



EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE EXCLUSIÓN DE
LA PENA: ENTRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PENA Y EL
ALCANCE ORGANIZADOR DE LAS EXIMENTES DEL
PRINCIPIO NULLUM CRIMEN...

Maximiliano Rusconi

Abogado argentino, profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, de grado y posgrado, en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Recibido: setiembre de 2013

Aceptado: octubre de 2013

SUMARIO

- I. Esplendor y miseria del error como problema. II. Problemas no resueltos.
- III. El error sobre las circunstancias objetivas de una situación de exigibilidad.
- IV. Excusas absolutorias y error.
- V. Conclusión.

RESUMEN

Algunos problemas vinculados con los errores relacionados con las circunstancias que operan en el nivel de culpabilidad y los errores vinculados con las circunstancias propias del juicio individual o general de punibilidad.

Palabras clave: problemática del error, circunstancias objetivas, situación de exigibilidad, absolución.

ABSTRACT

Some problems associated with circumstances related errors that operate at level of guilt and errors associated with individual judgment own circumstances or general criminality.

Key words: problems of error, objective circumstances enforcement situation, absolution.

I. ESPLENDOR Y MISERIA DEL ERROR COMO PROBLEMA

Como lo recuerda Bacigalupo, “en materia de error... los legisladores han pasado del silencio absoluto que caracterizó muchas leyes, entre ellas los Códigos Penales francés de 1810 y los

españoles desde 1848 hasta 1983, o la limitación a una sola regla relativa al error sobre las circunstancias del hecho punible, como en el caso el StGB alemán de 1871, a una doble regulación de los errores sobre circunstancias del hecho punible descrito en la ley (error de tipo) y de los que afectan a la antijuricidad del hecho típico (error sobre la prohibición). Así por ejemplo, el Código Penal alemán (parágrafos 16 y 17), el Código Penal austriaco (parágrafos 8 y 9), el Código Penal esloveno (arts. 20 y 21), el Código Penal portugués (arts. 16 y 17), el Código Penal suizo (arts. 19 y 20)” (Bacigalupo, 2009).

A pesar de que se ha desparamado como secreto a voces científico el hecho de que el estudio de la teoría del delito requiere tanto un análisis de su funcionamiento “al derecho” (teoría de la imputación), como una puesta en evidencia “al revés” (teoría del error), éste último ámbito, el propio del estudio del efecto excusante de los defectos de conocimiento, ha tenido un protagonismo menor, déficit que se expresa tanto en el menor desarrollo cuantitativo de sus problemas por parte de la ciencia, como en la mayor cantidad de zonas grises o en un delineo mucho más errático de sus fronteras.¹

No se nos escapa que, a pesar de este cuadro general, ha habido una época de esplendor en lo que refiere a la popularidad de las teorías del error, años en los cuales parecía que en el viaje entre la teoría unitaria del tratamiento del error y las teorías de la culpabilidad estricta y limitada, uno podía ver todo el paisaje problemático que estaba en condiciones de ofrecer la teoría del delito como edificio sistemático de imputación.

Se trató sin dudas de décadas en las cuales el pasaje del modelo clásico a la irrupción finalista podía explicarse casi totalmente de la mano de un debilitamiento de la categoría de la culpabilidad y de una paralela subjetivización del juicio de antinormatividad (tipicidad). El cambio de la ubicación del dolo y el consiguiente cambio de la ubicación de su exclusión (error de tipo) parecía explicar mucho más que lo que en verdad, bien visto hoy, explicaba. Asimismo, la parcialmente contemporánea a este proceso de discusión sobre la vigencia o inexistencia jurídica real de paradigmas latinos, tales como error iuris nocet o ignorantia crassa, parecía reflejar un ascenso del problema del error a las grandes ligas de las cuestiones dogmáticas.

Sin embargo, jueces y académicos, prácticos y teóricos, eramos testigos casi silenciosos de que existía un conjunto realmente trascendente de problemas que se ubicaban en el centro político criminal del error en el sistema de teoría del delito que no estaba

¹ Un ejemplo parcial, pero magníficamente expuesto, puede verse en el trabajo de Marcelo Sancinetti, “Relatividad de las teorías del error”.

recibiendo una adecuada respuesta sistemática, incluso en algunos casos ¡no había ninguna respuesta!

Como sabemos, luego de la paz relativa que significó en términos dogmáticos la instalación del modelo finalista en la opinión dominante y su paulatina influencia en las decisiones judiciales (hasta llegar al reino de la tópica que significó el primer desembarco de la teoría de la imputación objetiva), la teoría del error se ocupaba, en el ámbito de la tipicidad del error de tipo que alcanzaba a cualquier defecto cognitivo que recayera en elementos descriptivos de la materia de prohibición instalada en el tipo objetivo. El error de tipo sobre elementos normativos arrastraba una mayor dificultad debido a que en buena cantidad de ocasiones estaba vinculado al proceso de subsunción y ello generaba (por el alto grado de normativismo del error) serias dudas sobre si no se trataba de un legítimo error de prohibición o, como mínimo, sobre si no habría que usar ese modelo a través del proceso de analogía interpretativa in bonam parte.

En todo caso, el error de tipo inevitable excluía toda posibilidad de imputación al dolo y a la imprudencia, y el evitable dejaba subsistente esta última posibilidad.

En lo que respecta a la conciencia potencial del injusto, casi no había dudas acerca de que el error sobre la norma prohibitiva y el error sobre la norma permisiva, siempre que fueran inevitables, excluían la culpabilidad, y si el yerro era evitable, ello implicaba una reducción de la culpabilidad que condicionaba a una reducción de pena. Los problemas empezaban con el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que según los partidarios de la teoría de la culpabilidad limitada debía seguir los pasos del error de tipo: si es inevitable se obstaculizaba la imputación al dolo y a la culpa; si es evitable, solo se anulaba la hipótesis del dolo, pero no de la culpa.²

Esta era, y en gran medida sigue siendo, el cuadro que reflejaba todo el problema de error. Más allá de esta agenda, y salvo en

² Aunque últimamente se ha relativizado también la importancia de este debate. Ver, Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, "De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo", en www.indret.com, junio 2008, p. 35: "La teoría jurídica del delito, ¿debe configurarse en dos o tres grandes bloques? La cuestión no reviste una importancia práctica que justifique el tiempo que algunas de las mejores cabezas de la dogmática penal le han dedicado. De hecho, carece de cualquier relevancia práctica, ya que todos los aspectos de la concreta atribución de responsabilidad penal que se supone se verían afectados por esta decisión (señaladamente, el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación), en realidad no lo hacen. Que durante largo tiempo se haya podido pensar lo contrario tiene ante todo que ver con la injustificada pero extendida identificación de la defensa de la estructuración bipartita con la TENT. Mejor dicho: con la peculiar versión de la TENT que se ha discutido en la doctrina jurídico-penal. ¿Significa eso que el lector está ante un trabajo subsumible dentro de lo que Burkhardt (2000) provocadoramente ha denominado "dogmática sin repercusiones" (Folgenlosedogmatik)? Si por ello se entiende "carente de repercusiones prácticas" (y entiendo que esta es la mejor interpretación), sin duda.

contadas y jerarquizadas excepciones, en un relevamiento de la opinión dominante solo se encontraban adicionalmente definiciones categóricas, llenas de optimismo, que han pretendido clausurar el espacio problemático. En verdad, como veremos, hay pocas razones para confiar en esta meseta.

II. LOS PROBLEMAS NO RESUELTOS

En efecto, es evidente que frente a este escenario todavía quedaban por definir situaciones de defectos cognitivos que dejaban la sensación de que debilitaban fuertemente la respuesta volitiva, pero cuyo tratamiento no estaba indicado por el sistema dogmático, por lo menos, con precisión.

Ello sucedía con el llamado error de validez,³ con los errores sobre las circunstancias objetivas de no exigibilidad (error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad disculpante), los errores sobre condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias y los errores sobre el tipo y la gravedad de la pena.

En todos estos casos, y más allá de la antigüedad del descubrimiento de cada uno de esos conceptos dogmáticos, reinaban más las dudas que las certezas y la coherencia menos que las contradicciones.

En este texto, y más allá de la madurez de las ideas que nos acompañen en el trayecto, solo nos dedicaremos a insistir en algunos problemas vinculados con los errores relacionados con las circunstancias que operan en el nivel de la culpabilidad y los errores vinculados con las circunstancias propias del juicio individual o general de punibilidad.⁴ Un camino que Bacigalupo recorrió con singular maestría.

³ En los últimos años se viene sosteniendo la necesidad de incluir como un caso más de error de prohibición al error no ya sobre la existencia misma de la norma de prohibición, sino a la creencia errónea de la ilegitimidad, por ejemplo constitucional, de la norma en cuestión (error de validez). El autor considera nula la prohibición que fundamenta la ilicitud del acto. Incluso el error puede estar correctamente motivado en la producción jurisprudencial, sin descartar aquella de máxima jerarquía funcional. Imaginemos un sujeto que haya seguido atentamente el fallo de la Corte Suprema de nuestro país que declaró inconstitucional el tipo penal que reprimía la tenencia de estupefacientes para uso personal. Es preciso decir, de todos modos, que en este tipo de error es francamente difusa la línea divisoria entre error de prohibición evitable y conciencia eventual de la antijuridicidad (algo parecido al dolo eventual en el ámbito de la culpabilidad). Sobre el llamado error de validez, véase Roxin (1997: 873). Según Roxin, en el error de validez, “el sujeto conoce la norma prohibitiva y por regla general incluso la norma penal, pero la considera nula, p. ej., porque al órgano que la dictó le faltaba la competencia legislativa, o porque el precepto atenta contra un derecho fundamental o contra el principio de determinación. Se ha de juzgar este caso como error de prohibición en tanto en cuanto quien actúa invoque, como en los casos citados, causas de nulidad que también estén reconocidas por el ordenamiento jurídico”.

⁴ Ver una muy clara sinopsis de los casos posibles, en Sancinetti (1990: 92).

III. EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE UNA SITUACIÓN DE INEXIGIBILIDAD

Como sabemos, este ha sido uno de tantos temas que integran el listado de problemas cuyo tratamiento sigue siendo motivo no tanto de debates encendidos sino de grises dudas, en particular en un sector cuantitativamente relevante del pensamiento penal. Ello explica (si no justifica) que intentemos volver sobre el problema.

Se trata de la desconexión que puede existir entre la presencia de este tipo de circunstancias en el caso concreto y la conciencia, errada o no, que tenga el autor en relación con este dato objetivo.

La pregunta es la siguiente: ¿quién cree que, en el marco de una actuación posiblemente antinormativa, se dan los presupuestos objetivos de un estado de necesidad disculpante, puede beneficiarse con ese error? ¿Tiene relevancia el error sobre las circunstancias de inculpabilidad?

El problema reside, como puede advertirse, en si el autor puede o no motivarse en las razones que fundamentan la imputación no ya objetiva, global, anónima, sino individual, subjetiva, personal. Se trata del alcance que debe tener el conjunto de condiciones de la pena que pueden ser abarcadas legítimamente por la motivación del autor.

Como hemos dicho, tradicionalmente, el edificio del sistema del hecho punible, incluso a partir de los aportes del finalismo ortodoxo que surgió de la pluma de Hans Welzel y los discípulos de la primera Escuela de Bonn, ha ofrecido lugares sistemáticamente claros para el tratamiento de dos tipos de error: 1) el error sobre los presupuestos objetivos que dan lugar a la fundamentación del ilícito (error sobre el tipo objetivo de la tipicidad), y 2) el error sobre la antijuridicidad del comportamiento (los diferentes tipos de error de prohibición: sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sobre la norma permisiva, sobre la norma prohibitiva y el más reciente y discutido error de validez). Más allá de los debates interminables sobre el lugar sistemático del error de subsunción (¿error de tipo?; ¿error de prohibición?) o del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (según la teoría de la culpabilidad estricta o la, aparentemente mayoritaria, teoría de la culpabilidad limitada), no ha habido un lugar claro para ningún otro tipo de defecto cognitivo.

Ello ha generado, por propias razones de construcción sistemática, una buena cantidad de dudas sobre la legitimidad, lugar sistemático y demás consecuencias de otro tipo de errores: error sobre las condiciones de inculpabilidad o inexigibilidad, error sobre excusas absolutorias, error sobre el tipo o magnitud de la pena, etc., etc. Sobre todo, teniendo en cuenta que, si se presta atención a las

razones arquitectónicas, la categoría de la punibilidad y, normalmente, también la llamada inexigibilidad, siempre ha llegado después en el análisis sistemático, del último lugar en el cual se revisaban instancias subjetivas (conciencia potencial de la antijuridicidad).

Las dudas que se han manifestado han rodeado a la totalidad de la problemática del error de punibilidad lato sensu, desde su consideración básica, pasando por sus efectos en el caso individual, y hasta las propias eximentes alcanzadas por el “tipo subjetivo de la punibilidad”. Nada ha quedado claro en lo que respecta al denominado error sobre el sí político criminal de la pena o la magnitud o tipo de la reacción estatal.

Estas dudas o desorientaciones, en nuestro Derecho local, no han podido beneficiarse de lo resuelto en la ley vigente; no han podido entonces reconducirse a los escenarios tranquilizadores de la argumentación de lege lata, ya que no hay una sola mención expresa, por lo menos que sea absolutamente clara en el Código Penal argentino, ni siquiera sobre el problema de la suposición errónea de los presupuestos objetivos del estado de necesidad disculpante (para mencionar el caso posiblemente menos complejo). Solución, como luego veremos, que sí está prevista de manera expresa, por ejemplo, en el Código Penal alemán.

Pero, incluso, para quien hubiera pensado por unos segundos que había alguna chance de echar mano a las reglamentaciones, estas sí expresas, de algún tipo de error de prohibición, la desilusión debió ser inmediata en el marco de la legislación penal argentina: incluso este tipo de errores no manifiesta su recepción normativa de modo absolutamente claro, de hecho todavía subsisten los ecos de los debates producidos en la década de los años 70 y 80 sobre la relación entre las teorías del error propias de los modelos clásicos, neoclásicos y finalistas, y el edificio legislativo vigente.⁵ Claro que nada hay que reprochar a un legislador que hace su tarea en los primeros 20 años del siglo XX y que no ha podido utilizar un lenguaje que estéticamente recuerde en forma inmediata a un tipo de clasificación de los errores que solo vio la luz en la ciencia y jurisprudencia alemana de mediados de ese siglo.

En los últimos años se ha afirmado: “Al igual que con el error sobre las causas de justificación, aquí también hay que distinguir tres casos. La creencia de que concurre una causa de exculpación no reconocida por el Derecho Penal (error sobre su existencia) tiene tan poca influencia sobre la culpabilidad del autor como la ampliación errónea de sus márgenes (error sobre sus límites), pues solo el legislador puede decidir en qué casos no cabe formular un reproche culpabilístico en atención a una reducción sustancial del

⁵ Ver, por todos, “Relatividad de las teorías del error” (Sancinetti, 1990: 1 y ss.).

contenido de injusto y de culpabilidad del hecho” (Jescheck-Weigend, 2002: 545).

Es posible que exista algo de razón en la aniquilación de cualquier poder eximente en aquellos comportamientos que se han motivado en la posible ventaja punitiva que significa la eventual existencia (no comprobada) de una circunstancia de inexigibilidad (lo que en el ámbito de la consciencia de la antijuridicidad, se denomina normalmente —aunque de modo errático— error directo). No es seguro que el imputado-autor tenga derecho a hacer prevalecer sus propias consideraciones de política criminal, por sobre las que decide el propio Estado. Ello posiblemente quitaría capacidad al Estado de establecer esas prioridades político-criminales a favor de la comunidad.

En la base de este tipo de decisiones se encuentra una consideración de fuerte tinte político-institucional sobre los contornos que el Estado pretende darle a la intervención del Derecho Penal, y es por ello que parece poco probable que se pueda justificar el efecto exculpante de las consideraciones meramente individuales sobre los límites debidos, desde una óptica divergente, pero no ejecutados, desde la óptica institucional. Como afirma Claus Roxin, “tal tolerancia no es un sobreentendido y tampoco es practicada por todos los ordenamientos jurídicos” (2004: 148).

A pesar de que los argumentos y los sistemas no están suficientemente generalizados, otra es la visión que se tiene frente al error sobre las condiciones objetivas de la exigibilidad. Aquí la tendencia a la recepción con consecuencias de este tipo de error, por lo menos en los supuestos de inevitabilidad, se encuentra difundida hasta el punto posiblemente de ser opinión dominante.

Según Jescheck: “Relevante es, por el contrario, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación reconocida legalmente. Tal y como evidencia la regulación del error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante, no se trata aquí ni de un error de tipo ni de prohibición, sino de un error sui generis” (2002: 545).

Con esta expresión es posible que lo único que pretenda afirmar Jescheck sea que se trata de un error para el cual el modelo sistemático dominante no había previsto un lugar operativo claro; sin embargo no existe en ella un demérito acerca de la necesidad de reconocer consecuencias en la reducción de la pena.

En el mismo sentido se han expresado Zaffaroni-Alagia-Slokar: “Cuando el agente supone falsamente la existencia de una situación de necesidad exculpante (la llamada necesidad exculpante putativa), el error excluye la culpabilidad. En la falsa suposición, el

autor sufre una coacción psíquica idéntica a la que correspondería a la existencia real de la situación de inculpabilidad. Real o falsa la situación, su autodeterminación se halla comprometida psíquicamente con motivo del error invencible sobre las circunstancias. En caso de vencibilidad del error sobre la situación de necesidad, no desaparece la exigibilidad, debiéndose tener en cuenta a los efectos de la pena para considerarlo un supuesto menor de culpabilidad. No se trata de un error de prohibición, pero se resuelve conforme a sus reglas” (1986: 587; 2000: 752).

Este argumento tiene sin duda alguna, fuerza de convicción. Quien se cree en la propia circunstancia de inexigibilidad que planificó el legislador o que se ha desarrollado, a través de una jurisprudencia constante, como eximente extralegal de modo pretoriano (por lo menos esa es la historia en el Derecho Penal argentino), posee una reducción de la libertad de elegir entre lo correcto y lo incorrecto, como si no hubiera ningún error sobre las circunstancias fácticas de la no punibilidad. Si la culpabilidad remite a un poder en lugar de ello, en el que prima la posibilidad de libre determinación, el mismo déficit o uno análogo se presenta en este tipo de casos. Por lo menos frente a errores no reprochables, inevitables o invencibles.

En opinión de Roxin, “para el tratamiento jurídico del error sobre circunstancias exculpantes existen tres modelos imaginables, los cuales también han encontrado seguidores en Alemania.

Según la primera solución, el autor bajo error debe ser tratado como si existiera de verdad la situación de necesidad que él ha supuesto; luego, debería exculparse. Esto se apoya en la idea de que el autor es exculpado debido a la presión psicológica bajo la cual actúa. Pero esta presión psicológica es tan igual en el peligro para la vida meramente imaginada que en la real. La segunda solución, que también defendió anteriormente el Tribunal Federal alemán, trata el error sobre circunstancias exculpantes de la misma manera como lo hace la doctrina dominante en caso de un error sobre circunstancias justificantes. O sea, excluye el dolo y pena eventualmente por un hecho imprudente (hay que aclarar que el autor se refiere a la teoría de la culpabilidad limitada). Finalmente, la tercera solución trata este error según el modelo que también es empleado en la regulación del error de prohibición: el error exculpa solamente en caso de su invencibilidad; pero si es vencible, el autor será reprimido con una pena de dolo atenuada” (1997: 149).

Es preciso tener en cuenta que en verdad, salvo la última de las opciones, las posibilidades son situaciones reflejas de los tratamientos que le brindaron hasta ahora al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (el llamado error indirecto de prohibición) las dos versiones de la teoría de la culpabilidad (limitada y estricta).

Nuestro Código Penal no ofrece una solución expresa, como era de esperar, teniendo en cuenta que ya el problema del error de prohibición ha sido receptado, en el mejor de los casos, de forma muy errática.

El dilema debe resolverse teniendo en cuenta, en primer lugar, si hay buenas o malas razones para pensar que la situación de necesidad que solo sucede en la cabeza del autor debe considerarse como si se hubiera producido de modo real. Para quien solo se trate, en los casos en los cuales se presentan los presupuestos objetivos, por ejemplo, del estado de necesidad exculpante, de una situación en la cual se ha tomado en cuenta cierta tolerancia sobre el sujeto sometido a ese conflicto y no de evaluar la presión psicológica que el sujeto activo vive en el momento del hecho, habrá de rechazarse esa posibilidad de equiparación. Según Roxin, “esa tolerancia presupone que realmente haya existido tal inevitable situación de necesidad. Iría demasiado lejos y no encontraría comprensión en la población que la liberación de pena sea otorgada ya en caso de un peligro imaginario. Y es que aquí tiene mayor peso la necesidad de proteger penalmente al perjudicado” (1997: 150).

Sin embargo, ello puede ser relativizado. No hay ninguna posibilidad de oponerse a que las situaciones reales presenten aristas que no se verifican en las imaginarias. Eso pasa siempre. En el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como la legítima defensa también el autor imagina un temible agresor que no es visible a los ojos de terceros, y aquí nadie se sorprendería, por lo menos el jurista, de la decisión de no punibilidad. Al contrario uno puede pensar que en el nivel de las decisiones de pena que operan en la categoría de la punibilidad o inexibilidad, junto con la mayor debilidad ética de la decisión estatal, hay una menor focalización del haz de argumentos, por ejemplo, si uno compara con otras eximentes (estado de necesidad justificante) que, justamente, permitirían extender el paño de la tolerancia con mayor fluidez.

Ahora bien, por su lado, Helmuth Frister refiere que en estos casos se trata de un “error sobre el tipo exculpante”. Más allá de si es pertinente utilizar el concepto “tipo” para la categoría de la punibilidad, él afirma que “el autor se ha representado circunstancias que si se hubieran dado lo habrían exculpado”, conforme al parágrafo 35, I; StGB. ⁶ El error sobre el tipo exculpante

⁶ § 35. Estado de necesidad disculpante

(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

es un error de estructura comparable al error sobre el tipo permisivo, pero tiene consecuencias jurídicas distintas, en razón de la regulación —cuestionable desde el punto de vista de la política jurídica— del parágrafo 35, II, StGB.

Aunque el dolo del autor, en caso de que exista un error sobre el tipo exculpante, no está dirigido a decidirse de manera distinta a lo que el ordenamiento jurídico exige de él como afecto personal, tal error, al igual que el error de prohibición, excluye la punición aun por un delito doloso, solo si el autor no pudo evitar el error (parágrafo 35, II, 1era. oración, StGB). En caso de evitabilidad del error, está prevista solamente una atenuación de la pena, la cual, sin embargo —en esa medida a diferencia de lo que ocurre en caso de error de prohibición—, no queda deparada a la discreción del tribunal, sino que debe hacerse siempre (parágrafo 35, II, 2da oración, StGB).⁷

Sin embargo, como bien lo recuerda Frister, el StGB sólo regula la suposición errónea de circunstancias objetivas exculpantes, pero no el error sobre la norma exclupatoria en sí misma. Según la opinión completamente dominante, sería un error irrelevante aun cuando fuera inevitable.⁸

Para Frister, esto “es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. Si el autor efectivamente no pudo reconocer que el ordenamiento jurídico exige también de él como afectado personal una decisión diferente, no puede ser objeto de un reproche de culpabilidad, del mismo modo que en el caso de que exista un error de prohibición inevitable. Por ello, dice Frister, debe ser aplicada analógicamente la regulación del parágrafo 17 StGB.”⁹ Aquí Frister se aleja de la opinión dominante y brinda una línea argumental que nos permite ampliar los casos de errores admisibles más allá del tradicional indirecto inevitable.

En nuestro país, para Donna, “la cuestión es difícil, ya que no se trata de un error sobre la ilicitud o desaprobación jurídica del acto, pues en los casos de exclusión de la exigibilidad la conducta sigue siendo antijurídica. La equivocada suposición de los presupuestos objetivos de la causa de no exigibilidad disminuye o excluye la culpabilidad del autor dado que afecta sus posibilidades de

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces solo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.

⁷ Página 398.

⁸ Ver, en este sentido, por todos, Wessels/ Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, C.F. Müller, 2011, parágrafo 11, 490 (pág. 184). En el mismo sentido mayoritario, Murmann, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, Verlag C H Beck, 2011, parágrafo 26, 75 (página 287).

⁹ § 17. Error de prohibición.

Si le falta al autor en la comisión de un hecho la comprensión de lo injusto de su actuar, entonces actúa sin culpa si el no pudo evitar ese error. Si el autor pudo evitar el error, entonces puede atenuarse la pena conforme al § 49, inciso 1.

motivarse adecuadamente en la norma. Ello así, lo más adecuado es aplicar —para estos supuestos— el régimen del error sobre la prohibición” (2008: 321).

Aquí, Donna parece inclinarse (ante el silencio vinculado con los errores “directos”) por la relevancia solo del error sobre los presupuestos objetivos. Aunque en verdad la remisión al régimen de los errores de prohibición debe ser entendida como una remisión al tratamiento científico del problema, que, a no dudarlo ha otorgado relevancia a los tres casos de error (sobre los hechos, sobre la norma permisiva y sobre la norma prohibitiva).

Por ello quizá falten razones para reducir la analogía solo al caso del error sobre los presupuestos objetivos de la eximente.

Ello, como luego veremos, dejará las cosas un poco más cerca de la línea argumental que expondremos más adelante y que remite a un punto de partida constitucional.

IV. EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y ERROR ¹⁰

Otro de los problemas que requiere un mayor análisis se relaciona con los casos de “error sobre las circunstancias objetivas de no punibilidad”, es decir, los yerros que el autor pueda tener sobre la existencia o no de circunstancias como las excusas absolutorias o condiciones objetivas de la punibilidad que operan en esta última categoría.

Como venimos observando, ha sido imposible hasta este momento el logro del más mínimo acuerdo sobre los datos relevantes de las últimas eximentes del sistema (excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad) y son mucho más importantes los interrogantes que las respuestas. Se tiene la sensación de que, en verdad, todo lo que había que analizar con profundidad en el sistema de imputación, concluía en la confirmación de la culpabilidad.

Por lo menos en apariencia, el último nivel del edificio sistemático de la teoría del delito ha funcionado verdaderamente como un “cajón de sastre”, sin un rol político criminal definido en forma precisa, en el cual se ha colocado todo aquello que no reconocía un origen vinculable a las eximentes que operaban en niveles sistemáticos anteriores y más tradicionales. A esas confusiones propias de la categoría de la punibilidad se le ha sumado la falta de precisión a la hora de distinguir entre condiciones de la pena y condiciones de la perseguibilidad procesal.

¹⁰ Ver Bacigalupo, Enrique. El error sobre las excusas absolutorias. En Cuadernos del Política Criminal, número 6. Publicado en Bacigalupo, E. (2009: 589 y ss.).

Ha sido difícil reconducir a todas las condiciones objetivas de punibilidad y a la totalidad de las excusas absolutorias a un solo principio fundante o idea básica ordenadora.

Es inevitable observar cierta desconexión entre cada una de las eximentes, que, ello es más o menos claro, reflejan una idea político-criminal individual y autónoma. Aunque también es preciso reconocer que en otros niveles sistemáticos no ha sido fácil reconducir la totalidad de las estructuras normativas eximentes a un principio general. Sin ir más lejos, conviene que recordemos los permanentes fracasos a la hora de encontrar aquel principio que explicara la totalidad de las causas de justificación; ni la idea del interés preponderante, ni el mismo concepto de la ausencia de interés han podido vencer las diferencias fundamentales que ostentan ese tipo de permisos.

Pero, en verdad, el problema no ha residido principalmente en las dificultades normativas de la categoría en sí misma, sino en la notable ausencia de preocupación de la ciencia penal que ha trabajado temas de dogmática penal en las últimas décadas. Es realmente poco lo que se ha escrito sobre los elementos que constituyen la última categoría del sistema del hecho punible y lo que se ha reflexionado sobre el alcance normativo y efectos de cada una de estas circunstancias.

En principio, podemos afirmar que en la categoría de la punibilidad se definen, con una fuerte influencia de consideraciones previas de la más pura política criminal, por un lado, el sí o el no de la pena, manifestados en la exigencia de condiciones objetivas de punibilidad o en la presencia de excusas absolutorias, y, por el otro lado, en esta categoría, el sistema del hecho punible debe resolver sobre la cantidad de pena correspondiente al caso individual dentro de la orientación que brinda el marco previsto legislativamente en un sistema de penas relativas.

Hoy es bastante claro que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias,¹¹ más allá de ulteriores precisiones, solo difieren en la formulación negativa o positiva de la condición de pura política criminal que el legislador ha definido como requisito de la decisión punitiva. En el caso de la condición objetiva de la punibilidad, se trata de que esa instancia debe verificarse para habilitar las compuertas de la última decisión sobre la pena.

Por otro lado, en el caso de las excusas absolutorias, se trata de que en ocasiones el legislador prevé circunstancias en el marco de las cuales, de verificarse, la pena pierde justificación político-criminal (como sucede con la previsión de ciertas situaciones familiares en el marco de los delitos contra la propiedad).

¹¹ Para un estudio introductorio de conjunto ver Higuera Guímera (1993).

Últimamente se ha afirmado que las “excusas absolutorias son aquellas circunstancias que excluyen la punibilidad sin afectar ni lo ilícito ni la culpabilidad. En general, se sostiene que las excusas absolutorias tienen muy diversos fundamentos, pero que todos ellos tienen carácter extrapenal y de naturaleza político-jurídica. Así, se sostiene que la excusa absolutoria prevista para los próximos parientes en ciertos delitos contra el patrimonio o la propiedad (art. 268, C.P. español) tiene su razón de ser en intereses de carácter familiar que aconsejarían una retirada del Derecho Penal, a pesar de que la ilicitud y la culpabilidad del hecho no hayan sufrido merma alguna.

Este punto de vista ha sido puesto en duda, toda vez que las causas de justificación y las que excluyen la culpabilidad también provienen del Derecho Positivo y tienen, por lo tanto, una naturaleza político-jurídica: actúan en los casos en los que la aplicación de una pena resultaría injustificada por razones político-jurídicas, es decir, por su inconsecuencia con los fundamentos que legitiman la pena. Dicho de otra manera: también en la legítima defensa, por ejemplo, se renuncia a la pena por ser incompatible su aplicación con la idea central que legitima la pena” (Bacigalupo, 1983: 220).

Sin embargo, es posible pensar que el argumento de Bacigalupo merece un análisis adicional. En efecto, es cierto que ambos tipos de eximentes, las que operan en el ámbito de la justificación, por ejemplo, y las que tienen su lugar en la punibilidad, manifiestan cierta inconsecuencia con los fines de justificación de la sanción estatal. La diferencia y el argumento distintivo no podrían ser obtenidos de este punto de partida, pero ello porque la justificación de la pena nunca ha sido un lugar demasiado productiva para obtener precisiones en el sistema del hecho punible. Sin embargo, desde el punto de vista político-criminal es bastante claro que en los casos de justificación se trata de una decisión de extremo sentido común, en el marco de un conflicto anticipado por el legislador, conflicto que se resuelve hacia el lado de mayor respeto a ciertas reglas económicas de administración de los bienes y riesgos en juego.

La acción justificada es preferible en términos objetivos, a partir de una racionalidad que, para exponerse como de toda evidencia, ni siquiera requiere acudir a una evaluación de los fines del Derecho Penal. Este diagnóstico, sin duda, no puede verificarse del mismo modo en los casos de excusas absolutorias y condiciones objetivas de la punibilidad. En la justificación se trata de la defensa del interés de mayor trascendencia y en ese sentido, la acción que lo defiende implica un comportamiento valorado positivamente en términos objetivos. De allí que incluso, sobre la base de argumentos de todos modos discutibles, se ha pretendido que la justificación tenga efectos que trascienden del Derecho Penal.

Aún más: que las causas de justificación implican una ecuación de máxima racionalidad queda demostrado en que, en verdad, es posible pensar que este tipo de eximentes no requiere ni siquiera el tipo subjetivo del autor para que este se beneficie. El permiso refleja una ecuación de justificación económicamente objetiva, en el marco de la cual el legislador expresa la opción preferible, preferencia que no depende del conocimiento del autor. Incluso es posible que se trate de normas que no se encuentran estructuradas sobre la base del destinatario individual —el autor—, sino sobre la base del destinatario institucional —el juez o intérprete—. El legislador manifiesta su ecuación al intérprete y ese mensaje no se debilitaría ni se interrumpiría, por el desconocimiento del autor del hecho. Por ejemplo, la evitación del mal mayor, aun a costa del mal menor, sigue siendo compatible con la ecuación de preferencia legislativa, aun si esa fórmula presente en el caso de costo-beneficio es desconocida por el agente.

Es decir, parece bien discutible que si fuera posible adelantar ese escenario de evaluación, el legislador prefiera que el sujeto no ejecute la realización de un mal menor que evitaría un mal mayor, aun cuando se sepa que el sujeto en ningún caso tendrá conocimiento del dilema.

En nuestro Derecho Positivo hay algunos ejemplos de excusas absolutorias y de condiciones objetivas de punibilidad que el legislador ha elegido para condicionar la reacción estatal.

Ejemplo de una clara condición objetiva de punibilidad es la que estipula la ley penal tributaria (24.769), referida al monto de la evasión tributaria investigada (p. ej., art. 1º). Se trata de una decisión que solo pretende reservar el sistema penal para aquellos casos de mayor trascendencia económica.

Por otro lado, es posible encontrar una verdadera excusa absolutoria en el art. 115 del C.P.: “Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes”.

Por otro lado, como también hemos mencionado, se regula una excusa absolutoria en el art. 185, en el ámbito de los delitos contra la propiedad: “Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en la línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior no es aplicable a los extraños que participen del delito”.

De este modo, el legislador retrae la intervención del Derecho Penal, frente a conductas que de todos modos serían reprochables, cuando el conflicto es propio del mundo interno del funcionamiento familiar.

Otra clara excusa absolutoria se encuentra regulada en el art. 277, inc. 4° del C.P.: “Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud”.

Nuevamente, se trata de consideraciones de los efectos nocivos de la intervención del Derecho Penal en situaciones en las cuales se coloca al ciudadano en un contexto, muy similar a la denominada no exigibilidad.

La técnica legislativa del delito imprudente, en nuestro sistema normativo, ostenta al propio resultado como condición objetiva de la punibilidad: ante dos acciones imprudentes que de modo similar han creado un riesgo jurídico penalmente relevante y han violado de modo igualmente claro el deber objetivo de cuidado, lesionando una norma reglamentaria en el escenario normativo del tipo de actividad desplegada, solo tiene castigo jurídico-penal aquella a la cual le puede ser imputado el resultado.

Es hoy algo bastante claro que incluso la última dimensión, aquella que se refiere a la cantidad última de la pena atribuida al hecho, debe remitirse a esta categoría sistemática como un verdadero problema de dogmática penal absolutamente derivado del sistema de imputación que se expresa en los niveles anteriores del sistema del hecho punible. La decisión sobre la determinación judicial de la pena, incluso en el sistema bastante amplio que han receptado los arts. 40 y 41 del C.P., no debe entenderse como desvinculada del sistema total de imputación que se verifica de modo más tradicional en el desarrollo de la teoría del delito hasta la categoría de la culpabilidad.

Las otras eximentes, de índole político-criminal similar, como acabamos de afirmar, solo que formuladas con estrategias lingüísticas diversas, representan evaluaciones legislativas de innecesariedad de la sanción penal, más allá de que nunca implican una valoración positiva del hecho.

A estos dos tipos de consideraciones hay que sumar, como ya hemos analizado en este ámbito, los casos de inexigibilidad y los supuestos de coacción. Ello si no se opta, como ha sucedido con una parte importante de la doctrina, por construir una categoría intermedia entre justificación y culpabilidad, la denominada

atribuibilidad o responsabilidad por el hecho, en la cual se incluyan los casos mencionados, con la ventaja adicional, y resaltable, de que, incluso en el marco de la teoría de la accesoriedad interna limitada, estas eximentes, una vez verificadas en el autor principal, pueden ser trasladadas a los partícipes.

Ahora, nuevamente, ¿cómo deber ser tratados los casos de desconexión subjetiva entre la creencia errónea del sujeto de que concurre una excusa absolutoria contemporánea al hecho y la ausencia de ese dato en la realidad? ¿Qué efecto debe tener el error sobre estas excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad?

Como es conocido, la obra *Delito y punibilidad*, importante investigación que sirvió para la obtención del segundo doctorado (esta vez en Madrid, en la Universidad Complutense), significó una primera gran culminación de ciertas preocupaciones que había manifestado Bacigalupo en su intensa actividad académica. En esa obra hay que destacar, sobre todo, un viaje muy atractivo entre cierto cambio en el método empleado (por lo menos en lo que respecta al mundo jurídico argentino, y quizá también hispano) por un lado y en un extremo, y la verificación de importantes consecuencias en lo que respecta al sí o no de la pena, por otro, en el otro extremo.

¿Por qué es posible afirmar este camino entre los fundamentos y las consecuencias en esa obra? Y ¿por qué ello es digno de mención?

Veamos. Las conclusiones de Bacigalupo solo pueden ser entendidas con claridad si se toma en cuenta el lugar del cual parte su análisis: para este objetivo es crucial recordar el camino que despliega en la tantas veces alabada introducción metodológica que inicia su investigación.

Bacigalupo parte por ocuparse de la descripción usual (por lo menos en ese momento) del método dogmático, que siempre había presentado su actividad como regida por un sistema de lógica deductiva en donde la ley cumple la función exclusiva y excluyente de ser la premisa mayor de la cual hay que deducir todo lo necesario para la respuesta por la punibilidad. Como bien lo interpreta Bacigalupo, “no cabe duda... que tales puntos de vista se basan en la convicción de que la dogmática penal logra sus resultados independientemente del arbitrio personal del intérprete, es decir, de sus decisiones personales” (1983: 24).

Pero, como el mismo Bacigalupo lo pone de relieve, si uno se ajusta a este programa científico, como el que inspiró los trabajos de Von Liszt, “nadie podría obtener ninguna de las teorías jurídicas que el propio Liszt formuló. Como descripción del comportamiento científico de los juristas del Derecho Penal, la imagen que surge de

los criterios enunciados es, por lo menos, incompleta. Como normas metodológicas a las que deberían someterse los dogmáticos del Derecho Penal en la elaboración de sus teorías, tales procedimientos carecen de la fuerza explicativa necesaria, pues no expresan el grado de complejidad que en verdad tienen las teorías dogmático- penales” (1983: 25).

Por ello, demostrada la falsedad de este modelo, la investigación de Bacigalupo se propone estudiar en primer lugar los fundamentos y la naturaleza de cierta toma de decisiones que, sin duda, son previas al encadenamiento argumental meramente normativo. Se trata de descubrir los “elementos ajenos a la deducción que no pueden ser sino decisiones del intérprete compatibles con la idea fundamental contenida en la premisa mayor” (1983: 42).

En este sentido, se transforma en un elemento trascendente, en el desarrollo de la investigación, la sistematización de las diferentes relaciones entre los fundamentos (relativo o absoluto) de la pena y los modelos sistemáticos vigentes en el ámbito de las concepciones sobre la categoría de la punibilidad. Como bien lo aclara el propio Bacigalupo, el grado de desarrollo sistemático del injusto culpable alcanzó rápidamente un desarrollo sorprendente; sin embargo, algo muy distinto y opuesto ocurrió con la categoría de la punibilidad.

Pero sobre todo en esa investigación se demuestra que la idea de que la conciencia de la punibilidad no debía ser considerada una condición de la pena provenía del modelo de teoría de las normas de Binding que, a su vez, tomaba como punto de partida una concepción absoluta en lo que refiere a la fundamentación de la pena. El problema, así visto, ¡estaba en Kant!

La recepción del tema en Von Liszt, quien sin embargo abrazaba una teoría preventiva, se mantuvo del mismo modo: también para Liszt la conciencia de la punibilidad no era una condición de la pena.

El valor de este camino investigativo reside en demostrar la necesidad del reconocimiento de una instancia, previa al sistema, de mayor contenido valorativo, y que cumple la función de comienzo de las cadenas argumentales. En este caso, le ha servido este procedimiento al autor argentino para apoyar su importante investigación sobre las relaciones entre ilícito culpable y punibilidad, aunque aquí debemos expresar un menor optimismo sobre si esos puntos de partida pueden y deben ser llenados por una determinada concepción de la pena.

En primer lugar, como la misma investigación de Bacigalupo lo demuestra, no se trata de conceptos que formulen senderos seguros y altamente confiables. Aquí no hay ninguna razón para desconocer que a cierta decisión sobre la pena es posible conectar con cierta

fluidez un punto de partida valorativo sobre el castigo; sin embargo, sí hay razones para desconfiar que ese camino sea el único posible o que a la misma decisión se pueda llegar con una concepción diversa sobre la justificación ética del castigo.

En segundo lugar, el acudir a la fundamentación de la pena trae aparejada una decisión difícil: la de no apoyar las decisiones externas del sistema en el mundo normativo, o por lo menos no hacerlo con certeza de ese reconocimiento. Por lo menos en la legislación argentina sería sumamente arriesgado afirmar que el sistema normativo ha optado por aquella o por esta función de la pena estatal.

Sin embargo ello no dice nada en contra del camino recorrido por el autor argentino: es francamente posible que las razones para que la evolución (o no evolución) del error sobre la punibilidad se haya dado de ese modo estén justamente donde él cree verlas. La pregunta que queda por responder remite al punto inicial del camino que ahora hay que recorrer.

Hay buenas razones para pensar que todavía es posible acudir a la sistemática normativa interna para resolver un buen número de problemas dogmáticos.

Hace relativamente poco tiempo se ha afirmado que la expresión criminalidad del inc. 1° del art. 34 debe entenderse abarcando la posibilidad de pena o punibilidad, derivada de la existencia de causas coetáneas a la acción que obstan legalmente a ellas.¹² Debe quedar claro que por error sobre la punibilidad se entiende aquí el error sobre causas personales de exclusión de ésta, que la doctrina tradicional llama error sobre las excusas absolutorias, es decir, la falsa suposición de una causa personal de exclusión de la punibilidad, sea porque el sujeto cree que están dados los supuestos fácticos o jurídicos de una de ellas, o porque suponga que lo ampara una causa personal de exclusión de la punibilidad que no está prevista en la ley (o porque entiende una prevista en la ley con alcance diferente y más amplio que el realmente establecido)” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2000: 579).

Más allá de las idas y vueltas que ha experimentado la ciencia penal argentina sobre el alcance regulador de la primer parte del artículo 34 del Código Penal, ante una regulación de invocaciones tan débiles a nuestro problema central no se deben abrir tantas esperanzas. Algo distinto sucede en legislaciones más modernas en las que el hallazgo de la norma que recepta el problema se transforma casi en el fin del camino. En este caso el hallazgo es más o menos superfluo teniendo en cuenta que, de hecho, la expresión

¹² Sobre el cambio de opinión en este punto del profesor argentino, ver Sancinetti (1990: 47 y ss).

criminalidad de hecho padece de un tal alto grado de ambigüedad que sin duda permite una interpretación como la sugerida (y muchas otras). Sin un argumento o de mayor peso normativo o de mayor peso axiológico, la solución presenta una estabilidad muy débil.

Según Zaffaroni, “los errores exculpantes especiales son dos: (a) los que recaen sobre la situación objetiva de necesidad exculpante (falsa suposición de una situación objetiva de necesidad exculpante) y (b) los referidos a causas personales de exclusión de la punibilidad (falsa suposición de causas de exclusión de la punibilidad). Aquí se tratará el segundo, o sea, el error sobre las causas personales de exclusión de la punibilidad, también llamado error sobre la punibilidad” (2000).

“...Al igual que en otros casos, poco importa que se trate de un error juris o de un error facti, pues es igualmente relevante el error invencible de derecho que le hace suponer a alguien que existe una causa de exclusión de la punibilidad que la ley no reconoce o que no lo hace con la amplitud que el agente cree que tiene, o el error de hecho que hace que el agente suponga que se halla en otro territorio o que aún no cumplió los dieciséis años de edad o que el sujeto pasivo es su ascendiente” (2000: 740).

La conclusión del profesor argentino es correcta y, naturalmente, coincidimos con ella, solo que el argumento sobre el cual se pretende apoyar la conclusión es circular o solo aparente. Uno puede estar de acuerdo con que no debe importar que el error sea facti o iuris, pero ello no puede ser sostenido meramente con la afirmación dogmática de que la distinción es irrelevante. Todavía falta demostrar cuál es la razón por la cual podemos afirmar esta irrelevancia.

Zaffaroni continúa afirmando que “debe precisarse también que el error de punibilidad relevante se refiere solo al que recae sobre las causas que la excluyen y en ningún caso sobre las que la cancelan, porque las primeras son coetáneas a la realización de la conducta típica y antijurídica, en tanto que las cancelantes son sobrevinientes. Quien supone falsamente la existencia de una causa de cancelación de la punibilidad de la que podría hacer uso en el futuro mediante cierto acto u omisión, no ignora la criminalidad de su acción en el momento de realizarla sino que solo supone que podrá cancelarla en el futuro. Por tanto, es inadmisibles el error acerca de causas personales de cancelación de la punibilidad, por lo cual no sería relevante el error de quien creyese que pudiendo casarse con la ofendida de lesiones graves se extinguiría la acción penal” (2000).

Ahora bien, nuevamente aquí habrá acuerdo en la conclusión: el error sobre las excusas absolutorias post facto no tiene relevancia

alguna para obstaculizar la punibilidad. El problema es que no se acierta en el argumento, por lo menos a nuestro juicio: la razón principal por la cual este error es irrelevante es que, justamente, ¡no se trata de un error! Una apreciación divergente sobre hechos del futuro difícilmente puede ser considerado un error. Si un error es una “idea o expresión no conforme a la verdad” (Moliner, 1998: 1214.), entonces será difícil poder observarlo en casos en los cuales hay desconexión temporal entre el escenario de la creencia (primero) y el escenario “objetivo” de la verdad (segundo).

Según Zaffaroni, “el error relevante, pues, se limita a las llamadas tradicionalmente excusas absolutorias, o sea a circunstancias que, estando objetivamente presentes al momento de la realización de la acción, no excluyen la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad del acto, sino solo la punibilidad”. Si bien es cierto que basta con su existencia objetiva para eliminar la punibilidad, sin que importe que el agente las haya ignorado, se ha derivado, por una mera cuestión de pretendida simetría dogmática, que también es irrelevante que el agente las haya supuesto falsamente, o sea, que le haya sido inexigible en la situación concreta el conocimiento de la punibilidad. Tal es el criterio de la doctrina alemana dominante, que niega relevancia a este género de error a su respecto. Solo opiniones aisladas en la doctrina alemana sostuvieron que si bien la mera situación objetiva liberaba de pena, el desconocimiento de las circunstancias que la fundaban surtía el mismo efecto.

Por las razones que se han señalado oportunamente, la expresión “criminalidad” abarca las causas personales de exclusión de la punibilidad, cuya existencia corresponde analizar fuera de la teoría del delito, lo que pareciera generar una asimetría sistemática al considerar el error por falsa suposición de estas como excluyente de la culpabilidad: la asimetría radicaría en que la falsa suposición de circunstancias que aún no se han constatado excluye la culpabilidad. Sin embargo, la señalada asimetría es aparente: lo que excluye la culpabilidad es que el agente no haya podido saber que su conducta estaba conminada con pena, que es el único caso que interesa a la culpabilidad” (2000).

Ya hace más de 20 años, Sancinetti intentó dar una respuesta de Derecho Positivo a este interrogante. Este autor ha creído que el art. 34 inc. 1 del Código Penal argentino permite incluir y considerar receptado el efecto excusante de todo error inevitable sobre el carácter impune del hecho ejecutado (1990: 75).

Según las propias afirmaciones de Sancinetti, habría sido Armin Kaufmann quien instaló la idea de que, en el marco de esa norma, el conocimiento de la criminalidad puede no agotarse (solo eso) en el conocimiento potencial de la antijuridicidad.

Pero claro, el mismo Sancinetti recuerda que una definición sobre esto dependerá en definitiva de la razonabilidad del postulado

teórico que afirma que la conciencia de la amenaza penal “debe” ser siempre irrelevante.

Ahora bien, como luego veremos, es posible que se le esté pidiendo demasiado rendimiento a la expresión “criminalidad” del art. 34 inc.1, solo a efectos de solucionar este trance dogmático, pero, aun cuando esta extensión semántica fuera admisible, solo tendríamos a favor de una cuestión tan trascendente como es el reconocimiento del error sobre la punibilidad, un argumento tan débil como lo es una determinada, y nunca unívoca, interpretación sobre el alcance de una clausura de la parte general. Si de esto dependiera la vigencia del error de punibilidad, se trataría de una inestabilidad muy deprimente.

Como veremos, si hay razones para pensar que el problema depende de las consecuencias que se extraigan del principio de legalidad, el escenario tiene una vitalidad muy distinta.

Ahora bien, al momento de plantearse el interrogante referido a la posibilidad de que la conciencia de la punibilidad se transforme en un obstáculo adicional para la aplicación de una pena legítima, Bacigalupo afirma: “Si queremos formular el primero de los interrogantes de una manera positiva habrá que preguntarse por la relevancia de la conciencia de la punibilidad entre las condiciones que deben cumplirse para la legitimación de la sanción de un hecho determinado. Como hemos visto en el curso de la investigación, esta problemática tiene que ver con el origen histórico de las formulaciones hoy dominantes del principio de culpabilidad. Estas están dominadas por la idea —que hoy ya ni se menciona— de que tomar en cuenta la motivación del ser humano por el temor a la amenaza de la pena, como fundamento de la responsabilidad penal, sería lesivo de la dignidad de la persona o de su “honor y libertad”. Si la conclusión a la que se llega demuestra que tal lesión no existe, quienes sostienen que la pena se fundamenta en la culpabilidad no estarían por ello obligados a abandonar su fundamentación, sino simplemente a redefinir el principio de culpabilidad. Se trata, en todo caso, de la remoción de un obstáculo más tradicional que conceptual” (2009: 192).

Desde el punto de vista de las teorías absolutas, el profesor argentino afirma: “Bajo estas condiciones no parece sostenible afirmar que la pena deba aplicarse sin tener en consideración el conocimiento de la amenaza penal, porque de esta manera se respetaría al hombre en su 'honor y libertad'. En realidad, proceder de esa manera implicaría más que respeto, lesión de la dignidad humana, ya que no sería sino obligar al ciudadano a compartir íntimamente aquello que el Estado considera como valores elementales de la vida en común. Solo de esta manera, es decir, obligando al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado

piensa sobre los valores elementales de la vida en común, podría justificarse un deber emergente del orden jurídico en forma 'pura', o sea, sin referirlo a la existencia de amenazas penales. Pero si además de las circunstancias de que tal obligación sería difícilmente compatible con los imperativos constitucionales que protegen la dignidad de la persona humana, se toma en cuenta que 'la selección de comportamientos estigmatizados como desviados tiene lugar en base a criterios poco claros, tanto como la selección de las personas a las que el comportamiento desviado convierte en objeto de pena', parece no quedar ningún punto de apoyo para sostener que el Derecho Penal debe renunciar a considerar al conocimiento de la amenaza como presupuesto de la pena por respeto al honor y a la libertad de la persona. Sobre todo, cuando 'el Derecho Penal es cada vez menos claro' y esa falta de claridad obedece muy probablemente a las razones sociológicas que quedan apuntadas. En otras palabras, si se quiere respetar verdaderamente el honor y la libertad, es preciso que no se convierta en delincuente a quien se ha guiado por su intuición y esta no ha coincidido con la del Estado. Al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber solo se apoya en la conciencia del mismo o en la fuerza coactiva de una amenaza" (2009: 196).

Pero, bien observado, también el principio de legalidad puede brindarnos un punto de partida plausible, pues "el principio de legalidad es también una garantía para el ciudadano en tanto debe permitirle orientar sus acciones por medio de la ley. Este aspecto del principio de legalidad fue reconocido ya por Feuerbach, aunque al mismo tiempo neutralizado en sus efectos, pues Feuerbach sostuvo que el conocimiento de la amenaza debía presumirse" (Bacigalupo, 2009: 198).

Se afirma que "en la actualidad, el principio de legalidad resulta sensiblemente restringido en sus alcances, pues se lo define, por muchos autores, a partir del principio de culpabilidad. De esta manera se adopta un determinado contenido del principio de culpabilidad como condicionante de la amplitud del principio de legalidad. Sin duda, es correcto afirmar que "dado que el reproche de culpabilidad se basa en una decisión falsa, consciente o inconsciente, de realizar lo injusto específico de un tipo penal, la consecuencia necesaria es que, en el momento de la decisión, el tipo ya tiene que haber existido. Pero, como ya lo hemos apuntado, la amplitud del principio de legalidad se hace depender de la de otro principio, que a su vez requiere una definición y que puede tener un contenido más o menos amplio.

Parafraseando palabras de Mezger, el principio de culpabilidad puede ser tomado más o menos en serio. Mientras Mezger pensaba

que tomarlo verdaderamente en serio implicaba requerir el conocimiento de la punibilidad, hoy sostiene Grünwald que el punto de referencia del reproche de culpabilidad no es la ley penal, sino únicamente la prohibición de la acción correspondiente y que nadie ve como presupuestos de reproche de culpabilidad que el agente haya sabido o podido saber que la prohibición prevea además una amenaza penal” (Bacigalupo, 2009: 199).

El análisis de Bacigalupo tiene, a no dudarlo, un doble mérito, aunque requiere una aclaración. El primer mérito reside, justamente, en haber ofrecido como punto de partida de cadena argumental a una garantía constitucional, incluso a un principio del sistema internacional de protección de los derechos humanos, de la importancia del principio de legalidad. Esa decisión implica un camino lleno de consecuencias que, posiblemente, todavía haya que ir descubriendo desde el punto de vista sistemático.

El segundo mérito reside en resguardar al principio de legalidad de limitaciones nocivas. En verdad, como veremos, el principio de legalidad tiene un funcionamiento incluso autoexplicable en términos de filosofía política.

Sin embargo, es preciso aclarar que esta elección de punto de partida constitucional, según puedo verlo, no se debería llevar bien con un punto de partida que se base en alguna fundamentación metafísica de la pena. O se parte del sistema de garantías o se parte de la justificación de la pena; pero ambas cosas es difícil conjugarlas en el mismo modelo sistemático y, esto es lo importante, pueden llevar a consecuencias contradictorias.¹³

Ahora bien, la propuesta de Bacigalupo, que nos permite dar un argumento consistente a una visión amplia de la recepción del sistema de los errores sobre la culpabilidad y sobre la punibilidad, puede resistir a cualquier intento de reducción de su ámbito de aplicación por parte de una determinada lectura del principio de culpabilidad. Lo que queremos decir es que si se lo entiende bien, como garantía, al nullum crimen sine culpa, no hay razones para que del juego de estos principios surja una lesión al funcionamiento del ámbito de aplicabilidad del principio de legalidad.

Sin embargo, como veremos, Bacigalupo asegura el ámbito del principio de legalidad, transformando a este en el eje central del puntapié axiológico. En seguida retomaremos esta argumentación en sus propias palabras.

¹³ Es posible que la dogmática de la imputación penal pueda prescindir de una discusión como la que se ha expuesto en el debate sobre la justificación de la pena, que se ha mostrado como posiblemente incapaz de arribar a un punto satisfactorio y que, salvo en un pequeño porcentaje del sistema de determinación judicial de la pena, no ha mostrado efectos nítidos. Por otro lado, no es seguro que la elección por un punto de partida u otro desemboque en una oferta ampliada de argumentos para resolver, frente a un dilema teórico, sobre el sí de la pena o la magnitud de la reacción estatal.

Por ahora es posible ir concluyendo que la relación entre principio de legalidad¹⁴ y principio de culpabilidad puede en verdad servirnos mucho más que lo que parece apreciarse: todo lo que garantiza la esfera protectora del principio de legalidad debe estar incluido en la garantía subjetiva del principio de culpabilidad. De este modo, al ser bastante claro que las consecuencias punitivas y todas sus exigencias forman parte de aquello a lo que se refiere el principio de legalidad (en particular en lo que respecta al mandato de *lex praevia*), entonces los defectos que surgen cognitivos pero influyen en el proceso de motivación deben ser protegidos por propio imperio del principio de culpabilidad.

Según Stratenwerth, “se afirma que el conocimiento de la prohibición, la consciencia del ilícito, no exige ni el conocimiento de la punibilidad ni el conocimiento del precepto legal que contiene la prohibición. Esto es menos obvio de lo que pudiera parecer. En lo que se refiere a la consciencia de la punibilidad, se puede argumentar, ciertamente, que el autor tiene la posibilidad de doblegarse ante el ordenamiento jurídico con tal que conozca la norma jurídica de conducta como tal, independientemente de la conminación penal. Sin embargo, el conocimiento de la conminación de la pena, en ciertas circunstancias, es lo que transmite la consciencia del especial rango de una norma que no tenga relevancia ético-social inmediata, influyendo de tal modo al menos en la medida de la culpabilidad” (2005: 299).

Ahora bien, el argumento de Stratenwerth (Bacigalupo, 2009: 200), más allá de ser correcto en aquello que describe, presenta alguna contradicción, como afirma Bacigalupo: “Si la consciencia de la punibilidad no es elemento de la culpabilidad, mal puede influir en su medida. Pero además, si puede influir en su medida, esta influencia se debería ejercer no solo cuando el autor ignore la punibilidad, sino también cuando suponga erróneamente la no punibilidad” (2009: 200).

Sobre la base de este punto de partida, Bacigalupo cree que el análisis de Grünwald es falso: “El principio de culpabilidad no es una entidad fija e inamovible. El principio de culpabilidad requiere un contenido que no se expresa por sí mismo. A nuestro juicio, el problema central no es el de independizarse ambos principios, sino el de invertir la relación jerárquica entre ellos. Lo erróneo... está precisamente en ese punto: no es el principio de culpabilidad el que debe fundamentar el alcance del de legalidad, sino a la inversa. Será la culpabilidad la que recibirá su contenido del principio de legalidad: si este se refiere —como nadie lo niega— a las

¹⁴ Sobre las garantías derivadas de este principio, puede verse la pequeña y maravillosa obra de Mir Puig (2011: 72 y ss.)

consecuencias jurídicas, la culpabilidad debería tomar en cuenta la consciencia de la punibilidad” (2009: 199).

V. CONCLUSIÓN

Allí está, posiblemente, la llave para encontrar la solución al dilema planteado: todo aquello que viene alcanzado por el nullum crimen sine lege y sus consecuencias forma parte de la base valorativa a la cual el sujeto puede acudir en su proceso de motivación. ¿Qué diferencia esencial puede haber si el sujeto se motiva ya en la mera existencia de la norma imperativa, en la enérgica distribución de castigo o, por último, en cualquier última consideración de política criminal que cierra o abre definitivamente las compuertas de la reacción punitiva? Aquello que el legislador prevé normativamente y que, por el propio imperio de la garantía, forma parte del escenario que no puede modificar luego del hecho, también configura las referencias normativas del contexto motivacional.

De todo lo expuesto, pareciera que en gran parte de los errores sobre algunas condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias, incluso en supuestos de error sobre el tipo de reacción,¹⁵ está claro que el autor yerra sobre el carácter de relevancia normativa y jurídico-penal que posee la conducta y, en ese sentido, el proceso motivacional refleja un debilitamiento fuerte del escenario de libertad para elegir, con buenas razones, entre lo correcto y lo incorrecto —la infracción—. Por ello, la situación es básicamente similar a lo que sucede con aquellos errores de prohibición que influyen en el juicio de culpabilidad stricto sensu.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, E. (2009). Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho Penal europeo actual. En Bacigalupo, Enrique. Teoría y práctica del Derecho Penal. Tomo I (pp. 885 y ss.). Madrid: Marcial Pons.
- Bacigalupo E. (1983). Delito y punibilidad. Madrid: Civitas Ediciones.
- Donna, E. (2008). Derecho Penal. Parte General. Tomo IV, Teoría general del delito, III. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Higuera Guimera (1993). Las excusas absolutorias. Madrid: Marcial Pons.

¹⁵ Ahora bien, junto con los casos del error sobre las circunstancias objetivas de una eximente prevista legalmente, el eventual concepto “error de punibilidad” debiera englobar adicionalmente a los errores sobre el tipo y la magnitud de la pena y aquel que implica una suposición errónea de una norma excusante no prevista, no reconocida legalmente.

Jescheck-Weigend (2002). Tratado de Derecho Penal. Parte general. Trad. de la 5ª ed., renovada y ampliada, por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares.

Moliner M. (1998). Diccionario del uso del español. Tomo a-i. Madrid: Gredos.

Mir Puig, S. (2011). Bases Constitucionales del Derecho Penal. Madrid: Iustel.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte general. T. 1, trad. y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal. Madrid: Civitas, Madrid.

Roxin, C. (2004). Problemas actuales de dogmática penal. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Lima: ARA.

Sancinetti, M. (1990). Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino. Buenos aires: Hammurabi.

Stratenwerth, Günther (2005). Derecho Penal. Parte general. El hecho punible. Traducción de Marcelo Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, de la 4ª ed. alemana. Buenos Aires: Hammurabi.

Zaffaroni-Alagia-Slokar (1986). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni-Alagia-Slokar (2000). Derecho Penal. Parte general. 2da. Edición. Buenos Aires: Ediar.