



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**EL ERROR DE PROHIBICIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO EN LA
LEY PENAL CHILENA: ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY INDÍGENA**

KATALINA IGNACIA MOLINA OLGUÍN

Memoria presentada en la Escuela de Derecho, para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Gustavo Balmaceda Hoyos

Santiago, Chile

2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO 1: ASPECTOS PRILIMINARES DE LA TEORÍA DEL ERROR EN DERECHO PENAL.....	6
1.1. Del error de hecho y el error de derecho	8
1.2. Del error de tipo y el error de prohibición	11
1.3. Error de prohibición y conocimiento de la antijuricidad.....	13
1.4. Objeto, contenido y nivel de conocimiento de la antijuricidad	14
1.5. Formas de error de prohibición	19
1.6. Efectos del error de prohibición	21
1.7. Vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición	27
1.7.1. El examen de vencibilidad	27
1.7.2. Criterios para determinar la evitabilidad e inevitabilidad	28
1.7.3. La prueba del error de prohibición	31
CAPÍTULO 2: EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO Y EL CONDICIONAMIENTO CULTURAL DEL AGENTE	
2.1. Diferencias consagración positiva entre la legislación chilena y el derecho comparado	33
2.1.1. Legislación española	34
2.1.2. Legislación alemana	34
2.1.3. Legislación peruana	35
2.2. La dogmática chilena	36
2.2.1. La dogmática tradicional chilena	36
2.2.2. La dogmática alternativa chilena	36
2.3. Efectos en el derecho chileno	38
2.4. El error de prohibición culturalmente condicionado	40
2.4.1. El error culturalmente condicionado	40
2.4.2. El delito culturalmente motivado	41
2.4.3. Autoría por conciencia y por convicción	42
2.4.4. Alternativas de tratamiento a la motivación cultural	43
2.4.5. El error de prohibición indirecto como respuesta correcta	46

2.5. El artículo 54 de la Ley Indígena, Convenio 169 de la OIT y límites a la motivación cultural	47
2.5.1 El artículo 54 de la Ley Indígena (Nº19.253)	47
2.5.2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	48
2.5.3. Los antiguos artículos 13 y 14 de la Ley Pascua: límites de la costumbre indígena	49
2.6. Tratamiento jurisprudencial de la motivación cultural	53
2.6.1. Caso Juana Catrilaf (Mapuche)	53
 TOMA DE POSICIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES	57
 BIBLIOGRAFÍA	61

INTRODUCCIÓN

Errare humanum est. Mediante este aforismo latino Cicerón ya previó en el siglo I A.C.¹, de cierto modo, que el error es propio de la naturaleza humana, y en ese orden de ideas, si la perfección no es propia del ser humano y este yerra en aspectos tan cotidianos, como relaciones interpersonales o siguiendo un manual de instrucciones ¿tan raro sería errar cuando se está ante situaciones jurídicas más complejas?

“Existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden”², sea porque el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (error negativo o ignorancia), sea porque tiene una representación falsa de la realidad (error positivo)³. “En materia penal, el concepto de error comprende también el de ignorancia, aunque sean nociones distintas”⁴, siguiendo a GARRIDO MONTT, la ignorancia es carecer de conocimiento sobre una cosa o situación, mientras que en el error se tiene conocimiento, pero este es equivocado⁵. En la ignorancia el sujeto no sabe, mientras que en el error el sujeto sabe, pero mal⁶.

Supongamos que Pedrito, un ciudadano de nacionalidad colombiana, que llegó a vivir a Chile hace poco, arrienda una casa para estar junto con su familia, durante la primera semana de diciembre él y su familia llenan de velas la vereda de su casa, y el día 7 de diciembre las encienden y además lanzan algunos fuegos artificiales; Pedrito, es sorprendido por funcionales policiales que realizaban patrullaje preventivo en el sector y se lo llevan detenido por el delito de posesión y tenencia de fuegos artificiales (consagrado en el art.9 inciso final en relación con el art.2 letra f de la Ley 17.798). Sin embargo, lo cierto es que los días 7 y 8 de diciembre, en Colombia se celebra “el día de

¹ PELÁEZ, Jorge. *Errare humanum est*. [En línea] La República en Internet. 29 de octubre, 2015. [Consulta el 31 de diciembre, 2023] <<https://amp.larepublica.co/analisis/jorge-hernan-pelaez-500047/errare-humanum-est-2316886>>

² DÍAZ y García Conlledo, Miguel. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. España, La Ley, 2008. 140p.

³ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. España, La Ley, 2008. 140p.

⁴ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 92p

⁵ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito*. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 92p

⁶ RETTIG, RETTIG, Mauricio. *Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II*. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 634p.

las velitas”⁷, o como vulgarmente se conoce, “el alumbrado”, en donde precisamente se encienden velas y lanzan algunos artefactos pirotécnicos para conmemorar el momento en que el Arcángel Gabriel anunció a María que sería la elegida para ser madre de Jesús⁸. En este caso, ¿es realmente justo aplicar una pena de presidio menor en su grado mínimo a quien motivado por su cultura infringe la norma?, considerando especialmente que el delito es de los denominados “sin víctima” y que el sujeto acaba de llegar al país ¿será merecedor del juicio de reproche? A nuestro juicio, en ciertos y determinados casos, resulta penalmente relevante considerar el condicionamiento cultural del agente y cómo este se refleja en la conciencia de la antijuricidad, lo que nos podría llevar a un caso de exclusión de culpabilidad o, a lo menos, atenuación de la pena.

La situación descrita anteriormente, es conocida en doctrina -principalmente española- como delito culturalmente motivado, quienes han abordado el análisis de esos supuestos los hacen desde el multiculturalismo con origen en la migración. No obstante, que este trabajo no se basa específicamente en el fenómeno migratorio como fuente del condicionamiento cultural del autor, sino que más bien desde la perspectiva indígena, es posible rescatar algunos criterios y aplicar esta doctrina a los planteamientos que se harán en esta obra.

Asimismo, la cuestión relativa al error culturalmente condicionado tiene -y ha tenido- múltiples respuestas dogmáticas, hay quienes aprecian los casos como formas de inimputabilidad, otros de error de prohibición, algunos solo proponen atenuación, y otros -más osados- como error de tipo. Todo lo anterior dependiendo del derecho positivo vigente en sus respectivos países, siempre buscando la mejor adecuación al texto de la ley so pena de infringir el principio de legalidad penal.

Adelantamos desde ya -aunque por el título se deduce- que consideramos que la interpretación más adecuada a nuestra ley penal se encuentra en el error de prohibición.

⁷ National Geographic en español. Obtenido de [ngenespanol.com/traveler/vive-la-noche-de-las-velitas-en-colombia/]

⁸ El Colombiano (lunes 20 noviembre 2023) Recuperado de [elcolombiano.com/tendencias/por-que-se-celebra-el-dia-de-las-velitas-A119556363]

Asimismo, es importante señalar la estructura del delito de la que se parte, especialmente en cuanto a la ubicación del dolo y la imprudencia, situación que repercute en la teoría del error, es así como a nuestro juicio se incluye al dolo y la culpa como elementos del tipo subjetivo dentro del análisis de la tipicidad, no a nivel de culpabilidad, pues la conciencia de la antijuricidad es, a nuestro parecer, el elemento cognoscitivo propio del juicio de reproche, e independiente del dolo.

A continuación, se hará una revisión de los principales puntos de la teoría del error de prohibición, a fin de lograr una mejor comprensión de la visión chilena del error en general y se hará una breve mención a legislaciones extranjeras para dar cuenta de las formas en se puede regular positivamente el error.

Luego, se plantearán algunas de las alternativas dogmáticas que se han elaborado por la doctrina para enfrentar el problema la motivación cultural del autor del delito; a reglón seguido, se abordará el problema del error culturalmente motivado desde la perspectiva del error de prohibición y, particularmente, se hará referencia a la Ley N°19.253 (Ley Indígena) y al Convenio N°169 de la OIT como fuentes de la defensa cultural.

Y para concluir, se ejemplificará con un caso, cómo la motivación cultural del agente ha sido tratada por nuestra jurisprudencia, especialmente cuando el sujeto activo del delito pertenece a algún pueblo originario.

CAPITULO 1: ASPECTOS PRELIMINARES DE LA TEORÍA DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL

Sin intenciones de exhaustividad en este punto, partimos de la premisa de que no todo error es jurídico-penalmente relevante, pese a que se vean involucradas aparentemente normas penales, tal es el caso del error en favor del sujeto activo (esta vez en relación con la vigencia de la norma), aquí el agente que conoce y quiere la realización de un hecho que cree típico, sabiendo -según su representación- que se arriesga a una sanción penal igual lo realiza, pero esa conducta ya no es punible (atípica) y, en consecuencia, no será sancionado. Por ejemplo, el sujeto A conduce su automóvil ocultando la Placa Patente Única con una bolsa de basura negra para así evitar que el vehículo sea reconocido y poder cometer más fácilmente otro delito, este sujeto sabe que si es sorprendido por Carabineros lo podrían llevar detenido, pero lo cierto es que con la modificación realizada a la Ley del Tránsito por la Ley 21.601, el ocultamiento de P.P.U., ya no es punible, sino que hoy la letra e) del art.196 B Ley N°18.290 (art.192 letra e del texto refundido) solo sanciona al que conduzca con una P.P.U falsa, alterada o que pertenezca a otro vehículo, eliminando el ocultamiento como verbo rector del tipo, quedando sancionada dicha conducta únicamente como infracción administrativa (en razón del art.199 N°7 de la misma ley).

Otro error irrelevante sería el error *in personam*, o sea, aquel que “recae sobre la identidad de la víctima sobre quien se ejecuta la conducta típica, quien es confundida con otra persona”⁹, resta importancia quien sea la víctima “por ejemplo, el delito de homicidio castiga al que mata a otro, es decir, cualquier otro sujeto con vida humana independiente, sin importar si es Pedro, Juan o Diego”¹⁰; la relevancia de esta clase de error queda descartada en virtud del artículo 1° inciso 3° del Código Penal¹¹ el que reza: “El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender.”¹². No obstante, hay que considerar que un error que a priori parecería ser irrelevante, luego de evaluar las

⁹ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 649p.

¹⁰ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 649p.

¹¹ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 650p.

¹² Código Penal chileno, promulgado y publicado el 12 de noviembre de 1874, artículo 1° inciso 3°.

circunstancias concretas que envuelven al caso podría adquirir cierta trascendencia, si bien “en aquellos tipos protectores de bienes jurídicos eminentemente personales (vida, integridad corporal, salud, honor, libertad física, libertad sexual, etc.). En tales hipótesis, el error sobre la persona ofendida resta irrelevante”¹³, pero si el sujeto pasivo es un elemento integrante del tipo y se exige conocimiento especial respecto de su identidad podría cobrar eficacia excluyendo dolo, ello en razón del artículo 1º inciso 3º del CP segunda parte¹⁴, vale decir, “en tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen”¹⁵. De esta manera, si el asesino quería dar muerte a Juan, yerra en la persona y termina matando a Diego (su padre), se podría cuestionar la existencia de dolo de parricidio, especialmente porque el tipo de parricidio exige dolo directo “el que conociendo las relaciones que los ligan”. En este caso ¿el error en la persona es tan irrelevante? Pareciera ser que no. Sin perjuicio de ello, hay quienes plantean que para que el error sea relevante -y excluyente del dolo en este caso- “es preciso que este recaiga sobre algún elemento constitutivo del tipo (Tatbestand), no así sobre un elemento de la figura delictiva (Delikstypus)”¹⁶; así, en el primer caso el error produce la conciencia de que la conducta no es sancionable penalmente de modo alguno, en el segundo en cambio, la circunstancia ignorada solo determina el título por el cual el hecho sería punible, pero no habría error en que el acto es punible de todas maneras¹⁷.

¹³ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 311p.

¹⁴ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 312p.

¹⁵ Artículo 1º inciso 3º del Código Penal chileno.

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 336p

¹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 336p

1.1. Del error de hecho y el error de derecho

En el pasado, siguiendo las bases de la doctrina civil del error, se distinguía entre error de derecho y error de hecho. El error de hecho era el “que recaía sobre los sujetos u objetos aprehensibles a través de los sentidos.”¹⁸, “sobre las circunstancias materiales del delito”¹⁹. En tanto, el error de derecho era aquel que “recaía sobre el conocimiento de la ley”²⁰; pero conforme pasaban los años, la excesiva rigidez de la distinción anterior²¹ y su dificultad de tratamiento, posibilita el nacimiento de una nueva clasificación dentro del error de derecho, el que a su vez podía ser error de derecho extrapenal, “referido a normas ajenas al derecho penal, pero que cobraban relevancia en la descripción típica”²²; o error de derecho penal, “relacionado con el carácter penalmente prohibido de la conducta”²³. Así, el error de derecho (y especialmente el penal) era irrelevante conforme a la máxima *error iuris nocent*, esto es, el error de derecho no es excusa a la inobservancia de la ley, pues la ley se presume conocida por todos, era “el error de lo jurídico, visto no como una causa de inculpabilidad, sino como un error que se presume *iure et de iure*.”²⁴

Sin embargo, “la clasificación del error en de hecho y de derecho, que aparentemente es clara, hizo crisis cuando se detectaron los elementos normativos del tipo”.²⁵ La concepción hasta entonces imperante era el tipo de BELING, compuesto por acciones delictivas donde no hay juicio de valor alguno, pues este juicio corresponde efectuarlo a nivel de antijuricidad, básicamente el tipo estaría conformado solo por elementos descriptivos aquellos “susceptibles de ser captados través de los sentidos”²⁶,

¹⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 394p.

¹⁹ GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 93p.

²⁰ GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 93p.

²¹ BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. El error de prohibición y la reforma al ordenamiento penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (26): 97-112, 2005.

²² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 394p.

²³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 394p.

²⁴ DENES, Agustín. Ignorancia y opacidad: una mirada al derecho penal [en línea]. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2017. Recuperado de < <https://doi.org/10.22187/rfd2017110> >. 2p.

²⁵ GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 93p.

²⁶ BALMACEDA, Gustavo. Derecho Penal Parte general. 3ra ed. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018. 122p

los que “no necesitan recurrir a normas (jurídicas o sociales) para advertir su significado”²⁷, razón por la cual en la noción de tipo de BELING no podrían existir elementos normativos²⁸, los que precisamente importan una valoración, la percepción sensorial no es suficiente, sino que requieren de un acto de comprensión intelectual²⁹ “necesitan del conocimiento de algún tipo de norma, ya sea jurídica o de otra índole como social, ética, etc., para poder valorar y advertir su trascendencia y alcance”³⁰.

Es “común hablar de M.E.MAYER como el descubridor de la existencia de los elementos normativos del tipo penal”³¹, siguiendo a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Mayer parte de la idea de que el tipo penal es de carácter neutral, que constituye un indicio de antijuricidad, es decir, la tipicidad es la *ratio cognoscendi* de la antijuricidad (carácter indiciario como el humo respecto del fuego)³², pero “MAYER encuentra en algunos tipos elementos que no poseen un mero carácter indiciario de la antijuricidad, sino que son componentes o partes integrantes, auténticos elementos, *ratio essendi* de la misma”³³. Con el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, la frontera que dividía al error de hecho del error de derecho se volvió aún más difusa ¿un error sobre los elementos normativos del tipo sería error de hecho o error de derecho? Lo cierto es que este error “puede tener su origen en un error de derecho y ser, sin embargo, un error de tipo excluyente del dolo”³⁴, o bien, ser un error de prohibición sin más. Como advierte FELIP I SABORIT, para el Tribunal Supremo Alemán “el error sobre el carácter antijurídico de la conducta, salvo que fuera la consecuencia del desconocimiento de alguna circunstancia

²⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 284p.

²⁸ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 39p.

²⁹ PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. Cuadernos de política criminal. (47): 349-392, 1992.

³⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 284p.

³¹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 40p.

³² DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 40p.

³³ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 40p.

³⁴ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 145p.

fáctica, era, necesariamente, un error de derecho y, por definición, irrelevante”³⁵, lo que significaba que todo error que recayere sobre elementos normativos del tipo era considerado irrelevante³⁶, así por ejemplo, quien se equivocara sobre la ajenidad de la cosa, “apropiándose” de una cosa que pensaba era suya, quedaba descartada la exclusión del dolo, siendo la conducta punible.

Para GARRIDO MONTT y la doctrina dominante en nuestros días, “la distinción entre error de derecho y de hecho es casi impracticable”³⁷, esto porque “en definitiva todos los elementos del tipo son objeto de valoración jurídica y podrían importar error de derecho”³⁸. Asimismo, en la práctica, la distinción entre elementos normativos y descriptivos no es tan fácil de determinar, dado que la mayoría de los elementos que integran el tipo son de carácter mixto, es decir, “son en parte normativos y en parte descriptivos”³⁹, hoy la doctrina mayoritaria ha optado por la relativización de estos conceptos, postura que compartimos, concluyendo que “en la distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo no estaríamos ante una división tajante en compartimientos estancos, sino más bien ante una apreciación cuantitativa: ciertos elementos típicos son más descriptivos (o contienen más componentes descriptivos) que otros, mientras que en algunos la carga normativa es mayor”⁴⁰.

La influencia de la doctrina que distinguía entre error de hecho y derecho, queda de manifiesto, por ejemplo, en el “proyecto de Código Penal Chileno, fundado en las ideas de la dogmática clásica [...] propuesto en el mismo año 1929 por los profesores ERAZO y FONTECILLA”⁴¹ que reconoce positivamente el efecto del error de derecho.

³⁵ FELIP I Saborit, David. La delimitación del conocimiento de la antijuricidad: una aportación al estudio del error de prohibición. Tesis doctoral (Doctor en derecho). Barcelona, Chile, Universitat Pompeu Fabra, 1997, 21p.

³⁶ FELIP I Saborit, David. La delimitación del conocimiento de la antijuricidad: una aportación al estudio del error de prohibición. Tesis doctoral (Doctor en derecho). Barcelona, Chile, Universitat Pompeu Fabra, 1997, 21p.

³⁷ GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 93p

³⁸ GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 93p

³⁹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 58p.

⁴⁰ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 59p.

⁴¹ MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno Parte General. 2da ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 36 p.

1.2. Del error de tipo y el error de prohibición

Pese a que hoy la terminología error de tipo y error de prohibición se encuentra absolutamente asentada, hay algunas voces que postulan volver a utilizar los vocablos error de hecho y de derecho, o más bien, propugnan “la adopción de posturas que materialmente se aproximan de uno u otro modo a la antigua distinción”⁴².

En términos simples -tal vez demasiado-, el error de tipo es “aquel que recae sobre un elemento integrante del hecho típico”⁴³. Una definición un poco más completa lo considera como “el desconocimiento de o la equivocación sobre la concurrencia en el hecho de aquellos elementos que pertenecen al tipo objetivo del delito”⁴⁴.

De lo anterior se colige que su efecto inmediato es la exclusión del dolo en todo caso, esto porque el dolo requiere de la concurrencia del elemento intelectual “conocer” el que ha de recaer sobre las circunstancias de hecho constitutivas del tipo⁴⁵, sin embargo, para que este error “excluya además la imprudencia dependerá de si el error es invencible o vencible”⁴⁶. Adelanto desde ya, que vencibilidad e invencibilidad del error, dependerá de si este se pudo o no haber evitado atendiendo a la diligencia exigida al sujeto, por tanto, será vencible o evitable el error “que pudo haberse evitado empleando la diligencia que era posible exigir”⁴⁷, y será invencible o inevitable el error que “no pudo ser evitado por el agente aun empleando toda la diligencia que le era exigible”⁴⁸. Así, solo si el error es vencible subsistirá responsabilidad a título de culpa, en los casos en que la ley señale expresamente la punición de la imprudencia⁴⁹.

⁴² DÍAZ Y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 146p.

⁴³ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7ª ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 309p.

⁴⁴ DÍAZ Y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 149p.

⁴⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 333p.

⁴⁶ DÍAZ Y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 152p.

⁴⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 334p.

⁴⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 334p.

⁴⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 334p.

Es menester señalar, que la ubicación sistémica del dolo y la imprudencia incide en la naturaleza del error de tipo, para quienes el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad, el error de tipo y el de prohibición tendrían consecuencias idénticas, vale decir, la exclusión del dolo; pero la concepción seguida en este trabajo considera que el error de tipo solo afecta al injusto típico y no a la culpabilidad.

1.3. Error de prohibición y conocimiento de la antijuricidad

La culpabilidad se funda en la motivación normativa -en complemento con finalidades preventivas y de necesidad de pena-, lo cierto es que el presupuesto básico para que los sujetos se puedan motivar por la norma es la conciencia de la antijuricidad⁵⁰, en consecuencia “los conceptos conocimiento de la antijuricidad y error de prohibición son excluyentes entre sí”⁵¹, estaremos ante un error de prohibición precisamente cuando al momento de actuar al sujeto le falte conocimiento de antijuricidad, sea por tener una representación positiva, sea por no tener representación alguna⁵², o este conocimiento sea deficiente.

Entonces, el error de prohibición se produce cuando el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos de la prohibición que llevarían al hombre medio ideal desde el punto de vista del derecho a reconocerla, sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición⁵³. En cuanto a su naturaleza, ya adelantamos que su ubicación se sitúa a nivel de culpabilidad, excluyéndola -si el error es invencible- o atenuándola -si el error es vencible-, por lo que no afecta ni al dolo ni a la imprudencia, al estar estos ubicados dentro del injusto típico⁵⁴. Debido a ello, se “impide al Estado reprochar el comportamiento de una persona que lleva a cabo una actividad en la convicción de que lo hace sin contravenir el ordenamiento jurídico”⁵⁵.

⁵⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 557p.

⁵¹ OLAIZOLA, Inés. El error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007. 53p.

⁵² OLAIZOLA, Inés. El error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007. 53p.

⁵³ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 159p.

⁵⁴ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 173p.

⁵⁵ GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 230p.

1.4. Objeto, contenido y nivel de conocimiento de la antijuricidad

El objeto sobre el cual ha de recaer el conocimiento de la antijuricidad no ha estado exento de debate, para algunos el sujeto debe conocer la prohibición penal, otros exigen el conocimiento de la prohibición general, y otros -más eclécticos- toman elementos de las dos posturas anteriores. Quienes consideran que la conciencia de la ilicitud importa el conocimiento de la prohibición penal, arguyen que existe una gran diferencia entre los casos en que ordenamiento jurídico conmina la realización de un hecho con una pena, de aquellos en los que aplica otra sanción⁵⁶, “la pena no es una consecuencia jurídica más”⁵⁷. Para quienes la conciencia de la antijuricidad se traduce en el conocimiento de la prohibición general, el sujeto no requiere conocer el precepto concreto vulnerado, sino que el “autor debe reconocer la valoración general injusta de su hecho”⁵⁸, conocer que dicha norma pertenece al ordenamiento jurídico y su infracción lesiona o pone en peligro ciertos intereses socialmente relevantes, es decir, “se reduciría al conocimiento de antijuricidad material del hecho”⁵⁹. Y finalmente, la postura más ecléctica, parte de la idea de que es suficiente el conocimiento de antijuricidad general, dado que si el sujeto sabe que la conducta está prohibida por el derecho actúa con conocimiento⁶⁰, pero se reconoce que la motivación del cumplimiento de una norma penal de una que no posea esa naturaleza, sí es distinta, por lo que si el sujeto no conoce la gravedad de la prohibición podría ser posible apreciar una disminución de la culpabilidad.⁶¹

En ese sentido, FERRÉ/NÚÑEZ/RAMÍREZ, sostienen que el conocimiento de la antijuricidad también debe abarcar la punibilidad de la conducta, argumentando que “la pena no puede tener el mismo sentido para quien conoce la prohibición que para quien se

⁵⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 57p.

⁵⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 57p.

⁵⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 55p.

⁵⁹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 58p.

⁶⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 58p.

⁶¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 58p.

encuentra en una situación de error”⁶², no es lo mismo errar sobre una norma penal que sobre una norma administrativa, puede ser que el sujeto se represente responder por una pena de multa, cuando en realidad su conducta es sancionada penalmente con presidio menor en su grado mínimo, por ejemplo, “en este caso posee una falsa representación sobre la consecuencia jurídica (error sobre la punibilidad), que es de tal entidad que no le permite motivarse adecuadamente”⁶³.

No obstante, “la doctrina mayoritaria considera que el sujeto debe creer que su conducta no es antijurídica desde la perspectiva de la totalidad ordenamiento, no simplemente ignorar su carácter delictivo (antijuricidad penal)”⁶⁴, principalmente atendiendo a que el ciudadano común no letrado, en la mayoría de los casos no sabe distinguir entre las distintas ramas del derecho⁶⁵ y es mucho más común que amplíe el espectro de aplicación de una norma penal, considerando como tal a una norma que no tenga ese carácter, por lo que “en la práctica serán más comunes los casos en los que el sujeto crea que algo no prohibido penalmente, lo está”⁶⁶.

En cuanto al contenido del conocimiento de la antijuricidad, “debe tratarse de una comprensión equivalente al conocimiento del profano”⁶⁷, las exigencias propias al hombre medio. Pero a nuestro juicio, en el análisis de la vencibilidad e invencibilidad ser deben estudiar con más rigurosidad las circunstancias y características propias del sujeto, que en el caso de un error de tipo.

⁶² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 568p.

⁶³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 569p.

⁶⁴ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 160p.

⁶⁵ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 57p.

⁶⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 62p.

⁶⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 569p.

En cuanto al nivel de conocimiento de la antijuricidad, es decir, se trata de determinar el grado de certeza que debe tener el sujeto al actuar⁶⁸, en ese orden de ideas el debate se centra principalmente en si el conocimiento de lo injusto ha de ser actual o potencial⁶⁹. Sin embargo, siguiendo a FERRÉ/NUÑEZ/RAMÍREZ, el nivel de conocimiento se puede presentar en distintos grados.

El conocimiento actual supone que el sujeto está pensando en el carácter prohibido de su conducta al momento de la realización del hecho⁷⁰, la exigencia de conocimiento actual es propia de la teoría del dolo -a la que haremos alusión más adelante- la que exige el conocimiento actual de los elementos típicos y de la antijuricidad, mas a nuestro juicio, solo el dolo requiere del conocimiento actual de los elementos típicos, pues si se hiciera la exigencia de conciencia actual de la antijuricidad casi no habrían delitos dolosos⁷¹, son distintas formas de conocimiento, así, el actual basta para configurar el dolo, pero no es suficiente en el caso de la antijuricidad⁷², la que podría fundarse perfectamente en un saber inactual⁷³.

El conocimiento actualizable de la antijuricidad, se entenderá que “existe conciencia de la antijuricidad cuando el sujeto no piensa de un modo explícito en el carácter antijurídico de su conducta”⁷⁴ al momento de realizar el hecho, pero en dicha situación puede actualizar ese conocimiento sin mayor esfuerzo⁷⁵.

⁶⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 68p.

⁶⁹ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7ª ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 436p.

⁷⁰ FERRÉ, OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 569p.

⁷¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 36p.

⁷² OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 36p.

⁷³ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 36p.

⁷⁴ FERRÉ, OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 569p.

⁷⁵ FERRÉ, OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 569p.

También se ha hablado de conocimiento eventual de la antijuricidad⁷⁶, en aquellos casos en que el sujeto no tiene claridad respecto de la situación jurídica al momento de realizar su conducta, considera que su actuar podría estar permitido como también podría estar prohibido⁷⁷. A este respecto, una visión más radical considera que “quien posee la representación de que posiblemente comete algo injusto y asume esa posibilidad en su voluntad posee conciencia de la antijuricidad”⁷⁸, haciendo un símil con el dolo eventual y, en consecuencia, negando atenuación de la culpabilidad. La posición contraria, distingue entre dudas resolubles y dudas irresolubles, en las primeras, si el sujeto se hubiera informado debida y diligentemente habría salido de la duda⁷⁹; en las segundas, si el sujeto no podría haber salido de la duda aun cuando hubiere podido informarse⁸⁰, considerando que en los casos de las dudas resolubles “el sujeto deberá responder igual que si tuviera conocimiento seguro”⁸¹.

Luego, se puede mencionar el conocimiento potencial de la antijuricidad, seguida mayoritariamente por la doctrina finalista, se estima que bastaría el solo conocimiento potencial para configurar el conocimiento de la ilicitud, según esta postura en el conocimiento potencial “el sujeto que obró culpablemente tuvo la posibilidad de valorar su conducta como contraria al ordenamiento y no lo hizo”⁸², razón suficiente para atribuirle el juicio de reproche.

Y finalmente, encontramos el desconocimiento de la antijuricidad, sin más, el que dará lugar a un error de prohibición invencible⁸³

⁷⁶ FERRÉ, OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 570p.

⁷⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 69p.

⁷⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 69p.

⁷⁹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 72p.

⁸⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 72p.

⁸¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 72p.

⁸² CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7ª ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 436p.

⁸³ FERRÉ, OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 571p.

Concuerdo con NÁQUIRA, que el autor de una conducta típica es culpable cuando obra sabiendo que su conducta es prohibida (conciencia actual) o cuando sin saberlo exactamente está en condiciones reales de conocer su carácter antijurídico (conciencia “virtual”)⁸⁴, sea que su conducta quebrante una norma penal imperativa (por error sobre el mandato de un delito omisivo), sea que quebrante una norma penal prohibitiva (por error sobre un delito de acción)⁸⁵.

⁸⁴ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 743p.

⁸⁵ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 760p.

1.5. Formas de error de prohibición

Tradicionalmente, se ha distinguido entre error de prohibición directo e indirecto. El error de prohibición directo, importa el desconocimiento del hecho la norma violada, este ignora la existencia de la norma⁸⁶, o sabiendo que existe, la considera inválida o no aplicable a su caso en particular⁸⁷. Mientras que, en el error de prohibición indirecto el hecho sabe que su conducta está prohibida, pero piensa erróneamente que concurre en su caso alguna causa de justificación⁸⁸, esto es, una norma permisiva que precisamente hace que la conducta -a su entender- no sea contraria a derecho⁸⁹.

En razón de lo anterior, dentro de los casos de error de prohibición directo o inmediato podemos encontrar el error que recae sobre la existencia de la norma, el que recae sobre la vigencia de la norma y el error de subsunción⁹⁰. Respecto del error que recae sobre la existencia de la norma, la persona no tiene la menor idea de que su conducta es antijurídica, el autor cree que su conducta es justa, por lo que ni siquiera se ha puesto a reflexionar si su actuar es o no conforme a derecho⁹¹, así por ejemplo, “Evaristo sabe que está teniendo relaciones sexuales con Alondra, menor de 14 años, pero cree que, por ser consentidas, su conducta no está prohibida”⁹².

Otro caso de error directo de prohibición es aquel que recae sobre la validez de la norma, es decir, el sujeto conoce la norma infringida, pero la considera nula⁹³ porque cree que ha sido derogada⁹⁴, o que el órgano que la dictó no era el competente⁹⁵, o porque la

⁸⁶ MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Chile, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 334p.

⁸⁷ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 761p.

⁸⁸ MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Chile, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 334p.

⁸⁹ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 762p.

⁹⁰ MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Chile, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. 334p.

⁹¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 90p.

⁹² NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 762p.

⁹³ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 91p.

⁹⁴ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 762p.

⁹⁵ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 91p.

considera contraria a una norma de rango superior (inconstitucional)⁹⁶, o porque considera que ante una situación catastrófica la norma no rige⁹⁷. Esta clase de error no es muy frecuente -al exigir conciencia potencial-, y la mayoría reconoce su efecto excluyente o atenuante de culpabilidad solo en la medida de que el autor “invoque causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico”⁹⁸.

Finalmente, un tercer caso de error de prohibición directo es el llamado error de subsunción, el que no es más que un error de interpretación del significado de un elemento normativo, este no necesariamente será error de prohibición, sino que también podría ser un error de tipo⁹⁹ e incluso irrelevante.

En el error de prohibición indirecto o mediato -como dijimos- el sujeto conoce el carácter prohibido de su hecho, pero cree erróneamente que en su caso concreto concurre una causa de justificación. Por lo que dentro de este error indirecto es posible apreciar tres clases. La primera, es el error que recae sobre la existencia de una causal de justificación, y consiste en que el autor cree -erradamente- que en su caso concurre una causa de justificación que en realidad no existe en el orden jurídico vigente¹⁰⁰. La segunda, se refiere al error de prohibición indirecto que recae sobre los límites o alcance de una causa de justificación, aquí el autor cree que su conducta está amparada por una causa de justificación que existe en el orden jurídico vigente, pero cuyos límites son más estrechos de los que el sujeto piensa¹⁰¹. Y en tercer lugar, el error de prohibición indirecto que recae sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, aquí el hechor cree que -erradamente- que en su caso concurren las circunstancias fácticas u objetivas de una causa de justificación¹⁰², como la agresión ilegítima en la legítima defensa, o la situación de necesidad en el estado de necesidad

⁹⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 91p.

⁹⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 91p.

⁹⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 91p.

⁹⁹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 92p.

¹⁰⁰ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 763p.

¹⁰¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 96p.

¹⁰² NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 764p.

justificante; según ETCHEBERRY en este caso “la ley se conoce correctamente, los hechos se aprecian de un modo erróneo”¹⁰³.

1.6. Efectos del error de prohibición

En este apartado cobra relevancia la ubicación sistémica del dolo en el esquema del delito, es decir, si este se ubica a nivel de tipicidad o como un elemento de la culpabilidad, es así que en este escenario se produce la pugna entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad¹⁰⁴.

La teoría del dolo considera que el error de prohibición excluye el dolo, pues este exige el conocimiento de antijuricidad o *dolus malus*¹⁰⁵ y “su ubicación sistemática está en la culpabilidad”¹⁰⁶. En general, esta doctrina supone que cualquier error, sea que este recaiga sobre los elementos del tipo o sobre la antijuricidad, excluye dolo¹⁰⁷, “por lo que el distingo entre error de tipo y error de prohibición perdería relevancia”¹⁰⁸. Si el error es de carácter invencible, se excluye dolo e imprudencia; en cambio, si el error es vencible, excluye el dolo, pero la conducta podría ser sancionada como imprudente¹⁰⁹, por la falta diligencia en la observancia de una norma de cuidado¹¹⁰, pero solo en la medida que el delito tuviere el respectivo correlato imprudente, especialmente preocupante en un sistema de *numerus clausus* -como el nuestro- como forma de conminar la culpa.

En su versión más estricta, la teoría del dolo excluye dolo cuando no hay conciencia actual de la antijuricidad¹¹¹, lo que se traduciría en una respuesta político-

¹⁰³ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 338p.

¹⁰⁴ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 164p.

¹⁰⁵ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 165p.

¹⁰⁶ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 770p.

¹⁰⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 98p.

¹⁰⁸ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 166p.

¹⁰⁹ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 764p.

¹¹⁰ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 648p.

¹¹¹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 166p.

criminal insatisfactoria, dado que bastaba que el sujeto no tuviera conciencia de su actuar ilícito por simple desidia, comodidad o desprecio por las normas¹¹², favoreciendo los casos de hostilidad al derecho o ceguera jurídica, ya que castigaba a título de imprudencia a un sujeto que actúa con total despreocupación o desprecio, “transformando una realización dolosa del tipo en una culposa”¹¹³. Así también, desde el finalismo se critica, que el dolo no es parte integrante del juicio de reproche, sino es el objeto del reproche mismo¹¹⁴, en consecuencia, se argumenta que el dolo y el conocimiento de la ilicitud requieren dos formas de conocimiento distinto, y solo para el dolo basta el saber actual¹¹⁵.

Producto de las críticas a la versión estricta del dolo, MEZGER introduce cambios, dando lugar a la teoría limitada del dolo¹¹⁶, en donde la conciencia de la antijuricidad ya no debe solo ser actual, sino que se conforma con una conciencia no exacta¹¹⁷, aproximada (en razón a la valoración paralela en la esfera del profano) o actualizable¹¹⁸; asimismo, se hace cargo de los problemas ceguera jurídica y hostilidad al derecho, casos en que no se excluiría el dolo del agente¹¹⁹. Y finalmente, se amplía el espectro de punibilidad de la imprudencia, ahora posibilitando la sanción de conductas que no necesariamente eran castigadas conforme a la conminación culpa iuris¹²⁰, es por esta razón que algunos consideran que esta teoría atenta contra el principio de culpabilidad -y contra el de legalidad-, estableciendo una especie de ficción respecto del conocimiento del injusto¹²¹.

¹¹² NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 770p.

¹¹³ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 36p.

¹¹⁴ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 36p.

¹¹⁵ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 36p.

¹¹⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 37p.

¹¹⁷ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 166p.

¹¹⁸ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 166p.

¹¹⁹ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 770p.

¹²⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 99p.

¹²¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 37p.

En oposición a la teoría del dolo surge la teoría de culpabilidad, de origen finalista, la que sostiene que el error de prohibición no afecta al dolo o a la imprudencia -al ubicar el dolo a nivel de tipicidad-, sino que únicamente tiene efecto en la culpabilidad, quedando excluida si el error de prohibición es invencible o atenuada en el evento de que el error sea vencible¹²². En esta doctrina también podemos encontrar dos vertientes.

La vertiente estricta de la teoría de la culpabilidad, por una parte, considera que todo error que recae sobre las causas de justificación es un error de prohibición¹²³, es decir, los errores que recaen sobre la existencia, límites o alcance y sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluirán culpabilidad por carecer el sujeto de la conciencia de la antijuricidad. Esta concepción parte considerando al dolo como neutro, y para este es suficiente el conocimiento de los elementos objetivos del tipo¹²⁴, implica en el autor que este “tenga el dolo pleno del hecho típico, el que, de existir, implica conciencia de lesión de un interés”¹²⁵ o puesta en peligro de bien jurídico. El error sobre los presupuestos materiales de una causa de justificación es error de prohibición porque el autor obra con el dolo del tipo intacto, conociendo y queriendo realizar su conducta, pero creyéndose autorizado por una causa de justificación¹²⁶.

Por otra parte, la teoría limitada o restringida de la culpabilidad, considera los casos de error sobre la existencia y límites de una causa de justificación como verdaderos errores de prohibición, con incidencia en la conciencia de la antijuricidad y efecto eximente o atenuante de culpabilidad, según sea invencible o vencible. Pero respecto del error que recae sobre los presupuestos materiales de una causa de justificación, se cree que es un error de tipo¹²⁷ o, en su caso, de un error sui generis al cual se le debiera dar dicho tratamiento, como si fuera un error de tipo¹²⁸.

¹²² DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 167p.

¹²³ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 38p.

¹²⁴ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 99p.

¹²⁵ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 773p.

¹²⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 100p.

¹²⁷ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 169p.

¹²⁸ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 773p.

La teoría limitada de la culpabilidad es doctrina dominante¹²⁹, así, siguiendo a OLAIZOLA podemos encontrar varias justificaciones dogmáticas para darle sustento:

1) La fidelidad al derecho: esta es la fundamentación que da el BGH alemán, según esta el sujeto que se equivoca sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es fiel al derecho, porque quiere cumplir el mandato o inhibirse de la prohibición, pero yerra sobre la situación fáctica, y en el error de tipo la representación del autor coincide con el ordenamiento jurídico, de modo que si la situación representada fuere real, su hecho no sería típico; mientras que en el error de prohibición, el sujeto sabe que lo hace, pero yerra respecto de la autorización de su conducta¹³⁰.

2) La teoría de los elementos negativos del tipo: los partidarios de esta doctrina consideran que el dolo no solo importa el conocimiento del tipo estricto o positivo, sino que también se traduce en el conocimiento de los la parte negativa del tipo, es decir, la ausencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación (autores que ven el dolo como objetivamente malo), sin perjuicio de que un sector partidario de esta teoría, exige el desconocimiento de la antijuricidad en su totalidad (autores que ven al dolo como subjetivamente malo)¹³¹. En ese orden de ideas, si los presupuestos objetivos de una causa de justificación son elementos del tipo, igual que los elementos positivos, su ausencia importa un error de tipo, excluyente del dolo¹³² en todo caso, y si es invencible, también excluiría la imprudencia¹³³. Se argumenta que los elementos negativos (aquellos que componen las causas de justificación) se sacaron de la parte especial y se incluyeron implícitamente en la parte general, por razones de técnica legislativa, y así no tener que incluirlas en cada formulación típica, sin embargo, deben ser interpretadas en conjunto con los demás elementos del tipo estricto¹³⁴, de tal

¹²⁹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 167p.

¹³⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 102p.

¹³¹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 150p.

¹³² OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 104p.

¹³³ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 152p.

¹³⁴ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 130p.

manera que tipo y antijuricidad se aúnan en un vocablo denominado “tipo global o total de injusto”¹³⁵, en el que deben concurrir tanto elementos positivos como negativos.

Se critica esta teoría porque con ella se difumina la frontera entre las conductas típicas y las conductas atípicas pero justificadas¹³⁶; así también ha recibido reparos desde un punto de vista político-criminal, esto porque con esta teoría en aquellas legislaciones que tienen un sistema de *numerus clausus* en la incriminación de la imprudencia, se podrían producir lagunas de punibilidad en los casos de errores vencibles cuya comisión imprudente no está sancionada¹³⁷. También, algunos sostienen que con esta teoría se distorsiona la función motivadora del derecho penal¹³⁸, dirigiendo la motivación de los sujetos hacia la causal de justificación y no hacia la evitación de un resultado típico.

3) La teoría de la analogía: quienes no se conforman con la teoría de los elementos negativos del tipo, pero consideran que el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación no es estrictamente un error de tipo, arguyen que se trata de “un caso especial de error que materialmente tiene la misma significación que el error sobre los elementos del tipo, por lo que debe ser tratado como error de tipo y no como error de prohibición”¹³⁹. Se ha criticado que esta doctrina que aúna dos supuestos cualitativamente disímiles, pues “dogmáticamente no tienen nada similar los casos en que no se sabe que se está matando a un ser humano y el del que conoce y quiere matarlo porque cree que lo hace en legítima defensa”¹⁴⁰.

4) La teoría que se remite a las consecuencias jurídicas: considera que el error que recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación es un error *sui generis*, que tiene algunos elementos comunes tanto del error de tipo como del error de prohibición. Como se trata de un error sobre los elementos

¹³⁵ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 130p.

¹³⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 105p.

¹³⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 106p.

¹³⁸ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 775p.

¹³⁹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 107p.

¹⁴⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 109p.

descriptivos y normativos del tipo, en ese sentido se asemeja a un error de tipo; pero también considera que el conocimiento del tipo no se ve afectado, y este podría cumplir perfectamente su rol de llamada de atención, presentando similitudes al error de prohibición¹⁴¹. Solo se remite a las consecuencias jurídicas del error de tipo, pero sigue considerando que el hecho es típicamente antijurídico, vale decir, que el tema debe ser resuelto en el terreno de la culpabilidad, por lo que si el dolo se mantiene intacto se podría castigar la participación y la tentativa¹⁴². Según advierte acertadamente NÁQUIRA, se trata de “excluir la punibilidad del hecho doloso, no el dolo [...] y la punibilidad del hecho doloso en el marco de los tipos existentes de imprudencia, sin por ello calificar el hecho como imprudente”¹⁴³. Más tarde, esta concepción propone la idea de que el injusto disminuido que se encuentra entre el hecho doloso y el injusto imprudente, debe castigarse como imprudente¹⁴⁴. Se critica principalmente a esta postura por proponer la separación entre la dogmática y la política criminal “máxime cuando la solución de castigar el error vencible con la pena del delito imprudente puede conseguirse con una explicación dogmática correcta”¹⁴⁵.

5) Teoría de la doble posición del dolo: para esta doctrina el dolo se encuentra ubicado tanto en el tipo como en la culpabilidad¹⁴⁶, cumpliendo dos finalidades diferentes: en el tipo como conocimiento y voluntad de realización de este y, en la culpabilidad como reproche dirigido al autor por su obrar contrario a derecho. Lo anterior, tiene como consecuencia que “el error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, excluirá culpabilidad dolosa, pero seguirá estando presente el dolo como elemento del tipo

¹⁴¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 109p.

¹⁴² OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 110p.

¹⁴³ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 781p.

¹⁴⁴ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 781p.

¹⁴⁵ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 110p.

¹⁴⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 111p.

de injusto”¹⁴⁷. Se critica esta teoría porque hace mucho más compleja la teoría del delito¹⁴⁸.

1.7. Vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición

1.7.1. El examen de vencibilidad e invencibilidad

Entendemos que el error de prohibición es invencible o inevitable cuando fuere “imposible de prever, aun cuando el agente hubiese aplicado la diligencia debida”¹⁴⁹, por el contrario, el error será evitable o vencible es el que “el sujeto está en condiciones de evitar, empleando el cuidado debido, porque le era posible prever y no lo hizo”¹⁵⁰. Por lo anterior, es que cobra especial relevancia la conciencia potencial de la ilicitud, si es que el sujeto podía y debía conocer la antijuricidad de su hecho.

El juicio de vencibilidad o invencibilidad es un elemento propio de cualquier clase de error, sea directo o indirecto, por lo que la forma más correcta de tratarlo sería como uno de los elementos a tener en cuenta para determinar la procedencia y los efectos de este.

Es menester, recordar que para determinar los efectos de un error de tipo, también es necesario acudir al análisis de la vencibilidad e invencibilidad del error, pero en este caso el baremo para medir la vencibilidad, debe ser necesariamente objetivo, es decir, en relación a las posibilidades del hombre medio ideal -desde el punto de vista del derecho- puesto en la correspondiente posición del autor¹⁵¹. En el error de tipo, la vencibilidad del error determinará la posible sanción por conducta imprudente, así, si el error de tipo es invencible se excluirá el dolo y la imprudencia, pero si el error de tipo es vencible subsistirá la sanción a título de imprudencia, si existe el respectivo tipo imprudente, de lo contrario, no mediará sanción alguna¹⁵².

¹⁴⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 111p.

¹⁴⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 111p.

¹⁴⁹ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 646p.

¹⁵⁰ RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 646p.

¹⁵¹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 153p.

¹⁵² NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 649p.

Respecto del error de prohibición, si este es invencible se excluirá la culpabilidad del sujeto, por lo tanto, no será acreedor de sanción alguna; en cambio, si el error de prohibición fuere vencible se verá disminuida la culpabilidad, y por añadidura, la responsabilidad penal de este¹⁵³. En estos casos, el baremo para medir la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición ha de ser individual, tomando en consideración las características propias o circunstancias particulares que envuelven al sujeto en cuestión¹⁵⁴, sin caer en criterios extremadamente subjetivistas ni concepciones demasiado rígidas. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sigue el criterio para determinar vencibilidad que emplea ROXIN, el que exige el cumplimiento de tres requisitos: i.- que el sujeto tenga un motivo para reflexionar sobre el carácter ilícito de su actuación, sea porque le han surgido dudas o, aun cuando no le hubieren surgido dudas, sabe que su actividad se enmarca en un sector que tiene una regulación específica, por lo que si el actor carece de motivo, el error será invencible; ii.- que, existiendo el motivo que induzca a reflexionar, el lego consulte a una persona con instrucción jurídica o decida aclarar la situación por sus propios medios (estudiando las normas, viendo videos de YouTube, etc.); iii.- que, aun cuando haya motivo y no se hayan realizado mayores esfuerzos de información, el ciudadano común no haya podido salir de ese error, se compruebe que se haberse informado debidamente hubiere llegado a la misma conclusión, este error también será invencible¹⁵⁵. En síntesis, esta posición “consiste en entender el error de prohibición vencible como la lesión de un deber general de examen y de información”¹⁵⁶, pero considerando el resultado al que habría llegado el sujeto de haberse informado, es decir, estableciendo una relación de causalidad entre la búsqueda de información por parte del sujeto y las posibilidades reales del autor de acceder a dicha información¹⁵⁷.

1.7.2. Criterios para determinar la evitabilidad e inevitabilidad

Se han formulado por la doctrina una serie de criterios que permitirían elaborar el juicio de vencibilidad que hará el tribunal al evaluar un caso de error de prohibición.

¹⁵³ FERRÉ, OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 567p.

¹⁵⁴ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 174p.

¹⁵⁵ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 176p.

¹⁵⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 157p.

¹⁵⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 160p.

En primer lugar, se ha atendido a la naturaleza del delito, para autores alemanes, en los delitos de “derecho penal nuclear”, aquellos que recogen los principios comunes más básicos del ordenamiento jurídico, como el homicidio, la violación, el robo, entre otros., no podría haber error invencible de prohibición, pues este solo quedaría reservado al ámbito del “derecho penal accesorio”, el encargado de proteger nuevos bienes jurídicos a través de leyes especiales¹⁵⁸. Lo cierto es que, la distinción entre derecho penal nuclear y accesorio no es muy útil ni sencilla de determinar, puesto que la regulación de un “nuevo” bien jurídico en una ley especial, no necesariamente será variable y antojadizo a los lineamientos del gobierno de turno, que sea nuevo o moderno y tenga una regulación en norma especial, no parece suficiente para considerarlo accesorio; debido a ello, es que no resulta recomendable excluir la aplicación del error a ciertos delitos a priori, sino que conviene evaluar las circunstancias concretas del hecho y si el autor actuó conociendo la antijuricidad de su conducta¹⁵⁹.

En segundo lugar, se ha considerado el *modus operandi* utilizado como un criterio para evaluar la vencibilidad del error. Por una parte, se ha hablado de suponer el conocimiento de la antijuricidad cuando el sujeto utiliza vías de hecho no autorizadas por el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el uso de la fuerza para apropiarse de un determinado bien), “en estos casos, el argumento de la utilización de las vías de hecho no puede servir, porque sería el pez que se muerde la cola, para excluir el error de prohibición”¹⁶⁰, sobre todo en el error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, en que la vía es generalmente ilícita pero el sujeto la cree legítima¹⁶¹. Por la otra, se ha descartado el error de prohibición cuando el sujeto ha intentado ocultar la realización del hecho, actuando en forma clandestina o secreta (como ocurre en los casos de mutilación genital femenina), lo que parece acertado dado que aquellas maniobras permiten suponer el conocimiento tácito de la antijuricidad de su conducta¹⁶².

¹⁵⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 133p.

¹⁵⁹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 134p.

¹⁶⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 144p.

¹⁶¹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 145p.

¹⁶² OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 142p.

En tercer lugar, la forma en que el sujeto lleva su vida y reincidencia es otro de los criterios utilizados para determinar si el error era vencible o invencible. Respecto de la forma de vida que lleva el autor del hecho, entendemos que dicha interpretación atendería contra el asentado derecho penal hechos, enfocando la responsabilidad penal en la personalidad criminal del autor. Ahora bien, en cuanto al carácter de reincidente del sujeto, pareciera ser de toda lógica que al menos la reincidencia específica pueda configurar un error de prohibición vencible, o descartar el error derechamente, ya que un sujeto condenado anteriormente por delitos de la misma especie, en el curso del proceso y la sentencia misma ya se le ha advertido el carácter antijurídico del hecho¹⁶³.

En cuarto lugar, la profesión del sujeto ha servido de criterio de exclusión del error de prohibición, este considera que “un sujeto no puede invocar un error de prohibición sobre actos que se correspondan con su propia profesión”¹⁶⁴, al igual que en caso anterior, las características personales del autor no pueden ser utilizadas para probar la existencia del delito o de alguno de sus elementos (la culpabilidad)¹⁶⁵, pues ello nos reconduciría a un derecho penal de autor, pero creemos que estos elementos sí pueden ser tomados en cuenta para atenuar o excluir la responsabilidad penal.

En quinto lugar, la actitud de la víctima principalmente en los casos de violencia doméstica, en donde se ha impuesto alguna medida cautelar o pena accesorio de prohibición de acercarse a esta, pero pese a la existencia de esa prohibición, la víctima consiente libremente en reunirse con el autor (o presunto autor), casos en los que a juicio de algunos, el sujeto podría estar en un error de prohibición vencible, dado que por una parte existe y conoce la resolución judicial que le ordena no estar cerca de la víctima, pero por otra parte, es la misma víctima la que consiente en su quebrantamiento¹⁶⁶. Nos parece que este criterio es correcto, solo en tratándose de delitos cometidos en contexto VIF, y en la medida que el consentimiento de la víctima sea real, es decir, libre de coacciones

¹⁶³ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 145p.

¹⁶⁴ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 146p.

¹⁶⁵ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 148p.

¹⁶⁶ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 150p.

y/o futuras represalias; sin embargo, la vencibilidad del error puede ser cuestionada si consideramos que el sujeto sabe que una resolución judicial le impide realizar cierta conducta, y debiera, al menos, informarse al respecto¹⁶⁷.

1.7.3. La prueba del error de prohibición

Para alguna doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, el elemento culpabilidad queda fuera del ámbito de la presunción de inocencia y, en consecuencia, el error debe ser probado por quien lo alega¹⁶⁸, correspondiendo a la defensa del acusado probar que este obró bajo un error de prohibición, lo que se puede desprender de la sentencia TS 166/1995 que reza “[...] ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el *onus probandi* de aquello que pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado, que es la carga probatorio que recae en la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad”¹⁶⁹. Lo anterior importa sostener que toda persona es consciente de la antijuricidad de su actuar, a menos que esta pruebe lo contrario,¹⁷⁰ visión absolutamente contraria a las bases de un estado de derecho como el nuestro, pues en razón del artículo 4 del Código Procesal Penal, “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”¹⁷¹, ya que la presunción de inocencia no solo ha de recaer en la participación del acusado, sino también en hecho mismo, el que incluye que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, para determinar la responsabilidad penal por medio de una sentencia, por tanto, no es baladí exigir al acusado que pruebe por sí mismo haber obrado en un error de prohibición.

A nuestro juicio, el conocimiento de la antijuricidad es un elemento de la culpabilidad en que se funda la punibilidad -o no- de la conducta de la agente, razón por

¹⁶⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 150p.

¹⁶⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 127p.

¹⁶⁹ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 127p.

¹⁷⁰ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 127p.

¹⁷¹ Código Procesal Penal. Establecido por la Ley N°19.696, promulgado el 29 de septiembre del 2000, publicado el 12 de octubre del 2000 (entrada en vigencia diferida en el territorio nacional). Artículo 4.

la cual parece más aconsejable, desde el punto de vista de la observancia a las garantías fundamentales, exigir que el desconocimiento de la ilicitud sea un elemento a probar por la acusación, como todo elemento fundante de la punibilidad, a fin de dar sentido a la presunción de inocencia¹⁷², esto sería concordante con el principio de objetividad que rige al Ministerio Público -acusador por antonomasia en nuestro sistema procesal penal- durante la investigación y el ejercicio de la acción penal, el que se encuentra consagrado en el artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional del ente en cuestión, este consiste en que los fiscales del Ministerio Público “deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”¹⁷³.

¹⁷² OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 128p.

¹⁷³ Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640. Promulgada el 8 de octubre de 1999, publicada el 15 de octubre de 1999. Artículo 3º.

CAPITULO 2: EL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO Y CONDICIONAMIENTO CULTURAL DEL AGENTE

2.1. Diferencias consagración positiva entre la legislación chilena y el derecho comparado

La gran diferencia entre la legislación chilena y el derecho comparado, radica EN que en Chile no hay una regulación expresa del error, como ya previó ETCHEBERRY “esta materia es aquella en que nuestro Código Penal presenta probablemente el más grave de sus vacíos”¹⁷⁴, no señala definiciones ni efectos, salvo en lo relativo al error en la persona.

Pero al igual que el Código Penal español, el que hasta el 25 junio de 1983 no contenía ninguna referencia expresa al error¹⁷⁵, sin embargo, la teoría del error de prohibición igualmente se aplicaba a través de la interpretación de una serie de normas. En primer lugar, se consideró que el Código Penal español exigía el conocimiento de la antijuricidad en general, en razón de la voz “voluntaria” del art.1º CP español; la palabra malicia utilizada en el art.565 CP 1944/1973, que suponía dolo en los hechos dolosos, se entendió que el mismo artículo facultaba la rebaja de pena, y aplicación solo de la imprudencia cuando no hubiere mediado malicia¹⁷⁶.

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico hace posible la aplicación de la teoría del error recurriendo a fuentes interpretativas, siguiendo a ETCHEBERRY estas son¹⁷⁷:

- 1) El alcance de la voz “voluntaria” del artículo 1 CP, correspondiente a la definición de delito.
- 2) De lo señalado en el inciso final del art.1º CP en relación con la diferencia entre el resultado y el propósito del agente.
- 3) De las expresiones que aluden a conocimiento específicos o ignorancias excusables dentro de los tipos de la parte especial.
- 4) De los razonamientos de la doctrina en este escenario.

¹⁷⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 331p.

¹⁷⁵ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 143p.

¹⁷⁶ FELIPI Saborit, David. La delimitación del conocimiento de la antijuricidad: Una aportación al estudio del error de prohibición. Tesis doctoral (Doctor en derecho). Barcelona, España, Universitat Pompeu Fabra, 1997, 82p.

¹⁷⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 331p.

5) De las consecuencias lógicas que siguen a la ausencia de elementos cognoscitivos -sea a nivel de tipicidad (dolo), sea a nivel de culpabilidad (conciencia de la antijuricidad)- que se exigen positivamente para que surja responsabilidad penal.

2.1.1. Legislación española

La Ley Orgánica 8/1983 incorpora al Código Penal español el art.6 bis a.3, en donde se regula por primera vez expresamente los efectos del error de prohibición (y del error de tipo en los dos primeros numerales)¹⁷⁸.

Actualmente, la legislación española regula en su art.14 el error y sus efectos, en los dos primeros numerales hace alusión al error de tipo y en art.14.3 se refiere al error de prohibición, más adecuado a la concepción de la teoría de la culpabilidad según los autores, esto porque el error de prohibición vencible, posibilita la rebaja punitiva en uno o dos grados, sin sancionar la conducta como imprudente¹⁷⁹.

2.1.2. Legislación alemana

Antes de 1975, el Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*), se refería al error en el §59, en el marco de la distinción entre error de hecho y de derecho¹⁸⁰.

Hoy, el error es regulado los §16 y §17 del StGB desde 1975, “el legislador alemán se ha inclinado por la (doctrina) que diferencia las clases de errores defendido por la teoría de la culpabilidad”¹⁸¹, en el §16 se trata al error de tipo o error excluyente del dolo, y en el §17 se trata el error de prohibición. En materia de error de prohibición, la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición “da lugar a la atenuación facultativa de la pena correspondiente al respectivo delito doloso (con arreglo al § 49 I)”¹⁸². Esta atenuación dista de la considerada en el CP español, pues en el StGB la atenuación es facultativa, esto es, “si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al

¹⁷⁸ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 110p.

¹⁷⁹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 177p.

¹⁸⁰ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 231p.

¹⁸¹ DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 253p.

¹⁸² MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. 2ª ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004. 324 p.

§49, inciso 1”¹⁸³, por lo que queda entregada al criterio del juez que esté conociendo el caso específico, mientras que en el CP español la atenuación es obligatoria, pues si el error fuere vencible se aplicará necesariamente la pena inferior rebajada en uno o dos grados¹⁸⁴.

2.1.3. Legislación peruana

La regulación antigua distinguía entre error de hecho y de derecho según la doctrina imperante, de esta manera, el art.87 versaba en su primera parte “En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia...”¹⁸⁵, haciendo alusión según la doctrina, al error de hecho; en la segunda parte “[...] o por la ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso del acto que el agente hubiere considerado lícito...”¹⁸⁶, distinción poco precisa y por ello criticada, ya que “un error sobre el carácter delictuoso de un acto puede estar fundado en el desconocimiento de los hechos o en normas jurídicas”¹⁸⁷, sin que la distinción suponga un tratamiento jurídico diverso entre ambos.

Actualmente, el art.14 del Código Penal peruano regula el error de tipo y el error de prohibición, respecto del error de prohibición señala: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracción penal, excluye responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.”¹⁸⁸. Como es posible apreciar, su consagración se adecúa más a la teoría de la culpabilidad por idénticas consideraciones que en caso español.

Y el art.15 hace refiere positivamente al error de comprensión culturalmente condicionado, de la siguiente forma: “el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo

¹⁸³ Código Penal Alemán, del 15 de mayo de 1971, con la reforma del 31 de enero 1998. Traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia.

¹⁸⁴ Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, entra en vigencia a partir de 24 de mayo de 1996.

¹⁸⁵ BOVINO, Alberto. Culpabilidad, cultura y error de prohibición. *Thémis: Revista de Derecho*. (15):31-36, 1989. 35p

¹⁸⁶ BOVINO, Alberto. Culpabilidad, cultura y error de prohibición. *Thémis: Revista de Derecho*. (15):31-36, 1989. 35p

¹⁸⁷ BOVINO, Alberto. Culpabilidad, cultura y error de prohibición. *Thémis: Revista de Derecho*. (15):31-36, 1989. 35p

¹⁸⁸ Código Penal del Perú (Decreto Legislativo 635), promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año.

con esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”¹⁸⁹.

2.2. La dogmática chilena

2.2.1 Dogmática tradicional chilena

Ya mencionamos que por regla general la doctrina y jurisprudencia tradicionales se inclinaban por negar la validez del error de derecho, remitiéndose a las consecuencias civiles del error, el que conforme a la interpretación conjunta de los artículos 8º, 706 inciso final y 1452 del Código Civil se traduce en la ficción de conocimiento de la ley por todos los habitantes de la República, la presunción de mala fe en caso de error de derecho y la imposibilidad de considerar al error de derecho como un vicio de la voluntad. La excepción, consistía en otorgar cierto reconocimiento excluyente de responsabilidad penal al error sobre la concurrencia en el hecho de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, caso en el cual el error era considerado como de hecho¹⁹⁰.

2.2.2. Dogmática alternativa chilena

El error de prohibición se considera como una causal de exculpación por regla general, si bien, no se encuentra consagrada expresamente como en otras legislaciones, es posible desprender su potencial aplicación a partir de la interpretación de los siguientes preceptos:

1) El artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República: en su inciso 6º se prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, y en consecuencia no puede dar por establecido ninguno de los elementos o presupuestos del delito¹⁹¹, sin que se admita la posibilidad real de controvertir la presunción, y es precisamente, la culpabilidad uno de esos elementos, dentro de la cual encontramos la conciencia de la antijuricidad. Es así, que el principio *error iuris nocent*, no puede tener el mismo efecto en materia penal que el preceptuado para asuntos civiles, constituyendo a lo sumo una presunción simplemente legal,

¹⁸⁹ Código Penal del Perú (Decreto Legislativo 635), promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año.

¹⁹⁰ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 783p.

¹⁹¹ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 446p.

que puede ser desvirtuada cuando se prueba el desconocimiento de la ilicitud fundado en un error de prohibición¹⁹².

2) El artículo 10 N°1 y N°2 del Código Penal: que excluyen responsabilidad penal del demente y quien se hallare privado de razón (transitoriamente), y del menor de 18 años pero mayor de 14 años, precisamente por su incapacidad para discernir, esto es, la capacidad para poder conocer lo injusto de su acto¹⁹³. En estos casos el legislador ha tomado en consideración un estado o condición individual de los sujetos que les impide conocer lo antijurídico de su actuar y, por tanto, no sería posible formular el juicio de reproche en atención al sujeto; debido a ello, no se entiende por qué el legislador le daría un tratamiento diferenciado al sujeto que por las características propias de la situación en que se encontraba no podía conocer lo injusto de su acto¹⁹⁴, la motivación por la norma es similar en ambos casos.

3) Los artículos 224 y 225 del Código Penal: estos artículos sancionan a los miembros del poder judicial, abogados o peritos cuando por “negligencia” o “ignorancia inexcusable”, dictaren sentencia manifiestamente injusta, contravinieren las leyes que regulan la substanciación de los juicios, o realizaren algunas de las conductas que importan desconocimiento de disposiciones legales¹⁹⁵. Entonces, interpretando a contrario sensu, “queda de manifiesto que aún para los jueces y funcionarios del Ministerio Público hay casos en que la ignorancia de las normas jurídicas es excusable. Y, lógicamente, si eso se concede a quienes se halla confiada la administración de justicia, con mayor razón debe serle reconocido al resto de los ciudadanos”¹⁹⁶.

4) El artículo 1° del Código Penal: para algunos, el inciso 2 del artículo 1° del Código Penal, la voz voluntaria, puede ser interpretada en sentido restringido refiriéndose únicamente a la conciencia de la antijuricidad, pero esta solo puede consistir en una presunción simplemente legal, a diferencia de lo que

¹⁹² NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 784p.

¹⁹³ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 445p.

¹⁹⁴ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 785p.

¹⁹⁵ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 785p.

¹⁹⁶ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 446p.

ocurre en materia civil¹⁹⁷. Para otros, en tanto, la voz voluntaria es interpretada en sentido amplio refiriéndose a la culpabilidad del sujeto en general, así el legislador penal presume que el autor no es enajenado mental o menor (imputable), que obró en una situación o contexto normal (exigible) y que conforme a su grado de socialización y circunstancias propias pudo haber conocido y/o comprendido la significación antijurídica de su conducta¹⁹⁸; presunción que, de igual forma, admitirá prueba en contrario. Entonces, si la ley penal permite desvirtuar la presunción de culpabilidad o de la conciencia de la ilicitud en su caso, está reconociendo la procedencia del error de prohibición como causal de exculpación.

2.3. Efectos en el derecho chileno

Para MATUS Y RAMÍREZ, el error de prohibición tiene efecto excluyente del dolo, esto porque consideran que la conciencia de la ilicitud es uno de los componentes en que se debe fundar la “malicia” de los artículos 1º y 2º del Código Penal¹⁹⁹, sin importar para estos efectos que el error sea directo o indirecto. Estos autores, tienen una clara tendencia hacia la teoría del dolo, a su juicio tanto el error de tipo como el de prohibición deben recibir el mismo tratamiento penal, consecuencia principal derivada de la ubicación del dolo de la que parten, considerándolo como un hecho psicológico actual y no potencial²⁰⁰, que se ubica en la culpabilidad, junto con la exigibilidad de otra conducta y la inimputabilidad²⁰¹.

Por lo anterior, el principal efecto del error de prohibición, a juicio de esta doctrina, es que si este es invencible o inevitable se excluye el dolo y, en consecuencia, la culpabilidad; pero si el error es vencible o evitable se podría sancionar como delito culposo, cuando la ley sancione la figura imprudente²⁰².

¹⁹⁷ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 446p.

¹⁹⁸ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 786p.

¹⁹⁹ MATUS Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte general. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 412 p.

²⁰⁰ MATUS Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte general. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 266 p.

²⁰¹ MATUS Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte general. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 273 p.

²⁰² MATUS Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte general. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 414 p.

Asimismo, argumentan que muchas veces la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la teoría de la culpabilidad, sin embargo, el tratamiento que se da al error de prohibición es el de la teoría del dolo remitiéndose a las consecuencias jurídicas del error de tipo en casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, siguiendo las propuestas de ETCHEBERRY²⁰³.

Por otra parte, NÁQUIRA considera que el tratamiento del error de prohibición de la teoría estricta de la culpabilidad se podría adecuar más a nuestra normativa, sobre todo el error vencible o evitable en relación con una causa de justificación (existencia, límites o presupuestos objetivos), en lugar de recibir sanción título de culpa, lo correcto sería que respondiera a título de dolo, pero con una atenuación de la pena²⁰⁴.

Esto por aplicación del art.11 N°1° del Código Penal, si bien, el artículo 10 no contempla ninguna atenuante o eximente relativa a la conciencia de la ilicitud, sea que fuere considerada un elemento del dolo o un elemento independiente de la culpabilidad²⁰⁵, lo cierto es que dicho artículo se debe vincular con las eximentes putativas, en ellas “se está haciendo referencia a una errónea suposición de la existencia de una causal, es decir, se trata de un sujeto que actúa creyendo que actúa amparado en una causal de justificación inexistente”²⁰⁶ o en su caso, excede los límites o yerra en los presupuestos materiales de la misma, quedando la causal, incompleta. Conforme a lo anterior, resulta aplicable la atenuante de la eximente incompleta del art.11 N°1, la que reza: “Son circunstancias atenuantes: N°1. Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”²⁰⁷. Y, ante el error invencible o inevitable el sujeto quedará exculpado²⁰⁸.

Finalmente, CURY defiende la teoría limitada de la culpabilidad, considerando que el error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición, pero por razones de justicia material ha de tratarse como un error de tipo, es decir, se remite a las consecuencias jurídicas del error de tipo, pero sigue

²⁰³ MATUS Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte general. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 414 p.

²⁰⁴ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 787p.

²⁰⁵ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 787p.

²⁰⁶ BALMACEDA, Gustavo. Derecho Penal Parte general. 3ra ed. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018. 204p.

²⁰⁷ Código penal Chileno, artículo 11, promulgado y publicado el 14 de noviembre de 1874.

²⁰⁸ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 787p.

considerando dolosa la conducta, por lo que sería punible la intervención de otros partícipes²⁰⁹. Respecto del error de prohibición invencible, aplica analógicamente el art.10 N°1º, referido al trastorno mental transitorio, dado que en esa situación la razón que da sustento a la exculpación es el estado de incapacidad del autor para conocer lo injusto de su actuar por causas independientes de su voluntad²¹⁰, considerando las circunstancias individuales del sujeto. Ahora bien, tratándose del error de prohibición vencible, permite reconocer la atenuación de la culpabilidad (y la pena) vinculando el art.10 N°1 con la atenuante del art.11 N°1 como eximente incompleta²¹¹.

2.4. El error de prohibición culturalmente condicionado

2.4.1. Error culturalmente condicionado

Consiste en que el “sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)”²¹². ZAFFARONI pone el ejemplo del delito de inhumación, en que un sujeto nacido y criado en una comunidad indígena, con sus patrones culturales, lleva a cabo una inhumación conforme a rituales propios de su comunidad, pero evidentemente violando la ley positiva vigente, en esas circunstancias, el sujeto bien podría conocer esa ley e incluso, saber que una inhumación en esas condiciones podría propagar enfermedades, pero el sujeto podría verse impedido de comprender la antijuricidad de su conducta, pues frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo y las consecuencias que la ley positiva contempla serían cuanto menos insignificantes²¹³. Este es “la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en estado peligroso”²¹⁴, por el solo hecho de pertenecer a una cultura distinta a la dominante o mayoritaria en que se basa el sistema de valores manifestado en la ley positiva.

²⁰⁹ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 448p.

²¹⁰ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 448p.

²¹¹ CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7 ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 448p.

²¹² ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 200p.

²¹³ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 200p.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 202p.

“El error de comprensión culturalmente condicionado es, en el esquema metodológico de ZAFFARONI, un error de prohibición que, en la legislación argentina, encontraría respaldo normativo en el art.34.1 del Código Penal”²¹⁵, en ese entendido, el precepto exige comprensión, no solo conocimiento de la antijuricidad de su acto al señalar “No son punibles: Nº1 el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”²¹⁶.

2.4.2. El delito culturalmente motivado

Siguiendo la definición de DE MAGLIE, el delito culturalmente motivado es entendido como “un comportamiento que es considerado delito por las normas de la cultura dominante, realizado por un sujeto perteneciente un grupo étnico minoritario”²¹⁷. La mayoría de los autores identifican tres requisitos esenciales para poder considerar un delito dentro de la categoría “culturalmente motivado”: i.- la existencia del motivo cultural que impele al sujeto a actuar conforme a este; ii.- la coincidencia en la reacción del grupo, esto es, que los demás miembros pertenecientes al grupo minoritario puedan evaluar la situación en forma similar a como lo haría el autor; iii.- la diversidad entre culturas, es decir, a través de una comparación se evalúa la forma de reacción y valoración de la conducta tanto en la cultura dominante (que está castigando al sujeto) como en la cultura minoritaria (a la que pertenece el sujeto)²¹⁸.

Si bien, el enfoque de esta doctrina se centra principalmente en la migración como fenómeno originario del multiculturalismo, y en la forma en una misma conducta se valora diferente en dos ordenamientos jurídicos distintos, “sea que en el primero la conducta está permitida y en el segundo prohibida, hasta el caso más extremo en el que

²¹⁵ MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Revista de Derecho PUCP. (60): 17-50, 2007. 24p.

²¹⁶ Código Penal de Argentina, promulgado el 29 de octubre de 1921, publicado el 30 de abril de 1922, el artículo 34.

²¹⁷ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 8p.

²¹⁸ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 8p.

la conducta en el primero sea obligatoria y en el segundo constituya delito”²¹⁹. Nada obsta, aplicarlo a causas “endógenas” de multiculturalismo, como lo es la diversidad cultural indígena, pues en estos casos, la imposibilidad de comprender (o simplemente conocer) “tiene que ver con la introyección de otra estructura normativa diversa que su comunidad le exige”²²⁰ y colisiona con la norma penal.

El enfoque se debe poner en la función motivadora de la norma, “lo decisivo aquí no es si el autor tiene capacidad de elección entre varias opciones de conducta, sino si un sujeto es motivable por la norma”²²¹, de modo que una alteración en la capacidad de motivación por la norma debe reflejarse en la culpabilidad, excluyéndola o atenuándola²²².

2.4.3. Autoría por conciencia y por convicción

La tendencia se centra en discutir un tratamiento punitivo privilegiado a esta clase de autores. El autor o delincuente por conciencia, actúa frente a una colisión de deberes, por una parte, se siente interna e inexcusablemente obligado a la realización o abstención de un comportamiento, y por otro, está el deber impuesto por la norma²²³, de manera tal que no cumplir con el deber interno, vería afectada seriamente su dignidad²²⁴. Por su parte, el autor o delincuente por convicción, actúa movido por cierta obligatoriedad, pero no de forma inexcusable²²⁵, pues entiende que su actuación obedece a razones de justicia y la considera el proceder correcto²²⁶ “de acuerdo con un orden normativo al que valora más altamente que el derecho estatal vigente”²²⁷, el sujeto conoce la prohibición, pero no

²¹⁹ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 9p.

²²⁰ BOVINO, Alberto. Culpabilidad, cultura y error de prohibición. Themis: Revista de derecho. (15): 31-36, 1989. 34p.

²²¹ MONGE, Antonia. El extranjero frente al derecho penal. Barcelona, España, BOSCH, 2008. 32p.

²²² MONGE, Antonia. El extranjero frente al derecho penal. Barcelona, España, BOSCH, 2008. 32p.

²²³ MONGE, Antonia. El extranjero frente al derecho penal. Barcelona, España, BOSCH, 2008. 50p.

²²⁴ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 10p.

²²⁵ MONGE, Antonia. El extranjero frente al derecho penal. Barcelona, España, BOSCH, 2008. 51p.

²²⁶ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 10p.

²²⁷ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 10p.

la cumple porque no la respeta o no comparte su fundamento²²⁸, sea por motivos religiosos, políticos, etc.; pero en las actuaciones motivadas por la cultura del agente, los sujetos no sufren un conflicto interno inexcusable para ser considerado un autor por conciencia, ni consideran que las normas del ordenamiento jurídico tienen un valor inferior que las propias, simplemente los sujetos no comprenden las normas por haberse educado y criado en una cultura con valores distintos²²⁹.

ZAFFARONI, enmarca a la conciencia disidente y la autoría por conciencia en la terminología “error de comprensión”, las que serán siempre una causa de disminución de culpabilidad; para él los términos de conciencia errada y conciencia disidente son sinónimos²³⁰, otorgando un trato similar a los efectos del error de prohibición vencible por regla general. Esta atenuación de la culpabilidad, según su propuesta, ha de tenerse en consideración para la cuantificación de la pena y también en el tratamiento penitenciario del sujeto²³¹. Sin embargo, hay un caso en que la conciencia disidente y la autoría por convicción podrían tener un efecto excluyente de culpabilidad (como un error de prohibición invencible), esto es, cuando el error de comprensión se superpone con el error culturalmente condicionado²³².

2.4.4. Alternativas de tratamiento de la motivación cultural

1) Causa de inimputabilidad: para MEINI, y conforme a la actual regulación del Código Penal del Perú, “si los patrones culturales del sujeto no le impiden advertir el riesgo de su comportamiento, ni que conozca la ilicitud del mismo, sino que obstruyen o dificultan que tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión, lo que afecta es la inimputabilidad”²³³. Para este autor, el art.15 del

²²⁸ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] <<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>. 11p.

²²⁹ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] <<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>. 11p.

²³⁰ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 200p.

²³¹ ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 199p.

²³² ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 201p.

²³³ MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Revista de Derecho PUCP. (60): 17-50, 2007. 20p.

CP peruano, no se refiere al error, pese a que la mayoría de la doctrina está conteste a que allí se trata el error culturalmente motivado, sino que más bien MEINI se refiere a un supuesto de inimputabilidad²³⁴. Al considerar inimputable al condicionado por su cultura, se critica que constituye un acto degradante, pero, arguye, que ello significaría que los casos de exclusión de culpabilidad de personas inimputables por anomalía psíquica, alteraciones de conciencia o de la percepción también implicarían una valoración negativa²³⁵.

Se argumenta que no es novedad en el derecho comparado, admitir la inimputabilidad del culturalmente condicionado²³⁶, ya que en el art.33 del Código Penal Colombiano se establece que “es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”²³⁷.

De igual manera, OLAIZOLA postula tratar los casos de motivación cultural del agente como causal de inimputabilidad basada en la alteración de la percepción prevista en el art.20.3 del Código Penal español, señala que esta eximente importa una anomalía permanente debido a la falta de comunicación con el exterior, distinguiendo las causas que provocan la incomunicación en aquellas de carácter sensorial u orgánica, y aquellas deficiencias socioculturales, es en este último grupo donde ubica a los sujetos que han sufrido de un aislamiento cultural, pero ello debe provocar que en el autor una situación de incomunicación que lo lleve a distorsionar la realidad, es decir, lo limita sólo para los casos más graves, no basta para aquellos en que el sujeto se haya educado en una cultura diferente²³⁸.

En nuestro derecho, aplicar sin más el N°1 del art.10 del CP, sería impensado, cuanto mucho CURY -y por ello ha sido objeto de críticas- plantea la atenuación por eximente incompleta respecto de aquella causal de exculpación, pero por sí sola la ley positiva y su tenor limitan significativamente los casos de

²³⁴ MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Revista de Derecho PUCP. (60): 17-50, 2007. 21p.

²³⁵ MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Revista de Derecho PUCP. (60): 17-50, 2007. 38p.

²³⁶ MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Revista de Derecho PUCP. (60): 17-50, 2007. 34p.

²³⁷ Código Penal de Colombia, del 24 de julio del 2000, artículo 33.

²³⁸ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] <<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>. 19p.

inimputabilidad a quien padece de una enajenación mental (demente y trastorno mental transitorio) y los menores de 18 pero mayores de 14.

2) Causa de inexigibilidad de otra conducta: para MATUS y RAMÍREZ, en reconocimiento de los pueblos indígenas que hace principalmente el Convenio 169 de la OIT y el art.54 de la Ley Indígena “ya no se emplea únicamente para establecer la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, una defensa basada en la creencia de que tal derecho existía”²³⁹, sino que la práctica jurisprudencial en casos de esta naturaleza ha considerado la aplicación del miedo insuperable o fuerza moral irresistible²⁴⁰, los casos anteriores estaban limitados a las circunstancias interpretativas más o menos abiertas en que estas eximentes se han formulado.

3) Causa de atipicidad: hay voces que han acudido a la teoría de la adecuación social para reconocer en el comportamiento del culturalmente condicionado que comete un delito, considerando que su acto es conforme a los valores de su cultura y adecuado socialmente en razón de esos valores, por lo tanto, sería atípico²⁴¹. Mas esta visión, ubica la discusión erróneamente en el objeto de valoración, y no en el elemento individualizador del delito, donde las circunstancias propias del autor son -y deben ser- tomadas en cuenta.

4) El error de prohibición culturalmente condicionado: coincidimos con ZAFFARONI en que la el estigma de la inimputabilidad del indígena permite descartar inmediatamente las soluciones dadas desde esa órbita; las propuestas que sen planteado en ese escenario “colocan al extraño cultural en un estado de peligro o asemejado al salvajismo, lo que sería equiparable a afirmar su inferioridad”²⁴². En este entendido, la solución más adecuada al respeto y reconocimiento de las minorías culturales es acudir al error de prohibición culturalmente condicionado, el que permite incluir en el análisis de la culpabilidad del sujeto los valores y costumbres propios de su cultura.

²³⁹ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 88p.

²⁴⁰ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 88p.

²⁴¹ CISNEROS, Fátima. El error de comprensión en los delitos culturales: Una visión distinta del error de prohibición. Cuadernos de Política-criminal. (128): 151-176, 2019. 162p.

²⁴² CISNEROS, Fátima. El error de comprensión en los delitos culturales: Una visión distinta del error de prohibición. Cuadernos de Política-criminal. (128): 151-176, 2019. 170p.

Entonces, “el error de prohibición culturalmente condicionado se produce cuando por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión”²⁴³. El error de prohibición culturalmente condicionado no solo es una respuesta dogmática frente al problema del delito cultural, sino que también es una respuesta política²⁴⁴ frente a la diversidad cultural, sin caer en la utilización de términos manifiestamente discriminatorios.

Dicho sea de paso, CHIMBO, considera que en el caso boliviano “la propuesta del error de prohibición condicionado también apela a un lenguaje concesivo y residual de la culpabilidad. Siendo inevitable sostener que las realidades de los pueblos ancestrales, o de los restos de ellos, no tuvieron siquiera una pizca de influjo en las bases de la dogmática penal”²⁴⁵, el tratamiento diferenciado ante situaciones en que su cultura limita el conocimiento y/o la internalización de la norma penal, es consecuencia de una disminución o falta absoluta de motivación por la ley infringida, aunque también podría importar una especie de reivindicación por parte del Estado.

2.4.5. El error de prohibición indirecto como respuesta correcta

Consideramos que la mayoría de los delitos culturalmente motivados con origen en la costumbre indígena, el agente no desconoce la norma penal ni yerra en su vigencia, sino que tiene problemas para interiorizarla y adecuarla al propio sistema de valores que le ha heredado su cultura. A nuestro juicio toda interpretación y posible solución debe ir de la mano con el derecho positivo vigente, es así que la respuesta más acorde al derecho chileno es considerarlo un error de prohibición indirecto, en que el agente interpreta erróneamente una causa de justificación, considera que su costumbre es la que rige en todos los aspectos de su vida, pero el derecho penal no puede simplemente estar al margen cuando un hecho afecta a bienes jurídico-penalmente relevantes. Recordemos que la jurisdicción chilena es una sola, no admite divisiones como en el caso de Ecuador, en hay diversas “jurisdicciones indígenas”, y cada jurisdicción indígena aplica sanciones de

²⁴³ MOSTAJO, Jorge. El error de prohibición culturalmente condicionado. *Revista Jurídica Derecho*. 7 (9): 114-125, 2018. 123p.

²⁴⁴ MOSTAJO, Jorge. El error de prohibición culturalmente condicionado. *Revista Jurídica Derecho*. 7 (9): 114-125, 2018. 123p.

²⁴⁵ CHIMBO, Diego. El error de prohibición en la justicia indígena. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 37 (103): 35- 51, 2016. 43p.

conformidad a la costumbre del pueblo originario determinado, pero aún en un Estado que reconoce la diversidad de jurisdicciones indígenas surgen los problemas de la ley aplicable cuando se produce un conflicto entre un miembro de determinada etnia y quien no pertenece a ella, volviendo al problema de determinar la reacción penal contra individuo que actúa contra el derecho oficial de un Estado.

En Chile se permite configurar un error de prohibición indirecto para el que obra condicionado por su cultura, es decir, aquel que recae sobre causas de justificación, sea en su existencia, límites o presupuestos objetivos, basado en la causa de justificación contemplada en el artículo 10 N°10 del Código Penal referida al ejercicio legítimo de un derecho. A nuestro entender, la costumbre indígena constituye en los casos de delitos culturalmente motivados un error en la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, no porque no se reconozca ninguna importancia al derecho indígena, sino que el que mata, viola, roba por motivos culturales, igualmente realiza una conducta típica, pero en razón del reconocimiento de su costumbre podría ser absuelto o atenuada la pena, al encontrarse en una situación de culpabilidad disminuida -o inexistente- debido a su conocimiento deficiente de la antijuricidad de su conducta. En suma, se debe aplicar conjuntamente la causa de justificación incompleta del art.10 N°10 y el art.11 N°1, que se traduce en la rebaja de grado con motivo de una eximente incompleta, todo ello en el marco del artículo 54 de la Ley Indígena, cuando el error sea vencible. Porque si el error es invencible, el efecto sería la exclusión de la culpabilidad, igualmente fundada en la justificante del art.10 N°10.

2.5. Artículo 54 Ley indígena, Convenio 169 de la OIT y límites a la motivación cultural

2.5.1. El artículo 54 de la Ley indígena (N°19.253)

Es cierto que el principio de legalidad impide considerar otras fuentes diferentes de la ley para el establecimiento de delitos y penas, como lo es la costumbre, pero ello no significa que esta no pueda constituir una fuente autónoma de eximentes y atenuantes²⁴⁶.

En este orden de ideas, el artículo 54 inciso 1° de la Ley N°19.253 versa: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la

²⁴⁶ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 88p.

República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad²⁴⁷.

Como ya adelantamos, fundamos la existencia de un error de prohibición indirecto en la causa de justificación contemplada en el art.10 N°10, sea respecto de su existencia, límites o presupuestos fácticos. Es así, como la costumbre indígena cobra relevancia, en los casos en que el sujeto activo del delito cree que su conducta está amparada por el ejercicio legítimo de su derecho ancestral, el art.54 es un mandato al juez a considerarla en el juicio de vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición, y la forma de concretar la consideración de la costumbre es, a nuestro entender, a través de testigos pertenecientes a la misma etnia, *amicus curiae*, peritos antropólogos, entre otros. Se concluye que, “la costumbre indígena puede encuadrar dentro de los errores de prohibición que el juez debe analizar para determinar si es de carácter vencible o invencible”²⁴⁸, pero a nuestro juicio, el error es siempre indirecto.

2.5.2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Este tratado fue ratificado por Chile el 15 de septiembre del 2009, y se encuentra vigente desde entonces, lo que significa que por aplicación del art.5° inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República²⁴⁹, los derechos y garantías ahí consagrados no solo constituyen un límite a la soberanía, sino que además implican una actitud positiva del Estado en orden a reconocerlos y promoverlos. Es en ese escenario, el artículo 9.2 del Convenio N°169 reza: “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”²⁵⁰. Esta normativa, “permite hacer excepción a la garantía de la igual aplicación de la ley (art.19 N°2) y afirmar una aplicación diferenciada de la ley que no se entiende como arbitraria, sino manifestación del reconocimiento de ese pluralismo normativo”²⁵¹.

También, el art.10.2 Convenio 169 de la OIT consagra el principio de preferencia por la pena no privativa de libertad, señalando que “Deberá darse la preferencia a tipos

²⁴⁷ Ley N°19.253, conocida como Ley Indígena, promulgada el 28 de septiembre de 1993, publicada el 5 de octubre de 1993. Artículo 54.

²⁴⁸ BALMACEDA, Gustavo. Derecho Penal Parte general. 3ra ed. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018. 228p.

²⁴⁹ Constitución Política de la República de Chile, artículo 5°, 1980,

²⁵⁰ Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 9.

²⁵¹ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 88p.

de sanción distintos del encarcelamiento”²⁵². En esta misma línea, referido a la sanción el art. 9.1 del mismo convenio el que reza: “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”²⁵³.

Para OLAIZOLA, la problemática de la valoración de los factores culturales en la ley penal, podría solucionarse *ex ante*, es decir, en la discusión legislativa a través de la incorporación de grupos étnicos representantes de una determinada cultura²⁵⁴, ello en razón del art.2.1 del Convenio 169 de la OIT, el que reza: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”²⁵⁵. De igual manera, su incorporación en la discusión parlamentaria facilitaría la socialización y recepción de dichas normas, dotándolas de mayor legitimidad democrática²⁵⁶.

2.5.3. Los antiguos artículos 13 y 14 de la Ley Pascua: límites de la costumbre indígena

Los efectos que ZAFFARONI otorga a su planteamiento del error culturalmente motivado, se veían con claridad expresados en nuestra ley positiva a propósito de los antiguos artículos 13 y 14 de la Ley N°16.441 (conocida como Ley Pascua), derogados el 28 de mayo del 2022, estas normas otorgaban una ventaja significativa a los hechos de algunos crímenes y simples delitos cuando el sujeto activo del mismo era un individuo originario de Rapa Nui y hubiere cometido el delito en territorio pascuense²⁵⁷.

Así, el artículo 13 rebajaba las penas a los condenados por los delitos contemplados en los títulos VII y IX del libro II del Código Penal; respecto del título VII, aquellos ilícitos que hacían más ruido son las formas de abandono (del art.346 al 352 CP) y los delitos sexuales (del art.361 al 367 octies, incluyendo los que dicen relación con la

²⁵² Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 10.

²⁵³ Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 9.

²⁵⁴ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >. 13p.

²⁵⁵ Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 2.

²⁵⁶ CASTILLO, Alejandra. La ponderación de los valores culturales en el error de prohibición. Revista de Derecho Valdivia. 27 (2): 243-267, Oct. 2014. 248p.

²⁵⁷ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 8792-2020, del 29 de enero de 2021.

pornografía); y el título IX, referido a los delitos contra la propiedad (robo, hurto, usurpación, abigeato, receptación, estafa, apropiación indebida, etc.). La rebaja punitiva implicaba la imposición de la pena inferior en un grado al mínimo de la establecida en el tipo²⁵⁸.

El artículo 14 por su parte, significaba ventajas en el cumplimiento de la pena privativa de libertad (sea presidio, reclusión o prisión), en aquellos casos el tribunal estaba facultado para disponer que hasta 2/3 de la misma las pudiera cumplir en libertad²⁵⁹. Se considera que el principio de preferencia por la sanción no privativa de libertad, es parte de los postulados de la defensa cultural, y en la práctica, ha quedado de manifiesto en las sentencias de la Corte Suprema, quien en virtud del Convenio 169 de la OIT ha estimado que los acuerdos reparatorios proceden en casos de violencia intrafamiliar entre miembros de la etnia mapuche, aun cuando el art.19 de la Ley 20.066 lo prohíbe expresamente²⁶⁰.

El 05 de junio del año 2020, llega al Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por un juez del Juzgado Mixto de Rapa-Nui, solicitando precisamente la inaplicabilidad de los art.13 y 14 de la Ley N°16.441 respecto de un presunto delito de violación propia (art.361 CP), el que estaría contraviniendo la garantía de la igualdad ante la ley y la no discriminación hacia las mujeres (consagrado especialmente en el art.19 N°2, en la Convención Belém do Pará y la CEDAW). El tribunal declara la inaplicabilidad de esos preceptos. Del fallo es posible apreciar dos aspectos interesantes.

Por una parte, el consejo de ancianos de Rapa-Nui, acompaña un *amicus curiae*, el que hace presente que las normas en comento eran un reflejo de la discriminación positiva en el derecho internacional, establecidas con el fin de promover una mayor igualdad de hecho respecto de personas históricamente discriminadas, más aún, uno de los motivos por los cuales el Estado de Chile establece esta ley, es porque pasó a tomar la administración de la isla en 1966, proceso que suponía la adaptación de la etnia a la normativa que rige a todos los habitantes de la República y a la vez constituía una especie de reivindicación, dar seguridad jurídica a los naturales de la isla en razón de los abusos cometidos por la armada chilena en esa época. Asimismo, el *amicus curiae* agrega que en

²⁵⁸ Ley N°16.441, conocida como Ley pascua, artículo 13 (hoy, derogado por la Ley N°21.451).

²⁵⁹ Ley N°16.441, conocida como Ley pascua, artículo 14 (hoy, derogado por la Ley N°21.451).

²⁶⁰ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 90p.

la conceptualización de la propiedad, como es entendida en nuestra legislación, es contraria a la cosmovisión ancestral del mundo Rapa-Nui, de la misma manera, la sexualidad también es entendida de una forma distinta en la isla, en donde tampoco existe la pena de encierro.

Por la otra, el tribunal llega a la conclusión, de que el art.13 de la Ley Pascua (Nº16.441) era incompatible con el art.54 de la Ley Indígena (Nº19.253), ello porque el artículo 54 de la Ley Indígena exige la prueba de la costumbre y, en razón de ello se determina la procedencia de la atenuante o eximente, mientras que el art.13 de la Ley Pascua era fruto de la discrecionalidad del legislador, la rebaja punitiva no respondía a ninguna funcionalidad penal, y se beneficiaba al imputado porque sí, no porque pudo probar en juicio que su costumbre influyó en su hecho, ni porque su colaboración sustancial permitió dirigir la persecución penal hacia otros sujetos, ni porque obró con celo para reparar el mal causado²⁶¹.

El derecho a la cultura no es absoluto, por lo que la diversidad cultural, no puede significar dar por buenas todas las prácticas o tradiciones de una cultura²⁶², sino que se deben establecer ciertos límites, a saber:

- 1) El respeto a los derechos y garantías reconocidos en la constitución y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes: ya el mandato del art.5 inciso 2º de la Constitución Política de la República, obliga a los órganos del Estado -entre ellos los Tribunales- al respeto y promoción de tales derechos, por lo que un fallo que transgreda esos derechos es evidentemente anulable, sin perjuicio de los filtros previos para evitar ese tipo de situaciones, como la exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral por inobservancia de garantías fundamentales consagrada en el art.276 del CPP. Nos parece que, pese al mandato constitucional que afirma como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, no es reiterativo referirnos a las normas específicas que limitan la costumbre indígena en razón de estos derechos.

²⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 8792-2020, del 29 de enero de 2021.

²⁶² OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] <<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>. 5p.

En primer lugar, el artículo 54 de la ley indígena en su inciso 1º indica: “la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”²⁶³.

En segundo lugar, el artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT versa: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”²⁶⁴.

Y en tercer lugar, el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT reza: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”²⁶⁵.

Concuerdo con OLAIZOLA en que “una cosa es que no se pueda permitir ni justificar comportamientos que lesionen derechos básicos fundamentales amparándose en motivos culturales, y otra distinta es que, a pesar de ello, no pueda considerarse la posibilidad de disminuir o incluso eximir de pena en alguno de estos supuestos”²⁶⁶.

2) Inmersión en la cultura: La Corte Suprema, ha estimado que no basta para acreditar la defensa cultural que el sujeto tenga solo el apellido proveniente de un pueblo originario, sino que debe acreditarse que se encuentra inmerso en la cultura a que dicho apellido hace alusión²⁶⁷. Sin embargo, es cuestionable atender al mayor o menor grado de integración del sujeto en esa cultura y en la sociedad no indígena²⁶⁸, para descartar a priori la procedencia del

²⁶³ Ley Nº19.253, conocida como Ley Indígena, promulgada el 28 de septiembre de 1993, publicada el 5 de octubre de 1993. Artículo 54.

²⁶⁴ Convenio Nº169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 8.

²⁶⁵ Convenio Nº169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 9.

²⁶⁶ OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] <<http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf>>. 5p.

²⁶⁷ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 90p.

²⁶⁸ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 89p.

error, sino más bien esos elementos cobran importancia en el juicio de vencibilidad e invencibilidad que deba realizar el operador jurídico.

3) Dinamismo de la costumbre: Conforme al fallo Rol 61-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, la costumbre es un concepto eminentemente dinámico²⁶⁹, lo que es hoy es costumbre mañana podría no serlo, como la costumbre de los pueblos originarios puede ir variando en el tiempo, la que debe ser considerada es aquella asentada al momento de los hechos. Concordamos con CISNEROS cuando afirma que “el vínculo entre una persona y su cultura no cesa cuando esta abandona su entorno cultural, sino que su identidad continúa siendo el filtro a través del cual interpreta y entiende la realidad”²⁷⁰, por lo que el criterio de vencibilidad para determinar los límites de la costumbre no solo debe mirar al momento de la realización del hecho, sino que también tomando en consideración el momento -infancia, adolescencia, etc.- en que el sujeto adquirió los valores condicionantes y el estado de la cultura y costumbre en ese periodo.

2.6. Tratamiento jurisprudencial de la motivación cultural

2.6.1. Caso Juana Catrilaf (Mapuche)

Juana Catrilaf, Mapuche, de 27 años, casada, analfabeta, dedicada labores de casa, nunca antes presa, asesina a su abuela Antonia Millalef, la que su juicio era bruja y le estaba haciendo males a ella. Estos males consistieron en que a Juana meses antes se le había muerto un bebé de 21 días, y momentos antes de que muriera su bebé esta tuvo una visión de un perro colorado; Juana también estaría enferma, sufría de gota córall (epilepsia), se le hinchaba el estómago como si estuviera embarazada y sentía vinagreras, según Juana todo eso lo hacía su abuela con sus brujerías, y lo hacía con varias personas de la comunidad indígena, por lo que llegó a la conclusión que matándola y luego chupándole la sangre se iba a mejorar, dado que esa eran las creencias de su comunidad. El día de los hechos, Juana se dirigió a la casa de su abuela, la siguió hasta el estero y en ese momento, le pidió que le entregara la piedra con la cual “hacía el mal”, pues había oído decir que Antonia Millalef tenía una piedra blanca con la que hacía el mal, pero al pedírsela, Antonia se enojó y comenzó a insultarla diciéndole que no tenía ninguna cosa;

²⁶⁹ MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 90p.

²⁷⁰ CISNEROS, Fátima. El error de comprensión en los delitos culturales: Una visión distinta del error de prohibición. Cuadernos de Política-criminal. (128): 151-176, 2019. 159p.

después de intercambio de palabras, Juana tomó un palo y golpeó a su abuela en la cabeza, a lo que la víctima cayó al suelo, Juana recogió una piedra que estaba tirada en el suelo y con ella le dio un pequeño golpe en la frente a Antonia, produciendo una lesión de la cual brotó sangre, bebió un poco de esa sangre y luego se fue, inmediatamente después de beber se sintió mejor, notó que algo salía de su boca “algo así como el diablo”. En juicio se escuchan las declaraciones de varios miembros de la comunidad mapuche, que aseguraron que Antonia Millalef era bruja (machi), asimismo se escucha la opinión de peritos indigenistas, los que aseguran que Juana sería irresponsable penalmente por el delito cometido²⁷¹.

En un fallo histórico, los sentenciadores dieron lugar a la eximente contemplada en el art.10 N°9 del Código Penal, absolviéndola de toda pena. Esta sentencia tiene un marcado sentido de considerar al indígena como inferior, en donde se toman en cuenta aspectos más ligados a su nivel cultural que a la influencia que su cultura mapuche como motivación a actuar como lo hizo; se destaca, sin embargo, el exhaustivo análisis en torno a las consideraciones personales de la autora para eximirla de responsabilidad, como los primeros años de vida, el lugar donde vivía al momento de los hechos, etc., y la desestimación de una causal de inimputabilidad como posible respuesta. Es así como los considerandos más relevantes para este trabajo son:

1) Considerando 6º: “Que para calificar su confesión la reo ha recurrido a circunstancias del todo ilógicas y ajenas a una mente normal y civilizada pero, como esos mismos defectos en su discurso podrían proceder de causas excluyentes de imputabilidad o culpabilidad, es menester analizarlas a fin de formarse juicio sobre la responsabilidad de la inculpada”.²⁷²

2) Considerando 7º: “[...] Es analfabeta y su nivel cultural es muy bajo. Estos caracteres han sido constatados en el informe de fojas 51 y se desprenden de su comportamiento en el tribunal y frente a los jueces, desprovisto de toda noción de aquellas prácticas con que, hasta el más ignorante, exterioriza su respeto a la autoridad [...]”²⁷³.

²⁷¹ Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, 54 (5y6): 85-102, 1955. 86p.

²⁷² Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, 54 (5y6): 85-102, 1955. 91p.

²⁷³ Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, 54 (5y6): 85-102, 1955. 91p.

3) Considerando 17: “En consecuencia, consideramos que encuadran en el N°9 del artículo 10 del Código Penal y constituyen, en principio, la eximente de fuerza irresistible, las alegaciones de la defensa de la reo en cuanto que, al actuar sobre ella un factor exógeno de carácter social y una situación de hecho que consideró amenazante, fue privada de inteligencia y libertad y obró constreñida por esos imperativos²⁷⁴.”

4) Considerando 19: “Que de lo expuesto resulta que es menester referir en especial a cada uno de los requisitos de la eximente [...]”

1.- Amenaza de un mal.- Se ha visto que la reo vivía en una comunidad primitiva, dominada por tradiciones y supersticiones arcaicas, que la hechicería es dentro de esas creencias, un peligro real (si se considera por una parte su poder sugestivo y por la otra la incultura, sugestionabilidad e inexperiencia de los asociados), una poderosa amenaza que se cernía en cualquier momento sobre la salud y vida de los individuos, aun cuando estos fueran parientes del mago [...]

2.- Realidad, gravedad e inminencia del daño.- La reo se ha revelado como un ser de representaciones y costumbres primitivas que, no son peculiares y primitivas de ella, sino características del grupo indígena inculto en que vivía. Para analizar este aspecto es menester considerar la estructura o forma mental de ese grupo.

Los estudiosos del alma primitiva sostienen que la mentalidad primitiva es prelógica o asintáctica en alto grado, lo que significa que carece de coherencia motivada o mejor dicho, que no conoce las unidades coherentes de gran extensión [...] Agregan que el pensamiento primitivo está dominado por elementos afectivos que son mágicos por una parte y mitológicos por otra. Van Leeuw afirma que la diferencia más notable entre civilizados y no civilizados reside en que nosotros tenemos conciencia del entrelazamiento de elementos diversos, sabemos que hay conflictos entre ciencia y religión, entre arte y moral, entre la lógica y la inspiración, mientras que el primitivo los advierte escasamente.

3.- El mal era injusto.- La comunidad primitiva y culturas atrasadas, vieron en la brujería un delito gravísimo [...] Además de lo considerado hay que tomar en cuenta que la reo partía de la base de una ataque motivado a su persona, procedente de un ser que tenía el poder, pero no el derecho de efectuarlo.

²⁷⁴ Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, 54 (5y6): 85-102, 1955. 99p.

4.- La fuerza era irresistible. - Concebida la brujería como el dominio de fuerzas sobrenaturales, que pueden producir efectos sensibles y perjudiciales sobre el ser humano, y conociendo la reo que sufría esos efectos por acción de su abuela, cuya actividad supuestamente perjudicial no pudo evitar (la reo acudió a la policía y esta no intervino), es probable que, ante la negativa de la occisa para entregarle el talismán nocivo o curarla, no encontrara otro medio para sustraerse a la amenaza que suprimir la causa promotora de ellos.²⁷⁵”

Una correcta apreciación de los hechos a nuestro juicio, habría considerado el error de prohibición indirecto, en la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho, el que de ser invencible excluiría la culpabilidad, y en caso de ser vencible podría reconocerse la atenuante del art.11 N°1 del Código penal. En donde la autora conocía la norma subyacente en el tipo de homicidio, “no matar a otro”, pero por razones de justicia y costumbre, para curar su enfermedad y proteger a los demás integrantes de la comunidad, decide dar muerte a la bruja, y luego beber sangre de la frente de la víctima; si eso no es demostración clara de que la costumbre indígena fue interpretada por la autora como un imperativo jurídico superior, que se creía expresamente autorizada a actuar conforme a ella, ¿qué otra cosa lo sería? Asimismo, un razonamiento como el nuestro es más compatible con los estudios y estándares actuales relativos a los pueblos originarios, que a diferencia de las concepciones académicas de la década del 60 que inspiraron el fallo en comento, ya no es posible -ni correcto- considerar al indígena como un ser primitivo, atrasado o incivilizado.

²⁷⁵ Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, 54 (5y6): 85-102, 1955. 99, 100 y 101p.

TOMA DE POSICIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

1.- No obstante que la ley positiva chilena no regula expresamente el error de prohibición -ni el de tipo-, en un derecho penal basado en actos, la culpabilidad del sujeto es condición necesaria para la imposición de una pena. Es así que el error de prohibición y su aplicación en la ley chilena es consecuencia lógica de principio de culpabilidad, el cual requiere que el autor haya tenido al menos la posibilidad de conocer la norma y adecuar su conducta a derecho. Sin embargo, pese a la falta de regulación expresa, la aplicación de la teoría del error en nuestro país es posible a través de la interpretación armónica de los artículos 1º, 10 N°1 y N°2, 224 y 225 del Código Penal, y el art.19 N°3 de la Constitución Política de la República. En razón de lo anterior, se insta a la apreciación de *legelata* de una mayor cantidad de errores de prohibición, sin que con ello se pierda el respeto o la vigencia de la norma como argumentan algunos, así, “al conceder relevancia al error de prohibición, al desconocimiento de la antijuricidad, el moderno Estado democrático de derecho se encuentra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y hasta su propia concepción del derecho, y a tener en cuenta esta hasta el punto de eximir, o por lo menos atenuar su responsabilidad por la infracción realizada, pero sin que ello suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas”²⁷⁶. Considerando la gran cantidad de delitos que se han ido tipificando recientemente, sin ir más lejos las últimas modificaciones al catálogo de delitos económicos (Ley N° 21.595) y la incorporación de delitos ambientales en la legislación chilena, son un claro ejemplo de que las normas regulan cada día aspectos más específicos del derecho; además, tomando en cuenta que vivimos en mundo globalizado y aparentemente una mayor cantidad de personas puede acceder a información que antes era impensada, en efecto la gente parece estar más informada, pero no es menos cierto que de la gran cantidad de información que circula por Internet, buena parte de ella es falsa o inexacta, lo que podría inducir a error.

2.- Nos parece interesante la propuesta de CURY en orden a apreciar errores de prohibición directos a través de la aplicación analógica del art.10 N°1, pues el fundamento del N°1 del art.10 para exculpar al sujeto radica en el estado de incapacidad del autor para

²⁷⁶ MUÑOZ Conde, Francisco. El error en derecho penal. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989. 138 y 139p.

conocer lo injusto de su acto, sin embargo, con esta interpretación la línea divisoria entre la imputabilidad y la conciencia de la ilicitud se vuelve materialmente difusa.

3.- La teoría de la culpabilidad pareciera ser la más conforme a nuestra legislación en torno a los efectos del error de prohibición y es aquella que presenta más ventajas tanto dogmáticamente como desde el punto de vista político-criminal.

La ventaja político criminal, consiste en que evita que el error de prohibición vencible desencadene en una laguna de punibilidad en los casos de hostilidad al derecho o ceguera jurídica, esto porque si se siguiera la teoría del dolo, el error vencible de prohibición da lugar a su sanción a título de culpa, pero en un sistema de *numerus clausus* como el nuestro, en donde la imprudencia se sanciona excepcionalmente, lo más común que es los tipos no admitan comisión imprudente, lo que significaría la impunidad del que obra en un error de prohibición vencible²⁷⁷, aun por mera despreocupación o desinterés en cumplir las normas.

Más aún, la teoría limitada de la culpabilidad resulta útil, dogmáticamente, es posible sostener su fundamento en la teoría de los elementos negativos del tipo, la que engloba el tipo y la antijuricidad una categoría llamada tipo global de injusto, así el conocimiento de tipo no solo se debe centrar en los elementos del tipo estricto u objetivo (elementos positivos), sino que también en la no concurrencia en el hecho de los presupuestos materiales de una causa de justificación (elementos negativos). Lógicamente, el desconocimiento sobre alguno de los elementos del tipo, sean considerados positivos o negativos, excluye el dolo del agente. Pero a nuestro entender, la teoría de estricta de la culpabilidad se adecúa de mejor forma a nuestra legislación, esto porque la mayoría de los errores de prohibición que ha reconocido nuestra jurisprudencia son precisamente aquellos que recaen en sustrato fáctico de una causa de justificación, por lo que apostar por la teoría limitada de la culpabilidad en el caso chileno, termina significando que se daría el mismo tratamiento al error de prohibición que al de tipo, esto es, la exclusión de dolo, y tratándose del error vencible, en la mayoría de los casos se traduciría en la impunidad aun cuando el sujeto pudo haber salido del error. Fundamos nuestra adhesión a la teoría estricta de la culpabilidad, desde la perspectiva del finalismo, ya que una cosa es una finalidad dirigida hacia el tipo penal (desvalor-tipicidad de la

²⁷⁷ OLAIZOLA, Inés. Error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007, 38p.

acción), y otra distinta es la finalidad dirigida a la justificación (desvalor-antijuricidad de la acción), el desvalor-tipicidad de la acción no puede ser afectado por el elemento subjetivo de la justificación, y por lo tanto, no puede afectar al dolo²⁷⁸.

4.- La vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición no puede estar sujeta al baremo objetivo que rige al error de tipo, sino que exige por su ubicación en la reprochabilidad de una medición de carácter subjetiva, sin exagerar a la hora de establecer las exigencias de conocimiento de la antijuricidad.

Asimismo, los criterios elaborados por la doctrina y jurisprudencia española principalmente, no son útiles al caso chileno y están llenos de sesgos, ni la naturaleza del delito, la forma de vida del autor, la profesión de este, ni la actitud de la víctima frente al delito parecen ser criterios suficientes para evaluar la procedencia o determinar la vencibilidad o invencibilidad del error. Pero sí se reconoce cierta utilidad al criterio del *modus operandi*, sobre todo en los casos en que el delito es cometido en clandestinidad u ocultamiento, pues ello supone un conocimiento tácito de la ilicitud de su conducta; de igual manera la reincidencia específica del sujeto, es decir, aquella referida a delitos de la misma especie, también nos hace sentido a la hora de rechazar el error de prohibición, dado que no se comprende cómo un sujeto que ya fue condenado por delitos similares, desconozca en un segundo momento la antijuricidad de su hecho.

Ahora, bien respecto del error de prohibición culturalmente condicionado, consideramos que los informes en derecho, informes periciales antropológicos y/o sociológicos -hasta psicológicos en algunos casos-, declaración de testigos integrantes de la misma etnia y la intervención de un *amicus curiae*, ha de ser uno de los elementos importantes a incorporar en el proceso penal para realizar el juicio de vencibilidad e invencibilidad, a través del cual se daría por satisfecha la exigencia de consideración de la costumbre indígena en un juicio de naturaleza penal que plantea el art.54 de la Ley Indígena, hasta el punto de sugerir que sea una exigencia esencial en los procedimientos en los que se alegue el error de prohibición culturalmente condicionado o a lo menos la costumbre indígena. A mayor abundamiento, creemos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal siempre debe pronunciarse respecto de esta prueba, y que no debiera pasar por los filtros de la audiencia de preparación de juicio oral, sino que debiera llegar si o si a juicio oral.

²⁷⁸ NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno Parte General Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile, Thomson Reuters, 2015. 782p.

Finalmente, sería útil incorporar en el juicio de vencibilidad criterios funcionalistas, en torno a la necesidad preventiva de la pena.

5.- La autoría por conciencia y por convicción, no parecen ser la respuesta correcta al condicionamiento cultural del agente, salvo como señala Zaffaroni, cuando el error de comprensión al que dan origen se superponga o coincida con el error culturalmente condicionado. Así también, las posturas que consideran al culturalmente condicionado como inimputable deben rechazarse no solo porque refuerzan el estigma de salvaje o culturalmente inferior, sino porque dogmáticamente no encuentran asidero en nuestra legislación, por un lado, las razones en que se funda la inimputabilidad en nuestro sistema son la salud mental y la edad, ninguna más. Por otro lado, la inimputabilidad de los sujetos lleva consigo la aplicación de una medida de seguridad como reacción en lugar de la pena, reforzando aún más la idea de la estigmatización, pues, aunque la medida de seguridad tenga enfoque educativo implica afirmar que el sujeto tiene alguna afección que requiere tratamiento médico o no puede ser corregida con una pena²⁷⁹. La propuesta de la exigibilidad nos parece residual, y solo posible en el caso de que el error de prohibición sea descartado.

6.- La respuesta correcta para el problema de los delitos motivados por la cultura del agente, está en apreciar errores de prohibición indirectos culturalmente motivados, vinculando el art.54 de la Ley Indígena, con el art.10 N°10 y el art.11 N°1 del Código Penal. Esto significa, que el sujeto no desconoce la norma como tal, sino que actúa creyendo que está facultado por la costumbre o norma ancestral, el ejercicio legítimo de un derecho, pero yerra interpretando la norma permisiva, excediendo sus límites, la existencia de dicha autorización o incluso en el presupuesto fáctico que la sustenta, razón por la cual la justificante estaría incompleta y permitiría la aplicación de la atenuante de la eximente incompleta (art.11 N°1) en caso de ser vencible. Si el error indirecto es invencible, solo se aplicaría el art.10 N°10 y al art.54 de la Ley Indígena para apreciar la costumbre en el juicio de vencibilidad e invencibilidad, excluyendo la conciencia de la antijuricidad y, en consecuencia, la culpabilidad del sujeto.

²⁷⁹ CISNEROS, Fátima. El error de comprensión en los delitos culturales: Una visión distinta del error de prohibición. Cuadernos de Política-criminal. (128): 151-176, 2019. 171p.

7.- De *legeferenda* se espera una consagración positiva expresa del error de prohibición -y del de tipo- así como del error culturalmente condicionado, no porque actualmente no puedan ser aplicables en nuestra legislación, sino porque favorecería su aplicación, aumentando cuantitativamente la posibilidad de apreciarlos por nuestros operadores jurídicos. O cuanto menos, reconocer (tipificar) una atenuante basada en la motivación cultural.

BIBLIOGRAFÍA

BALMACEDA, Gustavo. Derecho Penal Parte general. 3ra ed. Santiago, Chile, Librotecnia, 2018. 426p.

BOVINO, Alberto. Culpabilidad, cultura y error de prohibición. Thémis: Revista de Derecho. (15):31-36, 1989. 35p

BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. El error de prohibición y la reforma al ordenamiento penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (26): 97-112, 2005.

CASTILLO, Alejandra. La ponderación de los valores culturales en el error de prohibición. Revista de Derecho Valdivia. 27 (2): 243-267, Oct. 2014. 248p.

CISNEROS, Fátima. El error de comprensión en los delitos culturales: Una visión distinta del error de prohibición. Cuadernos de Política-criminal. (128): 151-176, 2019.

CHIMBO, Diego. El error de prohibición en la justicia indígena. Revista de Derecho Penal y Criminología. 37 (103): 35- 51, 2016.

Código Penal Alemán, del 15 de mayo de 1971, con la reforma del 31 de enero 1998. Traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia.

Código Penal de Argentina, promulgado el 29 de octubre de 1921, publicado el 30 de abril de 1922.

Código Penal chileno, promulgado y publicado el 12 de noviembre de 1874, artículo 1º inciso 3º.

Código Penal de Colombia, del 24 de julio del 2000, artículo 33.

Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, entra en vigencia a partir de 24 de mayo de 1996.

Código Penal del Perú (Decreto Legislativo 635), promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año.

Código Procesal Penal, artículo 4. Establecido por la Ley N°19.696, promulgado el 29 de septiembre del 2000, publicado el 12 de octubre del 2000 (entrada en vigencia diferida en el territorio nacional).

Constitución Política de la República de Chile, artículo 5°, 1980,

Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2009. Artículo 9.

CURY, Enrique. Derecho penal parte general. 7ed. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812p.

DENES, Agustín. Ignorancia y opacidad: una mirada al derecho penal [en línea]. Revista de la Facultad de Derecho, 2017. Recuperado de < <https://doi.org/10.22187/rfd2017110>>. 25 p.

DÍAZ y García Conlledo, Miguel. El error sobre los elementos normativos del tipo penal. España, La Ley, 2008. 480p.

El Colombiano (lunes 20 noviembre 2023) Recuperado de [elcolombiano.com/tendencias/por-que-se-celebra-el-dia-de-las-velitas-A119556363]

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho penal parte general Tomo I. 3ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 361p

FELIP I Saborit, David. La delimitación del conocimiento de la antijuricidad: una aportación al estudio del error de prohibición. Tesis doctoral (Doctor en derecho). Barcelona, Chile, Universitat Pompeu Fabra, 1997, 120p.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMÍREZ BARBOSA, Paula. Derecho penal colombiano parte general: Principios fundamentales del sistema. 2ª ed. Colombia: Tirant lo Blanch, 2020. 1039p.

GARRIDO Montt, Mario. Derecho penal parte general Tomo II: Nociones fundamentales de la teoría del delito. 3ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 358p.

Jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de diciembre de 1953 contra Juana Catrilaf. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Santiago, 54 (5y6): 85-102, 1955.

Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640. Promulgada el 8 de octubre de 1999, publicada el 15 de octubre de 1999.

Ley N°16.441, conocida como Ley pascua, artículo 13 (hoy, derogado por la Ley N°21.451).

Ley N°19.253, conocida como Ley Indígena, promulgada el 28 de septiembre de 1993, publicada el 5 de octubre de 1993. Artículo 54.

MATUS, Acuña, Jean Pierre y RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de derecho penal chileno Parte General. 2 ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2021. 718p.

MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno Parte General. 2da ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 613p.

MEINI, Iván. Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal. Revista de Derecho PUCP. (60): 17-50, 2007.

MONGE, Antonia. El extranjero frente al derecho penal. Barcelona, España, BOSCH, 2008. 136p.

MOSTAJO, Jorge. El error de prohibición culturalmente condicionado. Revista Jurídica Derecho. 7 (9): 114-125, 2018.

MUÑOZ Conde, Francisco. El error en derecho penal. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989. 143p.

NÁQUIRA, Jaime. Derecho penal chileno parte general Tomo I. 2 ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015. 894p.

National Geographic en español. Obtenido de [ngenespanol.com/traveler/vive-la-noche-de-las-velitas-en-colombia/]

OLAIZOLA, Inés. La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Vol. 20, 2018 [consulta: 24 de noviembre 2023] < <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-03.pdf> >.

OLAIZOLA, Inés. El error de prohibición: Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad. Madrid, España, La Ley, 2007. 225p.

PELÁEZ, Jorge. Errare humanum est. [En línea] La República en Internet. 29 de octubre, 2015. [Consulta el 31 de diciembre, 2023] <https://amp.larepublica.co/analisis/jorge-hernan-pelaez-500047/errare-humanum-est-2316886>

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. Cuadernos de política criminal. (47): 349-392, 1992.

RETTIG, Mauricio. Derecho penal parte general: El delito de acción doloso e imprudente Tomo II. Santiago, Chile: DER Ediciones, 2019. 778p.

Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Rol 8792-2020, del 29 de enero de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de derecho penal Parte general Tomo IV. Buenos Aires, Argentina, EDIAR, 1999. 578p.