

**COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL**

**PROPUESTA DE REGULACIÓN  
ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICIÓN**

**FELIPE DE LA FUENTE HULAUD**

**Viña del Mar, 22 de abril de 2013**

## I. REGULACIÓN PROPUESTA

**Artículo A.** Actúa sin dolo quien se equivoca en la apreciación de los caracteres que hacen típico su hecho; pero responderá de la culpa, en su caso, si en su apreciación falta al cuidado exigible.

La misma regla se aplicará:

- a) a la suposición de circunstancias que, de existir, habrían permitido [hecho permisible] la realización del hecho;
- b) al error sobre la contravención de normas extrapenales cuando ella defina el sentido de la conducta, conforme a la descripción legal del hecho; y
- c) al error sobre circunstancias de calificación del delito.

La regla del inciso primero no se aplicará a la realización de un tipo privilegiado.

**Artículo B.** El error sobre el carácter reprobado del hecho exime de pena si quien lo ha padecido no pudiere ser responsabilizado de él. En caso contrario, podrá atenuar la sanción en uno o dos grados.

## II. ASPECTOS GENERALES

### 1. Necesidad de previsión legal

El Código penal chileno carece de una norma que regule los efectos de las diversas clases de error en que puede incurrir un agente en la ejecución de un delito. En general esto no ha representado un problema en el ámbito del error de tipo, pero sí en el del error de prohibición: recién en 1998 vino a asentarse en nuestra jurisprudencia la idea de que el error de derecho puede tener valor eximente bajo ciertas condiciones.

La propuesta que aquí presento a la consideración de la Comisión parte de la base de que no solo es necesario que la ley consagre explícitamente esa posibilidad sino que además es importante que defina un *régimen* aplicable al error. Ello no necesariamente supone la pretensión de dirimir por anticipado las múltiples cuestiones que surgen en esta materia, pero sí la de fijar al menos un marco que brinde respaldo a las decisiones que hoy adoptan los jueces prácticamente en el vacío y que potencie la discusión y la búsqueda de soluciones en esta área. Sin necesidad de ley la judicatura puede por ejemplo

atribuir valor excusante al error invencible de prohibición -como hizo la Corte Constitucional italiana apoyándose en el principio de culpabilidad-, pero es la ley la que debe decidir si todos los errores deben tratarse igual, independientemente de la materia sobre la que recaigan, o si debe procederse con mayor rigor frente al error de prohibición, y es ella también la que debe indicar los efectos que se siguen del error cuando no alcanza a reunir las condiciones necesarias para su plena eficacia.

## **2. Régimen diferenciado de error. Consagración atenuada de la teoría limitada de la culpabilidad**

Desde el punto de vista del diseño general, la propuesta hace suyos los planteamientos de la teoría de la culpabilidad en su versión limitada, con algunas restricciones adicionales.

En otras palabras, se acepta en primer lugar como correcto distinguir entre un error de tipo y un error de prohibición, en línea con lo previsto en el § 16 del CP alemán y en las demás legislaciones que han seguido su ejemplo.

Enseguida, se opta por someter el error sobre los presupuestos de una causa de justificación al régimen del error de tipo, pues quien supone circunstancias que de existir harían lícito su hecho a lo sumo manifiesta descuido en su actuar, pero no la falta de motivación en el seguimiento de las normas que explica el trato más severo que se dispensa al error de prohibición.

Ahora bien, no es usual que las legislaciones penales tomen partido por esta u otra solución respecto de esta hipótesis intermedia de error, pero en el tiempo transcurrido desde el establecimiento de las primeras reglas sobre el error en el derecho comparado y ahora la doctrina se ha decantado fuertemente a favor de la tesis que acá se postula. La propuesta concuerda además con algunos pronunciamientos de nuestros tribunales, con lo que parece ser la opinión dominante en la doctrina nacional, con lo establecido en el Anteproyecto de Código Penal de 2005<sup>1</sup> y con lo previsto en Códigos como el portugués<sup>2</sup>.

La opción de la propuesta por la teoría de la culpabilidad puede también ser calificada como una versión atenuada o débil de la misma. La distinción básica que esa doctrina plantea entre un error sobre el supuesto típico, cuyo conocimiento sería objeto de un dolo neutro, y el carácter antijurídico de la conducta, que sería siempre objeto de la conciencia de la ilicitud, viene dando señales de resquebrajamiento que sugieren la conveniencia de morigerar esa

---

<sup>1</sup> “Art. 3º. Lo dispuesto en el inciso anterior [error de tipo] se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto de las causas de justificación de la conducta”.

<sup>2</sup> “Art. 16.2. *O preceituado no número anterior [error de tipo] abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente*”.

premisa. El problema radica en que esa separación no puede sostenerse por igual respecto de todos los delitos. Muchas figuras delictivas presuponen como elemento de su propia configuración la infracción de normas extrapenales, sin la cual esos comportamientos serían prácticamente indiferentes desde el punto de vista jurídico y social, razón por la cual resulta como mínimo forzado imputar el injusto de esos delitos al dolo del agente cuando este ha incurrido en un error vencible sobre la contravención de tales preceptos.

### **III. JUSTIFICACIÓN PARTICULAR**

#### **1. Error de tipo**

Artículo A. Actúa sin dolo quien se equivoca en la apreciación de los caracteres que hacen típico su hecho; pero responderá de la culpa, en su caso, si en su apreciación falta al cuidado exigible.

La misma regla se aplicará:

- a) a la suposición de circunstancias que, de existir, habrían permitido [hecho permisible] la realización del hecho;
- b) al error sobre la contravención de normas extrapenales cuando ella defina el sentido de la conducta, conforme a la descripción legal del hecho.
- c) al error sobre circunstancias de calificación del delito.

La regla del inciso primero no se aplicará a la realización de un tipo privilegiado.

#### **1.1 Inciso primero**

La regla propuesta para el error de tipo formula lo que es ya clásico en esta materia, aunque de un modo que se distancia ligeramente del canon habitual. Normalmente las cláusulas referidas a esta clase de error se refieren al individuo que actúa sin *conocer* una *circunstancia* perteneciente al tipo, como lo hace el § 16 del CP alemán. Sin embargo esa forma de expresión presenta algunos problemas en lo tocante a los supuestos de ignorancia deliberada y al error sobre elementos normativos del tipo.

##### *1.1.1. El concepto de error y la ignorancia deliberada*

El primero de los problemas mencionados se resume en la cuestión de qué tan fáctica o normativamente hay que concebir el dolo y consiguientemente las hipótesis de error que sean capaces de excluirlo. La posición tradicional en esta

materia ha tendido a ver en el dolo un hecho psíquico, un dato mental cuyo establecimiento en el proceso decide por sí mismo si el individuo ha obrado con dolo o no. Pero esa es una posición reduccionista. Si uno o más estados mentales interesan al derecho penal ello solo se debe a que este los valora como necesarios o suficientes, desde el punto de vista de la imputación, para atribuir dolo a un sujeto.

Pues bien, si esto es verdad -y sobre ello parece existir en la doctrina comparada una sólida base de consenso-, entonces no se debería excluir el dolo por el solo hecho de que el individuo haya ignorado una determinada circunstancia del delito.

No le corresponde al legislador sentar cátedra sobre cómo han de concebirse teóricamente los conceptos de imputación, ni pretender fijar límites a una discusión que aun debe dar mucho de sí y en la que se aprecian fuertes dosis de discrepancia sobre todo en cuanto al grado de normativización con que han de ser pensados esos conceptos. Pero el empleo de ciertos términos que equivalgan a un mero no conocer presenta precisamente el inconveniente de amarrar las nociones de dolo y error a criterios de facticidad que deberían ser evitados.

El punto tiene importancia en relación con la ignorancia deliberada. Si el dolo se concibe como conocimiento del hecho típico y si este ha de estar presente en el momento de ejecución de la conducta, parece lógico que en supuestos de ignorancia de un elemento típico habría que negar la imputación dolosa, cualquiera sea el motivo que la origine e independientemente incluso de si el propio autor ha procurado su desconocimiento. Sin embargo, esta conclusión es valorativamente inaceptable; el autor no debería beneficiarse de una ignorancia que él mismo haya provocado planificadamente.

Por este motivo, la dicción del artículo propuesto procura dejar un margen de flexibilidad suficiente para que este y otros aspectos problemáticos del dolo y el error puedan ser abordados sin tener que lidiar con barreras lingüísticas que podrían ser decisivas cuando de lo que se trata es de restringir el tenor literal de una cláusula de exención de responsabilidad.

El término “equivocarse” alude también a un desconocimiento, pero supone además un mínimo de interés por parte del agente de conocer lo que en definitiva ha ignorado de su hecho, de modo que si aquel no concurre, como acontece en los supuestos de ignorancia deliberada, cabría negar la concurrencia de un error.

#### *1.1.2. Error sobre elementos normativos*

El texto sugerido procura también evitar expresiones como “elemento” o “circunstancia”, por aludir estas fundamentalmente a un componente del

enunciado típico o bien a un hecho, y en cambio utiliza la expresión “caracteres” para referirse a lo que el individuo ignora. Ella tiene a mi modo de ver la ventaja de abarcar con la misma facilidad tanto las condiciones fácticas como las normativas que permiten describir el hecho con los términos del tipo.

La referencia a los caracteres “que hacen típico el hecho” busca poner de relieve que el error de que se trata incide sobre la situación real y que el sujeto no necesita tener ningún conocimiento de los términos del tipo. Pero sobre todo apunta a resaltar que su representación del hecho debe abarcar todo lo que para un hablante externo hace posible predicar el tipo a ese suceso.

Con ello se persigue establecer una perspectiva más adecuada para la solución de las dificultades que plantea el conocimiento y el error sobre los elementos normativos de un tipo. La doctrina tradicional ha recurrido para este fin a la fórmula del conocimiento paralelo de un lego, que por una parte es insuficiente, en la medida en que no ofrece una pauta que sirva para averiguar qué debería abarcar en concreto ese conocimiento, y es también inadecuada porque sugiere que el autor necesitaría conocer algo menos que el tipo, en cuanto da a entender que la medida apropiada del dolo podría desprenderse de una especie de indagación sociológica. La respuesta correcta a esta cuestión pasa más bien por una desnormativización de los conceptos que permita arribar a una formulación equivalente del tipo que no suponga el manejo de conocimientos técnicos por parte del agente, pero que a la vez asegure que este efectivamente cuente con una comprensión de todos los aspectos que hacen desvalioso su acto ante la ley penal.

### ***1.2. Inciso segundo. Aplicación del régimen del error de tipo a otros supuestos***

En su inciso segundo el artículo proyectado extiende la solución del error de tipo –exclusión del dolo, y subsistencia eventual de la culpa- a dos supuestos que en rigor no constituyen hipótesis de error de tipo. Uno de ellos es el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, al que ya se ha aludido. El segundo es un supuesto específico de error sobre la ilicitud que la teoría de la culpabilidad somete al régimen del error de prohibición.

#### *1.2.1. Error sobre la contravención de normas extrapenales*

Para la teoría de la culpabilidad, todo error sobre el carácter ilícito del hecho debe someterse al régimen más severo y de punibilidad general previsto para el error de prohibición. Sin embargo, ya desde un inicio fue discutido que esta solución resultase igualmente adecuada para todos los casos, según puede verse en la polémica sostenida entre Welzel y Lange a este respecto. Y si bien en las décadas siguientes la tesis del dolo neutro o avalorado logró imponerse, el

desarrollo progresivo del llamado derecho penal accesorio o secundario hace que las objeciones de Lange y otros más cobren mayor actualidad que nunca.

El problema de fondo es que, contra lo que presupone la teoría de la culpabilidad, la separación de la conciencia de la ilicitud del dolo no siempre deja subsistente una representación del hecho que pueda ser valorada como una comprensión de su lesividad o de las razones por las cuales es conminado con pena, lo que conduce a imponer la pena atenuada del dolo en supuestos en los que el hecho representado por el individuo es socialmente neutro. Una de las aristas especialmente agudas de este problema se plantea en el ámbito de los tipos penales en blanco, muchos de los cuales contienen remisiones referidas precisamente al carácter antinormativo de la conducta. La posición mayoritaria en Alemania defiende la llamada tesis de la sustituibilidad, que propone reconstruir el tipo reemplazando el concepto normativo de remisión por la hipótesis contenida en la norma de complemento, y tomar luego el enunciado resultante como referente del dolo. Con ello se logra efectivamente mantener invariable la premisa general de la teoría de la culpabilidad aun frente a tipos que mencionan la ilicitud entre sus elementos, pero como contrapartida se obtiene un dolo que no satisface siquiera los mínimos requeridos para una comprensión paralela de los caracteres normativos del hecho.

Ante esto, un sector creciente de la doctrina germana y española sostiene en la actualidad que los resultados de este y de otros procedimientos semejantes no pueden ser aceptados en el ámbito del derecho penal accesorio (fundamentalmente, el derecho penal económico). Incluso un autor como Roxin, inicialmente partidario de una aplicación pareja de la teoría de la culpabilidad, ha terminado variando su parecer al respecto y adhiriendo a una restricción como la señalada. Por supuesto, ello supone mantener en paralelo dos sistemas de error: el de la teoría de la culpabilidad en el ámbito del derecho penal nuclear y el de la teoría del dolo en el del derecho penal accesorio, con todos los problemas de delimitación que ello supone. Otros autores, más drásticos, proponen sencillamente volver a la teoría del dolo como regla general para todos los delitos.

La presente propuesta asume que la solución de la teoría de la culpabilidad no es adecuada en todos los casos, pero en lugar de las alternativas recién citadas plantea una cláusula que permite asignar un efecto excluyente del dolo al error sobre la antinormatividad de la conducta cuando la propia descripción del hecho suponga la infracción de normas extrapenales y el conocimiento de esta circunstancia pueda ser mirado como un componente esencial del sentido del hecho.

La solución que se plantea no se encuentra completamente desprovista de antecedentes en el derecho comparado. El más cercano de ellos se encuentra en el art. 16.1 del Código Penal portugués, según el cual: “*O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo*”.

## 2. Error de prohibición

Artículo B. El error sobre el carácter reprobado del hecho exime de pena si quien lo ha padecido no pudiere ser responsabilizado de él. En caso contrario, podrá atenuarla en uno o dos grados.

### 2.1. Objeto del error

Es discutido qué es exactamente lo que un individuo debe saber para obrar con conciencia de la ilicitud. Al respecto, es posible identificar básicamente tres posturas: (a) la de quienes señalan que basta el conocimiento del deber o de la prohibición, y que es considerada como ampliamente mayoritaria en Alemania; (b) la de quienes sostienen que debe exigirse adicionalmente conciencia de que la conducta es de algún modo sancionable, sea administrativa o penalmente, y (c) por último, la de quienes estiman que debería exigirse el conocimiento de la sancionabilidad penal del hecho.

En principio, no me parece que esta sea una cuestión que la regulación proyectada deba zanjar definitivamente. Recién se ha impuesto en nuestro país el error de prohibición como una categoría dogmática dotada de cierta eficacia ante nuestros tribunales, por lo que resulta prematuro pretender cerrar una discusión que en nuestro país apenas ha comenzado.

Pero las formas de expresión normalmente usadas en esta materia encierran el riesgo de provocar precisamente eso. Si la ley alude a la *ilicitud* de la conducta - como hacen el § 17 del Código Penal alemán, el artículo 14.3 del Código Penal español, el artículo 21 del Código Penal suizo, el artículo 17 del Código Penal portugués y el artículo 3° del Anteproyecto de 2005-, se sugiere fuertemente la idea de que se trata de una oposición general de la conducta a las normas del ordenamiento jurídico.

En lo personal, me parece preferible la segunda de las tesis mencionadas más arriba. No me parece que merezca pena la persona que en conocimiento de la contrariedad general a derecho de su conducta (por ejemplo, de que quebranta un deber contractual) la ejecuta en la creencia seria e *invencible* de que no

constituye un supuesto sancionado, por ejemplo porque ha recibido de una fuente confiable u oficial la respuesta de que su comportamiento no es delictivo<sup>3</sup>.

Pienso que consideraciones similares establecen también una diferencia cualitativa relevante en una situación paralela de error de prohibición *vencible*. Si por un descuido suyo el sujeto se ha encontrado en el momento del hecho imposibilitado de salir de dudas, pero al mismo tiempo impedido de postergar su decisión de actuar, debería existir la posibilidad de castigarlo con la pena *atenuada* correspondiente a la figura dolosa aun cuando haya obrado con conciencia actual o eventual de la antijuridicidad general de su comportamiento. De acuerdo con esto, en el texto proyectado se señala que el error de prohibición recae sobre el carácter *reprobado* del hecho.

En general, el término adjetivo “reprobable” es utilizado con una connotación subjetiva. De reprochabilidad muchas veces se habla como sinónimo de culpabilidad. Sin embargo, en el precepto el término aparece referido al hecho precisamente con la intención de poner de relieve la diferencia que existe entre las acciones que, si bien se oponen a las pautas del ordenamiento jurídico, este no hace objeto de persecución ni de castigo, de aquellas otras que en cambio sí generan una respuesta estatal destinada a la represión de la conducta, sea a través de sanciones penales o administrativas.

En cualquier caso, no creo que el término empleado introduzca en el texto una inflexión tan fuerte a este respecto como para hacer descartable una interpretación como la que de hecho es mayoritaria en la doctrina alemana. Quien quisiera sostener que una conducta contraria a los deberes contractuales o familiares, por ejemplo, es una conducta reprobada por el derecho me parece que podría hacerlo sin encontrar en el texto una cortapisa insalvable.

## 2.2. *Criterio de evitabilidad*

En relación con la posibilidad de evitar el error en que se ha incurrido, que determina la diferencia entre un error excusante de prohibición de uno que solo da lugar a una atenuación de pena, el artículo propuesto adopta una fórmula deliberadamente amplia.

Con ello pretende hacerse eco de que la vencibilidad del error de prohibición descansa sobre un deber que no es autónomo sino que se activa frente a situaciones de las que surge un motivo para adquirir conocimientos jurídicos. También hace suyo el criterio que considera que la evaluación del error del

---

<sup>3</sup> La situación señalada de quien se encuentra impedido de reconocer el carácter penal del hecho admite un cierto paralelo –no exacto, por cierto, pero ilustrativo de todas formas- con la que se presentaría si se pretendiera imponer retroactivamente un castigo a un individuo aduciendo que cuando la ejecutó tuvo conciencia de su carácter antinormativo.

sujeto no debe limitarse a verificar si el individuo observó o incumplió sus deberes, sino que debe tomar en cuenta al menos las informaciones confiables que habría recibido.

En este sentido, la expresión “evitabilidad” es claramente preferible frente a otras que pongan el acento en una mera infracción de deber (como ocurre con la “censurabilidad”, aludida en el Código Penal portugués). Pero incluso ella presenta el inconveniente de poner el acento simplemente en las posibilidades de evitación que pudieran encontrarse al alcance del individuo y no da cuenta suficientemente de que su deber de procurarse respuestas legales se encuentra sujeto a límites de exigibilidad. Después de todo, se trata de fijar un balance entre el interés social y el individual en términos de las capacidades que un individuo ha de poner a disposición del derecho para hacer posible el acatamiento de sus normas.

Son muchas las variables que intervienen en la evaluación de lo que podría caracterizarse, entonces, como el problema de la exigibilidad de la evitación del error sobre la ilicitud de la conducta. Para dejar margen a todos los posibles elementos que pueden incidir en esta materia (informaciones hipotéticas, sesgos cognitivos, existencia de restricciones al ejercicio de la actividad, etc.) sin prejuzgar sobre su peso en la decisión final, me parece entonces que puede ser conveniente condicionar la exención a que el sujeto no pueda ser responsabilizado de su error.

### 2.3. *Facultatividad de la rebaja*

Como es sabido, a diferencia del modelo alemán, el sistema español prevé una rebaja obligatoria de pena para quien incurre en un error evitable de prohibición. Esta es una opción que ha merecido ciertas críticas porque conduce a disminuir la pena incluso cuando el error del agente es especialmente censurable y no merece ser reconocido como tal.

En la norma propuesta he preferido la solución alemana, en parte a raíz de la crítica que se acaba de apuntar, pero también por otras dos razones. En primer lugar, porque un grupo importante de supuestos de error de prohibición quedarán captados por la regla del artículo A.b, y segundo, porque si se adopta en definitiva la decisión de admitir el error sobre la sancionabilidad del hecho es posible que se presenten casos en los que la ignorancia del agente tenga una incidencia muy leve sobre la evaluación de merecimiento y necesidad pena, que no amerite una rebaja de pena.

Con todo, debo hacer presente que en este punto no tengo una convicción firme, principalmente por una razón procedimental que considero importante. Si se consagra la regla como facultativa, ello probablemente redundará en que en la

práctica las cuestiones sobre error de prohibición queden confinadas a la apreciación que hagan los tribunales de juicio oral, debido a que las Cortes de Apelaciones suelen rechazar los recursos de nulidad en los que se invoca como vulnerado un precepto que establece un efecto meramente facultativo para el tribunal. Pienso que en un punto de tanta importancia como este esa consecuencia sería muy desaconsejable.

### **3. Aspectos no considerados en la propuesta**

Como se habrá podido notar, la propuesta no incluye regulación sobre ciertos materias específicas de error que necesitan ser abordadas en estrecha conexión con la regulación correspondiente. Me refiero fundamentalmente al error sobre circunstancias modificatorias y sobre presupuestos del estado de necesidad. Tampoco se aborda el problema del error inverso de tipo o de prohibición.

Viña del Mar, 22 de abril de 2013