



ENRIQUE CURY U.

PROFESOR DE DERECHO PENAL.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

“TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL
DEL ERROR EN MATERIA PENAL.”



Charla dictada el

Martes 18 de Marzo de 2008

TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL ERROR EN MATERIA PENAL

Introducción

Mayr buenas tardes. Yo le agradezco a Rodrigo la no presentación y les pido que me excusen por ponerme de pie, pues estoy acostumbrado a hablar así. Siempre me costó mucho alegar en los tribunales porque tenía que hacerlo sentado.

Quiero decir, en primer lugar, que el título de esta charla es algo engañoso, lo cual es responsabilidad mía porque yo lo sugerí. La verdad es que sería imposible que yo hablara en los 45 minutos de que dispongo, de toda la problemática del error y su proyección en la jurisprudencia nacional. De tal manera que, de lo que se trata, es de referirme un kimtadamente a la evolución que ha tenido la aceptación de la eficacia excusante del error de prohibición en materia penal. Probablemente, una de las cuestiones que ha generado mayor entusiasmo entre mis colegas, los profesores de Derecho Penal y que, además, ha dado origen a más comentarios y a mayor discusión, y que está todavía. Palpitante en la jurisprudencia.

Para poder referirme a esto, tengo que aludir, siquiera sea de pasada, a algunas cuestiones básicas sobre el error de prohibición. Yo les ruego que me excusen, pues estoy seguro que casi todos ustedes están al tanto de estas cosas, pero para poder contextualizar mi presentación, necesito referirme a esas cuestiones fundamentales.

Es un hecho, que seguramente todos ustedes conocen, el que hoy día casi nadie discute en la doctrina comparada, desde luego, pero yo diría que tampoco en la doctrina nacional, que al error de prohibición debe reconocérsele una eficacia excluyente de la culpabilidad en los casos determinados que se señalarán por la doctrina en su momento. Esto parece ser, hoy día, moneda corriente. La vigencia del principio de

que el error sobre cuestiones de derecho no excusa debe considerarse hoy día cosa del pasado y los tribunales así lo están considerando también. En la doctrina fundamentalmente y la jurisprudencia también así lo ha hecho - se apoya esta afirmación de que el error de prohibición debe tener una eficacia excusante en la disposición del artículo 19 número 3 de la Constitución política del Estado, de conformidad con el cual le está prohibido a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal. Lo cual significa que pasa al olvido toda pretendida vigencia del artículo 8º del Código Civil. En materia penal, no se acepta la vigencia de una presunción de derecho de esa clase y, por consiguiente, se afirma la eficacia excluyente de la responsabilidad del error de prohibición.

Se ha discutido esta fundamentación. Miguel Soto Piñera dice que esta por clarificarse si en realidad la culpabilidad forma parte de la responsabilidad, etc.; es una discusión exquisita, que podría durar mucho tiempo. La jurisprudencia así lo ha resuelto y la doctrina, incluyendo las opiniones más adversas a darle eficacia excusante al error de prohibición, como era la de Alfredo Fichery, hoy día se ha uniformado en torno a esta argumentación. Eso parece fuera de discusión en este momento. Lo que sigue siendo discutido aquí y en la doctrina comparada son las cuestiones relativas a la eficacia del error de prohibición.

En primer lugar, cabe preguntarse cuáles son los casos del error de prohibición. ¿En qué casos se puede decir que el sujeto está en error de prohibición? Porque la regla general es muy fácil: el sujeto está en error de prohibición cuando él sabe que está realizando una conducta que es la descrita por el tipo, pero ignora que el hecho es ilícito. O, dicho de manera todavía más general, el error de prohibición es aquel que recae sobre la ilicitud de la conducta realizada o sobre el carácter justo o injusto de la conducta realizada.

Esta afirmación parece muy sencilla, pero el problema es cuando ocurre así. Cuando sucede que el sujeto está en un error o en ignorancia (que, como todos sabemos, es para estos efectos en el ámbito del derecho equivalente) sobre el carácter injusto del hecho. Esto es un asunto que todavía se presta a discusión. En mi modesta opinión, hay tres casos en los cuales ocurre de esta manera. Pero la cuestión es discutida; hay quienes agregan un caso a los que y voy a mencionar y hay quienes sustraen un caso a los que voy a mencionar.

1.- El caso del llamado **error de subsunción** que es el más sencillo de todos: el sujeto ignora, que el hecho que está ejecutando tiene un carácter ilícito. No conoce, en absoluto, que ese es un hecho prohibido por la ley y, normalmente, ni siquiera tiene conciencia de la dañosidad social del hecho, es decir, le falta además la conciencia de la antijuridicidad material. Hechos de esta naturaleza se dan poco en el ámbito duro del derecho penal. Es difícil que alguien ignore que es ilícito el matar a otro o el violar a una persona, o el estafar, o el robar. Pero no ocurre así en el ámbito de un derecho penal que se va haciendo cada vez más frondoso y que abarca áreas muchísimo menos conocidas para el hombre común. Piensen ustedes... y lo voy a mencionar porque va a volver a aparecer durante el curso de mi exposición, en el delito de *negociaciones incompatibles* del Artículo 390 del Código Penal. Yo creo que hay un buen número de abogados que no saben de la existencia del delito de negociaciones incompatibles. Y entre los hombres de la calle si uno habla de negociaciones incompatibles nadie sabe de qué se trata. En esa clase de delitos el **error de subsunción** puede, efectivamente, darse. Ni que decir que en el Derecho Penal Complementario esto puede ocurrir con mucha mayor frecuencia. Este caso de error de prohibición no se discute mayormente; todos convienen en que es un caso de error de prohibición.

2.- Se habla de un **error de prohibición indirecto**, en una primera acepción, para los casos en que el sujeto sabe que el hecho que está realizando, en general, es ilícito o injusto, pero cree que en el caso concreto en que él está actuando, está cubierto por una causal de justificación que, sin embargo, el ordenamiento jurídico no reconoce. Una causal de justificación que no se contempla en la ley. El autor, al advertir que los niños del vecino se están conduciendo muy mal y de manera que, incluso puede ser riesgoso para ellos, decide encerrarlos en una habitación de su casa porque él cree que también los amigos de la casa, los vecinos, tienen la facultad de corregir moderadamente a los niños que se portan en forma incorrecta, facultad que, en cambio, no tienen sino los padres, como ustedes bien lo saben. O sea, el sujeto cree estar cubierto por una causal de justificación. Las causales de justificación vienen de todos los ámbitos del Derecho Penal; ésta, concretamente, del ámbito del Derecho Civil y, realmente, no existe la tal causal de justificación y él no tiene ningún derecho a encerrar a esos niños. Este es un caso claro de **error de prohibición indirecto** que tampoco se presta a mayores dudas.

3.- Hay un tercer caso que a mí me parece superfluo. Así, JESCHECK menciona el del que interpreta equivocadamente el ámbito de aplicación de una causal de justificación. Pero claro, si lo hago y le doy más extensión de la que tiene a una causa de justificación, en el fondo estoy en el mismo caso anterior, estoy pensando que existe una causal de justificación que me asiste y que realmente no concurre. De manera que yo creo un poco ociosa, la agregación de esta hipótesis.

4.- Finalmente, el caso que es más discutido, pues hay quienes estiman que no es un caso de error de prohibición. (Yo no voy a poder entrar en el detalle del debate porque sería interminable, puesto que entramos en una de las discusiones más exquisitas y sofisticadas del Derecho Penal). Este es el caso en que el sujeto sabe que, en general, su conducta es ilícita, pero cree que en el caso concreto él está cubierto por una causal de justificación que, en realidad, el ordenamiento jurídico contempla, pero cuyos presupuestos de hecho no concurren. El sujeto se cree cubierto por una legítima defensa pero realmente ésta, en el caso concreto, no concurre. Podemos poner un ejemplo sencillo: el sujeto cree realmente que quien se le acerca en la noche es un posible asaltante y, al verlo gesticular de manera exagerada piensa que realmente se va a abalanzar sobre él. Por tal motivo, saca un arma de fuego y dispara, hiriendo de cierta gravedad al presunto atacante que, en verdad, no era sino una persona que se acercaba para hacerle una broma o para saludarlo. Casos de esta clase se han dado en la vida real con alguna frecuencia.

Volviendo un poco atrás, yo quiero mostrar por qué afirmo que este es un caso de error de prohibición. En estas situaciones el sujeto sabe que está realizando un hecho típico. El sujeto que dispara sobre el presunto atacante sabe que va a causarle algunas lesiones. Y él sabe que las lesiones son un hecho injusto, que son un hecho prohibido por la ley y sabe incluso, que es un hecho socialmente dañoso. Lo que pasa es que cree que la ley, en el caso concreto, le extiende una autorización para realizar ese hecho típico. Pero sucede que la ley, si bien estaría dispuesta a extenderle esa autorización, sólo lo haría siempre que se dieran los presupuestos de hecho que ella misma exige, el primero de los cuales es que exista una agresión legítima que, en el ejemplo que estoy poniendo no concurre. Yo creo que este es un caso de error de prohibición, contra la opinión, por ejemplo, de ROJTOFF, que lo trató como un error de tipo, o contra la opinión de ROXIN, quien, en el derecho comparado, también piensa que nos encontramos aquí frente a un error de tipo,

o la de los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo, que también creen que este es un error de tipo pero por otras razones, etc. No me voy a detener en esta polémica porque no disponemos de tiempo para ello. Yo creo que este es un caso de **error de prohibición**, pero voy a volver sobre él en su momento.

Lo que viene enseguida es saber cuáles son los efectos que produce el **error de prohibición**. Aquí se enfrentan dos grandes concepciones, de las cuales hoy día una es francamente dominante en el Derecho Comparado y me atrevería a decir que también en el nacional: las llamadas **Teoría del Dolo y Teoría De la Culpabilidad**.

La Teoría del Dolo cree que la conciencia de la ilicitud, el conocimiento de que el hecho que se va a realizar es injusto, forma parte integrante del dolo. La primera consecuencia de esto es que, como el dolo requiere un conocimiento actual, esta concepción afirma para que el sujeto obre de manera dolosa y, por lo tanto, culpable, es preciso que en el momento de actuar sepa actualmente que está obrando en una forma injusta. Si no lo sabe así, entonces falta la conciencia de la ilicitud, aún cuando puede subsistir una inexcusabilidad de esa ignorancia y unas ciertas consecuencias que vamos a ver.

La primera consecuencia de esta concepción es la exigencia de un conocimiento actual de la ilicitud del acto. Hecha esa exigencia, vienen a continuación las consecuencias relativas a los efectos del error de prohibición, que serán los mismos del error de tipo. Porque si se exige un conocimiento actual de la ilicitud del hecho, cuando el sujeto carece de ese conocimiento actual, falta el dolo y por lo tanto falta, por regla general, la culpabilidad, pues estos autores sitúan al dolo en la culpabilidad. Falta, pues, la culpabilidad y no existe el delito. Pero si el error era venible, es decir, era un error del cual el sujeto podría haber salido poniendo más atención, aunque siempre desaparece el dolo subsiste la culpa (o imprudencia) y el hecho puede ser castigado a título de delito culposo, siempre que exista el tipo culposo correspondiente.

Así es que si el sujeto de mi cuento de hace un momento atrás, que creía que el otro era un agresor y le dispara, a pesar de que en verdad se trataba de un amigo

que le estaba gastando una broma, podrá ser castigado a título de delito culposo, de cuasi delito de lesiones, si en el caso concreto, habría podido salir de su error con un cuidado mayor. Pero si el sujeto cree equivocadamente, *no obstante que tenía buenos motivos para dudar sobre el particular*, que todavía es lícito acceder carnalmente a una jovencita de 13 años mediando su consentimiento, (cosa que no es cierta porque, en la actualidad, quien hace eso comete el delito de violación,) entonces estarías en un error de prohibición inexcusable, y habría que castigarlo a título de culpa; pero sucede que la ley no contempla ningún tipo de violación culposa y, por consiguiente, habrá que dejarlo impune. Esta consecuencia de la teoría del dolo era probablemente una de las razones por las cuales la jurisprudencia sostenía, de manera conservadora, el principio error iuris nocet porque ésta era un resultado práctico que le parecía inadmisibles. Hay que tener en cuenta, además, que el número de tipos penales que contempla una figura culposa es muy reducido. La verdad es que las figuras culposas son una excepción, de manera que los errores de prohibición inexcusables o venchiles iban a quedar impunes en su mayoría, a pesar que parecía que se trataba de conductas que eran dignas de reprobación.

Esta es una primera crítica a la Teoría del Dolo que ha hecho que ella se haya desperfiado. La segunda es que no tiene en cuenta la diferencia que hay entre quien está equivocado sobre la prohibición del hecho y quien lo está sobre su tipicidad del hecho, no obstante que son cosas completamente diferentes.

Mi querido amigo ALFREDO FETCHEBERRY, con el cual, no obstante serlo, nunca estamos de acuerdo en las cosas de Derecho Penal, dice que él realmente no entiende esta diferencia que se hace entre el error de prohibición y el error de tipo porque quien está en error de tipo y cree que está disparando sobre unos conejos que había entre los matorrals cuando, en verdad, lo estaba haciendo sobre un vagabundo que dormía entre los matorrals, tampoco es conciente de la ilicitud de su actuar. El que está en error de tipo también está en error de prohibición, pues si no sabe que está realizando un hecho típico, tampoco sabe que está realizando un hecho prohibido. El problema es que el que está en error de prohibición por lo general, es un sujeto que se muestra infiel al derecho. Él hace valoraciones que son contrarias a las del derecho. El sujeto que cree que se puede acceder carnalmente a una jovencita de 13 años con su consentimiento, es un sujeto que está haciendo valoraciones que contrastan con las del ordenamiento jurídico. Mientras que el sujeto

que está en error de tipo en realidad es un ciudadano fiel al derecho. Porque si las cosas fueran como él cree que son, si entre los matorrals lo que se movía era un conejo, el derecho no rendiría ningún inconveniente en que él disparara. Mientras que si lo que él hubiera creído era que se podía matar a los vagabundos que estaban en terreno ajeno, el derecho discurriría energicamente, porque esta valoración habría sido completamente contrastante con las suyas.

Esto ha conducido a la progresiva vigencia de la llamada **Teoría de la Culpabilidad** que dice, muy sintéticamente, lo siguiente: "*La conciencia de la ilicitud no es un elemento del dolo*".

Esto es así, donde quiera que este el dolo. Da lo mismo que este en el tipo o en la culpabilidad. (Por ejemplo, Sergio Politof sitúa el dolo en la culpabilidad y dice, sin embargo, que la conciencia de la ilicitud no forma parte del dolo.) La conciencia de la ilicitud, para este criterio, es un elemento autónomo de la culpabilidad que no tiene nada que ver con el dolo y, además, para que se dé reprochabilidad, para que dé culpabilidad, basta con que el sujeto haya *podido* tener conciencia de la ilicitud. En otras palabras, si el sujeto contaba con la posibilidad de tener conciencia de la ilicitud del hecho y no la aprovechó, es siempre reprochable. Sólo cuando el sujeto no tenía esa posibilidad de conocer lo injusto de sus actuar, entonces se va a excluir la culpabilidad, no el dolo; el dolo permanece invariable. Cuando el sujeto, por el contrario, podía conocer lo injusto de su actuar y no aprovechó tal posibilidad, el hecho sigue siendo doloso y como, además, es reprochable porque el error era venchile, podrá ser castigado por un delito doloso. No nos pasamos al delito culposo, como en la Teoría del Dolo. El hecho es un hecho doloso que, bajo ciertos presupuestos, puede ser objeto de una atenuación de la pena, pero que no tiene nada que ver con la del delito culposo. Sólo el error invenchile excluye totalmente la culpabilidad y, por consiguiente, conduce a la absolución.

Este es hoy día, diría yo, el punto de vista dominante. En nuestro país, lo sostenía COUSIÑO, lo sostiene POLITOF, lo sostiene ORTIZ, lo sostenía YAYEZ, lo sostenemos BUSTOS, BULLEMORE, y yo. Tal vez, la posición contrastante entre los autores vivos es sólo la de ALFREDO FETCHEBERRY. Él sigue afirmando la Teoría del Dolo en esta materia, pero fuera de él, yo diría que ya casi no hay quien esté en esa postura.



El problema que resta abordar –aparte del de la verchibilidad e invencibilidad del error, al cual no me referiré por el escaso tiempo que nos resta– es el del tercer caso de error de prohibición. Porque aunque hoy la opinión dominante es la Teoría de la Culpabilidad donde los criterios se separan es respecto de los casos en que el error recae sobre los presupuestos de una *causal de justificación*. ¿Cómo deben enjuiciarse estas situaciones? Aquí se presentan las dos vertientes de la Teoría de la Culpabilidad: *La Teoría Extrema de la Culpabilidad*, cuyo representante más importante sin duda es Welzel y *La Teoría Moderada de la Culpabilidad* que, en realidad, es sostenida por una variedad de autores y que tiene una variedad considerable de fundamentaciones. Sería interesante referirnos, cuando menos, a algunas de ellas pero, por desgracia, no disponemos de tiempo para hacerlo.

Fundamentalmente, lo que dice la *Teoría Moderada de la Culpabilidad* es que: en los casos de error de prohibición directo y en los casos de error de prohibición indirecto en que el sujeto se imagina una causal de justificación, la solución de la Teoría de la Culpabilidad es perfecta: si el sujeto está en un error excusable, el dolo subsiste y la culpabilidad también, porque para la culpabilidad basta que exista la posibilidad de la conciencia de la ilicitud, y ésta se da en los casos de error excusable. En los casos de error inexcusable, en cambio, desaparece la culpabilidad.

En cambio, la *Teoría Moderada de la Culpabilidad* sostiene que cuando se trata del error sobre los presupuestos de las causales de justificación, ese error hay que tratarlo como si fuera un error de tipo, (o es definitivamente un error de tipo). Hay las más distintas formulaciones: hay que tratarlo “como si fuera un error de tipo” o hay que tratarlo “de una manera que se parezca al error de tipo pero que sea distinta de cualquiera otra” En fin, hay muchas variantes.

Cuál es el motivo de esta discusión. Por qué diferenciar este caso de los otros dos. Una vez más la razón es la que expliqué hace un momento atrás para diferenciar el error de tipo del error de prohibición.

Fijense ustedes que, en verdad, el sujeto que cree estar en una situación de legítima defensa y por eso lesiona al presunto atacante es un ciudadano fiel al derecho. Porque si hubiera alguien agredido de manera ilegítima, el derecho lo autorizaría para reaccionar en legítima defensa. El derecho apreciaría la situación igual como él la está apreciando. Este es un sujeto fiel al derecho. Valora la situación como la valoraría el derecho si los hechos fueran como él cree que son.

Eso es lo que induce a pensar que esta situación debe ser tratada de una manera diferente.

A lo anterior opone WEIZEL que esa solución implica ignorar la llamada del tipo. Porque sucede que el que va a matar a otro o va a herir a otro, tiene que tener en cuenta que lo que está haciendo es causar lesiones graves o ejecutando un homicidio y que esas son conductas típicas. Él desoye la llamada del tipo. Con este criterio que se está afirmando para fundar la Teoría Moderada de la Culpabilidad, viene a ser lo mismo matar una mosca que matar a un hombre en legítima defensa. Pero no es lo mismo matar a un hombre en legítima defensa que matar a una mosca, porque matar a una mosca es algo atípico. En cambio, matar a alguien en legítima defensa es realizar una conducta típica pero justificada. Es decir, la tipicidad del hecho, conocida por él, debiera haberle llamado la atención. Es cierto; WEIZEL tiene razón en eso. Pero la verdad, es que con ello no se hace cargo de que, normalmente, la decisión de reaccionar frente a una agresión ilegítima no es tomada por el sujeto en un escritorio mientras medita, pausadamente, sobre las circunstancias, sino que es tomada en situaciones apremiantes que admiten una reflexión limitada y que, dentro de esa reflexión limitada, el sujeto se representa las cosas de una manera que su valoración es realmente correcta con arreglo al derecho.

Es por eso yo creo, que debe rechazarse este argumento de Welzel con todo lo brillante que pueda ser. Por consiguiente, hay que aceptar la teoría de la Culpabilidad Moderada.

¿Cómo hay que aceptarla?

Aquí excúsense ustedes, pero no voy a dar ninguna información sobre las distintas teorías, porque no me lo permite el tiempo. Voy a exponer solamente cuál es mi punto de vista. En mi opinión, el error sobre los presupuestos de una causal de justificación es un error de prohibición, al cual hay que tratar como si fuera un error de tipo. Esta es la llamada teoría que se remite a las consecuencias jurídicas del error de tipo. Dice: vamos a aplicarle a esta forma de error de prohibición las consecuencias jurídicas, que son las propias del error de tipo. Pero este es un error de prohibición y no un error de tipo.

Mi motivo para insistir en eso es un problema relativo a la autoría. VIAN BULLEMORE me critica que, al aceptar este criterio, yo estaría aceptando situaciones en las cuales un sujeto que conoce realmente la situación y se sirve de otro que está en error sobre los presupuestos de las causales de justificación, tendría

que ser absuelto porque no podría afirmarse el dolo del autor y al no poderse afirmar ello, no se podría afirmar tampoco la participación de un tercero. Por ejemplo, la intigación de un tercero.

Aparte de que, normalmente, en esos casos lo que hay es autoría mediana, la verdad es que con la concepción que yo estoy defendiendo ese problema no existe, por que en estos casos hay dolo. Lo que pasa es que al sujeto se lo va a tratar como si no lo hubiera; nada más. Pero la verdad es que su conducta ha sido dolosa y, por lo tanto, puede ser base de una autoría a la cual enlazar la correspondiente participación. La crítica, por ello, no me parece consistente.

Cual ha sido la situación de la jurisprudencia.-

En la jurisprudencia chilena, es que el error de prohibición prácticamente no se había tratado, salvo una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que le dio eficacia excusante, la cual no fue objeto de recurso de casación, de modo que no hubo pronunciamiento de la Corte Suprema al respecto. Es una sentencia que fue redactada por el ministro RUBÉN GALECIO, con fecha 18 de enero de 1972, y que se publicó en la Revista de Ciencias Penales en el tomo XXX número 1, correspondiente al año 1972, e las páginas 42 y siguientes, con un nota crítica mía. Mi nota era primero administrativa y después crítica porque, la verdad, es que la sentencia merecía primero admiración y después las reservas mías. Reservas mías porque acogió la teoría del dolo. Lo que hizo en ese caso, que era el caso de un sujeto que creía que se lo venía a agredir por un problema amoroso. El presunto agresor estuvo rondando la casa de este individuo, que permaneció en silencio, sin replicar cuando el otro llamó reiteradamente a la puerta. Finalmente, cuando el supuesto agresor dio golpes más fuertes, luego de los cuales se produjo un silencio, pensó que el atacante estaba tomando impulso para derribar la puerta. Entonces, como disponía de un arma de fuego, disparó a través de la puerta y dio muerte al agresor, que ya había dejado de serlo, porque se estaba retirando y las balas lo hirieron por la espalda. Esa fue la situación de hecho. Había habido agresión ilegítima pero esta ya no era actual. Por eso faltaban los presupuestos de la causal de justificación. En atención a ello, Rubén Galecio se afirmó en el Artículo 1º inciso 2º del Código Penal para afirmar la eficacia excusante del error de prohibición. Dijo: *"esta disposición dispone que las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario"*. Una conducta es voluntaria cuando es libre. El sujeto que ignora que su hecho es ilícito porque piensa que está cubierto por una causal de justificación, no

está mantenido a otro de manera libre porque, en realidad él, en esas circunstancias, no tiene ningún motivo para detenerse. Dado que cree que existe una autorización para matar al otro, él no tiene motivos para inhibirse y, por lo tanto, su comportamiento no es libre. No operan a sus respecto las inhibiciones del derecho. En consecuencia, para que una conducta sea voluntaria, el sujeto tiene que obrar a conciencia de que su conducta es ilícita. Si no es así, su conducta no es voluntaria y como la voluntariedad de la conducta, según el inciso 2º del artículo 1º del Código Penal, sólo se presume legalmente, ¡consta lo contrario, como en este caso, entonces la presunción ya no opera. Esta norma, en suma, es derogatoria de la del artículo 8º del Código Civil para el ámbito del Derecho Penal y, por consiguiente, cabe darle eficacia excusante al este error de prohibición en que estaba el autor". Así, RUBÉN GALECIO, aplicando la teoría del dolo concluye castigando al autor, porque estima que su error era veniable, por cuasi delito de homicidio.

La última parte es la que mereció mis críticas. Pero, de todos modos, la sentencia merecía ser admitida, a causa del razonamiento muy licito de GALECIO.

Desde ese entonces, prácticamente no se producen sentencias sobre el error de prohibición que merezcan ser consideradas.

La Corte Suprema no se había pronunciado nunca sobre esto, hasta que el 4 de agosto de 1998 se dicta una sentencia que está publicada en la Gaceta Jurídica N° 218 de ese año, en las páginas 96 y siguientes y en fallos del mes N° 477, también de agosto de 1998, en las páginas 1.423 y siguientes. Esta sentencia es la primera del más alto tribunal que se refiere al error de prohibición y, concretamente, también versa sobre un caso de error de prohibición indirecto, que recae sobre los presupuestos de hecho de una causal de justificación. Nuevamente se trata de un caso de legítima defensa putativa. El padre de la víctima y el autor tenían una odiosidad de muchos años por esos se odiaban. En una oportunidad, volviendo de caza, el autor con su hijo, tuvieron la mala idea de cruzar el predio de la víctima. La víctima, que los vio desde una casa de reparación de máquinas, salió corriendo a toda velocidad, cubriéndolos de insultos y amenazándolos con un revólver. Por este motivo, el padre el autor y el niño corrieron y saltaron al otro lado de un cerco de zarzamoras. Entonces el vecino se trepó en el cerco y encanionó al niño con el revólver. Al verlo, el padre del niño, echando mano de su escopeta de caza, que era de considerable calibre, dispara sobre el sujeto que está amenazando a su hijo.

La prueba posterior demostró que el revólver estaba con el seguro pasado, cosa que la víctima no podía ignorar, porque era un individuo que sabía mucho de armas, e incluso las coleccionaba... O sea, él no podía ignorar que ese revólver así no era capaz de disparar. Luego, estaba haciendo una ficción de matar al niño. Pero dadas las circunstancias, el error del padre era un error invencible. Por eso, la Corte Suprema declara que *"este es un error de prohibición invencible"* y, por las razones que explica largamente decide que el autor no debe ser absuelto del delito de homicidio en que ha incurrido.

Por supuesto hay en este fallo, que fue redactado por mí, cosas criticables. Pero lo relevante es que la Corte Suprema, por primera vez, tres votos contra dos, afirma la eficacia excusante de un error de prohibición, lo llama por su nombre y declara que *"el autor debe ser absuelto"*.

Esa sentencia ha hecho mucho ruido. Miguel Soto la ha comparado a la vieja sentencia del año 53 del Tribunal Supremo alemán, que por primera vez también afirmó la eficacia excusante del error de prohibición e hizo suya la teoría de la culpabilidad. Creo que eso es algo exagerado, pero tengo que agradecerlo como el cumplido que es.

Un poco después, en fallos del mes N° 484 de marzo de 1999, página 187 y siguientes, se publica una sentencia de la Corte Suprema que es de 8 de marzo de 1999. Esta sentencia se refiere ahora por primera vez, a un error de subsunción. El autor había sido Alcalde de Salamanca y mandaba a comprar los útiles de asco para la municipalidad, a un negocio que tenía su madre, porque ella le hacía un descuento a este hijo suyo que era, además, el alcalde... Todos los intervinientes en el proceso por negociaciones incompatibles que se siguió en contra del afectado eran los empleados de la municipalidad, que no tenía asesor jurídico, y no entendían la razón por la cual se estaba procesando al ex Alcalde, al que tenían por una persona particularmente honesta, únicamente porque mandaba a comprar las escobas al negocio de la mamá. Pues ese era el único negocio en donde se podían comprar escobas a un precio tan conveniente para la Municipalidad. La falta de conciencia de la licitud del hecho era completa y absolutamente inexistente no sólo en el autor, sino en la comunidad en general. Entonces, la Corte Suprema reconociendo este hecho, casó en la forma la sentencia de Segunda Instancia para poder constituirse en tribunal de Segunda y modificar los hechos a su gusto y de nuevo, por cuatro

votos contra uno, si bien uno de los votos de mayoría obedece a una fundamentación distinta... En todo caso la mayoría que, en definitiva resolver la causa, se inclina por conceder otra vez eficacia excusante, esta vez, a un error de prohibición directo.

Pasa un tiempo no hubo nuevos fallos referentes al tema. Finalmente, el 27 de octubre de 2005, la Corte Suprema pronuncia un fallo que está publicado en la Gaceta Jurídica N° 304 de octubre de 2005. Hasta este momento, la Corte había estado refiriéndose a errores de prohibición excusables o vencibles. Había dicho, eso sí, que era partidaria de la teoría de la culpabilidad, porque afirmó que si esos errores fueran vencibles, sobre todo el de Salamanca, el autor tendría que ser castigado a título de dolo. O sea, se estaba expresamente decidiendo por la teoría de la culpabilidad, pero aún no se sabía sobre si prefería la extrema o la moderada.

Ahora, por primera vez, se va a pronunciar sobre el punto. Aquí se trata de un sujeto que tenía un auto y quería deshacerse de él. Fue a una compraventa de autos sería y conocida, aunque sus dependientes no lo fueron, y entregó el auto en consignación para que se lo vendieran. Los dependientes, efectivamente, recibieron a un cliente que se interesó en el auto y se lo vendieron. El comprador pagó el auto en dinero efectivo. Sin pérdida de tiempo, los dos dependientes deshonestos se gastaron el dinero cubriendo deudas personales. Cuando el ex dueño el auto, que no sabía que era el ex dueño preguntaba, le daban excusas como que el comprador había dicho que necesitaba algo más de tiempo para reunir el dinero, que ellos le habían prestado el auto en demostración, etc. Cuando ya el ex dueño se encolerizó y dijo que necesitaba su auto si no le pagaban el dinero, le dijeron que al día siguiente llegaría el dinero. Al día siguiente, le dieron un cheque de uno de ellos. El cheque, como ustedes imaginarán, en el banco fue protestado por falta de fondos. El ex dueño del auto ya estaba fuera de sí, y en ese momento, cuando va caminando por una de las calles de la ciudad, ve que su auto está estacionado. Como él tenía un juego de llaves que se había guardado, se subió al auto, lo hizo andar y se fue en él, escondiéndolo en algún lugar. Para su sorpresa, poco después se encuentra procesado por el hurto del auto. Hurto del auto que era evidente, pues el comprador había pagado su precio y, en consecuencia el vehículo había dejado de ser suyo.

Así llegó la causa a la Corte Suprema, con este individuo que ya no tenía auto, no tenía dinero y estaba condenado en segunda instancia, el hurto.

La sentencia afirma que este es un error de prohibición indirecto. Este sujeto está en un error sobre los presupuestos del obrar en el ejercicio legítimo de un derecho.

