijuridicidad penal. Y es lo cierto que este otro criterio no existe dentro del Derecho penal, dentro de la teoría de las normas penales.

⁵⁶ La concepción del delito como acción típica antijurídica y culpable, como compartimentos estancos, separados y sucesivos, en que la tipicidad sólo cumple un rol indiciario de la antijuridicidad que subsiste hasta que no se demuestra una causa de justificación, se debe a Max Ernst Mayer, quien expuso las cosas desde esta visión en su Tratado de Derecho Penal, aparecido en 1915; y que hasta el día de hoy goza de mucho seguimiento; pero no por mucho tiempo porque el embate de las doctrinas funcionalistas es demoledor. Dice Heiko Lesch, refiriéndose a la distinción tipicidad y posterior antijuridicidad como categorías valorativas independientes: “Lo prohibido - permitido o lo permitido - prohibido - como resultado de la distinción entre tipicidad abstracta y antijuridicidad concreta constituye, por tanto, una contradicción en adjecto (Grundlinien einer funktionalen Revisión des Verbrechensbegriffs, trabajo de habilitación presentado en la U. de Bonn el 18 de abril de 1998, pp. 306 y ss.).

⁵⁷ Y feroces detractores (como también los tiene nuestro Código Penal, y no es casualidad que desde 1929 pretenda sacársele de la circulación sin que haya podido ser logrado, y ello no es casualidad), que no pueden dar en el blanco con ninguno de los dardos que le lanzan desde todas las direcciones (y ello es reproducible para nuestro Código Penal). Todas las acusaciones que se hacen a esta teoría (que tiene una edad similar a nuestro Código Penal) son infundadas, por la sencilla razón que no se basan en argumentos jurídicos, y así lo resalta, con mucho tino, Roxin. Los ataques vienen de la sociología jurídica, de la política criminal, de la moral, etc.; pero no existe hasta el día de hoy nadie que haya podido demostrarle alguna inconsecuencia sistemática o alguna falta de lógica interna. Hay una crítica que se le lanza a esta teoría que me interesa resaltar y que proviene de los que distinguen el tipo y la antijuridicidad, al estilo de Mayer. Se dice que la doctrina de los elementos negativos del tipo hace perder las funciones asignadas a éste; una de ellas es la de informar a la sociedad sobre las prohibiciones penales (véase, por ejemplo, Bustos y Hormazábal, Lecciones, t. II, cit. p. 20). La crítica sólo afirma nuestra postura de que los tipos son la ratio essendi de la antijuridicidad porque en ellos se contienen o se encuentran reflejadas las normas (la norma no está oculta detrás del tipo, porque si así fuera la función instructiva que se le asigna a los tipos no podría ser cumplida). ¡Se instruye a la población de las valoraciones contenidas en los tipos, prohibiciones o mandatos, no de meros hechos, porque los hechos no instruyen! El tipo cristaliza las prohibiciones penales, las hace conocidas, él las publica, puesto que el mismo tipo lleva añadida la pena (de lo contrario no es tipo penal), comunica la norma penal, con prohibición incluida, a todos. Y si esto es así, entonces, será imposible afirmar que un error de tipo no pueda llevar un error de prohibición y, a la inversa, un error de prohibición, uno de tipo. Sólo para los casos de tipos denominados “incolores, neutros, acrílicos o vacíos”, como los tipos en blanco, tipos que contengan elementos que no revelen valoraciones o los denominados por Ingeborg Puppe “tipos serpiente” (estos es, los tipos que efectúan reenvíos normativos de 2o, 3o, 4o, etc. grados), podrían ser objeto - eventualmente - de un error de prohibición sin que exista error de tipo; incluso en estos tipos reenviantes podrán apreciarse errores de tipo parciales, que será el real problema, en definitiva, errores de tipo y no de prohibición, afirmación, que si bien se aquilata, nos puede llevar a un resultado sorprendente: ¡Todos los problemas que se pretenden presentar como de prohibición son, en realidad, errores de tipo! Y si esto es así, la falta de conocimiento o dolo de las prohibiciones debe eliminar el injusto y no la culpabilidad.

⁵⁸ Y para eliminar cualquier mal entendido provocado por la ignorancia o el interés, hemos de decir que la teoría de los elementos negativos del tipo es la primera sistemática, y la más antigua de todas las doctrinas analíticas existentes en la historia de la teoría del delito. Fue la primera en surgir y se mantiene en todo su esplendor actualmente, con las debidas cirugías que la técnica moderna permite, por ser la más lógica, la que posee más consecuencia intrasistemática, de más fácil manejo, que mejor se ajusta a la realidad del proceso penal, y, lo más importante, la que mejor protege los derechos y la libertad de las personas. Por medio de esta teoría es posible terminar procesos penales in limite, por medio del sobreseimiento definitivo por falta de tipicidad, lo que las otras teorías no permiten, haciendo soportar la pena del banquillo “al acusado y llevándolo a sufrir un juicio completo.

del tipo, partiendo de una sistemática completamente distinta.⁵⁹ Prueba de ello es la siguiente afirmación de Frister:⁶⁰ “Injusto sin culpabilidad y falta de injusto son, desde el punto de vista penal, equivalentes”.⁶¹ Y esta frase ya la había acuñado el Prof. de la Universidad Justus Liebig de Gießen,⁶² Adolf Merkel, hace más de 120 años.⁶³ Entre los penalistas más conocidos en nuestro entorno, digamos clásicos, que aceptan el error de prohibición como un problema de dolo, un problema de conocimiento, podemos mencionar a Franz von Liszt, a Jiménez de Asúa, al maestro de Salamanca Antón Oneca, a Cuello Calón, Ferrer Sama, Del Rosal, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Luzón Peña, el maestro de München Claus Roxin, Arthur Kaufmann,⁶⁴ Armin Kaufmann (a pesar de ser un finalista, sus posturas se acercan en muchos aspectos a la teoría del dolo)⁶⁵ y Rodríguez Ramos.⁶⁶

El estado de la discusión en la España actual es claramente a favor de la teoría del dolo. En efecto, sólo tengamos en cuenta que la Comisión Redactora del Proyecto de 1980, que dio lugar a la importante modificación penal de 1983, estaba compuesta, casi en su totalidad, por penalistas partidarios de la teoría del dolo. El Código Penal actual, de 1995, regula el error de tipo y de prohibición; pero la doctrina más autorizada sostiene que bajo esas regulaciones tienen cabida las teorías del dolo y la teoría de los elementos negativos del tipo.⁶⁷ Un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ibérico, nos demuestra que no existe duda que trabaja con la teoría del dolo, esto es, concibiendo el error de prohibición como un problema, al igual que el error de tipo, de dolo, de conocimiento.⁶⁸

La jurisprudencia en Alemania no se inclina por ninguna de las teorías (dolo o culpabilidad), sino que resuelve el caso de acuerdo a la justicia concreta, aplicando unas veces la teoría del dolo⁶⁹ y en otras la teoría de la culpabilidad⁷⁰ en materia de error penal.⁷¹ Y es que como ha dicho, con acierto, Schröder,⁷² constatando la práctica imposibilidad de la distinción entre error de tipo y de prohibición puesto que el dolo no puede ser concebido sin contenido valorativo, es indiferente si el autor carece de consciencia de antijuridicidad porque carece de conocimiento de una circunstancia de hecho o porque no sabe que la norma reprueba su comportamiento. Incluso más, afirmamos, sin temor a equivocarnos, que en el análisis del problema del error penal la jurisprudencia alemana no aprecia éste en el evento de que el conocimiento era exigible al sujeto, o sea, se analiza el

⁵⁹ El poder de aguante a los embates se debe a que conduce a la solución de los problemas por la vía lógica directa, y por ello molesta tanto a los especuladores, quienes ven menoscabado su método preferido, el método indirecto, que es consustancial a la especulación.

⁶⁰ Die Struktur des voluntativen Schuldelements, Berlin, 1993, p. 41, nota 40.

⁶¹ Y que tanta irritación provoca en los penalistas, así llamados, “humanistas, sociologistas y iusnaturalistas”.

⁶² De cuyo Institut für Kriminologie fueron también profesores Reinhard Frank, Ernst Beling, Franz von Liszt, Rudolf von Ihering, Georg Wolfgang Mittermaier y Karl Engisch.

⁶³ Cfr. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 1889, y Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen, Bonn, 1960, el mismo, sobre el estado actual del problema, en Leipziger Kommentar, 10º ed. antes del § 32, núm. marg. 5 y ss.

⁶⁴ Die Irrtumsregelung im Strafgesetz - Entwurf, 1962, ZStW, t. 76 (1964).

⁶⁵ Kaufmann, si bien partidario de la teoría de la culpabilidad, no tiene más remedio que afirmar: “La cognoscibilidad del injusto, como requisito necesario para el reproche de culpabilidad (rectius, presupuesto de la culpabilidad), constituye un problema común al dolo y a la imprudencia” (Das fahrlässige Delikt, cit. pp. 41 y ss.).

⁶⁶ Sostiene que el error de tipo y error de prohibición puede recibir tratamiento unificado (Error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal, La Ley 1980, pp. 1072 y ss.).

⁶⁷ Así, Muñoz Conde y Mercedes García Aran. Derecho Penal. Parte General, 2º ed., Valencia, 1996, pp. 432 y ss. - Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General, 4º ed., Barcelona, 1996, pp. 561 y ss. - Verdugo Gómez de la Torre / Arroyo Zapatero / García Rivas / Ferré Olive / Serrano Piedracasas. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Barcelona, 1996, p. 221.

⁶⁸ Podemos citar las siguientes sentencias de la Sala Segunda (de lo penal): de fecha 23 de febrero de 1951, 26 de marzo de 1951, 28 de enero de 1956, 14 de mayo de 1960, 14 de diciembre de 1985, 3 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987, 20 de enero de 1992 y 22 de abril de 1994.

⁶⁹ Así, BGHSt, t. 3, p. 105.

⁷⁰ Así, BGHSt., t. 2, p. 194.

⁷¹ Y no está en lo cierto ni Cousiño, ni Wessels, a quien cita para afirmar que: “Después de la vigencia del Código Penal de 1975 ... la teoría del dolo ha perdido toda significación”.

⁷² Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW, t. 65, 1953, p. 199.

problema del error desde la perspectiva de los parámetros de la culpa, como lo había afirmado y planteado Armin Kaufmann. Y no podemos dar razón a Rudolphi⁷³ cuando afirma que ninguna de las dos teorías (del dolo y de la culpabilidad) están en condiciones de ofrecer soluciones satisfactorias para todos los casos de error. Creemos que la teoría del dolo es la única que permite una solución adecuada: Error es desconocimiento, ergo, falta de dolo, y posibilidad de conocimiento (evitabilidad del error) un problema de culpa. Y si esto es así, estamos radicados en los parámetros del injusto, porque el dolo y la culpa, un problema cognoscibilidad, pertenecen al tipo de injusto y no a la culpabilidad, lugar en que reina y gobierna el concepto de voluntariedad, ajeno al dolo. Y lo que decimos está acorde, además, con el lenguaje que utiliza la totalidad de la doctrina para referirse el error de prohibición: “Conocimiento potencial de la antijuridicidad”, “conocimiento posible de la antijuridicidad”, “reconoscibilidad de la antijuridicidad”, “posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad”, “capacidad de conocer la norma”, etc.; conceptos, todos, que caen bajo el parámetro del conocimiento (dolo y culpa), puesto que dolo no es otra cosa que conocimiento actual y la culpa no es otra cosa que posibilidad no actualizada y exigible de conocimiento.⁷⁴

De la situación del error de prohibición en nuestra Corte Suprema da cuenta Politoff,⁷⁵ por medio de la cita de dos sentencias,⁷⁶ cuya autoría atribuye al Ministro Cury (partidario de la teoría de la culpabilidad), y en las cuales, siguiendo la doctrina clásica de corte causalista y finalista (porque se identifica el problema del error de prohibición con la culpabilidad, y ello porque el dolo y la culpa -que es la problemática real que subyace en los casos de error penal - en dichas sistemáticas tienen sitio en la culpabilidad, al menos como dolo malo)⁷⁷ se declara que el error invencible de prohibición es causal exculpante. Cousiño da cuenta de que el problema del error de prohibición se ha planteado en muy pocas oportunidades en la jurisprudencia patria, y cita dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que acogen - derechamente y a mi juicio en forma plenamente acertada - la teoría del dolo.⁷⁸

Concluyendo el primer argumento que hemos otorgado para sostener que no existe, ni material ni sistemáticamente, motivo para sostener que el error de prohibición es un problema de culpabilidad, reiteramos que la observación de la doctrina y la jurisprudencia en Alemania y en España, a pesar de que existen normas expresas, en el StGB y en el Código Penal español de 1995, sobre el error de tipo y de prohibición, no permite concluir que el denominado error de prohibición sea considerado un tema que atañe a la culpabilidad, sino que es un problema de conocimiento, ergo, un problema de dolo y de injusto. Y en nuestro país el asunto está dividido en la jurisprudencia, según hemos indicado. Pero el único penalista nacional que acierta un semipleno en la ruleta es el gran Cousiño, quien dice: “El procedimiento técnico de denominarlo error de tipo o error de prohibición y situarlo en sede de la acción o de la culpabilidad, no varía su naturaleza intrínseca,

⁷³ UnrechtswuBtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum, Göttingen, 1969 pp. 147 y ss.

⁷⁴ Nosotros creemos que los conceptos de error evitable y error inevitable no son otra cosa que el mismo parámetro de análisis de culpa, puesto que ésta existirá si las consecuencias era evitables y no existirá si las consecuencias eran inevitables. Y nuestra postura es más sistemática que el tradicional entendimiento de este problema, puesto que nunca se ha dicho, y reconocido, con claridad y en forma directa, que la evitabilidad e inevitabilidad del error es sólo una derivación de la culpa, la cual no se admite para el error de derecho, porque todos los miembros de la sociedad tienen obligación de conocer las prohibiciones penales.

⁷⁵ Texto y Comentario, cit, p. 100.

⁷⁶ CS. 04.08.1998, GJ (218:96) y 23.03.1999, rol n° 2133 - 98.

⁷⁷ La teoría finalista es curiosa, pues analiza en el injusto un dolo neutro y vuelve a tomarlo en la culpabilidad: Esta teoría es una réplica naturalista, un “intento tibio” de alejarse de la doctrina causalista que ubicaba el dolo y la culpa en la categoría de la culpabilidad.

⁷⁸ Reconociendo que las sentencias de la Corte Suprema son más modernas, pero no por ello de mejor calado sistemático, y a la vista de la postura doctrinaria manifiesta del ex ministro Cury y el hoy Ministro Künsenmüller, no somos muy optimistas de que en el futuro pueda estimarse por nuestra Corte Suprema que el error de prohibición es un problema de injusto y no de culpabilidad, más aún si por medio de los recursos de nulidad - que denomino - para la unificación de la jurisprudencia (art. 376 inc. 3 del C.P.P.) habrá de imponerse la doctrina emanada de nuestro nuevo “Tribunal Constitucional” en materia penal. Sobre estos temas, mi trabajo: “El control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales”, Editorial Metropolitana, 2005.

ni el momento cronológico de su producción y, por tanto, la circunstancia de que al dar por establecido⁷⁹ el hecho injusto que se reprocha, solamente se haya considerado el posible error de tipo, no significa que el error de prohibición no sea parte integrante de ese mismo injusto, sino, únicamente, que se encuentra postergada su valorización”. Y, criticando esta “valorización retrasada en el estadio de la culpabilidad”, agrega: “El verdadero jurista no es un mago que, a última hora, extrae un conejo de su sombrero de copa”. El pleno lo hubiese ganado el reputado profesor si hubiese extraído el error de prohibición de la culpabilidad y lo hubiese ubicado en el injusto, que, como el mismo reconoce, es su lugar correcto. Postergar el análisis del problema de error prohibición en la culpabilidad más que “sacar el conejo del sombrero de copa”, es violar el ; no va más ! y “poner fichas, en un descuido del crupier, en la mesa de la ruleta cuando la bola ya se ha detenido”, puesto que para entrar a la culpabilidad hemos de tener a firme establecida la existencia del injusto, con todos sus elementos, y no podemos pasar al estadio de la culpabilidad si el injusto no está afirmado. En la culpabilidad sólo cabe la consideración de la voluntad, y traer a colación el conocimiento es introducir un elemento nuevo, mejor, un elemento impertinente y sorpresivo.

El segundo argumento que anunciamos para afirmar nuestra postura, dice relación con la regulación que ha hecho nuestro legislador penal sobre el tema del error. El lector podrá admirarse de lo moderno que resulta nuestro Código Penal en esta materia.⁸⁰ Ya hemos dicho que la doctrina penal más avanzada en la actualidad no acepta la distinción entre error de tipo y error de prohibición, sosteniendo que el error penal es uno solo, porque no es posible distinguir entre los hechos, elementos típicos y las prohibiciones penales. Y nuestro Código Penal ¡admirable! también lo entiende de esta forma.⁸¹ En efecto, necesitó sólo tres normas para regular toda la problemática del error penal: Los arts. 1 inc. final, 17 y 64. En el primero, concordando con las más avanzadas doctrinas penales actuales, identifica el dolo con el conocimiento, esto es, sigue la teoría intelectual del dolo.⁸² La disposición dice que si el sujeto “no conoce”⁸³ las circunstancias agravantes,⁸⁴

⁷⁹ Notamos en los planteamientos de Cousiño algo que no podemos describir exactamente. Dos hechos nos hacen concluir de esta manera. El primero es el relativo a su postura, claramente manifestada, que la voz voluntaria significa dolo, pero, a renglón seguido, reconoce que ello importa infringir la presunción de inocencia, no obstante lo cual no modifica su postura sistemática. La segunda es en el tema del error: A pesar de reconocer que el error de prohibición es un problema de conocimiento ubicado en el injusto, mantiene la sistemática de incluirlo como elemento de la culpabilidad. ¿Porqué si se reconocen las inconsecuencias no se actúa consecuentemente? A mí esto me huele a temor reverencial.

⁸⁰ Ya hemos advertido que si interpretamos correctamente el Código Penal es capaz de transformarse, en ciertas materias, en uno de los más modernos que existen; y en la regulación del error tenemos una buena muestra. Y, por ello, es totalmente desenfocada la afirmación de Cousiño, quien, nótese, “interpretando la voluntad del legislador y no de la ley” dice: “Por nuestra parte pensamos que la última frase agregada a la disposición de este inciso (aludiendo a la parte final del art. 1 del C. Penal, reguladora del error penal) se debió al comentario de Pacheco... evidentemente, el olvido de esta circunstancia aconsejó establecer el principio antes transcrito, el que a todas luces es por completo innecesario”. Nosotros decimos, al contrario, que ha sido uno de los aciertos más grandes del Código Penal el olvido del legislador, puesto que este olvido ha permitido que nuestro Código contemple la teoría intelectual del dolo, que es la que actualmente cuenta con la mirada sonriente de la doctrina penal más autorizada y está confirmada no sólo por el Código Penal, sino que por uno de los delitos más modernos que ha sido tipificado en nuestro país: Me refiero al blanqueo de capitales del art. 19 de la Ley n° 19.913, de 12 de diciembre de 2003, publicada en el Diario Oficial de 18 de diciembre del mismo mes y año. (Sobre el tema mi libro “... el delito de blanqueo de capitales ...”).

⁸¹ No atribuimos el mérito a los creadores del Código Penal, porque no conocían la distinción error de tipo - error de prohibición, que es posterior a 1874, y afirmamos que ninguna referencia hicieron al error de derecho porque entendían, basados en el Código Civil y en las enseñanzas de los doctrinadores de la época, que el error de derecho no exime de responsabilidad penal. Al contrario, la situación producida es producto de lo que dice Radbruch: “La ley puede ser más sabia que su legislador, tiene que ser incluso más sabia que su legislador” (Rechtsphilosophie, 6o ed. Stuttgart, 1963, p. 211). Y el Tribunal Constitucional alemán: “La ley puede ser, precisamente, más sabia que sus padres”. (BVerfGE, 36, 342 - 362 -).

⁸² La teoría intelectual del dolo tuvo su origen en el siglo XIX bajo el nombre de teoría de la representación y se disputaba el protagonismo con la teoría de la voluntad. En la disputa inicial se impuso la teoría de la voluntad: El dolo requiere conocimiento y voluntad; sin embargo, la hegemonía de la teoría de la voluntad duró sólo hasta los años 70 del siglo XX. A partir de ahí recobra protagonismo la teoría de la representación, bajo el nombre de teoría intelectual del dolo, y significa que la voluntad no forma parte de él, sino que dolo es sinónimo sólo de conocimiento. La siguen prominentes penalistas: Schmidhäuser, Jakobs, Frisch, Kindhäuser, Bottke, Gimbernat, Silva Sánchez, Laurenzo, entre muchos otros.

⁸³ Nada dice de la voluntad, porque ella está en los incisos 1 y 2 del mismo y se refieren a otro problema distinto del dolo o conocimiento: voluntad es culpabilidad.

⁸⁴ Y notemos que las agravantes son calificaciones típicas, esto es, elementos de los tipos penales, lo que implica que un error

éstas no le afectan, y es natural que así sea puesto que nadie puede verse perjudicado por lo que no conoce. En el segundo, sólo califica de encubridor a quien “conoce” (no existe encubrimiento culposo) que otros han cometido un delito y; el tercero, dice que las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, sólo afectan a quienes tuvieran “conocimiento” de ellas en el momento de la acción o cooperación:⁸⁵ Nuevamente se habla de conocimiento o dolo. De estas tres disposiciones podemos concluir, con nitidez, que nuestro Código no sólo concibe el dolo como conocimiento, sino que contiene una regulación del error penal que acoge la teoría del dolo, y rechaza la teoría de la culpabilidad, y también las teorías causalistas y finalistas (ésta última, porque nuestro legislador no concibe la voluntad como un problema de injusto, ni menos la voluntad como un elemento del dolo ; Y la excluye, expresamente, porque para nuestro Código dolo es conocimiento !). Y, por ello, resulta simplemente acertadísima la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 27 de mayo de 1935, que dice: “... dolo o malicia de que trata nuestro Código Penal es el conocimiento, que el hechor tuvo al obrar, de los elementos materiales que constituyen el delito (elementos objetivos del tipo, agregamos nosotros) y del elemento legal, que es la ilicitud, del hecho en ejecución (conocimiento de la prohibición, agregamos)”. Fallo redondo: Dolo es conocimiento de los elementos típicos y de la prohibición, ergo, error es desconocimiento de cualquiera de ambos elementos; y si el dolo se ubica en el injusto típico, su falta elimina el injusto del hecho, y no la culpabilidad.

Esto significa, si seguimos la teoría del dolo consecuentemente, que cualquier problema de error será un problema de injusto, porque el dolo se ubica en él; y no podremos ingresar a la culpabilidad, caso de existir error, por faltarnos el presupuesto para ello. Y si nuestro Código contiene una regulación ultramoderna del error, podemos afirmar que el tipo negativo (causas de justificación) se rige por las mismas reglas que el error de tipo positivo, y si existe acuerdo abrumador en la doctrina que el denominado error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un problema de injusto, y existen posturas, no mayoritarias, en la doctrina en orden a que el llamado error de prohibición indirecto, que es aquel que recae sobre la suposición de la existencia de una causa de justificación o permiso inexistente, es un error de prohibición que sitúan en el injusto, podemos afirmar que el error de prohibición directo se rige - en nuestro Código - por las mismas reglas del llamado error de tipo, esto es, un problema de conocimiento, un problema de injusto, y no de culpabilidad; y si a ello agregamos que la voz voluntaria utilizada por el artículo primero no alude al dolo, sino que a la culpabilidad, podremos afirmar, llanamente y con plena consecuencia sistemática, que cualquier clase de error en nuestro Código Penal es un problema de injusto y no de culpabilidad.⁸⁶

Sólo nos queda por justificar cómo soluciona el Código el problema que plantea la doctrina acerca de la evitabilidad o inevitabilidad del error penal. Comenzaré sirviéndome de la pluma de Cousiño:⁸⁷ “Pensamos que todo error - para ser tal - necesariamente es un error invencible o inevitable... el error es un concepto absoluto y, como tal, no admite medidas de ningún género: No puede ser más error o menos error, ni más pesado o más liviano, ni más profundo o más su-

(desconocimiento) de tipo tiene efecto excluyente de la tipicidad. No existen agravantes de responsabilidad criminal que se refieran a la culpabilidad, sino que todas ellas - sin excepción - son calificaciones de injusto.

⁸⁵ Decía el maestro de Salamanca, aludiendo a esta misma norma contenida en el antiguo Código Penal español: “La norma ha sido dada para la codelinuencia pero en cuanto la analogía no está prohibida en lo favorable, nos está permitiendo aplicarla con carácter más general para dejar de imputar todas las agravantes objetivas que no están en la representación (teoría de la representación) del agente, pues no hay razón ninguna para privar al autor ejecutor único de un beneficio expresamente establecido en la Ley para los codelincentes” (Antón Oneca. Derecho Penal. Parte General, t. I, Madrid, 1949, pp. 212 / 3 y 238).

⁸⁶ Y por ello son sumamente acertadas las dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, que cita Cousiño (Derecho Penal chileno, t. III, cit. en página 206), que declararon que el error de prohibición es un problema del dolo, ergo, eliminan el dolo, el injusto, y no la culpabilidad.

⁸⁷ Ob. cit. pp. 193 / 194 / 195.

perfidial... ¿Porqué dos tratamientos distintos frente a un mismo hecho jurídico, según afecte al tipo o a la culpabilidad? ... cualquier error... elimina el dolo... Las consecuencias finales, en ambos casos de error, son análogas. ¿Porqué todo esto? Temenos no recibir una respuesta jurídicamente convincente.

Dejamos las agudas y acertadas palabras citadas para concentrarnos en la lógica sistemática. Si error es falta de conocimiento o conocimiento imperfecto de los elementos del injusto ¡y de las prohibiciones o mandatos! y la evitabilidad o inevitabilidad del error alude a la posibilidad o imposibilidad de conocer o conocer correctamente, y afirmamos que el Código sólo excusa la falta de conocimiento, podemos afirmar, en primer lugar, que el conocimiento imperfecto no es excluyente del dolo (no es error); en segundo lugar, la duda no es desconocimiento o error, puesto que se duda sobre algo que se conoce imperfectamente;⁸⁸ en tercer lugar, el Código no reconoce la distinción doctrinaria y de algunas legislaciones positivas⁸⁹ entre error evitable o inevitable. Para nuestro Código, en este tema superior a cualquiera de los que regulan el error introduciendo la perturbadora distinción entre error evitable e inevitable, sólo habrá error penal si el sujeto no conoce la prohibición o mandato y este desconocimiento ha de ser total, puesto que la duda, el conocimiento parcial, la sospecha de prohibición o los indicios de existencia de prohibición no disipados,⁹⁰ no constituyen error penal. Lo que se denomina evitabilidad no es otra cosa que un conocimiento parcial o la sospecha de prohibición no comprobada; y quien no comprueba no merece ser eximido de responsabilidad penal, puesto que existe el deber jurídico de respetar las normas penales que rigen en el Estado como única forma de asegurar la convivencia. Podemos decir, además, que la no disipación de las dudas o las sospechas constituyen jurídicamente negligencia del sujeto y la negligencia en el conocimiento de las prohibiciones penales no es permitida por el sistema penal.⁹¹ ¡La negligencia en el conocimiento de los mandatos y prohibiciones penales no existe, ergo, no excusa!⁹²

Concluimos este tema, que para nosotros es de tal claridad bajo la luz de nuestro Código Penal, que no nos explicamos certeramente cómo pueda haber tanto desconcierto doctrinario,⁹³ con la siguiente afirmación: Sólo podrá haber error de prohibición, que elimina el injusto doloso o culposo, si el sujeto desconocía la prohibición, por ignorancia absoluta de su existencia, sin que sea excusante la suposición, la sospecha o la duda,⁹⁴ porque la existencia estos conceptos

⁸⁸ Y tampoco son errores penales las hesitaciones, titubeos, sospechas vehementes, vacilaciones, incertidumbres, indecisiones, ambigüedades, confusiones, conjeturas, etc. (Cousiño, ob. cit. p. 198).

⁸⁹ Tan confusa, desacertada e inexplicablemente recogida en los § 16 y 17 del StGB alemán, lo que ha puesto en pie de guerra a la doctrina de dicho país, pudiendo encontrarse opiniones - que llevan mucha razón - que acusan al legislador de haber dictado una ley inconstitucional por vicio de irracionalidad. No olvidemos que la distinción, en la forma en que fue tipificada por el legislador alemán, procede de Welzel, de manera que hemos de tener mucho cuidado con adoptar la doctrina finalista, no sólo por las inconsecuencias graves que contiene, sino que por su traicionero, por oculto, sustrato causalista, pero, lo más importante, por no tener cabida en nuestro Código Penal.

⁹⁰ Comprobación que puede llevar al convencimiento erróneo de inexistencia de prohibición - entonces error penal - o a la comprobación de su existencia, que si es errónea generan el denominado error de prohibición al revés, o correcta, caso en el cual la actuación ocurre sin error de prohibición.

⁹¹ La principal sentencia dictada sobre el error de prohibición por el Tribunal Supremo Federal alemán, que no es la de 1952, como muchos afirman, dice: "... al autor se le exige un esfuerzo de conciencia, hasta el punto de que debe emplear toda su potencia intelectual (¡ No volitiva !) para conocer (¡ No para dominar sus impulsos !) y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante reflexión y, si fuese necesario, dejándose aconsejar" (BGHr, 21, 18 - NJW, 1966, pp. 842 y ss.).

⁹² Dice Enrique Bacigalupo, criticando la regulación que ha hecho el Código Penal español de 1995 sobre el error penal (de tipo y de prohibición), que ella es superflua, puesto que bastaba aplicar las reglas de la imprudencia (Problemas de error, La Ley, año XVII, núm. 4056, 1996, p. 1), afirmación del reputado Juez de la Sala Penal del Tribunal Supremo español que confirma nuestra postura.

⁹³ Pero podemos afirmar que la principal causa del desconcierto proviene de la aparición del conejo desde el sombrero de copa, como graciosamente lo dice Cousiño. Claro, es natural que si en una categoría del delito reservada para la voluntad se insertan factores extraños, que tienen otros parámetros de análisis, se introduce con ellos el desconcierto, el mismo que le provocará al productor de vino el hecho que repentinamente sus vides comiencen a producir manzanas; lo que le obligará a transformarse en productor de sidra.

⁹⁴ Estos estados de incertidumbre son excluidos por todas las posturas acerca del error de prohibición; sin embargo, las teorías funcionalistas y las teorías de la culpabilidad no pueden explicar satisfactoriamente porqué motivo no se exime al sujeto. Los funcionalistas

en el sujeto son “el motivo “para no infringir la obligación constitucional de informarse, para conocer y cumplir con la obligación jurídica de no violar los mandatos o las prohibiciones penales, obligación jurídica, eso es indiscutible, que cualquier hombre del planeta que habite o haya habitado en sociedad o en tribu⁹⁵ no puede ignorar o desconocer.⁹⁶ ⁹⁷ Y si bien razonamos podemos borrar de un plumazo todo el problema del error de prohibición⁹⁸ trasladándolo al injusto bajo la consideración de que la norma penal de ascendencia constitucional que establece la prohibición de vulnerar las leyes penales del Estado ha de considerarse conocida por todas las personas,⁹⁹ sean chilenos o extranjeros, gente tribal o gente que viva en sociedades más desarrolladas; y sólo se presentará el problema del conocimiento de la norma concreta, esto es, el conocimiento de la prohibición concreta,¹⁰⁰ que está contenida en el tipo y en la norma alojada en él, cuya violación se imputa al sujeto.¹⁰¹ La determinación de los parámetros existentes para establecer los casos y la forma de operar en la averiguación de si el sujeto conocía o no la prohibición, excede los límites de este trabajo, y esperamos poder abordarlos en una monografía especializada en dicho importante y no solucionado problema, una de las pocas “regiones salvajes” que van quedando en

y allegados a ellos, parten de una presunción o de una suposición (da igual) de que el sujeto conoce la norma; sin embargo esta visión no puede ser aceptada porque las presunciones en el Derecho sólo cabe aceptarlas si media una norma expresa que la establezca, la cual no existe en la materia que estamos analizando. En todas estas posturas yace agazapado, oculto y disfrazado el viejo adagio privatista “error iuris nocet”. Pero la explicación del porqué la sospecha, la suposición y la duda no excusan viene de la mano de una explicación normativa - positiva, que no es otra que la existencia del mandato constitucional de no infringir el ordenamiento penal del Estado. Si anclamos nuestra mirada en los derechos y deberes constitucionales podemos comprobar que yace la obligación de conocer el ordenamiento penal para no infringirlo; sólo será cuestión del caso concreto averiguar si el sujeto podía o no conocer la norma concreta que se le imputa violada.

⁹⁵ Y afirmamos que no existe hombre en el mundo actual que viva o haya vivido, al menos, en una tribu.

⁹⁶ Y no sólo los partidarios de la teoría del dolo son muy claros en este aspecto, rechazando el artificioso concepto “conocimiento potencial de la antijuridicidad”(así, v.gr. Muñoz Conde / García Aran, ob. cit. p. 400), sino que también los finalistas o de ascendiente finalista, partidarios de la teoría de la culpabilidad (como v. gr. Bustos), sosteniendo que no basta un conocimiento potencial, puesto que conocimiento potencial no es conocimiento, conocimiento sólo es el actual; conocimiento potencial es posibilidad de conocimiento o exigencia de conocimiento.

⁹⁷ Sobre el tema de la actualidad y potencialidad del conocimiento, los trabajos de Schmidhäuser. Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, en Festschrift für Mayer, Berlín, 1996, pp. 317 y ss. especialmente p. 338; el mismo, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW, 1975, p. 1807.

⁹⁸ Que algunos, acorralados por su postura sistemática de inclusión en la culpabilidad, han comenzado a desnaturalizar de tal forma, que ya hablan de que el error de prohibición es un problema de voluntad del sujeto, un problema de motivación del sujeto, olvidando que error incide en el conocimiento humano y no en la voluntad (Esta tendencia “travestista del error”, en Jakobs y sus seguidores).

⁹⁹ Algunos llaman a este parámetro “enemistad hacia el Derecho o ceguera jurídica”(así, v. gr. Mezger. Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, en Festschrift für Kohlrausch, 1944, p. 183 / 4).

¹⁰⁰ Al respecto, Nowakowski (Rechtsfeinlichkeit, Schuld, Vorsatz, NStW, 65 (1953), pp. 379 y ss.), nos dice que la existencia del deber general de conocer las normas no atenta contra el entendimiento de que en el caso concreto el sujeto pueda alegar a su favor el desconocimiento de circunstancias que le impidieron conocer la prohibición. Y Lesch, desechando, acertadamente, las posturas críticas que consideran que no se puede castigar la infidelidad general al Derecho (esto es, se niega la existencia del deber general de conocimiento de las prohibiciones y mandatos penales para no contravenirlas) porque con ello se exceden los límites de la culpabilidad, arremete con el argumento, incontrovertible, que el Derecho penal no reacciona ante generalidades sino que ante hechos concretos (Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA, 1996, pp. 607 y ss.). Nosotros, desde nuestra visión, afirmamos que nada tiene que ver el tema de la culpabilidad por el hecho en un problema de conocimiento, que como tal es un problema del caso concreto, y la crítica que algunos hacen en el sentido de que si al sujeto se le exige en carácter general el conocimiento del Derecho, esto es, que existe la obligación jurídica de conocimiento de los mandatos y prohibiciones penales, importaría castigarlo por su déficit intelectual en caso de que no conozca las prohibiciones, orilla el argumento incontestable de que la obligación general existe para ordenar a los sujetos a conocer las prohibiciones del caso concreto; y si no las conoce no puede ser castigado: La eficacia del error de prohibición se mantiene intacta. Tampoco aciertan las modernas posturas de corte funcionalista que pretenden derivar los problemas de conocimiento, de error, para insertarlos como un problema de la teoría de la pena, esto es, que la disculpa o reproche del error se debe aquilatar desde el parámetro de la necesidad de la pena. Semejantes posturas olvidan un dato elemental: La pena es normativamente una consecuencia jurídica, la reacción ante un hecho injusto y culpable, no un parámetro de análisis del injusto o de la culpabilidad para desde ella decidir si el hecho lo consideramos injusto o culpable según si merezca o no pena. Lo que debe merecer pena lo decide el legislador y la sistemática normativa, no el juez, y el mismo legislador decide cuanta pena merece el hecho y no el juez.

¹⁰¹ La consideración del problema del error de prohibición como elemento de la culpabilidad, nos lleva a la situación confusional en el plano analítico que se desprende de las palabras de Roxin, en el sentido que el concepto de evitabilidad (propio de la voluntad, bajo el cual se pretende cobijar el error de prohibición) “se desarrolla o completa bajo otros puntos de vista de las diferentes categorías del delito” (Strafrecht. Allgemeiner Teil, t. I, 2o ed., München, 1994, § 8, núm. marg. 39). ¡Esto es travestismo jurídico!, puesto que invadir la culpabilidad con valoraciones que no pasan dentro de su sistema es introducir la confusión analítica y, en definitiva, la inseguridad jurídica.

el territorio del Derecho penal. Sólo reiterar, para terminar el acápite, que el error de prohibición no es un problema de voluntad y, por dicha razón, no puede pertenecer a la categoría dogmática de la culpabilidad, sino que al injusto penal, y ello es indiscutible en el sistema de nuestro Código Penal.

