



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía

Error de prohibición

Nº 95

Carolina Spósito

Tutor: Guillermo Navarro

Departamento de Investigación
Agosto 2003

Índice

Capítulo I

“Antecedentes Y Evolución Histórica”

1.1 Antecedentes. Introducción	5
1.2 Teoría causalista y finalista.....	6
Error de hecho y error de derecho. Consecuencias y adaptación	6
1.3 El error en la antigua doctrina objetiva del injusto.....	6
1.4 Las innovaciones del finalismo	7
1.5 La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad	8
1.6 El error de derecho. Error de derecho jurídico penal y el error de derecho extrapenal	10
1.7 La teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad	10

Capítulo II

“Conceptualización y clases”

2.1 El error de prohibición. Concepto	12
2.2 El concepto de error de prohibición en la jurisprudencia y en la legislación comparada	12
2.3 El error de prohibición en la legislación argentina	13
2.4 El error de tipo y el error de prohibición	15
2.5 El error vencible e invencible	17
2.6 El error de prohibición directo e indirecto	20
2.7 Una clasificación especial: el error de comprensión y de subsunción	21
2.8 Las consecuencias del error de prohibición	22

Capítulo III

“Una problemática en particular:

El Error sobre los Presupuestos Fácticos de las Causales de Justificación”

3.1 Introducción	23
3.2 Evolución	23
3.3 Teorías	25
Teoría de los elementos negativos del tipo	25
Teoría restringida de la culpabilidad	26
Teoría estricta de la culpabilidad	26
Teoría de la culpabilidad en la remisión de las consecuencias jurídicas	26
3.4 Causas de exculpación	27

Conclusión	29
------------------	----

Bibliografía	30
--------------------	----

Capítulo I. Antecedentes y evolución histórica

1.1 Antecedentes. Introducción

El surgimiento del concepto de culpabilidad clausuró en cierto modo la época del pensamiento penal primitivo, en que imperaba la mera responsabilidad por el resultado (*Erfolgshaftung*) y, en consecuencia, el juicio de imputación se afirmaba sobre la base de la simple ejecución material – Esto es, la causación física – del hecho punible.

Cuando el derecho romano consagró el concepto de intención, se pasó a jerarquizar el elemento subjetivo en la valoración del delito: un nexo psíquico – así es apreciado – que se sobreagrega a la causalidad material y deviene elemento condicionante del ilícito. Originariamente, éste elemento subjetivo o intencional aparece identificado con la conciencia de la inmoralidad de la conducta ilícita; es decir, radica en la conciencia del delito mismo (*v. gr.: dolus, dolus malus, voluntas, etc.*)¹

Correlativamente, el ámbito de la responsabilidad objetiva se irá reduciendo a su mínima expresión, pues se trata de un verdadero avance de la época punitiva, de un barbarismo jurídico cuestionado desde todos los aspectos, que a pesar de ello aún subsiste en algunas hipótesis especialísimas, como es el caso de los delitos calificados por el resultado, como expone en su obra Gonzalo Fernández.²

A comienzos de este siglo, para mas precisión en 1907, Frank plantea como postura adversa o antagónica a la concepción dominante en ese entonces sobre la culpabilidad, así, postula la *teoría normativa*, sometiendo a los juristas a la disyuntiva de optar entre ambas doctrinas.

A partir de 1930 el tema de la culpabilidad quedó relegado a un segundo o tercer estadio, ya que el centro de las discusiones y opiniones era en torno al tema de la acción, en el sentido jurídico penal, hecho o comportamiento que configura el primer concepto de la teoría del delito.

Luego, una vez avanzado en el auge problemático de las teorías finalistas y causalistas, (al menos a lo que respecta al dogmatismo europeo continental), se comienza con otro aspecto relacionado al primer estadio de la teoría del delito, *el disvalor de un hecho ilícito penal*, ya sea de la acción o del resultado o de ambos a la vez, cuya solución aún esta puesta entre comillas y que sólo se buscó una respuesta de salvataje en donde se busca un status quo según el cual debe tenerse en cuenta para juzgar el disvalor del ilícito tanto en su fundamento como en su medida.

Con posterioridad a la década del sesenta, se produce un gran enfrentamiento entre juristas, tratándose de explicar el delito en todos sus niveles como una cuestión predominantemente normativa. Sin prescindir por ello de los componentes fácticos del delito, internos o externos pero que procura un análisis del fenómeno jurídico penal desde un punto de vista diferente. Manejándose entre datos no solamente jurídicos penales sino en conceptos en todos los ámbitos jurídicos. Así nace, lo que hoy se denomina la teoría de la imputación objetiva, que trata de explicar a nivel del penal como una serie de acontecimientos causales e incluso dolosos en realidad no son suficientes para que finalmente pueda encausar a una persona. Tanto antiguamente, Roxin, como actualmente Jacobs, examinan el material naturalístico apuntándolo a un ojo normativo.

Hemos pasado de principios de siglo, y sobre la polémica relativa a la culpabilidad, a discutir cuestiones de acción, a cuestiones relativas al contenido del ilícito, a cuestiones de tipicidad porque la teoría de la imputación objetiva, no es más que una doctrina que trata de explicar o de exponer como lo que formalmente parece adecuado al tipo penal deber requerir un análisis ulterior para confirmar que esto sea efectivamente así. O lo que sería lo mismo “...*Cuando a principios de siglos nos iniciábamos con un fuerte contenido de la atención hacia los problemas de la culpabilidad, en el medio, llegamos a fin de siglo con un pobrísimo desarrollo de las cuestiones atinentes a la culpabilidad y lo que es peor con un riesgo muy importante...*” comenta el Dr. Sandro.³

Así es como en un segundo plano queda la discusión sobre el concepto básico de culpabilidad, sobre si el libre albedrío o el determinismo son las razones que subyacen al concepto de culpabilidad propia del estado republicano de derecho.

En contraste con los sistemas del derecho penal, el moderno derecho penal es el sistema de responsabilidad por culpabilidad, que en oposición con los anteriores, propugna el principio de la culpabilidad que no es mas que una consecuencia del reconocimiento estatal a la dignidad del hombre como persona. Exige

1. Fernández, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito 1*, ED. BdeF, Ed. 1995, pág. 138.-

2. Idem anterior, pág. 140.-

3. Seminario sobre “Teoría de la imputación penal”, dictado el 21 de diciembre de 1995, por el Dr. Jorge Sandro, en el Departamento de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

que al individuo se le haga responsable solamente por sus hechos, acciones u omisiones y nunca por el hecho del otro es decir desplazamiento de cualquier forma de responsabilidad colectiva. Segundo, no es suficiente para responsabilizar a alguien la consideración de secuelas externas del comportamiento del individuo sino que, además de ello, es necesario acreditar que el hecho corresponda al hombre por su obra y la obra del hombre solamente es tal cuando se atiende y se consideran los elementos internos o mejor dicho, subjetivos, implícitos en el comportamiento.

El sistema de culpabilidad es solo uno de los sistemas posibles de responsabilidad que conduce a que alguien reciba por su aporte una sanción.⁴

1.2 Teoría causalista y finalista. Error de hecho y error de derecho. Consecuencias y adaptación

La diferenciación entre el error de tipo y error de prohibición, surge de los antecedentes tomados por nuestro codificador, para ser más precisos, el código penal alemán fue el primero en hacer esta distinción, como bien señala el Dr. Donna.⁵

En el derecho Romano, ya se había diferenciado entre el error de derecho y el error de hecho, aquel, se trata del desconocimiento de los preceptos jurídicos, y éste, sobre las circunstancias de hecho recaídas o contenidas en el tipo penal y circunstanciales de la naturaleza fáctica de las causales de justificación.

La doctrina utilizó como fuente de esta distinción, el art. 34 inc. 1° del Código Penal Argentino⁶, basado en la codificación alemana, que a su vez éste, se sienta sobre el principio en el cual el no-conocimiento del derecho no excusa, *error iuris nocet*.

Con el avènement de la teoría finalista, el dolo deja de estar representado en la culpabilidad, para mudarlo en el tipo dentro de la escala de la teoría del delito, así, lo que el error de tipo, para el causalismo, hacía caer era la culpabilidad en referencia a características objetivas, o sea, situaciones de hecho no percibidas correctamente por nuestros sentidos, para el finalismo, hace caer el tipo.

Por ende, y sin dejar de mencionar que esto ocurría en la concepción causalista, sólo el error de hecho era excusable y el derecho al presumirse conocido por todos, el error sobre éste no eximía. *Exigencia política del ciudadano, iuris et de iuris* como mencionó Carrara.⁷

La doctrina entonces, basaba su distinción en el error de hecho y derecho, partiendo del mentado principio *error iuris nocet*, solo se podía eximir de responsabilidad o eliminar el dolo en caso de haberse incurrido en el error de hecho.

Lo estructurado de ésta distinción, entraba en crisis en aquellas legislaciones, que excluían el error de derecho, así es como se trató de extender el concepto de error de hecho a circunstancias que bien encuadrarían en el error de derecho, en consecuencia suscitaba una subsunción del error de derecho en el error de hecho.

Esta equiparación era puesta en funcionamiento cuando el error recaía en elementos jurídicos de leyes extrapenales.

El problema se suscita cuando se comienza a estar frente a valoraciones, y no simples percepciones de la realidad, esto es, como bien lo cita Jiménez de Asúa⁸ a modo de ejemplo, la persona que se lleva algo ajeno creyendo que es propio. Entonces había que preguntarse que pasaba con el error o desconocimiento en el elemento normativo, que, basándonos en el ejemplo citado, sería el término *ajeno*.

Volviendo al ejemplo de Jimenez de Azúa – también traído a colación en el fallo de la Gran Sala de lo Penal para las cuestiones penales alemana, que más adelante profundizaré – esta solución convertía en una sanción injusta aquella impuesta al sujeto que desconociendo un error jurídico, (“ajeno”), era castigado, por la forma dolosa.

1.3 El error en la antigua doctrina objetiva del injusto

Para la doctrina clásica alemana, no cabía lugar de discusión en cuanto al error y los contenidos del injusto y la culpabilidad, ya que el injusto era objetivo, cuyos elementos constitutivos eran datos meramente objetivos, no importando si estos se reflejaban en la lesión o puesta en peligro de los bienes, en un resultado objetivamente disvalioso, o en una conducta peligrosa para tales bienes.⁹

En cambio, el centro de la culpabilidad estaba formado por la subjetividad, tanto así, que la referencia psíquica del autor, el dolo referido al aspecto objetivo era, como la imprudencia, una forma de culpabilidad.

4. Fernández, Gonzalo D., Ob. Cit., pág. 138.-

5. Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena.*, T. II, ED. Astrea, Ed. 1995, pág. 266.-

6. ... Artículo 34: “**No son punibles: 1.) 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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones....**”

7. Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, T. I.

8. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, T. V, pg. 329.

9. Wolfgang Frisch, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999, pág. 14

Así es como el error no podía nunca llegar a afectar al injusto, sino sólo a la culpabilidad dolosa, exculpando o excluyendo la misma o bien atenuándola.

Una concepción generalmente admitida, fuente de la antigua legislación alemana, y a su vez, su fuente el Código Penal prusiano del año 1851, determinaban que no habrían de ser imputadas al autor aquellas circunstancias del hecho de las que no hubiese tenido conocimiento al realizar una acción punible, en consecuencia se excluía la culpabilidad dolosa.

Otra base de la antigua doctrina y jurisprudencia opinaba que junto a los errores relevantes para la culpabilidad dolosa, existe una serie de errores que de un modo inequívoco no excluyen a la culpabilidad a título de dolo y carecen de relevancia en cuanto a la punibilidad, incluyendo entre éstas, al error sobre las condiciones objetivas de punibilidad y el requisito de una persecución a instancia de parte o circunstancias que fundamentan un requisito semejante, v.gr., el hijo cree que el objeto sustraído pertenecía a su padre.¹⁰

El punto en donde se trataba el error era:

a) *aquel que afectaba al significado del error sobre la antijuricidad, sobre el carácter prohibitivo del hecho.* En forma positivista la jurisprudencia del Tribunal Superior Imperial, sostuvo que en el ámbito del error, la ley sólo conocería como causa de exclusión de la pena el error sobre las circunstancias del hecho, ubicando en un plano netamente desechado no sólo error sobre la punibilidad sino también el error acerca del mero carácter de prohibido, de la antijuricidad o del merecimiento de pena de la conducta.

A consecuencia, la doctrina se defendió proclamando lo injusto de ésta solución, ya que sería castigado aquel que no tuvo ninguna culpa de su error sobre la antijuricidad, como por ejemplo Beling. Como mínimas se propugnan que aquellos errores inevitables o inculpables en cuanto al carácter prohibido tendría que llevar como resultado la exclusión de la pena.

Igualmente, dentro de éstas posturas doctrinarias se encontraban a su vez divididas, por ejemplo aquella que se adhería al pensamiento que exigía que el autor debería tener conciencia del injusto que estaba siendo cometido (basados en la culpabilidad dolosa), o bien, por otro lado, observamos quienes dentro de éste grupo, impulsaban la idea de que el autor tuviera conciencia de que actuaba de manera contraria al deber de no dañar o inmoral¹¹. Por ende, el dolo debería extenderse hasta la antijuricidad.¹²

b) *la delimitación del error de tipo en cuanto al error irrelevante de derecho.* Era fácilmente asimilable el error con respecto a las circunstancias fácticas del hecho. El terreno dificultoso era transitado cuando las cuestiones referentes a la valoración falsa del autor y había creído por ello que no hacía nada prohibido. Y aquí es donde se comienza con los denominados elementos normativos del tipo.

Estos son los que hacen referencia a otras partes de la legislación, o que están basados en parámetros valorados por la sociedad.

El Reichsgericht, a pesar de su empeñamiento en cuanto a la irrelevancia del error sobre el carácter antijurídico del hecho, evitaba la consideración del error sobre las circunstancias de hecho que excluían al dolo. Así es como separa al error de derecho penal y el error de derecho extrapenal, los cuales se desarrollan en el punto 1.6, al cual me remito.

c) el error en cuanto a las causales de justificación, es el error sobre los presupuestos que habilitarían a justificar su conducta bajo una de éstas causales o bien la extensión de normas de carácter permisivo traspasando los límites adecuados. Por ejemplo la suposición errónea de creer que me están agrediendo.

Esto fue unánimemente considerado como un error sobre las circunstancias del hecho que excluiría la culpabilidad dolosa.¹³

1.4 Las innovaciones del finalismo

En la dogmática moderna, luego de la tesis del injusto personal, dirigida por el finalismo, con la inclusión del dolo en el tipo y la mutación de una tipicidad bipolar, "*objetiva-subjetiva*", el injusto deja de ser objetivo, se admite la inclusión de lo subjetivo en los estadios de la tipicidad y en la antijuricidad, en cuanto a sus causales de justificación.

Dándose entre la tipicidad y la antijuricidad, como bien denomina el Dr. Donna, una relación de regla-excepción.¹⁴

En atención a ello, al existir una justificante no desaparece el tipo como tal sino la antijuricidad. En contraposición a ésta teoría se encontraba la teoría de los elementos negativos del tipo.

Más aún, esta nueva dogmática, exige que para que se opere con una causal de justificación, debe preexistir un hecho típico. Y podría caracterizarse al tipo y a la antijuricidad como evaluado sobre paráme-

10. Idem anterior, pág. 17

11. Wolfgang Frisch, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999, pág. 18

12. Ver punto 1.7, con mayor abundamiento

13. Este punto será desarrollado en el capítulo tres con mayor extensión.

14. Donna Edgardo Alberto, ob cit., pág. 268.-

tros generales, mientras que el injusto y la culpabilidad sobre aquellos determinados y concretos.

La evolución que se viene describiendo, culmina, en cierto punto, transformando la culpabilidad en un escalafón de la teoría constituida solo por elementos normativos.

Con el finalismo el concepto de delito modificó fundamentalmente la estructura de lo sostenido, ya que en ese entonces, el nuevo sistema de la acción típica fue equiparada con el dolo, por ende, de la acción se infiere que el dolo, juntamente con los otros elementos subjetivos del injusto, deben pertenecer al tipo, toda vez que la función de éste consiste en señalar todos sus elementos del injusto esenciales para la punibilidad.

La teoría personal del injusto, de la cual con el transcurso del tiempo hay cada vez más adherentes, establecía que el dolo era ya el elemento caracterizante del tipo conformado por la conducta injusta, y que los errores que excluyen el dolo no sólo tenían repercusiones sobre la culpabilidad, sino que también eliminaban el injusto del delito doloso, o sea, lo que presupone la eliminación del reproche de culpabilidad, así se supera la problemática referente a los efectos de los elementos subjetivos de injusto, pero atribuyendo a la culpabilidad el conocimiento inescindible de tales elementos.

De este modo la mencionada estructura sufrió la alteración, al menos de tres hitos fundamentales.

En primer lugar, **la conciencia de la antijuricidad tuvo que separarse del dolo**, ya que se debió ubicar en el centro del concepto de culpabilidad, habida cuenta que aquel es la concreción de la voluntad.

Por tal motivo, en razón de la separación de la conciencia de la antijuricidad y el dolo, hubo que **recalificar el error**, ya que con anterioridad, el mismo se diferenciaba en error de hecho y de derecho, siguiendo los lineamientos de ésta nueva doctrina, ahora, error de tipo y de prohibición.

Y por último, fue reformulado el tema de **la participación**, ya que solo puede ser considerada en relación con un hecho principal doloso, habiendo ausencia del dolo se debe negar el tipo del hecho principal¹⁵.

Resultado de ello: la culpabilidad queda conformada por la capacidad del autor y el error de prohibición, ya que éstos conforman la conciencia del injusto, y determinan la individualización del reproche.

1.5 La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad

El reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad por la sentencia fundamental de la Gran Sala de lo Penal para las cuestiones penales del 18 de marzo de 1952 (BGH 2, 194 [201]) conforma una de las más importantes novedades en el desarrollo del derecho penal alemán.¹⁶ Así se abandona la posición del Reichsgericht, mostrando un claro apoyo a la teoría de la culpabilidad, afirmando que ésta era la reprochabilidad.¹⁷

El fundamento para la crítica a la jurisprudencia del RG fue, la pena presupone la culpabilidad, ésta es el parámetro de reprochabilidad por medio del juicio de desvalor que se formula o plantea, al no haberse el sujeto ajustado a derecho, en razón de que el individuo a pesar de poder actuar conforme y de poseer la libre determinación, actúa antijurídicamente. En consecuencia quien actúa, habiendo decidido libremente con capacidad de autodeterminación y madurez moral suficiente, contrario a derecho o sea quien sabe que su conducta es ilícita, actúa culpablemente (siempre y cuando ésta no se encuentre paralizada pasajeramente o destruida a perpetuidad). Este conocimiento, puede faltar en virtud de ser incapaz de reconocer el autor, el carácter antijurídico, por procesos patológicos, el mencionado desconocimiento tiene un destino inevitable, ya que, no se puede acarrear con un reproche ni computársele culpabilidad. Según el tribunal alemán, por ello es que se lo califica como inimputable jurídico-penalmente.

Asimismo, puede faltar ésta conciencia cuando, aún en personas imputables, por no conocer las normas de prohibición o por no interpretarlas correctamente. En los casos de error de prohibición el autor, no está en condiciones de decidirse en contra de lo ilícito. Pero cabe destacar que, no todo error excluirá la culpabilidad.

Como contracara a ese obrar libremente y moralmente, en forma autodeterminante, el ciudadano está llamado a decidir sus acciones con la debida responsabilidad, de modo ajustado a derecho como miembro de una comunidad jurídica y evitando ilícitos. No basta la simple abstención a cometer hechos evidentemente antijurídicos, sino que se requiere también, tomar la debida diligencia antes de actuar de cualquier activi-

15. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 4ª Edición, ED. Comares – Granada, pág. 191.-

16. ...conciencia de la antijuricidad significa: el autor sabe que lo que hace no está permitido por el derecho, sino prohibido. No se refiere, por tanto, a las circunstancias del hecho que pertenezcan al tipo legal, aunque estas sean relaciones o situaciones jurídicas, como por ejemplo la ajeneidad de la cosa en el hurto o la incautación en el delito de quebrantamiento de incautación ... BGHSt. 2, 194.-

17. En síntesis, la teoría del Reichsgericht, distingue en el caso concreto entre el error penal y el error extrapenal. Si se trata del desconocimiento de preceptos penales, entonces el error es irrelevante. Si concierne al desconocimiento de normas jurídicas extrapenales. Ej: derecho civil, comercial, administrativo, etc. En este caso, el error es relevante. Y, por último, determina que si el error sobre la norma que completa la ley en blanco es de naturaleza extrapenal, excluye el dolo y es irrelevante.

dad que emprenda se corresponda con los preceptos jurídicos. Se debe despejar tal duda por medio de la reflexión o información. En este punto es que entre el concepto de esfuerzo de conciencia, la cual deberá ser proporcional a las circunstancias que rodeen al individuo y del caso. A más de obrar de tal manera, el individuo no llegó a la debida comprensión del carácter antijurídico, el error era insuperable, entonces, el hecho será inevitable para el autor. Como veremos, no puede formularse reproche alguno de culpabilidad. Si y solo sí, hubiese sido capaz de reconocer el mentado carácter, el error de prohibición no excluye la culpabilidad, pero el nivel de reprochabilidad se verá reducido también proporcionalmente, al esfuerzo de conciencia realizado.

Esta línea de pensamiento o corriente doctrinaria, se extendió hasta los Tribunales de Casación de Italia.¹⁸

Este nuevo cambio de la doctrina se mantuvo limitado, porque el error vencible de prohibición basta para la culpabilidad dolosa y la jurisprudencia impone estrictas exigencias respecto a la imposibilidad de vencerlo, con el requerimiento de la conciencia del injusto para el reproche de culpabilidad se ha dado paso al principio de la culpabilidad. En el sentido contrario, a lo que el legislador ha contemplado; se interpreta que el conocimiento del injusto, como ya mencionamos, constituye un presupuesto del pleno reproche de la culpabilidad.

Lo que la disposición regula de modo positivo es el error de prohibición, cuando al autor le falta la conciencia del injusto, actúa sin culpabilidad, siempre que el desconocimiento fuera invencible para él.-

El autor obra en contra del orden jurídico, pudiendo adecuar su conducta conforme a derecho, o sea motivándose en la norma. Esto quiere decir que la capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad), es la capacidad de determinarse por el cumplimiento de un deber. Esta capacidad requiere la habilidad de comprender la desaprobación jurídico-penal de la criminalidad del acto, su ilicitud y la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con la comprensión.

La conclusión de la tan mentada capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la de conducirse de acuerdo a su comprensión, se trata de un juicio valorativo que debe realizar el juez.

Como refiere Donna, el objeto del conocimiento del injusto, como requisito de la culpabilidad penal, es la antijuridicidad, el injusto de la acción concreta del autor.¹⁹

Al decir de Jescheck: *“La conciencia del injusto configura así el núcleo central del reproche de culpabilidad, pues la decisión de cometer el hecho con pleno conocimiento de la norma jurídica que se opone al mismo, caracteriza del modo mas claro la deficiencia que el autor sufre en su actitud jurídica interna. La motivación correspondiente al deber que emana de la norma jurídica tendría que haber repercutido directamente sobre la formación de la voluntad... cuando el autor carece de conciencia del injusto requerida para el pleno reproche de culpabilidad, es decir cuando concurre un error de prohibición, ha de apreciarse un reproche de culpabilidad. Este sería el caso si el error fuera vencible. Sin embargo, el reproche de culpabilidad quedará aminorado por el error vencible de prohibición”*²⁰.

La capacidad de motivación a la que se refiere, significa la capacidad de entender el injusto, de motivarse de acuerdo a la norma y de omitir la conducta no deseada por el legislador en protección de los bienes jurídicos protegidos para la sociedad.

La inclusión del conocimiento del injusto en el plano de la culpabilidad a modo general había sido ampliamente aceptada, sin embargo para la teoría del dolo la conciencia del injusto era conformada por la parte cognoscitiva y volitiva del tipo, núcleo del dolo. En cambio para la teoría de la culpabilidad, dominante en aquellos tiempos, la contempla como un elemento independiente y autónomo de la culpabilidad, así la pena prevista para la infracción dolosa podría estar justificada si el error de prohibición fuera vencible.

Asimismo, cabe destacar que en muchas ocasiones la conciencia del injusto concurrirá actualmente en el hecho y será clara para el autor, así por ejemplo nos encontramos con los delitos premeditados, pero hay que aclarar que basta con la mera representación.²¹

En cuanto al contenido de éste conocimiento deberá ser específicamente sobre la norma a la cual se está contrariando, o sea sobre el hecho delictivo, e incluso puede que éste sea parcial, ya sea en cuanto al concurso real de delitos o bien en cuanto a varias leyes que disponen sobre una única acción, esto limita o mejor dicho impugna la teoría del *versari in re illicita*.

18. De hecho el Código Penal de Alemania, como bien es sabido fue el primero en legislar sobre el error de prohibición y el legislador que le sigue en ese orden es el italiano, y con posterioridad, el español .-

19. Donna, Edgardo Alberto, Ob cit., pág. 279

20. Jescheck, Hans Heinrich, Ob. cit., pág. 408/9.-

21. Jescheck, Hans Heinrich, Ob. cit., pág. 411.

1.6 El error de derecho. Error de derecho jurídico penal y el error de derecho extrapenal

Así la doctrina buscó una nueva diferenciación dentro del error de derecho, error de derecho penal y error de derecho extrapenal. En relación al campo de derecho que perteneciese la norma objeto de error.

El error de derecho extrapenal era asimilado al error de hecho, o sea que excluía el dolo dejando el remanente culposo, como bien menciona Donna, en cambio, el error de derecho propiamente dicho, no tenía relevancia jurídica y por ende, el autor no podía escudarse en él.²²

En concreto, dentro del error de derecho existía una clasificación, así es que era subdividido en, *error extrapenal* y *error jurídico-penal*.

En el primero de los mencionados, **error extrapenal**, se centraban aquellos errores que afectasen a aquellas circunstancias del hecho incluidas en el tipo legal que consisten en relaciones y situaciones jurídicas del campo extrapenal, además los errores sobre los límites jurídicos de una causa de justificación regulada fuera del derecho penal, y finalmente los errores que afectan a normas extrapenales que completan una ley penal en blanco. Equiparaba el error de derecho extrapenal al error de hecho.

El Reichsgericht, sometió, a la consecuencia de que éste tipo de error sea el que excluya el dolo del mismo modo que los errores de hecho.

El **error jurídico penal** era aquel concebido como el error acerca de la ley penal, el cual podía manifestarse ya sea por medio de un error sobre la prohibición contenida en la ley penal, suposición errónea de una norma de justificación inexistente, con independencia de que en caso de existir fuese de carácter penal o extrapenal, o error sobre los límites jurídicos de una causal de justificación regulada por el derecho penal. Este era considerado irrelevante, el autor seguía siendo punible por la realización dolosa del tipo.-

Como bien expuso el Reichsgericht, especialmente el error que afectaba a la existencia de determinados tipos penales, debería ser irrelevante. Pero, cayó en la contradicción de calificar como error de derecho penal la existencia del deber de llevar libros contables y como extrapenal el error sobre el deber de contribuir.

Como consecuencias de éstos choques jurídicos, la doctrina fue rechazando esta distinción absurda y se concentró en el autor, o sea, si éste evaluó, o tendría que haberlo hecho en su ámbito subjetivo, representándose en la medida de sus alcances, en cuanto a su recepción, sobre los elementos fácticos o referencias jurídicas que califican a la acción en lesiva o peligrosa para los intereses protegidos.

1.7 La teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad

Siguiendo el hilo de la historia de las teorías desarrolladas, en el punto tres del presente capítulo, se expuso en cuanto sobre cuales eran los temas que entraban en crisis cuando se trataba de dar una ubicación al error. Así en una misma postura doctrinaria se encontraban bifurcaciones de lineamientos. Así es como nace la teoría del dolo y de la culpabilidad.

Estas teorías se encuentran enfrentadas. La diferencia radica en la adaptación de un dolo avalorado, si este es tomado como elemento de la culpabilidad, habida cuenta que la conciencia del ilícito no forma parte del dolo nos encontramos ante la **teoría de la culpabilidad**.

De lo contrario, si en el dolo se exige el conocimiento de los hechos y la referida conciencia del ilícito estamos frente a la **teoría del dolo**. El autor debe saber que su conducta es antijurídica.

Al decir de Maurach, como elemento del dolo, éste elemento debe ser actual y efectivo, no siendo suficiente el conocimiento meramente potencial como lo exige la primera de las teorías mencionadas.²³

La **teoría de la culpabilidad**, se basa en la limitación entre el dolo, - conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo penal - y la conciencia del ilícito - como presupuesto de la culpabilidad y representación de un juicio acerca de la posibilidad de que el autor concreto tiene que reconocer en el caso dado, lo permitido de su actuar.²⁴ Así, separa el tan mentado *dolus malus* de la tipicidad.-

Así, según el orden lógico, para que desaparezca la conciencia del injusto, previamente se tuvo que haber analizado la existencia del dolo, y en caso de que así suceda el dolo no desaparece, subsanando el vacío cuyos efectos eran la impunidad, permitiendo atenuar la pena, dado a que estamos frente al elemento primordial de la culpabilidad.-

El mayor precursor de ésta última es Welzel, aunque actualmente es la postura minoritaria, posee grandes adherentes, tales como Mezger, Cerezo Mir, entre otros.

La más clara deficiencia que presenta la teoría del dolo es la no-distinción del error de tipo del error de prohibición, cualquiera excluye el dolo, resultando indiferente que afecte el conocimiento de los elementos del tipo o la conciencia del ilícito.

22. Donna, Edgardo Alberto, Ob. cit., pág. 269.

23. Maurach/Zipf, *Derecho penal*, pág. 646

24. Donna, Edgardo A. y De La Fuente Javier, *Código Penal Comentado*, "Comentario al artículo 22 del Código Penal del Paraguay", T. I, ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Paraguay, Ed. 2000, citando a Maurach/Zipf.-

Como bien dicen Donna y de la Fuente es su comentario: “*Fácil resulta advertir que esta posición genera importantes lagunas de punibilidad, pues si el delito no prevé la forma culposa, todos los casos de error de prohibición evitables deben resolverse con la impunidad.*”²⁵

Las falencias en las que cayó esta teoría, hicieron que los autores intenten crear un tipo especial a fin de que se castigue al sujeto no ya por el hecho cometido por el error en que incurrió, sino por el delito autónomamente creado, un delito en el cual se supla éste vacío legal para aquellas circunstancias en donde se actuó padeciendo un error vencible de prohibición. O bien se intentó limitar el carácter de “actualidad” del dolo, demostrando el autor una conducta repudiada rotundamente por el derecho.

Así es como la **teoría de la culpabilidad** subsana las deficiencias de la anterior, exigiendo un conocimiento meramente potencial, dando una respuesta a la cuestión del delincuente por conciencia y al delincuente habitual.

Simplemente el hecho de que el autor haya tenido a su alcance el mínimo conocimiento basta para la conciencia del ilícito requerida.

En consecuencia, se comienza a ver la distinción del error evitable e inevitable, punto que se desarrollará en el próximo capítulo.

La denominada teoría del dolo, dice Frisch, no sólo llegaba a la exclusión de la punición a título de dolo en los casos de error de derecho inevitable, sino también en los del error de derecho evitable, en virtud de ello, en los casos de error únicamente era posible una punición por imprudencia – presupuesta la evitabilidad del error y la existencia de un delito culposo correspondiente, citando a Beling, Bindig y Mezger.²⁶

La otra rama llegaba a la misma solución, o sea, la impunidad en los casos de error inevitable y evitable, sólo que a éstos últimos se los castigaba por ser dolosos, aunque de forma atenuada.

La teoría de la culpabilidad, renunciaba claramente a la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo, pero igualmente su tendencia a procurar una conminación satisfactoria a los supuestos de imprudencia de derecho: los escasos tipo imprudentes o culposos existentes no ofrecían una base muy sólida, si se renunciaba la punición a título de dolo.²⁷

Para la teoría del dolo estricta, el dolo estaba conformado por el conocimiento de los hechos, como así también de la comprensión sobre el alcance jurídico. En resultado de ello, tenemos un caso en el cual el error es inevitable, según ésta corriente, tenemos un caso sin sanción alguna, y de ser evitable estaremos frente a un tipo culposo (siempre y cuando se encuentre tipificado).

En otra directiva, la teoría del dolo restringida, si bien puja por la ubicación del dolo en la conciencia del injusto, no se exige una concreción. Pero esto lleva a no discernir con exactitud entre el dolo y la culpa.

Por otra parte, la teoría apoyada por Welzel, la teoría de la culpabilidad estricta, como ya se comentó, convoca a recalificar al dolo como perteneciente al tipo subjetivo, depurándolo de cualquier concepto o elemento de la conciencia del ilícito.

Pero como es común, en la debacle de éstas líneas de pensamiento, así como hay una teoría del dolo estricta, una teoría del dolo restringida y una teoría de la culpabilidad estricta, es que existe la teoría de la culpabilidad restringida.-

Ésta última bajo las mismas bases que la anteriormente comentada, ya sea en tanto y en cuanto, coloca al dolo avalorado en el tipo y éste solo puede ser excluido por la acción de un error de tipo, y en su sana consecuencia, la culpabilidad, o mejor dicho, lo injusto, sea excluido por el correspondiente error de prohibición.-

Esta segunda tesitura, radica en la distinción en cuanto al error de prohibición, en forma de adelanto a los próximos tópicos, se siguen aplicando las soluciones dadas hasta entonces, en lo que respecta al desconocimiento de la norma prohibitiva. Pero si el sujeto, creyendo actuar justificadamente, supuso una circunstancia de hecho errónea, en la cual recayó el error y de haber existido, pudo haberse excluido, estamos frente a un error de tipo.

Si en cambio, el error pesa sobre la creencia de obrar bajo los supuestos de una causal de justificación o bien dentro de los límites permitidos, será tomado como un error de prohibición.

25. Donna, Edgardo A. y De La Fuente Javier, *Código Penal Comentado, “Comentario al artículo 22 del Código Penal del Paraguay”*, T. I, ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Paraguay, Ed. 2000.-

26. Frisch, Wolfgang, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999, pág. 18

27. Frisch, Wolfgang, Ob. cit., pág. 20.

Capítulo II. Conceptualización y clases

2.1 El error de prohibición. Concepto

Para dar comienzo con este capítulo, es sumamente menester definir algunos conceptos básicos, así se define “error” a la falsa noción de algo y por “ignorancia” al desconocimiento sobre algo, el cual conduce a un error sobre el carácter de la conducta.

A continuación se expondrán los diversos conceptos empleados para definir al error de prohibición.

Se podría conceptualizar como la falta de conocimiento de la antijuridicidad del acto o la falta de conocimiento del ilícito, menciona Donna²⁸, quien muestra, a raíz de éste concepto, una clara adhesión a la teoría de la culpabilidad.

Asimismo, el Dr. Donna en el comentario que realiza junto con el Dr. Javier E. de la Fuente, del artículo 22 del Código de Paraguay, manifiestan reafirmado lo conceptualizado en el párrafo anterior: *“el error de prohibición, ... , implica el desconocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del acto, afectando, no lo injusto del hecho, sino la culpabilidad del autor”*²⁹

Como bien exponen los autores mencionados en la nota de la publicación referenciada precedentemente, al decir en palabras de Cerezo Mir, quien realice una acción típica y antijurídica, solo será culpable cuando haya conocido o tenido la posibilidad de conocer la desaprobación jurídica de su conducta.

El error de prohibición es aquel que impide exclusivamente la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto. De allí que el error de prohibición sea el único que impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo.³⁰

Zaffaroni, elabora un cuadro general de errores exculpantes, y el primero de ellos mencionados, es el error de prohibición, al cual lo califica enumerando las distintas variables que pueden tener lugar en este tipo de error; así enumera: *“... a) el error que determina el desconocimiento mismo de la prohibición (falsa suposición de que la conducta no viola ninguna norma prohibitiva), b) los errores sobre su alcance, que son falsas suposiciones de insignificancia, cumplimiento de un deber jurídico, consentimiento, fomento por el derecho y riesgos no prohibidos, c) el error de pura comprensión, d) el error que determina la falsa suposición de la existencia legal de una causa de justificación, cuyas reglas se aplican también al error sobre el alcance de una causa de justificación existente (falsa suposición de que la acción está amparada por algunas de las causales de justificación legales) y e) el error sobre una situación de justificación o falsa suposición de hallarse en un supuesto – valga la redundancia – fáctico comprendido por la justificante ...”* – Estos dos últimos puntos serán tema a desarrollar en el capítulo III –

El error de prohibición es aquel en el cual el sujeto activo, a pesar de comprender perfectamente las características particulares del supuesto de hecho típico, desconoce o yerra sobre el sentido normativo global (prohibido o permitido) de su accionar.³¹

“El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho ...”, mas concretamente Jescheck.

³²

Para Creus, el error de prohibición es *recaer sobre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisividad jurídica de la conducta “formalmente” típica (justificaciones), y se trata como parte de la teoría de la culpabilidad cuya negación implica.*³³

Los medios para ser víctima de un error de prohibición pueden ser, la falsa representación de estar habilitado para la conducta desplegada o el mero desconocimiento de la norma, o mejor dicho, de la prohibición.

2.2 El concepto de error de prohibición en la jurisprudencia y en la legislación comparada

En la sentencia mencionada en el capítulo anterior del BGH, se lee al respecto: el error sobre la antijuridicidad atañe a la prohibición (Verbotensein) de la acción típica. El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que está permitido. Sin embargo, no solamente la suposición positiva de que el hecho se halla permitido constituye un error de prohibición, la ausencia de representación sobre la valoración jurídica del hecho.³⁴

28. Donna, Edgardo Alberto, Ob. cit., pág 278.

29. Donna, Edgardo A. y de la Fuente Javier, *Código Penal Comentado, “Comentario al artículo 22 del Código Penal del Paraguay”*, T. I, ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Paraguay, Ed. 2000.-

30. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, ED. Ediar, Ed. 2000, pág. 700.-

31. Rusconi, Maximiliano, *Manual de derecho penal, los fundamentos políticos criminales, teóricos y constitucionales. El sistema del hecho punible*. Bosquejo a publicar al día 13/09/01

32. Jescheck, Hans Heinrich, Ob. cit., pág. 411.

33. Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, ED Astrea, Ed. 1999, pág. 336.

34. BGH 2, 194 [197]

Asimismo, declara que la errónea suposición de que no concurre un elemento del hecho (tatumbstand) da lugar al error de tipo, su voluntad no está dirigida a la realización del tipo; por el contrario el error de la antijuridicidad, afecta a la prohibición de la conducta, el sujeto sabe lo que hace pero cree que esta autorizado o permitido para llevar a cabo tal conducta.

El proyecto alemán de 1960, adopta la siguiente distinción: el error sobre las circunstancias de hecho, y el error de prohibición. El primero lo define como aquel que no obra dolosamente, "art. 19... *quien no conoce, en el momento de ejecutar el hecho, una circunstancia que pertenece al tipo legal. La culpabilidad por comisión culposa se mantiene*", respecto del error de prohibición dice: "art. 21 ... *no es culpable quien, en el momento de ejecutar el hecho, cree erróneamente que no realiza un acto injusto, cuando el error no le sea reprochable. Si el error le es reprochable, podrá ser atenuada la pena conforme al artículo 64, párr. 12...*"³⁵

El Tribunal Alemán anuncia que el error sobre la antijuridicidad atañe a la prohibición de la acción típica, esto descifra que el autor sabe lo que hace pero mal supone que está permitido.

A pesar de ello, no es el único caso de error de prohibición, sino también como sucede en el error de tipo la falta de representación sobre la valoración del hecho.

Y es así que, desde la reforma de 1975, Alemania parte de la diferenciación entre el error de tipo y de prohibición, artículos. 16 y 17. En el error de prohibición se refleja la teoría de la culpabilidad, afirmando que el error invencible no excluye el dolo, y su consecuencia es la atenuación de la pena.-

Para subsanar la laguna antes mencionada, se incluye en el artículo 17: "... *si al autor le falta al cometer el hecho, la conciencia de realizar el injusto, actúa sin culpabilidad...* ".

El código penal mexicano del estado de Jalisco por ejemplo, en el artículo 13 dentro del título de causas excluyentes de responsabilidad dice: "Art. 13: *Excluyen la responsabilidad penal las causas de iniputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación... II.- son causas de inculpabilidad: ... d) El error de hecho, esencial e invencible...*"

Como bien se puede apreciar, de manera clara y precisa, se puede observar que no se contempla en ningún aspecto el error de derecho, y que ni siquiera existe una distinción entre el error de tipo y de prohibición. Por lo cual se sobreentiende que el error o el desconocimiento de las normas no exculpan al autor ni mucho menos lo eximen de responsabilidad, tal como el legislador mejicano conceptúa.-

Asimismo, el artículo 16 titulado "ERROR" del código penal boliviano reza: "ERROR DE TIPO.- *El error invencible sobre un elemento constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal por este delito. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será sancionada con la pena del delito culposo, cuando la ley lo conmine con pena*", podemos observar la tendencia de la teoría de la culpabilidad.

Además, la cuestión pendiente en esta norma es el elemento constitutivo del tipo, ya sea descriptivo o normativo. "El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la aplicación de la pena agravada. El delito cometido por error vencible sobre las circunstancias que habrían justificado o exculpado el hecho, será sancionado como delito culposo cuando la ley lo conmine con pena. En un simple análisis de la norma podemos apreciar que con este artículo se evita la discusión en cuanto a las clases de error y sus consecuencias, así continúa: "ERROR DE PROHIBICIÓN.- *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo del tipo penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible, la pena podrá atenuarse conforme al ARTICULO 39.*"

En mi opinión, estas son fórmulas simplistas, no obstante favorecen a la discusión doctrinaria de cada país, limitando las opiniones, en mayor medida que como ocurre en la legislación nacional.

No obstante ello, aún quedarían grandes vacíos legales sujetos a contradicciones.-

2.3 El error de prohibición en la legislación argentina

El artículo 22 del proyecto de Código Penal Argentino de 1960, enuncia bajo el titulado "Error o ignorancia de derecho" lo siguiente: "No es culpable el que actúa en la creencia de un obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea apreciación de la ley, que no le sean reprochables. En caso contrario la pena podrá ser atenuada de acuerdo con el artículo 74...". Aquí podemos apreciar el pensamiento penal de la época en donde el núcleo de la teoría del delito hacía hincapié en el elemento fundamental, la culpabilidad, y si en consecuencia, se postula como principio ideal en que nadie sea sin culpa sometido a pena, no cabe duda alguna de que el error y la ignorancia de derecho son reconocidos como causales de inculpabilidad.

En mi entender aquí, el legislador nuevamente, deja un vacío en cuanto a las consecuencias del sujeto que obra bajo error de prohibición, más aún cuando la vaguedad del concepto reprochable no implica explícitamente interpretar si se refiere o no a la evitabilidad del mismo.

35. Eiranova, Emilio, coordinador, Código Penal Alemán, STGB, ED. Jurídicas y Sociales S.A., Ed. Madrid, 2000. -

En el proyecto de reforma del Código Penal del año 1998³⁶, bien se hace referencia en la exposición de motivos en cuanto a la necesidad de regular la distinción entre error de prohibición y de tipo, *se ha receptado una distinción que la doctrina, en su gran mayoría y la legislación comparada habían recogido desde hace tiempo*.³⁷

Es así que, según el artículo 40 propuesto por éste proyecto reza: "...-no es punible:... 2° el que obrare en ignorancia o error invencibles sobre algún elemento constitutivo del hecho penal ... 10° quien obrare sobre error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación, 11° quien obrare con error invencible que le impida comprender la criminalidad del acto, 12° quien obrare con error invencible sobre las circunstancias que, conforme al inciso 8°, lo hubieren exculpado"³⁸

Este proyecto es lo más innovador en lo regulado respecto del error de prohibición en Argentina, lo cual trae la solución a problemática de la dogmática moderna en cuanto a este tema, asimismo, cabe resaltar que legislaciones extranjeras (como se ha referenciado, tanto europeas como latinoamericanas) han ido avanzando solucionando vacíos legales y tomando una posición firme entre las diversas teorías suscitadas, punto necesario para no dejar lugar a cierto margen de dudas.

Los impulsores de ésta reforma no concretada, se vuelcan claramente a la teoría estricta de la culpabilidad. Asimismo, es loable la labor de los juristas en cuanto han contemplado presupuestos no regulados como el error de prohibición directo o indirecto sobre la norma.³⁹

Por último, en cuanto a éste proyecto, diré que, tal como lo han hecho legislaciones como la española, la paraguaya y otras, deberíamos buscar la solución al tema. Mas aún cuando, conforme a las situaciones jurídicas que se plantean a diario, la doctrina y la jurisprudencia reclaman este tipo de reglamentación, nos topamos con el legislador argentino que, lamentablemente, no tiene interés de realizar una reforma integral del código penal, es por ello que no se ha logrado un fin exitoso.

En cuanto a la normativa vigente, nuestro artículo 34, inciso 1° del Código Penal, declara no punible al que no haya podido comprender la criminalidad del acto por error o ignorancia de hecho no punible.

Según Creus, la teoría unitaria del error encuentra su apoyo aquí⁴⁰, para ésta teoría en cuanto a la exclusión de los presupuestos de la pena, no parece absolutamente necesario esforzarse por encuadrar la teoría del error como pura negación de la culpabilidad o de ésta y el tipo a la vez. Creus desacuerda con ésta tesis, ya que si bien la emplea, reconoce que a pesar de su exactitud, esta doble función o como él la llama "bifuncionalidad", de un modo u otro en la teoría del delito produce exactamente los mismos efectos, leyendo entrelíneas, que pareciera desechar toda distinción en cuanto al error de tipo y de prohibición, y basar todo en una teoría teleológica basada en los resultados.

Zaffaroni uno de los autores que apoyan esta teoría bifuncional del error, critica esta teoría del error en cuanto elimina la culpabilidad.

El artículo 34 del código de fondo penal reza: "... No son punibles: 1.) 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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones..." así lo que se regula aquí es solo en cuanto al error de hecho.

Soler aunque no sigue fielmente la doctrina de la equiparación del error de derecho extrapenal al error de hecho, acepta que la ignorancia de la ley no penal haga desaparecer la culpabilidad a causa de la influencia que ejercen los elementos subjetivos sobre los conocimientos exigibles al autor.

Para Creus, el error de hecho del artículo 34 inc. 1°, se referiría al que versa sobre los elementos del tipo, (tanto objetivos como subjetivos, no pertenecientes al autor sino a la víctima, considerando dentro de los primeros los normativos) y sobre las causales de justificación o inculpabilidad, porque todos esos aspectos atañen a la criminalidad del hecho. Los que quedan como puros errores de derecho, (no excusan), son los que se refieren a la existencia de la misma prohibición penal o de la previsión legal que crea una justificante o una causa de inculpabilidad.⁴¹

36. Proyecto iniciado por los doctores Dr. Mario Felipe Liporace, David Baigún, Marta Paz, Nelson Pessoa, Carlos Chiara Diaz, Edgardo Alberto Donna, Oscar Roger presentado ante el Ministerio de Justicia el 21 de diciembre de 1998.-

37. Como vimos, el código penal boliviano, y citan así el proyecto del código alemán de 1962, el español de 1994, el código francés de 1994 y el paraguay de 1998.-

38. el inciso 8° articula: el que comete un hecho ilícito ante la amenaza de un mal grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la libertad, no evitable de otro modo, siempre que se obrare para apartar el peligro propio, de un pariente o de otra persona vinculada con el autor. La eximente no rige si el autor le fuera exigible soportar el peligro, sea porque él lo ha provocado deliberadamente o porque exista una relación jurídica especial. En ambos casos la pena se podrá reducir en la forma prevista para la tentativa.

39. El primero se refiere al sujeto que no ha comprendido o cree que esa norma no es de aplicación a su caso y el segundo se refiere a quien obra creyendo que le avalan circunstancias fácticas sobre una causal de justificación. A mayor abundamiento, ver punto 2.6.

40. Creus, Carlos, Ob. cit., pág. 337.

41. Creus, Carlos, Ob. cit., pág. 343. -

Por el contrario, el error de prohibición en Argentina, si bien no está regulado específicamente como en los códigos citados en el punto anterior, el artículo 35 del ordenamiento formal, podría ser una fuente de este instituto.⁴²

No se debe olvidar que existen fuentes normativas, tales como la Constitución Nacional, en tanto que en su artículo 18 dispone que nadie debe ser sancionado sin ley previa, por ello es que es imprescindible que el autor halla tenido a su alcance la posibilidad de motivarse en la norma, asimismo, este principio está reforzado por los pactos internacionales incorporados por la misma carta magna.-

A raíz de la categórica estructura del artículo 34, inciso 1°, la jurisprudencia argentina no se ha pronunciado con detenimiento sobre éstas formas de error.

A modo de introducción, adelanto que el error de prohibición produce la atenuación de la pena, en aquellos casos que resulta ser evitable⁴³, para los juristas argentinos, se encontraban con un vacío legal que los habilitara a sustentar ésta máxima.

Así, autores como Donna eligieron regirse por la regla del artículo 35; interpretando ésta norma como una forma de “no-exigibilidad”, en la cual habría una adecuación para el error de prohibición evitable. Recordando que este autor postula dejar para ésta clase de delitos el remanente culposo, regulado por este mismo artículo, tal como lo hacen los seguidores de la teoría de la culpabilidad y la doctrina alemana.

No obstante ello, según esta teoría, deberá analizarse en el caso de los delitos culposos, si el deber de cuidado pertenece o no al tipo, ya que de ser respondido en forma positiva, restan dos alternativas o bien buscar una limitación a la teoría citada, o bien inclinarse por la teoría del dolo.

2.4 El error de tipo y el error de prohibición

Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. Ese desconocimiento que produce la exclusión del dolo típico, o sea lo que se denomina error de tipo. Quien actúa no ha integrado en su representación en absoluto un elemento del tipo.-

Un error sobre la existencia de la norma integrada o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición, mientras que un error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora excluiría el dolo.

Autores como Darnstädt distinguen entre elementos descriptivos y normativos, correspondiendo el primero a hechos naturales⁴⁴ y el segundo a los institucionales⁴⁵. Sin embargo, Haft, distingue entre un error “referido al objeto”, que excluye el dolo y un error “referido al concepto”, que se presenta como error de subsunción.⁴⁶ Ej. : El ladrón de gallinas piensa que una gallina no es una cosa, eso es un error relativo al concepto. Por el contrario, se encuentra en un error referido al objeto, según Harft, quien considera la cosa como propia debido a consideraciones jurídicas erróneas y procede a la destrucción de la cosa. La crítica de Roxin es en cuanto la distinción adolece de ser difícilmente practicable en casos de error sobre los contenidos de significado jurídico.

Aclara Roxin que es de relevancia práctica esta distinción en cuanto versa sobre la faceta cognoscitiva del dolo, definiendo: “...conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas...” y termina con la idea “teniendo en cuenta el hecho de que raramente existen elementos puramente normativos o puramente descriptivos, ambas formas de conocimiento son necesarias para en las circunstancias de hecho”⁴⁷

Dentro del error de tipo, se distingue:

- 1) El error sobre el objeto o “*in objecto*”: es aquel que recae sobre objeto material del delito. Por lo común, trátase de un error accidental que no produce los efectos de la excusa, porque para el tipo es indiferente, en principio, la calidad o las características del objeto material, en cuanto se trate del que está enunciado en él. Asimismo, cabe destacar que en ciertas ocasiones este tipo de error se convierte en esencial, tal es el caso cuando el tipo requiere una determinada calidad o característica del objeto material, por ejemplo como bien dice Creus, creer que se ha cercenado una moneda fuera del curso legal, siendo que

42. “**Artículo 35:** El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia. ...”

43. El error evitable: el autor obra pensando en una posible prohibición, existiendo una alta posibilidad de que su conducta esté repudiada por una norma. Ver éste tema en el punto 2.5.

44. Hechos naturales: estados o propiedades físicas o psíquicas.

45. Hechos institucionales: poseen al menos una propiedad atribuida socialmente.

46. Roxin dice: “El error de subsunción no excluye nunca el dolo típico. Puede sin embargo fundamentar un error de prohibición ... cuando el sujeto debido a la falsa subsunción no considera su conducta prohibida y cree su conducta tolerada por el legislador” Dando el ejemplo de aquel que por retener al inquilino desinfla las ruedas del automotor, sin rajarlas, y sin creer que su conducta estaría encuadrada en el delito de daño en concepto jurídico. Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, T. I, ED Civitas, Ed. 1997, pág. 461.

47. Roxin Claus, idem anterior, pág. 460.

el cercenamiento ha recaído sobre una que está en dicho curso, según lo normado en el artículo 283 del Código Penal.⁴⁸

- 2) El error *in personam* o *error sobre la persona*: este es el caso en donde el error recae sobre el sujeto objeto de padecer la acción del delito, o mejor dicho en aquellos tipos enumerados en los delitos contra las personas, la libertad, el honor o la honestidad; o mejor dicho contra la integridad sexual. La solución aplicable a éste tipo de error es la misma del anteriormente expuesto, así podrá convertirse en error esencial en cuanto a la función e importancia por la cual el legislador ha contemplado alguna característica especial del tipo penal, v. gr. resultará lo mismo matar a un vecino que a otro, pero no así matar a una esposa o a su mucama, todo ello en función del artículo 80 del Código Penal.
- 3) El error sobre el curso causal: aquí se tratan dos cuestiones, *la aberratio ictus* y la del *dolus generalis*.
 - a. En la primera, el curso causal previsto por el autor se produce por otros medios de los queridos pero produce el mismo resultado deseado solo que sobre una persona u objeto diferente para cual estaba dirigida la acción (por ejemplo: quería matar a A con un arma de fuego pero el proyectil desvía su curso impactando contra B, al cual se le ocasiona la muerte. – En la realidad un caso muy similar ocurrió recientemente con la policía que en medio de un tiroteo con ladrones de una farmacia, disparan contra el delincuente, la bala roza el brazo y desvía su curso impactando contra una señora que salía de la verdulería a media cuadra del lugar del hecho ocasionando inmediatamente su deceso). Estos casos, son objeto del debate entre la teoría de la concreción, seguida en principio por la jurisprudencia alemana, el dolo presupone su concreción a un determinado objeto, si alcanza a otro, faltaría el dolo en cuanto a éste, subsistiendo lo que se trataría de un concurso ideal entre dos delitos: homicidio en grado de tentativa (por la intención de matar a A) y el delito culposo respecto del delito consumado en definitiva (la muerte de B). Contrario a esto, se sitúa la teoría de la equivalencia en cuanto propone que el dolo solo ha de abarcar el resultado típico en los elementos determinantes de su especie, llegando a la conclusión de un homicidio consumado según el ejemplo dado.
 - b. Respecto del *dolus generalis*, la segunda de las cuestiones planteadas, se puede decir que es aquella en la que el resultado querido se produce por una mecánica causal, desplegada voluntariamente por el autor, pero distinta de la prevista para la realización del resultado, en este caso el error es irrelevante. Se habla de dos conductas, una para la realización del resultado querido, la cual fracasa y la que el autor no sabe tal circunstancia y una segunda en la que el sujeto no cree cometer un acto típico. El ejemplo más común es aquel quien lesiona creyendo haber matado y para ocultar el cuerpo del delito lo arroja al río en una bolsa, causándole la muerte por asfixia a la víctima.

La teoría del error de tipo está conectada, de cierta manera, a la teoría del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negativa del contenido de representación requerido para el dolo, el cual presupone conocer y querer las circunstancias del hecho y además la conciencia del injusto; ese *dolus malus* que era considerado como forma de culpabilidad, antes de llegado el finalismo y con él la teoría de la culpabilidad.

A éste error de tipo se le contraponen el error sobre la antijuridicidad, es decir, el error de prohibición. Constituye error de tipo, el error sobre la presencia de los presupuestos objetivos que condicionan la virtualidad del mandato de la norma.

Puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta este conocimiento, de manera total o parcial, esto excluye el dolo.

Si el error de tipo responde a imprudencia, el autor deberá ser castigado por la modalidad imprudente, siempre que exista el correspondiente tipo imprudente.

Para actuar dolosamente, el autor, no sólo ha de conocer la acción y el resultado, sino también prever el curso causal.

La relación de causalidad es tan elemento del tipo como la acción y el resultado.

A partir de la base de que el error puede recaer sobre la percepción defectuosa de los hechos o sobre los que fueron percibidos correctamente pero sobre una valoración errónea, estamos en causales de diferentes efectos.-

El primero, en razón de la falencia sobre los factores fácticos, estamos hablando de una laguna dentro del tipo, o mejor dicho, estamos excluyendo el dolo, al cual según veremos, corresponde analizarse desde el error de tipo.-

En cuanto a la valoración errónea de lo perceptuado correctamente, diremos que excluye la culpabilidad en tanto y en cuanto el autor, no se ha podido inmiscuir en el sentido de la norma.-

Las diferencias entre estas dos formas y las tradicionales del derecho italiano – error de hecho y error de derecho – no siempre resultan muy claras. Así el error de prohibición contempla en parte el error de derecho y el error de tipo abarca mucho más en su extensión al error de hecho.

48. Creus, Carlos, Ob. cit.,pág. 345.

El error de tipo alcanza la equivocada suposición de que no concurre un elemento del hecho *"tatums-tand"*, no el hecho en sí.

Haciendo una breve reseña del error de tipo podemos decir que es aquel que recae:

- a) sobre los elementos normativos del tipo,
- b) sobre la creencia del autor de actuar encubierto por una causal de justificación (eximentes putativas),
- c) sobre los casos de error no esencial, que producen consecuencias jurídicas, de no ser así serían meramente errores accidentales.

2.5 El error vencible e invencible

Para Zaffaroni, hablar de evitabilidad o inevitabilidad del error es lo que en doctrina se conoce como vencibilidad o invencibilidad del error.⁴⁹

El que un error sea evitable o inevitable, se basa en el poder conocer la antijuridicidad de la conducta desplegada, o sea, que el estudio está en la conciencia del autor, pero cabe destacar que esta conciencia sobre la antijuridicidad es diferente a la conciencia general exigida por la culpabilidad, ya que esta última, se analiza una vez confirmada la capacidad del sujeto de comprender la mentada antijuridicidad.-

Al decir de Donna y de la Fuente entre otros destacados autores, *"toda problemática del error de prohibición gira entorno a una idea central: si el autor pudo o no motivarse en la norma"*.⁵⁰ Agregan que para que haya una verdadera motivación el sujeto debe ser capaz y tener la posibilidad de conocer la específica prohibición de su conducta.

Como ya se ha dicho, al analizar el artículo 34 inciso 1°, al exigir que el error eximente sea no imputable, para Zaffaroni no elimina la culpabilidad, y la vencibilidad o invencibilidad del mismo son el límite del error exculpante.⁵¹

La culpabilidad no se funda en conocimiento efectivo sino en la mera posibilidad, adhiriéndose a la teoría de la culpabilidad, seguida por Welzel⁵². -

Error evitable, es el caso en que el autor obra pensando en una posible prohibición, existiendo una alta posibilidad de que su conducta esté repudiada por una norma, aquí es donde se analiza la capacidad del autor, o sea no ya el error en sí mismo, sino la posibilidad de comprender mínimamente la conducta delictual. El grado de reproche y la razón del mismo.-

O sea, si el autor tuvo motivos como para caer en un margen de "duda" respecto de su comportamiento, o también, es aquel que cuya superación puede exigirse al autor y por consiguiente, es el error reprochable a éste.⁵³

La evolución de ésta diferenciación comienza en las partidas en donde se diferenciaba entre el error sobre los delitos naturales y delitos de creación política siendo excusables sólo la ignorancia de los últimos, no muy diferente es el criterio que rechaza el error reconocible mediante un esfuerzo de conciencia.⁵⁴

Hoy en día, se están elaborando líneas de pensamiento que quieren distinguir en el error la ignorancia sobre las normas llamadas centrales o fundamentales y un ámbito de llamadas normas disponibles, admitiéndose el error sobre las primeras en caso de inimputabilidad o de socialización exótica, citando a Bacigalupo, – con base de Jacobs – Zaffaroni.-

El error vencible de prohibición conforma un elemento puramente de la culpabilidad, totalmente independiente del dolo.-

Roxin entiende que la culpabilidad consiste únicamente en la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto y no por ejemplo, en la infracción a un deber de extender o poner en tensión la conciencia (hacer un esfuerzo de conciencia) o de informarse. La suposición de un deber especial de esta índole condice a la conclusión errónea de que su infracción funda *eo ipso* la vencibilidad del error de prohibición, pues si objetivamente existe una controversia que oscurece por completo la inteligibilidad del derecho, el error será invencible aunque subjetivamente el autor crea otra cosa. Esto lo reconoce el propio autor cuando cita el ejemplo de quien –sin informarse- cree que su conducta no está prohibida y la jurisprudencia que no conoce (mayoritaria o minoritaria, o porque ha cambiado) le da la razón; su error será invencible aunque posteriormente la jurisprudencia cambie.⁵⁵

49. Zaffaroni, Eugenio, Ob. cit., pág. 694.

50. Donna, Edgardo A. y de la Fuente Javier, *Código Penal Comentado, "Comentario al artículo 22 del Código Penal del Paraguay"*, T. I, ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Paraguay, Ed. 2000.-

51. Zaffaroni, Eugenio, Ob. cit., pág. 694.

52. Welzel, Ob. cit., pág. 194. -

53. Zaffaroni, Eugenio, Ob. cit., pág. 694. -

54. Este "esfuerzo de conciencia" había sido exigido originariamente para la evitación de errores de prohibición por el BGH, y así calificaban como inevitable aquel error que pese la mencionado esfuerzo exigible no pudo alcanzar la comprensión de conformidad con el derecho.

55. Roxin, Claus, Ob. cit., pág. 809. -

Jacobs, por su parte, sostiene que hay conciencia del injusto (calificando como evitable) cuando el autor considera seriamente que su comportamiento puede ser contrario a la norma, y es responsable del déficit de lealtad.⁵⁶

Gracias a la separación del conocimiento del injusto del dolo, el error vencible de prohibición puede equipararse al contenido de la culpabilidad. Esto facilita el fundamento de la atenuación de la pena.-

El error inevitable, a primeras luces, resultaría ser aquel en el que aún cuando se aplica la debida inteligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, y en consecuencia acarrea la eliminación de la culpabilidad. O sea, es necesario para que opere este tipo de error, que en el sujeto no haya la más mínima sospecha de que su actuar no es ilícito.

Es prácticamente imposible alegar la inevitabilidad en supuestos en que se lesionan normas sociales elementales, consistente en la mayoría de delitos contemplados en nuestro ordenamiento penal, tales como el homicidio, las lesiones, el abuso sexual, etc., salvo que se trate de un error sobre los presupuestos para la aplicación de una causal de justificación.

Según Creus, define el error de prohibición invencible como aquel el cual no pudo evitarse empleando una diligencia normal o la que estuvo al alcance del autor en las circunstancias en que actuó (art. 34 inc 1°, Cód. Penal se refiere a él denominándolo error no imputable)⁵⁷ Por ende, este autor, se refiere al evitable citando al mismo articulado *a contrario sensu*.

Roxin en cambio, apoyándose en la regulación del parágrafo 17 inc. 1°, del código penal alemán, dice que es la más lógica consecuencia que este tipo de error (error invencible), excluya la culpabilidad, toda vez que, cuando el individuo no tiene posibilidad de acceder al conocimiento de injusto no es accesible para el mandato de la norma; "...no asequible normativamente...".⁵⁸

La postura mayoritaria entiende que en el error de prohibición evitable, el sujeto sería culpable por no haber empleado la debida diligencia para conocer la antijuridicidad de la conducta desplegada, lesionando el deber jurídico protegido por la legislación.

Es criticable esta postura al momento que parece que no existe una clara distinción con la culpa.

Por otro lado, se postula que se trata de un problema de hecho, por lo cual la no representación, no implica el sometimiento a las reglas del error.

Se rechaza un deber de informarse, al mismo modo que se encuentra con la dificultad de la capacidad de la culpabilidad, en todo caso queda a criterio de los jueces que consideren las causas que llevaron al sujeto a desconocer la antijuridicidad de la conducta.⁵⁹

Asimismo, se advierte que no solo se puede basar la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición en la capacidad del sujeto sino también es un factor inicial al momento de análisis, que la norma sea capaz de ser conocida por el sujeto, tanto en su existencia y alcance como en su validez.

En cuanto al conocimiento del injusto, se dirige a la capacidad del autor de poder eliminar de su ámbito la conducta reprochable, o sea si se puede o no motivar en la norma.

Queda claro entonces, que ante la posibilidad del autor de reconocer la antijuridicidad, no hay ningún tipo de exclusión de la culpabilidad.

Zaffaroni, según la naturaleza del concepto de culpabilidad, opina que la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades, lo que permite afirmar que, según su criterio, la evitabilidad del error exculpante presenta aspectos que deben ser previamente analizados:

- a) la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta (medio idóneo de información)
- b) si al momento del hecho tuvo la posibilidad de hacerlo
- c) si al autor le era exigible la comprensión de la criminalidad de su actuar

En síntesis, la evitabilidad se apoya en la posibilidad del autor de cerciorarse que su conducta es antijurídica.

En cuanto a la inimputabilidad, resulta ser el estadio en donde se examina si el autor tiene o no alcance como para comprender la criminalidad del acto, o sea si tiene capacidad o está impedido (psicológica o biológicamente), como para entender la prohibición, de ser así, estamos ante un error de prohibición.

Por último, en la culpabilidad existe la capacidad general de inteligencia, ¿qué quiere decir esto?, simplemente es gozar de la libertad como para poder evitar el acto típico que contraría la norma. A contrario de lo que ocurre con la evitabilidad del error de prohibición, lo que se analiza es la capacidad intelectual, la capacidad de llegar al conocimiento o bien de reparar el pozo de desconocimiento que hace caer en error.

56. Jacobs, Günter, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzalez de Murillo, 1995, pág. 671/4.-

57. Creus Carlos, Ob. cit., pág. 344.-

58. Roxin, Claus, Ob. cit., pág. 878.-

59. Ej. Roxin, entre otros. En contra: Jescheck, Zaffaroni, -

Presupuestos de la evitabilidad serían la chance del autor para arribar al conocimiento de la antijuridicidad del accionar, un margen de dudas, y deber ser exigible para el sujeto de la posibilidad de cerciorarse de la antijuridicidad de su actuar.

El motivo que haga dudar al autor debe ser equivalente al deber de información que debe requerirse, en caso que este deber de información sea exigido.

Si bien la base del conocimiento del injusto es la mera conciencia del individuo, en muchas oportunidades cabe destacar que ésta no resulta suficiente, así es como se debe recurrir a un tercero que pueda soslayar la duda de si el acto es antijurídico o no, y del cual también debe analizarse la idoneidad al respecto. Es más, si existe un motivo, el ciudadano no instruido jurídicamente deberá consultar a una persona versada en derecho para que su posible error de prohibición resulte invencible.

No basta con afirmar que quien no ha agotado los medios ha incurrido en un error de prohibición vencible si o sí, sino que además deberán examinarse dos requisitos adyacentes: el motivo que implique que se despeje toda duda como así también el esfuerzo del autor para tal fin, pese a tal motivo.

Cuando al propio sujeto, espontáneamente o por indicaciones de terceros, por reflexión o lectura le han surgido dudas; cuando el sujeto no tiene dudas, pero sabe que se encuentra en un sector que está sujeto a regulación jurídica; y, cuando el sujeto es consciente de que su conducta perjudica a particulares o a la comunidad, tendrá un motivo para cerciorarse.

Las fuentes de información pueden ser jurisprudenciales, si son respecto de tribunales superiores el error puede ser inevitable, salvo que se pruebe que el autor tenía conocimiento respecto de decisiones contrarias a su conducta. Asimismo queda claro que, para calificar de inevitable al error el autor debe tomar la decisión tomada por el tribunal de mayor jerarquía.- Algunos los llaman error de validez.⁶⁰

Otra de las fuentes, puede ser el informe o consejo, máxime si éste es objetivo, éste eximirá de toda culpabilidad. Ante la contradicción de éstos, el autor deberá abstenerse de actuar⁶¹, o de lo contrario existirá la duda, y en consecuencia el error será evitable y con ello logrará la disminución del reproche.

Para los autores que se apoyan en la teoría de la culpabilidad, el error de prohibición evitable queda subsistente, ya que el conocimiento del injusto sigue existiendo.

Los medios para evitar un error de prohibición son: reflexión e información.

Dice Jescheck, concretando lo afirmado a lo largo de éstos párrafos, *el error invencible de prohibición, no le puede ser reprochado al autor ya que cuando infringe el derecho quien no se encuentra en situación de conocer el injusto del hecho, aquel no revela ninguna censurable actitud interna frente al repetido derecho.*⁶²

En cuanto al criterio de enjuiciamiento de un error de prohibición evitable, como bien se ha expuesto con anterioridad corresponde la atenuación a criterio de los juzgadores de la pena de los delitos dolosos. Jescheck opina que el baremo para la evitabilidad debería ser aquel utilizado para los delitos imprudentes respecto del deber de examen del autor.⁶³

Si el hecho a su vez constituye una vulneración moral, el error de prohibición será por lo común vencible, habida cuenta que las protecciones de los bienes jurídicos que establece un Estado, surgen del interés social y en consecuencia será puesto a la luz con la mera conciencia del individuo. De lo contrario se exigirá un deber de información, y si existe duda respecto de la validez de la prohibición, como ya se dijo, deberá abstenerse de actuar, hasta tanto no recabe el necesario asesoramiento al respecto.

Asimismo, no corresponde dejar de mencionar que las exigencias que el juez imponga en cuanto a la información que debe el sujeto tener respecto de las normas debe adecuarse al alcance de éste. No sería justo que la exigencia que pesa sobre aquel jurista alemán de largos años de trayectoria, sea la misma del obrero que apenas a terminado con sus estudios y se basó en los dichos de un amigo, que conoce parcialmente las normas por sentido común.

Por último, antes de terminar con la vencibilidad o invencibilidad del error, es importante la afirmación que hace Roxin: *“un error de prohibición puede excluir la responsabilidad incluso cuando exista culpabilidad (disminuida) y considerarse invencible en sentido jurídico cuando una renuncia al castigo sea compatible*

60. Cabe destacar, lo difícil que es aceptar este parámetro, a pesar de la simpleza de su afirmación, habida cuenta que en realidad en un país con control de constitucional difuso, como el nuestro, en donde la jurisprudencia no es obligatoria, en donde hace apenas un siglo que el legislador se dedica a ésta rama del derecho, en donde no se ha seguido un criterio uniforme, quedando así vacíos y confusiones en sus artículos, loables para cientos de interpretaciones, y en donde la jurisprudencia varía según factores territoriales, políticos y temporales, contando con 24 poderes judiciales nacionales y sumando la justicia federal.

61. La persona debe examinar, previamente, la conformidad o derecho, de absolutamente todas sus acciones. Tendría que tomar conciencia en todo lo que este a punto de hacer, acerca de si está de acuerdo con las normas del deber jurídico. Esta exigencia es muy poco resistida, en la posición contraria se encuentra Horn, para quien si un sujeto no tiene, como mínimo, la conciencia actual de que su acción posiblemente esté prohibida, de algún modo, es incapaz de informarse de la norma específica para que exista motivo para comprender la acción de informarse sobre la norma.

62. Jescheck, Hans Heinrich, Ob. cit., pág. 413.

63. Jescheck, Hans Heinrich, Ob. cit., pág. 414.

con las funciones preventivas del derecho penal. Por ello es improcedente oponer el error de prohibición como pretendida causal de exclusión de la culpabilidad a las causas de exculpación.⁶⁴

2.6 El error de prohibición directo e indirecto

El principal precursor de ésta diferenciación fue Jescheck. Menciona el error sobre una norma prohibitiva – error directo de prohibición – y punto seguido capitula como error sobre las causales de justificación - error indirecto de prohibición.⁶⁵

El error de prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto en razón de su desconocimiento puede ser un error directo de prohibición o un error indirecto de prohibición.

El *error de prohibición directo* es el que existe en razón del desconocimiento de la norma o conociéndola se considera como de menor escala que otra norma por la cual se cree habilitado para actuar o bien la interpreta falsamente. También conocido como error abstracto, este error es aquel por el cual el autor cree que es jurídicamente irrelevante.

Recae sobre la norma misma, sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva.⁶⁶

El ejemplo más común dado por los autores resulta ser: cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, cuando un holandés ignora que el consumir drogas está prohibido en Argentina.

La procedencia de éste error puede devenir de la ignorancia sobre la existencia de la norma, o la estimación sobre la ausencia de vigencia, o por una errónea interpretación, por la cual la presume no loable al caso. Por otra parte cabe incluir, también, el error en cuanto a un elemento de valoración del hecho no así en cuanto a presupuestos fácticos, y como ejemplo de ésta categoría se comprendería cualquier elemento normativo del tipo configurado.

Así podría citar la discusión actual en la doctrina argentina sobre el concepto de “ilegitimidad” en la tenencia de arma de guerra, que en mi humilde opinión sería un elemento normativo del tipo penal, en el cual cabría el error directo de prohibición, o entre otros, el dilema del arma como agravante del robo tratado arduamente por la Corte de la Provincia de Buenos Aires.-

A modo de aclaración, descarto la posibilidad de hablar de error de tipo ya que si bien elementos como arma o ilegitimidad son elementos normativos, los cuales se incluyen dentro de la teoría del delito, en el tipo, cabe destacar que, lo que se valora aquí, es la falta de conciencia en la antijuricidad, o el desconocimiento del ilícito, componente esencial de la culpabilidad.

Zaffaroni enumera como un error directo sobre el alcance de la prohibición de la norma, al error que consiste en la falsa suposición de insignificancia jurídica.⁶⁷

Asimismo, menciona el caso configurado por la ignorancia del agente acerca del deber jurídico que le incumbe, se trata de las ocasiones en que estamos frente a un “conflicto de normas o deberes”, como también el caso de la falsa suposición de un consentimiento existente, citando como ejemplo aquellos que implican conductas de riesgo.

Siguiendo con la descripción de los casos de error de prohibición directo Zaffaroni, menciona el alcance de aquel que cree erróneamente estar realizando una conducta que es fomentada por el derecho, por ejemplo una cirugía, que legalmente esta permitida pero la cual no es necesaria.

El *error de prohibición indirecto*⁶⁸ es aquel que en el cual se cree estar actuando bajo un precepto permisivo, o que existe una contranorma justificante a la cual se está violando, cuando en realidad el mismo es inexistente. O también denominado concreto. - v. gr.: Cuando recae sobre la permisión de la conducta, pudiendo consistir en la falsa suposición de la existencia de un precepto permisivo, no reconocido por la ley, por ejemplo, un sujeto cree que si alguien le deja su automóvil para reparar y no lo retira dentro de cierto plazo puede venderlo por su cuenta para cobrarse su servicio. Así también puede darse el caso de que el sujeto desconoce los límites jurídicos de la causal de justificación reconocida.-

En la mencionada sentencia del Tribunal Alemán se anuncia que el error sobre la antijuricidad atañe a la prohibición de la acción típica, esto descifra que el autor sabe lo que hace pero mal supone que está permitido. A pesar de ello, no es el único caso de error de prohibición, sino también como sucede en el error de tipo la falta de representación sobre la valoración del hecho.

Otros de los ejemplos más comunes son: en cuanto al primero, error de prohibición directo, podemos citar aquel que el sujeto cree que tener relaciones sexuales con una menor, que ha prestado su consenti-

64. Roxin, Claus, Ob. cit., pág.881.

65. Jescheck, Hans Heinrich, Ob. cit., pág. 412 y 417.-

66. Zaffaroni, Eugenio, Ob. cit., pág. 701.

67. El ejemplo dado por el autor es quien hurta un alfiler del cual cree que es de acero cuando en realidad es de plata, existiendo el dolo de hurtar y a sabiendas de que se trata de una cosa ajena, cree no tener significancia jurídica y yerra sobre la antinormatividad de su acción. Zaffaroni, Eugenio, Ob. cit., pág. 703.

68. En cuanto a éste punto se dará una breve introducción al tema, y se profundizará en el próximo capítulo.

miento, no es delito; en cambio, aquel que cree que a pesar que la orden era indebida, debía acatarla por el deber de obediencia o más simple, aquel que cree que matar al amante de su mujer esta justificado por encontrarlos violando el deber de fidelidad impuesto por el matrimonio.

Asimismo, Donna haciendo una interpretación que formula Zipft, enumera tres tipos de error de prohibición:

- 1) *el error directo, abstracto o sobre la existencia de la norma, en virtud del cual el autor no sabe de la existencia propiamente dicha de la norma.* Requiere un conocimiento al que cualquier hombre común tenga acceso, lo que denomina “*esfera del lego*”. Necesita de una conciencia del ilícito concreta de los elementos del tipo. Como vemos esta categoría tiene un gran subjetivismo respecto del autor, del cual se deberá observarse con la mayor de las precauciones en cada caso, máxime en la hipótesis de una clara evidencia del desconocimiento del derecho como lo son los sujetos activos menores punibles y extranjeros.
- 2) *el error concreto o indirecto, en el cual el autor sabe de la existencia de la norma, pero supone que su obrar está permitido.*
- 3) *el error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho. ... el autor cree que la norma no le es exigible.*⁶⁹ Se puede denominarlo también estado de necesidad putativo, no existe la no exigibilidad solo es así en la mente del autor.

En el error sobre la punibilidad, queda sobreentendido que para que haya conocimiento del injusto es exigido el conocimiento de la prohibición, no es necesario el conocimiento de la sanción de la infracción, por ende éste no es aceptado, pero tiene relevancia en cuanto a la aplicación de la pena.

El sujeto que ignora la actuación objetiva de un estado de necesidad en que actúa no es inculpable, porque su autodeterminación permanece intacta debido a que la necesidad no influye en nada en su motivación. Inversamente, cuando el sujeto supone, falsamente, que se encuentra en una situación de necesidad inexistente, se tratará de un caso que deberá resolverse como si fuese un error de prohibición.

Habrà un error sobre la punibilidad cuando el autor haya supuesto, erróneamente, la no punibilidad del hecho realizado. Esta situación aparece cuando el autor carezca totalmente del conocimiento de la punibilidad, es decir, de la desaprobación jurídico-penal del hecho; cuando haya supuesto alguna causa de justificación, de inculpabilidad o una causa absolutoria, que en realidad el ordenamiento jurídico no contiene; cuando haya supuesto la concurrencia de circunstancias que, de haber ocurrido hubieran determinado la conclusión de la punibilidad, bien sea por una causa de justificación, de una causa de inculpabilidad o de una causa absolutoria.

El error puede ser evitable o inevitable. Será evitable cuando acontezca sobre la punibilidad, en este caso no concluye la culpabilidad, pero puede atenuarla en la medida de la evitabilidad. A su vez, será inevitable cuando recaiga sobre la punibilidad, lo cual concluye con la culpabilidad.

2.7 Una clasificación especial: el error de comprensión y de subsunción

El error de comprensión sería el caso en que el sujeto activo está sometido o viciado por el error que impide la internalización de la norma

Parte de la doctrina así lo denomina, pero no hay que profundizar mucho sobre este tópico habida cuenta que a renglón seguido, esta postura hace una diferenciación de error de comprensión directo e indirecto y los conceptualiza del mismo modo que lo explicado en el punto anterior.-

Mas aún se menciona como un caso especial de éste tipo de error aquel que por su cultura se encuentra condicionado. Por regla, será un “error de comprensión” o, mejor dicho, de prohibición invencible, con lo cual eliminará la culpabilidad de la conducta. Ej: Un árabe que recientemente arriba al país e ignora que el adulterio o la poligamia está prohibido.

Se menciona el caso del error de comprensión como un caso de error directo de prohibición. Según Zaffaroni, conocimiento y comprensión son dos hechos consecuentes, por ende es viable que hablemos del conocimiento no comprendido por el autor, o sea que si bien sabe de su existencia no le es exigible la comprensión de la misma, es decir “... *su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo*”.⁷⁰

69. Donna, Eduardo Alberto, Ob. cit., pag 285/6

70. Zaffaroni, Eugenio, Ob. cit., pág. 704.

Asimismo, junto al análisis del error directo de comprensión, Zaffaroni hace una reseña de lo que es la cuestión llamada conciencia disidente, y explica que ésta se da en sociedades complejas culturalmente en cuanto a sus formas y modelos de vida. Así podemos decir que el problema no siempre es el sujeto con la norma sino, que ella entra en conflicto cuando es legislada para ser incorporada en un sector contradictorio, y esto se da a raíz del sistema democrático vigente. Es el llamado delito por conciencia, con el famoso ejemplo del testigo de jehová que no permite que a su hijo le hagan una transfusión de sangre para salvarle la vida, y el médico no procede habida cuenta de la inexistencia de consentimiento expreso. Aquí están vinculados la norma y el deber de conciencia, en el ejemplo dado, el testigo de jehová cree estar amparado por la norma constitucional que garantiza la libertad de culto. En realidad se trataría de un error indirecto de prohibición, habida cuenta que el autor cree actuar bajo una causal de justificación legal que lo dispensa.

Por otro lado, nos explayaremos respecto del error de subsunción, que se trata de un error de interpretación. El sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta. Tal error puede ser un error de tipo o un error de prohibición o incluso solo un error irrelevante de punibilidad, según que oculte al sujeto el contenido de significado social de un elemento o sólo la prohibición específica del tipo o sólo la punibilidad de su actuación.

A decir de Roxin, un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición, pero lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados o complejos en los cuales la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta.⁷¹

En concordancia con lo anteriormente expuesto, normalmente es irrelevante el error que induce al autor a creer que su conducta encuadra en un tipo penal cuando en realidad queda encuadrada en otra. Pero cobrará importancia en cuanto el sujeto estaba convencido de que su actuar estaba tipificado en un delito menos gravoso.

2.8 Las consecuencias del error de prohibición

Como ya se ha referido en el punto en donde se tratan las diferencias del error evitable o inevitable, en forma breve se resuelve que, si el mismo se trata de un error inevitable, hace desaparecer la culpabilidad, sin perjuicio de que el hecho continúe siendo antijurídico.

En cambio, si éste es evitable, produce la disminución de la pena y excepcionalmente, podría ser desechada la pena habida cuenta que el elemento faltante es la conciencia del ilícito actual, como bien dice el Dr. Donna apoyándose en Zipf, *“perjudica al autor debido a que la evitabilidad del error acredita en forma potencial la conciencia del ilícito, por lo que al existir el conflicto o la tensión en sus fuerzas morales debió haber reconocido lo ilícito, por lo que al existir el conflicto o la tensión en sus fuerzas morales debió haber reconocido lo ilícito de su accionar”*⁷².

Esto es muy criticado, habida cuenta que, no es viable un estado de derecho en donde se admita la ignorancia del derecho por parte de los ciudadanos.

El error de prohibición, cuando es invencible, en sentido jurídico, conduce a la impunidad.

Si el error de prohibición fuese, en cambio, vencible, tiene lugar una reducción facultativa u obligatoria según entiendan los legisladores, del marco penal correspondiente al dolo.

La disminución, sólo facultativa, del marco penal correspondiente al dolo, resulta problemática. Un sector de la doctrina propone una reducción de la pena aunque no se encuentre prevista en la ley.

Ratifica Roxin lo expuesto, y agrega que en el caso de la legislación alemana, en el supuesto de culpabilidad escasa de quien actúa con error de prohibición, la pena mínima establecida por el ordenamiento puede estar por encima de la medida de culpabilidad, y aquí es donde se dividen las aguas.

Por un lado de la doctrina, están quienes promueven el sobreesimiento y por el otro sector, se encuentran quienes opinan que se debe hacer una nueva atenuación de la misma.⁷³

La opinión del jurista citado es que lo correcto será disculpar tal error, o sea excluir la responsabilidad jurídica-penal y absolverlo. Asimismo, critica la postura que sostienen en cuanto al error de prohibición vencible que la pena a imponer nunca puede ser menor que la pena mínima correspondiente a la imprudencia, la culpabilidad en los casos difícilmente vencibles no encuentra obstáculo alguno para que sea menor.

Así las cosas, se puede observar que toda vez que el código alemán establece una disminución de la pena meramente facultativa para el juzgador, se encuentran otras legislaciones como la española, la boliviana o la paraguaya en donde se establece la disminución obligatoria.

En Argentina, como venimos analizando, no hay regulación legal al respecto. Destaco el esfuerzo del proyecto de reformas puntuales del código penal de 1998, en cuanto provee de soluciones al caso.

Al tomarse una clara distinción entre el error evitable o vencible y el inevitable o invencible, se promueve eximir de la pena en éste caso y dándole una regulación propia al primero de los mencionados.

Así en el proyecto mencionado, en su artículo 36, propugna la incorporación del artículo 41 del C.P. estableciendo la disminución de la pena para las situaciones en que se obrare con error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal, aplicándole la pena por el delito de imprudencia o negligencia, siempre que esté tipificado con anterioridad, claro está. Y, si el error recayese sobre el individuo, impidiendo comprender éste la criminalidad del acto, se remite a la disminución de la pena prevista para los casos de tentativa.

Misma solución se dá para los casos de error vencible sobre una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante.

71. Roxin, Claus, Ob. cit., pág. 872.

72 Donna Eduardo Alberto, Ob. cit., pag. 282.

73. Roxin, Claus, Ob. cit., pág. 893.-

Es muy loable lo propuesto precedentemente, pero me pregunto ¿que es lo que sucede si el error vencible que recae sobre algún elemento constitutivo del hecho penal, no tiene previsto el tipo penal culposo?

Capítulo III. “Una problemática particular: el Error sobre los Presupuestos Facticos de las Causales de Justificación”

3.1 Introducción

Como venimos desarrollando, se trata de un caso de error de prohibición indirecto.

Cuando el autor obra creyendo que está frente a una causal de justificación y no es así, falta la agresión ilegítima, o sea el elemento objetivo, subsistiendo el elemento subjetivo.

El autor yerra sobre la existencia o los límites de una norma permisiva. Lo que también se denomina error de permisión.

Por tal motivo, opina Donna, que no es posible la justificación, a raíz de sostener un concepto mixto del injusto, integrado tanto por el disvalor de la acción como del resultado. En consecuencia éste se trata de un error de prohibición.⁷⁴

Existe un conocimiento parcial en cuanto al disvalor del tipo, ya que el error recae en la existencia de un precepto permisivo, y obra con el dolo requerido por el tipo y el error está presente en cuanto a la prohibición misma del hecho.

Analizando las fuentes, Jescheck, al momento de analizar lo que sucede en la legislación alemana, divide al error indirecto de prohibición en dos grupos:⁷⁵

Cuando se supone la existencia de una norma que contemple la causal de justificación, lo que se llama “error de existencia”.

Cuando se ignora los límites jurídicos impuestos a una causal de justificación contemplada en el ordenamiento, “error sobre los límites”.

Asimismo, se menciona que hay un error *sui generis*, o error de tipo de permisión, que es aquel que hace creer al autor que están dadas las circunstancias como para entrar en una causal de justificación.

A estos errores de prohibición, se les aplican las mismas reglas que el error directo de prohibición, inclusive en lo que respecta al tema de la evitabilidad.

La dificultad surge cuando se trata del error sobre los límites de las causas de justificación, ya que puede ser visto como un error de tipo o de prohibición o de ambos a la vez, error de tipo permisivo. Este se ubica entre uno y otro error de los *ut supra* mencionados.

La semejanza que presenta en cuanto al error de tipo se basa en la estructura que presenta, habida cuenta que éste se refiere tanto a elementos descriptivos y elementos normativos del tipo penal.

En cuanto al error de prohibición indirecto se puede decir que se asimila respecto de las consecuencias. El conocimiento del tipo permanece inalterado y por eso actúa en su plenitud el tipo dentro de la teoría del delito, el error solo causa la creencia del autor en cuanto a la excepción frente a la prohibición a raíz de un supuesto permiso inexistente.

Este tipo de error es muy conflictivo, toda vez, ni aún en las legislaciones mas avanzadas sobre el tema se ha contemplado esta situación.

La problemática comienza cuando ya no se trata de analizar si el autor lo que desconoce son las causales de justificación sino respecto de los supuestos fácticos de éstas, lo que precedentemente se denominó como error *sui generis*.

En lo que hay consenso en la doctrina es respecto del error de sobre la existencia y requisitos sobre una causal de inculpabilidad, las cuales están fuera del campo de error de prohibición.

3.2 Evolución.

Los juristas alemanes, al comienzo, lo trataron como un error de tipo, excluyendo el dolo, ubicándolo en el área de la imprudencia.

Para arribar a ésta conclusión, se basaban en que el autor había tomado en consideración todas las circunstancias en su conciencia y por ende, los elementos de la permisión habían sido satisfechos.

Previo al análisis respecto de las teorías desarrolladas en el tema, corresponde hacer una aclaración.

Bien se explaya Gerald Grünwald⁷⁶, al exponer en su obra las diferentes versiones respecto de la teoría de la culpabilidad limitada. Así es que se destaca las diferentes denominaciones dependiendo de sus autores.

74. Donna Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 287.

75. Jescheck Hans Heinrich, ob. cit., pág. 417.

76. Grünwald Gerald, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999, pág. 168.

El artículo 16 del StGB, establece que, aquel que desconoce unas de las circunstancias del tipo legal no actúa dolosamente. Este desconocimiento hace a la negación del dolo. Así el desconocimiento es el presupuesto y la negación la correspondiente consecuencia.

Se demuestra que ésta norma resulta ser dependiente de otro precepto. Entonces, se infiere que no basta solo con afirmar quien desconoce la circunstancia de tipo – o sea que se da el presupuesto que la norma requiere- no actúa dolosamente sino que incorporamos o inferimos otro precepto en donde se soslaya que quien actúa sin dolo, no recibe la pena de los delitos dolosos.

La máxima de la teoría de la culpabilidad limitada es: “esta clase de error de tipo elimina la punibilidad por un delito doloso”⁷⁷.

Pero cabe resaltar que dentro de éstas existen dos variantes.

- a) Por un lado, aquella que **excluye el dolo**, basándose en el artículo 16 del Código Alemán. Seguidores de ésta línea son: Rudolphi y Schünemann, a la cual la denominan “teoría de la culpabilidad limitada”.
- b) Por el otro, la que el **dolo subsiste** pero aplicando analógicamente el parágrafo 16 del StGB, debiendo **negarse la punibilidad por el delito doloso**, según esta postura doctrinaria. Apoyan esta rama, Wessels, quien también la denomina “teoría de la culpabilidad limitada” al igual que los anteriores autores que siguen la tesis citada. Incluso, Schünemann, apoda a ésta como “teoría de la remisión a las consecuencias jurídicas”, y Wessels, llama a la primera “teoría de los elementos negativos del tipo”. Asimismo, otros autores dividen esta misma línea en tres:
 1. La que proclama que el dolo debe negarse y **aplica directamente** el artículo 16 del StGB, tanto para Jescheck como para Zipf ésta es la denominada “teoría de los elementos negativos del dolo”.
 2. También están quienes refieren que el dolo debe negarse y **aplica analógicamente** el artículo 16 del StGB, para Jescheck se trata de la “teoría de la culpabilidad limitada”.
 3. Por último, la que afirma que el **dolo subsiste y el error es sometido a las consecuencias jurídicas** del artículo referenciado, entonces decae la punibilidad por el delito doloso, Jescheck la llama “teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas”, en cambio Zipf, “teoría de la culpabilidad limitada a las consecuencias jurídicas” e incluye a las tres dentro de la tesitura “teoría de la culpabilidad limitada”.

Del estudio reluce que las posturas suelen tener el mismo conceptos, o ser muy similares entre sí.

Para una mejor clarificación del tema veamos el siguiente cuadro sinóptico:

Dolo	Aplicación		
	Directa del Art. 16 StGB	Analógica del Art. 16 StGB	Que remite a las consecuencias del Art. 16 StGB
El dolo se excluye o se niega	Siguen esta línea Rudolphi y Schünemann, a la cual la denominan “teoría de la culpabilidad limitada”. Asimismo, Wessels, Jescheck y Zipf la denominan “teoría de los elementos negativos del tipo.”	Lo que para Jescheck se denomina “teoría de la culpabilidad limitada”	
El dolo subsiste, y se niega la punibilidad por el delito doloso		Apoya ésta tesis, Wessels, quien la denomina “teoría de la culpabilidad limitada” Asimismo, Schünemann la llama “teoría de la remisión a las consecuencias jurídicas”	Jescheck, la denomina “teoría de la culpabilidad que remite a las consecuencias jurídicas” Y Zipf ⁷⁸ “teoría de la culpabilidad limitada que remite a las consecuencias jurídicas”.-

Asimismo, Grünwald conceptualiza a la **aplicación directa** como aquella cuya consecuencia determinada en el precepto jurídico penal, es aplicada a los supuestos de hecho que resultan subsumibles en los elementos establecidos como presupuestos. Y de **aplicación analógica** aquellas situaciones de hecho en que no se reúnen los presupuestos requeridos son sometidas a las mismas consecuencias.⁷⁹

77. Idem anterior, pág. 169.

78. Cabe destacar que para Zipf, las tres teorías (la de aplicación directa del parágrafo 16 StGB, la de aplicación analógica o la que aplica las consecuencias del citado), son todas teorías de la culpabilidad limitada.

79. Grünwald Gerald, ob. cit., pág. 171.

Para concluir con la idea de éste autor, se critica la postura 1 en donde se niega el dolo y se aplica directamente el mentado artículo, en tanto y en cuanto manifiesta: *“pues los autores que se expresan a favor de una aplicación directa del art. 16 StGB no pueden ser clasificados en ésta tesis, si sólo se refieren a que la suposición de las circunstancias justificantes hacen caer el dolo (y no solo la punibilidad por dolo) ... solo aplicaría directamente el art. 16 del StGB quien declarara: quien supone circunstancias justificantes no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal...”*⁸⁰. Por lo tanto debe excluirse ésta tesis.

De acuerdo con el texto, es criticable la última de las posturas citadas (la cual remite a las consecuencias jurídicas), habida cuenta que para que la remisión de la norma a otra es necesaria una norma que haga de nexo entre la suposición y aquella que contenga la consecuencia, (por ej.: Si es A debe aplicarse B y si es B entonces S). Al no existir una norma que contenga la suposición de circunstancias justificantes (norma remitente) y, además, no estar tampoco contenida en la ley, una norma que disponga las consecuencias jurídicas de la no-punición por el delito doloso, no se puede sostener a esta teoría como satisfactoria. Pero más aún, esto resulta confuso, toda vez que, la remisión de normas es una técnica legal y carece de sentido elaborar una norma remitente que no existe en la ley.

Así las cosas, es que se deben expresar dentro de la teoría de la culpabilidad solo dos líneas de pensamientos, **aquella según la cual la suposición de circunstancias justificantes hace caer el dolo aplicando el correspondiente art. 16 del StGB, y por otro lado, en aquella que no resulta aplicable el mismo, pero sí acarrea la consecuencia jurídica vinculada a él, o sea, la exclusión de la punibilidad por dolo.**

Toda esta discusión parece ser en vano al momento que se analiza el objeto material de éstas ya que resulta ser inexistente, es decir, que pueden resumirse en un solo concepto todas aquellas circunstancias fácticas por las que el actuante conoce las mismas y sabe bien que con ellas realiza el tipo penal, e incluso han sido captadas por su propia voluntad. Es loable lo manifestado por Grünwald, respecto de que las mismas pueden ser agrupadas dentro de un conjunto de situaciones de hecho, y dividir dentro de éste grupo aquellas en las cuales el actuante supone circunstancias justificantes y abarcar el resto dentro de un concepto mas restringido. Quedando así configurado: por un lado, el dolo de tipo, y más limitadamente, encontramos por otro lado, el dolo de la situación de hecho del ilícito. Para los seguidores de la teoría de la culpabilidad estricta este segundo concepto de dolo carece de función.⁸¹

Según las manifestaciones de citado autor *“...entre las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada no existe una diferencia material sino solo terminológica, y que consiste en que la palabra dolo es utilizada, respectivamente a otro concepto”*⁸²

Expresa que todas las opiniones vertidas al respecto aplican analógicamente el art. 16 y que no se pone en cuestión ningún elemento de la teoría del delito. Asimismo, continuando la crítica que se le hace, en la teoría de los elementos negativos del tipo también resulta desarcertado en cuanto opina que debería aplicarse analógicamente.

En refutación de la elaboración doctrinaria que realiza Grünwald al momento de tratar el dolo de tipo, y más limitadamente, el dolo de la situación de hecho del ilícito, Hans Ullrich Paeffgen, explica que *“sin discusión en sus premisas de que para la adecuación (subjetiva) al tipo ilícito es suficiente la ausencia de representaciones de justificación. Sin embargo, éste es, ya desde hace mucho tiempo atrás, el punto considerado problemático en la discusión de la teoría de los elementos negativos del tipo: si se utiliza en el plano de la justificación una comprensión del dolo diferente a la del plano del tipo, la equivalencia de palabras es sólo aparente, y en todo caso, no constituye un punto de referencia idóneo para establecer un paralelo con un precepto concerniente al dolo”*.⁸³

3.3 Teorías. Teoría de los elementos negativos del tipo

La **teoría de los elementos negativos del tipo**, promulga la innecesariedad de una regulación especial habida cuenta que para el error sobre la causal de justificación estaban las reglas respecto del error de tipo. El injusto comprende los elementos del tipo y los elementos negativos, por lo cual este caso de error hace desaparecer por completo el dolo.

Esta postura trata las causales de justificación como partes integrantes del tipo. Sus presupuestos son conceptos negativos de éste, aplicando por ello directamente el error de tipo permisivo, siendo objeto de críticas, tratar el error vencible conforme al tipo por imprudencia, siempre que éste exista.⁸⁴

80. Idem anterior, “esto parece corresponderse exactamente con la teoría que sostiene que las causas de justificación constituyen elementos negativos del tipo. Pero esta teoría -que utiliza un concepto de tipo que abarca tanto los elementos negativos como los positivos del ilícito- no afirma que los elementos tipo legal en el art. 16 StGB remita a este concepto de tipo”

81. Idem anterior, pág. 174.

82. Idem anterior, pág. 176.

83. Hans Ullrich Paeffgen, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999, pág. 190.

84. Jescheck Hans Heinrich, ob. cit., pág. 418.

Donna explica que ésta teoría de los elementos negativos del tipo, en el tipo de injusto existen los mencionados elementos, y que tales elementos de justificación a menudo no son sencillamente limitados.⁸⁵ Además, en cuanto al error sobre los presupuestos objetivos de justificación, agrega que, el error, para ésta teoría, sobre sus requisitos objetivos es en realidad un supuesto mas de error de tipo.⁸⁶ Asimismo, el hecho de que el sujeto actúe con conciencia y voluntad, debe ser factor determinante para que el autor tome mayores precauciones para realizar las mal supuestas conducta eximente.

Para ésta teoría si los elementos de justificación fueran elementos negativos del tipo, el dolo habría de referirse asimismo a su falta o ausencia. Y acordamos que el autor así no piensa.

Se niega también, que el disvalor de la acción del hecho doloso se concreta con la conciencia de la justificación, porque el dolo no desaparece porque el autor crea actuar conforme a derecho, sino solo cuando la conciencia de justificación y la situación justificante existan conjuntamente.

Por lo tanto el error bajo estos preceptos continúa siendo un hecho doloso.

Otra de las críticas reveladas, ha sido que el error de tipo trae aparejado numerosas lagunas, así, si el error es evitable se deberá amparar en la figura culposa, bajo riesgo de quedar el delito impune.

Teoría restringida de la culpabilidad

En cambio la **teoría restringida de la culpabilidad**,⁸⁷ afirma que la conducta comprende el elemento cognoscitivo de la justificación, una acción final, una parte volitiva y por último, también se halla la representación y encuadres en el derecho.

Constituye una posición ecléctica, opina Jescheck.⁸⁸ Cuya conclusión es similar a la doctrina de los elementos negativos del tipo.

Si bien no se considera un error de tipo, se aplica analógicamente, como ya se dijo por su semejanza estructural. Se excluye así, el injusto del hecho doloso.⁸⁹

Al respecto, Donna y De La Fuente, opinan que *“el error sobre los presupuestos objetivos o circunstancias de hecho que sirven de base a una causa de justificación debe resolverse del mismo modo que el error de tipo”*⁹⁰

Teoría estricta de la culpabilidad

Los errores sobre los presupuestos de una causal de justificación, según la **teoría estricta de la culpabilidad**⁹¹, resulta ser un error de prohibición. Corresponde así la atenuación respecto del delito doloso, punto en donde se critica a ésta doctrina.

Como se ilustró precedentemente, para la teoría mencionada, hay una conducta dolosa ya se trate del error de prohibición evitable o inevitable.-

Queda claro entonces que, existe ausencia de conciencia del ilícito y no ausencia de dolo, ya que obra con conocimiento y voluntad de concretar los elementos objetivos del tipo.-

El ejemplo más común, es el de aquel que cree ser atacado cuando en realidad no lo es, y se convence por éste hecho de que no esta prohibido su actuar, en consecuencia en aplicación de las normas del error de prohibición en caso de que se trate de inevitable se excluirá la culpabilidad y si es evitable habrá una disminución en la misma.

Una justificación es completamente independiente de la representación del autor, según esta teoría no se descarta al tipo doloso, el disvalor esta compuesto por la parte subjetiva y por su momento objetivo.

Si el autor supone erróneamente la existencia de elementos objetivos de justificación, siendo éste error evitable, debe afirmarse el dolo y la culpabilidad, quedando solo la posibilidad de atenuar la pena.

Teoría de la culpabilidad en la remisión de las consecuencias jurídicas.

Por último Jescheck, como teoría correcta, trae a colación la **teoría de la culpabilidad en la remisión de las consecuencias jurídicas**.⁹²

Dreher, seguidor de la teoría de la culpabilidad limitada a las consecuencias jurídicas, citado por Donna, contempla a la justificación putativa como un caso no regulado del error de prohibición, une la consideración del valor y de la estructura.

85. Donna, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 291.

86. Donna, y De La Fuente, artículo citado.

87. Postura defendida por autores como Roxin, Rudolph entre otros.

88. Jescheck Hans Heinrich, ob. cit., pág. 419.

89. Sostiene ésta postura, Roxin.

90. Donna, y De La Fuente, artículo citado.

91. Sostiene ésta postura, Hirsch.

92. Jescheck Hans Heinrich, ob. cit., pág. 420.

Este caso se trataría de un error especial, diferente en su estructura lógico-objetiva del error de tipo.

Siguiendo con el pensamiento de Dreher, manifiesta que se diferencia la justificación putativa del error de prohibición, mediante el problema del error de subsunción. *“El error sobre las circunstancias del hecho muestra una estructura paralela al error sobre las circunstancias del injusto. El error sobre la existencia de una proposición permisiva rechaza la utilización de estructuras del error de prohibición”*⁹³

Así se infiere que, las reglas sobre el error de tipo son rechazadas por esta postura, por razones de política criminal, asimismo, ante la faltante de algunas de las circunstancias de la justificación, habría una falta de cuidado, descartando en este caso desde todo punto de vista, el tratamiento como el de un delito doloso.

El error sobre los presupuestos fácticos de una causal de justificación reconocida, sólo puede subsumirse en el error de tipo permisivo en cuanto a su consecuencia jurídica, de tal forma que, aunque el autor haya realizado una acción dolosa, solo será castigado por el tipo imprudente.

En verdad el ilícito doloso está presente pero no la culpabilidad dolosa, por lo cual en realidad el art. 16 del StGB no se aplica analógicamente, pero su consecuencia se “presta” para éste tipo de error en sí independiente.

El fundamento que esta teoría encuentra, en cuanto a la asimilación como error de tipo permisivo y no como error de prohibición indirecto – la cual resulta ser más gravosa – es que el autor no desvalora tanto lo injusto de la acción, y no que por esta razón es loable decir que el autor descarta todo tipo de injusto sino que solo lo aminora.

También, lo que lleva al actor a conducirse de tal manera no es la deficiente motivación en la norma o, en otras palabras, la no internalización del derecho, sino que se trata de un deficiente estudio de las circunstancias o de la situación supuestamente justificante.

La gran diferencia que se presenta en comparación con el error de tipo, es que el autor conoce el tipo y la función de éste, incluso llegando a completarse, por ende correspondería una actitud más severa de parte del legislador.

En cambio en este caso, corresponde analizar este tipo de error desde la perspectiva de la culpabilidad, haciendo base en un reproche de imprudencia.

Así, podría criticarse, aquellos casos cuya laguna legal existe ante la falta de tipos culposos o dicho de otro modo, imprudentes.

*Hablamos de las diferencias con el error de tipo, si bien para esta postura subsiste el dolo en la acción, su acercamiento al error mencionado, se produce al momento de destacar sobre cuales de los elementos recae el mismo, llámense descriptivos o normativos*⁹⁴, sólo que en este caso son sobre causales de justificación.

Un ejemplo podría ser aquel que el agredido, traspasa las fronteras de la defensa por su equivocación en cuanto a la intensidad del ataque.

Asimismo, cabe destacar la referencia que hace Creus al hablar del error sobre la antijuricidad y culpabilidad. Este autor dice: *“la doctrina que distingue entre error de tipo y error de prohibición ha producido una serie de variables de encuadramiento ... aunque casi todos llegan a una misma solución, el fundamento varía. Como error de tipo (al dolo pertenece la no-suposición de circunstancias justificantes) lo trata Roxin; para otros se está ante un puro error de prohibición y así lo resuelven, y otros terceros lo consideran un error de tipo al que hay que aplicar por analogía el error de tipo. Bien ha señalado Zaffaroni que el tratamiento de la justificación putativa como error de tipo sólo es posible dentro de la teoría de los elementos negativos del tipo”*⁹⁵

3.4 Causas de exculpación

Una parte de la doctrina distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación.

A modo de síntesis, puede sostenerse que en las causas de **exclusión de la culpabilidad**, entre las que se cuenta la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible, faltaría desde el inicio toda culpabilidad, porque el sujeto no podía actuar de otro modo.

93. Donna, Edgardo Alberto, ob. cit., pág. 293.

94. ¿Que pasa cuando el error recae sobre elementos normativos que exigen una valoración de tipo jurídico? El dolo supone un conocimiento meramente social, (al decir de Mezger, citado por Dona y De La Fuente en el artículo citado, en el dolo simplemente se exige “una valoración paralela en la esfera del lego”), el cual cae con la existencia del error de tipo, por la falta del mencionado conocimiento. Pero corresponde sea tratado como un error de prohibición, cuando el error no está en el elemento normativo en sí, sino en la valoración jurídica sobre la licitud o ilicitud de su actuar.

95. Creus, Carlos, ob. cit., pág. 352/3.

Para Creus, en las **causas de exculpación**, entre las que se incluye de manera especial, al exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad disculpante⁹⁶, quedaría así una culpabilidad disminuida, de modo que el legislador renuncia, sólo en virtud de una especial indulgencia, a la formulación, todavía posible, del reproche de culpabilidad.

Los presupuestos del estado de necesidad exculpante se hallan estrictamente delimitados y no pueden ser ampliados por el juez, porque el legislador sólo renuncia al reproche de culpabilidad bajo las condiciones establecidas en la ley. Son bienes jurídicos susceptibles de protección en el estado de necesidad exculpante la vida, el cuerpo, y la libertad. Debe concurrir, además, un peligro actual, ineludible de otro modo. El hecho realizado en el estado de necesidad, no sólo resulta exculpado cuando el peligro amenaza al propio autor, sino también cuando afecta a un pariente próximo o a una persona allegada a aquel.

El estado de necesidad putativo consiste en la suposición errónea de concurrencia de circunstancias, que si en efecto existieran, exculparían el hecho. Como venimos exponiendo no constituye ni un error de tipo ni un error de permisión.

Si el autor yerra sobre los presupuestos efectivos del estado de necesidad, por ejemplo, sobre la especie o entidad del peligro, la presencia de un medio más leve, actuará *exculpado* si el error le fue inevitable.

Si por el contrario, el error se refiere a la exigibilidad de la elección del medio menos lesivo, no se exculpará al autor. En cambio, si el error era vencible debe atenuarse la pena.

Por otra parte, dentro del error permisivo existe la excepcional postura en cuanto al estado de necesidad justificante, en el supuesto estado de necesidad putativo, se deja de lado la teoría restrictiva de la culpabilidad y aplica la teoría estricta de la culpabilidad, al autor en consecuencia se lo castigara por un delito doloso.

En caso de que la conclusión sea la incorrecta, en las causales de justificación, deberá mantenerse la sanción para los casos de los delitos dolosos, partiendo del riesgo permitido y de lo confuso del hecho en la mentalidad del autor.

Si el error de tipo permisivo, concurre con un error de límites se aplica el tipo doloso, en razón del último de los mencionados, en cambio aquel, carece de importancia.

96. El *estado de necesidad exculpante o disculpante* debe distinguirse del estado de necesidad justificante, ya que no es una causa de justificación, sino de exculpación.

Conclusión

Llegado el final de mi estudio sobre el error de prohibición, considero que lo fundamental en toda rama del derecho son los principios en que se basa. Y el error de prohibición es, una herramienta más para el respeto de la defensa de las garantías constitucionales.

Basándome en el principio de legalidad, establecido en nuestra carta magna, cabe destacar que éste es concebido para todo ciudadano que sea capaz de conocer y comprender las conductas delictivas, sancionadas por el legislador con antelación al acometimiento de la acción. Estas conductas repudiadas en razón del contrato social por el cual los ciudadanos “cedemos”, si se quiere llamar de alguna manera, poderes o derechos, ante el Estado con el fin de que se proteja los bienes jurídicos, que resultan ser tales, en razón del interés de la comunidad, y en la medida que ella misma lo indica.

Por ello, el error de prohibición no se agota en un mero análisis dogmático de la teoría del delito, sino que alude a principios y garantías constitucionales fundamentales en un estado de derecho, en particular mediante su estudio, se permite respetar adecuadamente el principio de culpabilidad.

Bien explica Zaffaroni, que el principio de culpabilidad es la consecuencia lógica del principio de legalidad, como freno a una punición injusta, así aquel que no sea capaz de comprender o le fuere imposible no será acreedor de la sanción.⁹⁷

En el mismo sentido Donna y De La Fuente manifiestan que tanto el error de prohibición como la capacidad de culpabilidad tienen su razón de ser en éste principio.⁹⁸

El error era conocido como un conocido posible motivo de exclusión de la culpabilidad dolosa. Pero además, era controvertido el tratamiento de los errores en que el autor valora de forma inexacta datos fácticos captados en sí mismos de un modo correcto, ya sea porque se le deslizase una valoración defectuosa en el ámbito de concretos elementos del tipo, ya sea porque errase sobre el carácter en general prohibido del hecho o sobre su cobertura por preceptos permisivos.

La jurisprudencia, ante todo alemana, intentó hallar en este punto una solución a través de la distinción entre errores del derecho penal, irrelevantes, y errores de derecho extrapenal, que excluirían la culpabilidad dolosa.

En la doctrina por el contrario, se consideró cada vez más que la culpabilidad a título de dolo quedaría excluida si el autor no hubiese captado, como consecuencia de una valoración defectuosa, el carácter lesivo de intereses de su conducta o su significado orientado en esta dirección, y también, aunque fuese consciente de ello, si hubiese errado inevitablemente sobre el carácter prohibido (o permitido) de su comportamiento. En el caso de errores evitables de esta especie se discutía sobre la adecuación del castigo de una culpabilidad así reducida en el marco de los delitos dolosos o imprudentes.

En los primeros decenios del Código Penal Imperial estaba fuera de discusión, por el contrario, que los errores del autor no tendrían eficacia para excluir el injusto. Y no podían tenerla, porque el injusto no exigía nada en el aspecto subjetivo, al estar constituido de forma puramente objetiva.

Una modificación de esta valoración sistemática de las distintas clases de error, sólo se pudo producir cuando el injusto se abrió a lo subjetivo y se reconoció la existencia de elementos fundadores del injusto con contenidos subjetivos.

En mi opinión, la exclusividad del injusto en la culpabilidad y la consecuente separación del dolo, ubicando a éste último en la tipicidad, mas allá de las divergencias suscitadas entre unas teorías y otras, en la jurisprudencia, o bien entre dogmáticas modernas o lagunas legislativas, creo que éste polémico instituto, radica su fundamento en los movimientos sociales y culturales producido en el transcurso de éstos siglos, así es como en razón de las corrientes liberales, se busca un límite al poderío estatal, y en los extractos del derecho penal esto se ve reflejado propugnando la defensa del principio de culpabilidad, la libertad, y la justa sanción.-

Conuerdo plenamente con Jescheck cuando opina que un estado liberal puede existir si sus ciudadanos se dejan guiar por la voluntad orientada hacia la actuación ajustada a derecho, aunque no siempre quepa deducir del saber personal el conocimiento de la norma positiva, es por ello que, la buena fe no siempre elimina la reprochabilidad, haciendo responsable al hombre por la corrección objetiva de sus decisiones, inclusive no habiendo advertido la antijuricidad del hecho.

Cabe destacar, que en la actual tendencia de la administrativización del derecho penal, sumando a ello, la creciente exigencia de proteger intereses novedosos, hacen cada vez mas dificultosa la aplicación de la máxima “la ley se presume conocida por todo habitante”.

97. Ob. cit., pág. 694.

98. Ob. cit.

Así las cosas, el abanico de los bienes tutelados o mejor dicho a tutelar por el estado, cada vez es más amplio, ya sea por la era de la comunicación, o bien por los avances tecnológicos, sociales y económicos. Entonces, es cuando nos topamos con una laguna jurídica o con innumerables cantidades de leyes, que ni siquiera para el gran estudioso están en alcance de ser conocidas en su totalidad, máxime si se aplica un baremo en la sociedad que indique el nivel socio-cultural que el hombre medio dentro de sus posibilidades.

Por último, cabe resaltar, que en cuanto al error sobre las causales fácticas de justificación, según vimos en las diferentes legislaciones y opiniones doctrinarias, existe una gran disputa en cuanto a los efectos que debe producir.

En caso de que tengamos la posibilidad de contar con una regulación expresa respecto del tema, no debemos olvidar que, a fin de evitar las discusiones que tienen países como Alemania, respecto de los efectos al hablarse de un error de prohibición evitable, debería preverse una reducción obligatoria de la pena para el juez, como fiel respeto al principio de culpabilidad, ya que si la pena debe reflejar la culpabilidad del autor, no se encuentran razones como para que la misma sea facultativa.

Al decir de Cerezo Mir, en éstos casos, *“la culpabilidad es siempre menor por lo que la atenuación debe ser obligatoria.”*⁹⁹

Bibliografía

- Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, T. I.
- Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, ED Astrea, Ed. 1999
- Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena.*, T. II, ED. Astrea, Ed. 1995
- Donna, Edgardo Alberto y De La Fuente Javier, *Código Penal Comentado, “Comentario al artículo 22 del Código Penal del Paraguay”*, T. I, ED. Ediciones Bibliográficas Jurídicas, Paraguay, Ed. 2000
- Eiranova, Emilio, coordinador, *Código Penal Alemán*, STGB, ED. Jurídicas y Sociales S.A., Ed. Madrid, 2000.
- Fernández, Gonzalo D. *Culpabilidad y teoría del delito 1*, ED. BdeF, Ed. 1995.
- Grünwald Gerald, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999
- Hans Ullrich Paeffgen, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999
- Jacobs, Günter, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzalez de Murillo, 1995
- Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4º Edición, ED. Comares – Granada
- Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, T. V
- Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, T. I, ED Civitas, Ed. 1997
- Rusconi, Maximiliano, *Manual de derecho penal, los fundamentos políticos criminales, teóricos y constitucionales. El sistema del hecho punible*. Bosquejo a publicar al día 13/09/01
- Wolfgang Frisch, *El error en el derecho penal*, ED. Ad Hoc, Ed. 1999
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, ED. Ediar, Ed. 2000

Seminario sobre “Teoría de la imputación penal”, dictado el 21 de diciembre de 1995, por el Dr. Jorge Sandro, en el Departamento de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

99. Citado por Donna y De La Fuente, ob. cit.