

Sistemas penales comparados



Teoría del error



Alemania

Luis Emilio Rojas

LL.M. Universität Freiburg

I. ERROR DE TIPO (§ 16 StGB)

El párrafo 1 del § 16 StGB declara que obra sin dolo aquel que, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal. El *error de tipo* excluye, por tanto, la punibilidad por un injusto doloso, pero no impide el castigo a título de culpa.

1. Error sobre circunstancias que pertenecen explícitamente al tipo legal

En la medida que el § 16 párrafo 1 StGB alude a la falta de conocimiento (*Unkenntnis*), el error de tipo es concebido como *ausencia de una representación correcta*, no siendo necesaria la presencia de una representación incorrecta¹. En cambio, el párrafo 2 del mismo § 16 se refiere a la suposición errada de circunstancias privilegiadas, por ejemplo del tipo privilegiado de homicidio a petición (§ 216 en relación al tipo base de homicidio § 212 StGB)².

Tipo legal en el sentido del § 16 párr. 1 StGB es, en primer lugar, el tipo objetivo de los respectivos preceptos de la Parte Especial³. Para estos efectos, los elementos subjetivos del tipo *no* pertenecen al tipo legal, porque simplemente no tiene sentido hablar de un error sobre representaciones o intenciones⁴.

Circunstancias que pertenecen al tipo legal son *hechos*, no juicios de valor⁵. Estos hechos, a su vez, satisfacen elementos del tipo legal⁶. Estos elementos se clasifican en descriptivos y normativos. Los elementos descriptivos son aquellos cuya comprobación en general resulta de una percepción sensorial⁷; mientras que los elementos normativos son aquellos cuya verificación sólo puede efectuarse

mediante un proceso valorativo⁸. Esta diferenciación es criticada con razón, pues contradice un postulado elemental de la teoría del conocimiento que es que la percepción sin conceptos es ciega. Cada hecho es resultado tanto de la realidad como de los conceptos con los cuales aquél es descrito. No es independiente de los conceptos, ni puede ser verificado sin comprensión de los mismos⁹. En lugar de esta distinción tradicional, *Puppe* señala, a partir de la filosofía del lenguaje, que hechos no son sólo estados de cosas dados por la naturaleza, sino también *hechos institucionales*, que son relaciones sociales o jurídicas¹⁰.

En relación a los llamados elementos normativos del tipo se plantea el problema del *error de subsunción*. En este caso, el autor conoce los hechos que satisfacen los elementos del tipo pero interpreta una circunstancia que corresponde a un elemento normativo en su favor¹¹. Esta representación incorrecta no configura un error de tipo pues no se exige que el autor exprese los hechos con las mismas palabras del tipo, sino que basta que use otras palabras que designen o impliquen los mismos hechos¹². El error de subsunción supone más bien un *juicio* sobre una circunstancia fáctica¹³. De ahí que no puede conducir a un error de tipo excluyente del dolo, sino sólo a un error de prohibición¹⁴.

Los llamados elementos normativos del tipo se distinguen, además, de las *leyes penales en blanco*. Ley penal en blanco es aquella que, para formar el tipo, se remite a normas pre-penales cuya infracción se castiga penalmente. Este tipo de leyes son frecuentes en la legislación penal especial, por ejemplo el § 28 de la Ley de Reuniones (*Versammlungsgesetz*)¹⁵. Para formar el tipo, la ley en blanco se completa con el tipo de la norma vulnerada por el autor¹⁶. En la medida que el tipo de la norma pre-penal contiene los hechos que pertenecen al tipo legal en el sentido del § 16 párr. 1 StGB, un error sobre los mismos configura un error de tipo. En cambio, un error sobre la *existencia* de la norma pre-penal que completa la ley penal en blanco conduce sólo a un error de prohibición¹⁷. El StGB no contiene tales leyes penales en blanco¹⁸. Pero este código sí contempla tipos penales que se remiten a una *regla*

particular (autorización o prohibición administrativa), por ejemplo el § 325 sobre contaminación del aire en relación al § 327 StGB. En el caso de estos tipos penales, un error tanto en el *contenido* como respecto de la *existencia* de la regla particular conduce a un error de tipo. Sobre ello existe acuerdo¹⁹. La discusión se plantea principalmente en relación a las leyes penales *parcialmente* en blanco que también contempla el StGB, esto es, aquellas que determinan en parte el contenido del tipo y parcialmente se remiten a otras leyes, por ejemplo el § 264 sobre estafa de subvención que alude en el párrafo 1 Nr. 3 a los preceptos jurídicos sobre adjudicación de subvenciones²⁰. En estos casos, sólo el error sobre el contenido de las normas prepenales, y no sobre la existencia de las mismas, conduce a un error de tipo²¹. En contra de ello, se argumenta que el error sobre el contenido y vigencia de una ley que completa el tipo penal es por cierto un error sobre una prohibición, pero que la ley en blanco ha convertido en elemento del tipo²². La vigencia de una norma del Derecho positivo es un hecho institucional²³.

Existe consenso en torno al error sobre presupuestos objetivos de causas excluyentes de la culpabilidad en el sentido de que sólo puede excluir la culpabilidad. Respecto del estado de necesidad exculpante existe norma expresa al respecto en el § 35 párr. 2 del StGB²⁴.

2. Error sobre otros elementos del tipo objetivo

En la medida que, según la teoría dominante, el dolo debe abarcar no sólo la conducta, sino también el resultado (en los delitos de resultado) y la conexión de causalidad entre ambos, un error sobre estas circunstancias adquiere relevancia para el injusto doloso²⁵.

Un error sobre cualidades del objeto sobre el que recae la acción, que no constituyen elementos del tipo, es irrelevante, pues en ese caso la representación del injusto típico coincide en sus caracteres jurídicamente relevantes con la realidad. Se trata del *error in objecto* que, por tanto, no excluye el dolo. Un caso especial del mismo, con la misma irrelevancia, es el *error in persona sive objecto*, por ejemplo A dispara a C, creyendo que es B²⁶.

En cambio, en el caso en que el autor falla en la acción y el resultado se realiza, en consecuencia, en un objeto distinto del pretendido, tiene lugar una *aberratio ictus*, que sí excluye el dolo. En esta constelación se castiga por tentativa respecto del objeto pretendido y por culpa respecto del objeto alcanzado²⁷. El fundamento radica en que, en este caso, el autor no domina los factores causales como lo exige la consumación dolosa del tipo. En esta constelación se realiza un *riesgo previsible*, pero que el autor no se ha representado²⁸. Distinto es el caso en que el autor obra siendo para él indiferente qué resultado se realiza, por ejemplo cuando dispara a una masa de gente. En este caso, se castiga por delito consumado doloso respecto del objeto alcanzado y tentativa respecto del no alcanzado²⁹.

La *desviación en el curso causal* puede también fundamentar un error de tipo en la medida que el curso causal que ha representado el autor y aquel que efectivamente se ha realizado no coinciden. Para configurar un error excluyente del dolo es preciso que la desviación en el curso causal respecto de lo representado en el autor sea *esencial*³⁰. La desviación en el curso causal no es esencial, por ejemplo cuando A lesiona a B con un hacha y B muere pero no a consecuencia directa de las lesiones, sino por una infección provocada por éstas. La desviación en el curso causal sí es esencial, por ejemplo cuando A dispara a B y B muere a causa del atropello de un caballo que se espanta por el disparo³¹. Sin embargo, en la medida que, en este último caso, se ha realizado un *riesgo no previsible* para el autor, el resultado no puede imputarse objetivamente a la acción. Se trata de un problema a resolver ya en sede de *imputación objetiva*³².

Un caso especial de desviación en el curso causal es el llamado *dolus generalis*. En este caso, el autor realiza una acción creyendo haber producido ya el resultado, pero éste se realiza como consecuencia de una segunda acción posterior, por ejemplo, el autor cree haber matado a la víctima mediante ahorcamiento, pero la víctima muere por asfixia cuando la entierra³³. En la medida que la primera acción, cubierta por el dolo del autor, era apta para producir el resultado (previsible e imputable) efectuado con la segunda acción, se castiga por injusto doloso consumado³⁴. Si la víctima ya estaba lesionada mortalmente con la primera acción dolosa, la aceleración del resultado mediante la segunda acción no puede excluir el dolo³⁵. Distinto es el caso en que el autor realiza la primera acción sólo con la intención de anular las defensas de la víctima para provocar el resultado después con una segunda acción pero aquél se produce como consecuencia ya de la primera acción, por ejemplo, el autor droga a la víctima para trasladarla en auto al lugar donde pretende matarla, pero muere a consecuencia de una sobredosis. En este tipo de casos debe distinguirse si la primera acción era sólo un acto preparatorio o se trata ya de una tentativa inacabada³⁶. Si se trata sólo de un acto preparatorio, existe acuerdo en que no puede castigarse por injusto doloso consumado³⁷. En cambio, si se trata ya de una tentativa inacabada, la teoría dominante castiga por delito doloso consumado³⁸, mientras que una opinión minoritaria discrepa, castigando a título de culpa y tentativa³⁹.

II. ERROR SOBRE PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La antigua discusión de si el injusto o la antijuridicidad pertenece al objeto del dolo fue decidida legislativamente mediante la regulación del § 17 StGB en el sentido de la *teoría de la culpabilidad*, es decir, que la conciencia de la antijuridicidad forma parte de la culpabilidad y no del dolo⁴⁰. Sin embargo, con esta regulación no quedó resuelta, sino por el contrario abierta la discusión de si un error so-

bre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (*Erlaubnistatbestandsirrtum*) excluye el dolo o sólo la culpabilidad.

De acuerdo con la *teoría estricta de la culpabilidad*, un error sobre los presupuestos de una causa de justificación sólo puede excluir la culpabilidad, pues el autor conoce la realización del tipo y, con ello, la lesión al bien jurídico que implica. En consecuencia, se está en presencia de un injusto doloso que debe ser castigado como tal, alcanzando dicho error sólo relevancia como error de prohibición regulado por el § 17 StGB, es decir, posible rebaja de la pena conforme al § 49 párr. 1 StGB⁴¹. Esta teoría es incompatible con la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. De acuerdo con esta exigencia, *la realización dolosa del tipo sólo puede ser justificada* cuando, primero, se dan objetivamente los presupuestos de una causa de justificación y, segundo, el autor los conoce. Planteada la pregunta en forma invertida, *el hecho sólo es punible* cuando, o faltan los presupuestos objetivos de una causa de justificación o éstos están presentes pero el autor no los conoce. Si la ausencia de elementos subjetivos de causas de justificación fundamenta la punibilidad, entonces la ausencia de dicha ausencia, esto es, la presencia de elementos subjetivos de causas de justificación excluye la punibilidad⁴².

La *teoría de la culpabilidad limitada en las consecuencias jurídicas* sostiene que el error en cuestión no afecta al *dolo de injusto* —en lo cual coincide con la teoría estricta de la culpabilidad—, pero sí excluye el *dolo de culpabilidad*. El autor actúa subjetivamente de acuerdo a derecho, pero podría haber evitado la realización del tipo, si hubiese aplicado el cuidado debido. Dado que no existe un error de tipo, el § 16 StGB no puede recibir aplicación directa ni tampoco analógica, pero sí resulta plausible aplicar las consecuencias jurídicas del error de tipo, esto es, castigo por culpa⁴³.

La *teoría de los elementos negativos del tipo* parte de la igualdad material de los elementos del tipo y de las causas de justificación. Las causas de justificación y sus presupuestos son elementos negativos del tipo, por lo que el error sobre los mismos excluye el dolo de injusto. § 16 StGB recibe aplicación directa⁴⁴. Más allá de la crítica que se dirige al concepto de tipo propiamente dicho, se observa que el error de tipo, tal como se define en el § 16 párr. 1 StGB, consiste en la ausencia de una representación —de las circunstancias que pertenecen al tipo—, mientras que en el error sobre presupuestos de causas de justificación hay una representación incorrecta —de circunstancias que configuran una causa de justificación—⁴⁵.

Sin embargo, la teoría de los elementos negativos del tipo acierta al poner en evidencia que *no existe una diferencia valorativa* entre un error sobre las circunstancias del tipo y un error sobre los presupuestos fácticos de causas de justificación⁴⁶. Ambas clases de error tienen en común el recaer sobre hechos, no sobre la validez de normas jurídicas para el autor⁴⁷. En este sentido, *Frisch* destaca que el paso de una concepción objetiva, propia de la

teoría clásica del delito, a una subjetiva del injusto, con el quiebre que significó el finalismo, implica que el injusto radica en que alguien se ha decidido por una conducta que reviste los elementos del tipo de los delitos dolosos, es decir, en una *decisión por el injusto*. Lo anterior se ve demostrado en el castigo de la tentativa inidónea según el § 23 párr. 3 StGB⁴⁸. Esta concepción no puede quedar sin consecuencias para la teoría del error, pues justamente en el caso del error sobre presupuestos fácticos de causas de justificación el autor se ha decidido de acuerdo a los parámetros del Derecho, por lo que falta una decisión por el injusto, lo cual no puede sino implicar la exclusión del dolo de injusto⁴⁹. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia y la teoría dominante, aunque bajo la rúbrica de *teoría limitada de la culpabilidad*⁵⁰.

III. ERROR DE PROHIBICIÓN (§ 17 StGB)

Tal como fue mencionado, la regulación del § 17 StGB consagra legislativamente la *teoría de la culpabilidad*, esto es, que la conciencia de la antijuridicidad es parte de la culpabilidad y no del dolo⁵¹. Se discute sobre el alcance de dicha conciencia. Existe acuerdo en que no basta con que el autor sea consciente de que su conducta vulnera las normas de la ética⁵². Es preciso que el autor sea consciente de que su conducta inflige el orden valorativo del Derecho⁵³. Pero mientras la teoría dominante sólo exige que sea consciente de que la conducta vulnera alguna norma del ordenamiento jurídico⁵⁴, existen opiniones según las cuales debe tratarse de una norma protegida mediante sanciones⁵⁵, de una norma punible⁵⁶.

El § 17 StGB define el error de prohibición *negativamente* como falta de comprensión (*Einsicht*) de la antijuridicidad de la conducta, es decir, no es precisa la representación de obrar de acuerdo a Derecho para configurar tal clase de error⁵⁷. El error de prohibición puede ser *directo*, cuando el autor no conoce la prohibición de su conducta, o *indirecto*, cuando sí la conoce, pero en la situación concreta supone que la conducta está permitida por una causa de justificación⁵⁸.

De acuerdo al § 17 StGB, el error de prohibición excluye la culpabilidad sólo cuando es *inevitable*. Si el error era *evitable*, procede sólo una rebaja de la pena según el § 49 párr. 1 StGB. En este sentido, resultan especialmente controvertidos los criterios para juzgar la *evitabilidad* del error de prohibición. La jurisprudencia exige, respecto de cada conducta, hacerse consciente si se sujeta a las prescripciones del deber jurídico. Resulta determinante, si el autor ha omitido la tensión propia de la conciencia (*Gewissensanspannung*) y así ha perdido la posibilidad de reconocer la antijuridicidad de su conducta. Lo anterior debe juzgarse según las circunstancias del caso y en atención al ámbito laboral y de vida en que se desenvuelve el autor. La evitabilidad del error depende de las capacidades intelectuales del autor, pero exige que éste haya aplicado todas sus facultades cognitivas y eliminado las dudas me-

diante reflexión y, en caso necesario, requiriendo consejo de fuentes o personas especialistas y confiables⁵⁹. El error es evitable cuando el autor tiene dudas sobre la juridicidad de la conducta, pero no se esfuerza en aclararlas obteniendo la información jurídica necesaria⁶⁰. Respecto a la solicitud de información, si el autor se atiene a la proporcionada por una persona confiable y no surgen dudas en relación a ella, el error es inevitable⁶¹. En cuanto a la consulta de la jurisprudencia, si el autor se sujeta a una jurisprudencia uniforme, el error es también inevitable⁶². Lo mismo rige si la jurisprudencia es inconsistente y el autor se sujeta a la emanada del tribunal de mayor rango⁶³. Si la jurisprudencia es inconsistente y los tribunales de igual rango, resulta discutible hablar siquiera de un error de prohibición pues éste consiste en un *déficit de información* por parte del autor, mientras que siendo la regulación jurídica confusa, se está en presencia de un *déficit de regulación* por parte del sistema de normas⁶⁴.

Notas

1. *Puppe, Ingeborg*: Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), 2. ed. 2005, § 16, N. 2; *Roxin, Claus*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tomo I, 4. ed. 2006, § 12 N. 95; así también *Walter, Tonio*: Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen 2006, p. 237; cfr. *Sternberg-Lieben, Detlev*: Schönte/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. ed. 2006, § 16, N. 4.
2. *Puppe*: NK, § 16, N. 3; *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 16, N. 5; *Walter*: ibidem.
3. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 6.
4. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 8; cfr. *Roxin*: AT I, § 12 N. 132.
5. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 29.
6. Cfr. *Walter*: Kern, p. 241 s.; *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 16, N. 8/9.
7. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 18.
8. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 19.
9. *Puppe*: NK, § 16, N. 41; crítico también respecto de esta diferenciación *Walter*: Kern, p. 220 ss.
10. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 31.
11. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 15, N. 43.
12. *Puppe*: NK, § 16, N. 42; cfr. *Jakobs, Günther*: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. ed. 1991, 8. Apdo. N. 50.
13. *Walter*: Kern, p. 275.
14. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 15, N. 43a s.; *Roxin*: AT I, § 12 N. 101 s.
15. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 99; *Puppe*: NK, § 16, N. 18, 60; *Walter*: Kern, p. 358 s.
16. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 60.
17. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 15, N. 101; *Schroeder, Friedrich-Christian*: Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, 11. ed. 1994, N. 39; *Roxin*: AT I, § 12 N. 111 ss.
18. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 99; *Puppe*: NK, § 16, N. 19.
19. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 102; *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 62.
20. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 19, 61; *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 99.
21. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 100; al respecto *Walter*: Kern, p. 360.
22. *Puppe*: NK, § 16, N. 64.
23. *Puppe*: ob. cit., § 16 N. 67; crítico también *Walter*: Kern, p. 361 ss.
24. *Frisch, Wolfgang*: Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldtausschluss im Deutschen Strafrecht, en: Eser/Perron (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen, italienischen, portugiesischen und spanischen Strafrecht, Freiburg 1991, pp. 240-242; *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 16, N. 29 s.; *Schroeder*: LK, § 16, N. 58 s.
25. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 53 s.
26. *Puppe*: NK, § 16, N. 93; *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 59; *Schroeder*: LK, § 16, N. 8; *Roxin*: AT I, § 12 N. 194 ss.; *Jakobs*: AT, 8. Apdo. N. 82.
27. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 57.
28. *Schroeder*: ob. cit., § 16, N. 9; así también *Frisch, Wolfgang*: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988, pp. 617, 617 nota 215; *Silva Sánchez, Jesús María*: ZStW 1989, 352, p. 378; *Jakobs*: AT, 8. Apdo. N. 80; *Roxin*: AT I, § 12 N. 165; el plan del autor no se ha realizado; crítica respecto de la figura de la aberratio ictus *Puppe*: NK, § 16, N. 95 ss.
29. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 15, N. 57a; *Roxin*: ob. cit., § 12 N. 166.
30. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 55; para estos casos, *Roxin*: AT I, § 12 N. 155 ss., propone como criterio la *realización del plan* del autor.
31. *Sternberg-Lieben*: ibidem.
32. *Puppe*: NK, § 16, N. 78; *Jakobs*: AT, 8. Apdo. N. 65; *Frisch*: Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 462, 576, 614 nota 202 –falta incluso la conducta típica–; otra opinión *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 54a; posición intermedia *Schroeder*: LK, § 16, N. 27 s.
33. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 15, N. 58; *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 81; sobre los casos de dolus generalis *Frisch*: Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 460 nota 343, 464-466.
34. *Sternberg-Lieben*: ibidem; *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 81 s.; *Schroeder*: LK, § 16, N. 29, 31.
35. *Schroeder*: ob. cit., § 16, N. 31; cfr. *Roxin*: AT I, § 12 N. 177 ss.; *Jakobs*: AT, 8. Apdo. N. 78 s.; otra opinión *Frisch*: Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 620-622.
36. *Roxin*: AT I, § 12 N. 182 ss.
37. *Roxin*: ob. cit., § 12 N. 184; *Puppe*: NK, § 16, N. 88.
38. *Roxin*: ob. cit., § 12 N. 185 ss.
39. *Frisch*: Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 603, 603 nota 163, en especial p. 623; *Jakobs*: AT, 8. Apdo. N. 76; cfr. *Schroeder*: ob. cit., § 16, N. 34.
40. *Schroeder*: ob. cit., § 16, N. 36 s.; *Frisch*: Irrtum, p. 237 f.; *Puppe*: NK, § 16, N. 123.
41. Sobre esta teoría claros *Frisch*: Irrtum, p. 252 s.; *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 127 s.; *Roxin*: AT I, § 14 N. 61.
42. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 130 s.
43. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 133 ss.; *Frisch*: Irrtum, p. 253 s.; *Roxin*: AT I, § 14 N. 57, 73 ss.; en esta línea *Jakobs* sostiene una *teoría de la culpabilidad dependiente*, en que el error sob-

re presupuestos de causas de justificación es visto como un error independiente entre el error de tipo y el de prohibición, tan independiente como lo es la antijuridicidad de la tipicidad y la culpabilidad (AT, 11. Apdo. N. 53 ss.); se trata, en consecuencia, de una variación de la teoría estricta de la culpabilidad, pues se parte de una realización dolosa del tipo (ob. cit., 11. Apdo. N. 53, 58), que entonces permite la participación en el mismo (ob. cit., 11. Apdo. N. 59).

44. *Frisch*: ob. cit., p. 248 s.; *Roxin*: AT I, § 14 N. 54, 72.
45. *Puppe*: NK, § 16, N. 124.
46. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 137.
47. *Puppe*: ob. cit., § 16, N. 138.
48. *Frisch*: Irrtum, pp. 233 ss., 265 ss.
49. *Frisch*: ob. cit., p. 268 ss.; en este sentido también *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 16, N. 18; *Puppe*: NK, § 16, N. 138 – aplicación analógica del § 16 párr. 1 StGB-.
50. *Frisch*: ob. cit., p. 251 s.; *Puppe*: ibidem; *Roxin*: AT I, § 14 N. 55, 62, 64.
51. *Neumann, Ulfrid*: Nomos Kommentar, § 17, N. 1; *Roxin*: ob. cit., § 21 N. 7 ss.
52. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 17, N. 4; *Neumann*: NK, § 17, N. 13; *Schroeder*: LK, § 17, N. 5.
53. *Sternberg-Lieben*: ibidem.
54. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 17, N. 5; *Roxin*: AT I, § 21 N. 12 ss.; cfr. *Jakobs*: AT, 19. Apdo. N. 23.
55. *Neumann*: NK, § 17, N. 20 s.
56. *Schroeder*: LK, § 17, N. 7, considerando la definición de hecho antijurídico en el § 11 párr. 1 N. 5 StGB.
57. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 17, N. 6; *Neumann*: NK, § 17, N. 9; *Jakobs*: AT, 19. Apdo. N. 32.
58. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 17, N. 10; *Neumann*: ob. cit., § 17, N. 47; cfr. *Schroeder*: LK, § 17, N. 9; *Roxin*: AT I, § 21 N. 21 s.
59. *Sternberg-Lieben*: ob. cit., § 17, N. 14; cfr. *Roxin*: AT I, § 21 N. 46, 52 ss.; crítica *Jakobs*: AT, 19. Apdo. N. 38 s.
60. *Roxin*: ob. cit., § 21 N. 57 ss.
61. *Sternberg-Lieben*: Sch./Sch., § 17, N. 18; *Neumann*: ob. cit., § 17, N. 74; cfr. *Roxin*: ob. cit., § 21 N. 62 ss.
62. *Neumann*: ob. cit., § 17, N. 68; *Schroeder*: LK, § 17, N. 35; *Roxin*: ob. cit., § 21 N. 65; cfr. *Walter*: Kern, p. 310.
63. *Neumann*: ob. cit., § 17, N. 69; crítica *Walter*: Kern, p. 319.
64. ob. cit., § 17, N. 51, 71 s.; cfr.

Argentina

Luis Fernando Niño¹

TRATAMIENTO DEL ERROR EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

I. El actual Código Penal argentino, vigente desde 1922 aunque severamente desfigurado por las innumerables reformas practicadas sobre su texto original², dio pie, durante décadas, a encendidas polémicas en torno a la pretendida inclusión en su articulado de la máxima *error iuris*

nocet, conforme a la cual, como es sabido, el falso conocimiento relativo al derecho positivo vigente resulta irrelevante a la hora de efectuar un reproche por el injusto cometido.

En rigor, los cuerpos de leyes y proyectos de legislación penal que cabe citar como antecedentes del plexo normativo en cuestión distaban de consagrar dicho principio; daremos razón de tal aserto.

Lejos de pronunciarse acerca de la hipotética irrelevancia del error de derecho, el Proyecto de Carlos Tejedor, publicado en 1868, inspirado esencialmente en el código de Baviera de 1813 redactado por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach y fuente indiscutible del código de 1886, contenía dos preceptos, en apariencia contradictorios, mas pasibles de armoniosa interpretación: bajo el Título I, el art. 7 disponía que el «acusado de una acción declarada culpable por este código que pretenda haber ignorado la disposición de la ley penal no será admitido a hacer esta defensa, a menos que esté apoyada en imbecilidad, estupidez grosera u otros vicios de la inteligencia». No obstante lo terminante de esa cláusula, el art. 3, inciso primero del Título III, pág. 4 del proyecto, aparecía sosteniendo que «...la acción no estará sujeta a pena cuando el agente, por efecto de una ignorancia insuperable, y que no puede imputársele, ha creído su acción lícita y no punible».

El Código Penal de 1886, sancionado mediante la ley 1920 de ese año, elaborado sobre la base de aquel proyecto y considerado, con justicia, el primer código de fondo argentino en la materia, consagraba tempranamente una sensata premisa sobre el tópico: «Cuando por efecto de error o ignorancia el autor de un delito no haya conocido el carácter particular de la acción que ha cometido y este carácter sea de una naturaleza capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el culpable se encuentre haber cometido un delito más grave que el que intentaba, no se le imputará el hecho como voluntario, sino en consideración a la intención real que hubiese tenido, atendiendo a las circunstancias del caso» (artículo 5).

Nótese, desde ya, que, al aludir a error o ignorancia no se los acotaba mediante el añadido “*de hecho*” que, al ser incluido en el código de 1922, daría lugar a los ríspidos debates aludidos precedentemente y merecedores de nuevas referencias en los subsiguientes. Mas como lo destaca reciente doctrina nacional es la cláusula del art. 148 del código de Tejedor, que recoge la versión francesa del art. 121 del código bávaro, elaborada por Vatel, la que reconoce relevancia al error de derecho, en consonancia con la fórmula del proyecto anteriormente consignada³.

Esos genuinos precedentes entroncan lejanamente con las Partidas de Alfonso X. En efecto, la ley 20 del Título 1 de la primera Partida sólo negaba relevancia al error en aquellos delitos que el «ome deviesse entender naturalmente que mal eran», de lo que cuadra deducir una diferencia, propia del Derecho Canónico, entre *error juris naturalis* y *error juris civilis*.

II. Pese a lo expuesto, en nuestro país la doctrina penal tradicional pugnó por establecer, sin distinciones, la intranscendencia del error de derecho como eximente.

Los primeros comentaristas del código de 1886, como Rodolfo Rivarola, quien dedicó tres tomos a su «Exposición y Crítica del Código Penal argentino» aparecida en 1890, se abroquelaron enfáticamente tras la convicción de que el mencionado art. 5 de dicho texto legal sólo legisla- ba respecto del error de hecho.

Esa afirmación dogmática se extendió hasta la segunda parte del siglo XX y hubo de fundarse especialmente en dos preceptos de distinto cuño: el art. 20 del CC, vigente desde el 1 de enero de 1871, y, como se indicó al comienzo, el art. 34 inciso 1 del Código Penal sancionado en 1921 y en vigor desde 1922.

La disposición del ordenamiento civil establece que «la ignorancia de las leyes no sirve de excusa si la excepción no está expresamente autorizada por la ley». Cuesta admitir que el pensamiento penal haya podido valerse de la genérica extensión del título primero del CC a toda la legislación nacional para interpolar esa disposición como argumento dirimente en la cuestión del error de derecho en materia penal. Es claro que esas disposiciones preliminares se extienden a todo el derecho positivo, pero en la medida en que resulten compatibles con la rama del mismo de que se trate en cada caso concreto. La postura contraria conduciría, por ejemplo, a la automática aplicación en terreno del derecho punitivo, de la máxima del art. 16 del mismo cuerpo de leyes, que autoriza el recurso a los principios de leyes análogas o a los principios generales del derecho, en los casos en que la cuestión no pudiese resolverse ni con palabras ni por el espíritu de la ley; o a la consiguiente posibilidad de creación de derechos a partir de usos y costumbres, en situaciones no regladas legalmente, introducida por el art. 17 de ese código.

Por otra parte, es significativo que Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del socorrido texto, al citar en la nota respectiva las disposiciones de las Partidas, haya omitido referirse a la que alude a la ley penal.

III. El causalismo clásico, cuyos expositores más conocidos en la doctrina nacional han sido Sebastián Soler y Ricardo Núñez⁴, localizaba al dolo en el heterogéneo contexto provisto por la disposición del art. 34, inciso 1.º del CP, que reza: «No son punibles: 1.º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia en 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».

Para esa corriente doctrinal, el dolo (*dolus malus*, es decir, el que incluiría la conciencia de la antijuridicidad) se ubicaba en el estrato dogmático de la culpabilidad y sólo quedaba excluido en caso de que el autor del hecho hubiere actuado movido por un error sobre las circunstancias fácticas que no le fuese imputable. La fórmula legal explicaría asimismo la inexcusabilidad del error sobre la

comprensión de la antijuridicidad que, conforme a esa concepción, se identificaba con el error de derecho⁵.

IV. Sin particularizar respecto de la incidencia de factores filosófico-políticos, podemos decir que las variaciones acerca de la temática del error y las distintas concepciones de culpabilidad emergentes acompañaron el proceso de desplazamiento de las corrientes causalistas y la imposición del finalismo como doctrina dominante y casi excluyente, sin perjuicio de la aparición e incipiente desarrollo de posiciones ultrafinalistas y funcionalistas.

Si bien la temática que nos ocupa integra los contenidos básicos de toda obra dedicada al estudio del Derecho Penal, desde las últimas décadas de la pasada centuria existieron trabajos específicos dedicados al análisis crítico de dicha concepción causalista del error. Entre ellos destaca «Tipo y Error»⁶, de Enrique Bacigalupo: partiendo de la base de que el concepto de dolo es una creación que se impone a la ley, el autor rechazaba que se lo pudiera deducir del referido pasaje del art. 34 del Código Penal, ensayando para ello diversos argumentos, en primer lugar el de que dicho precepto se refiere centralmente a la capacidad de culpabilidad; luego, siendo ésta común al dolo y a la culpa, el predicado denota cosas distintas y opuestas; en el mismo orden de ideas, la referencia legal a la «posibilidad de comprender...», que servía al causalismo para predicar la fórmula del dolo eventual, dejaría sin explicación los supuestos de culpa consciente si a tal concepción se adheriera. A ello agregaba una segunda objeción: partiendo —como se pretendía hasta entonces— de que «el dolo debe integrarse por la conciencia (actual) de la antijuridicidad, de tal forma..., si el tipo fuera objeto del dolo tendría que alcanzar también la ausencia de las circunstancias justificantes»⁷.

Para consolidar este último reparo frente a la postura tradicional de la doctrina, el mencionado jurista echaba mano de dos disposiciones del mismo ordenamiento penal sustantivo, una de la Parte Especial, la del art. 81 inciso 1, apartado a, que establece una escala penal atenuada para el homicidio en estado de emoción violenta⁸[8]; y otra de la Parte General, la del art. 35, alusiva al exceso⁹[9]. Tomando en consideración la primera figura parece claro que, quien actúa en estado de emoción violenta no por ello deja de actuar dolosamente; de allí que el Código Penal «...no puede exigir en este caso el conocimiento actual de la antijuridicidad porque ella no puede darse en el autor emocional y, sin embargo, mantiene el carácter doloso del acto». Y mediante la segunda demostraba, paralelamente, que el autor que se excede está obrando deliberadamente, extremo inconciliable con un obrar culposo, lo que le guiaba a concluir: «La única explicación que admite la atenuación de la pena prevista en el art. 35 C.P. es la siguiente: lo que el código toma en cuenta para atenuar la pena es el error del autor sobre los límites del actuar permitido, pues el autor quiere matar y mata, creyendo que su obrar es necesario, aunque objetivamente no lo es. Las representaciones del autor respecto del hecho coinciden con lo objetivamente dado. Sus representaciones respecto a

los límites del obrar permitido, en cambio, son erróneas. De ello se deduce que el error sobre los límites de la extensión de una causa de justificación será siempre sobre la necesidad del acto, y sólo dará lugar a un error de prohibición, pues versa sobre la antijuricidad»¹⁰.

IV. Las expresiones doctrinales posteriores se han orientado, salvando las distancias, en análogo sentido, tanto en punto al pasaje legal del que cuadra extraer la definición de dolo cuanto en la superación de la antigua antinomia error de hecho (*facti*) y error de derecho (*iuris*), así como de su frustrado intento de enmienda —en pos de remediar las palmarias injusticias a que conducía la máxima *error iuris nocet*— representado por la distinción entre error de derecho penal y extrapenal.

De tal suerte, el concepto de dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo se extrae, conforme a la opinión de la doctrina penal más esclarecida, de la disposición del art. 42, definitoria de la tentativa, que reza: «El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...»¹¹.

Consecuentemente, la trama conceptual del enunciado inicial del ajetreado inciso primero del art. 34 del Código Penal queda referida a la capacidad psíquica de comprensión de la relevancia jurídico-penal del propio obrar y a la paralela capacidad psíquica de actuar conforme a esa comprensión, situadas ambas en el escalón teórico de la culpabilidad; y la alusión al error en ese mismo precepto, en conjunción con la definición de dolo emergente del dispositivo de la tentativa que acabamos de citar, da pie a su operatividad en los niveles analíticos de la tipicidad y de la culpabilidad (error de tipo y de prohibición, respectivamente).

En cuanto a la adjetivación *de hecho* que el aludido inciso primero del art. 34 del Código Penal incluye, tras la mención al error o ignorancia, la única interpretación compatible con los antecedentes patrios mencionados y con la Constitución y el bloque de constitucionalidad conformado por los Tratados de Derechos Humanos interamericanos e internacionales, de jerarquía equivalente a la de la propia Ley Fundamental, por imperio de lo estatuido en el art. 75 inciso 22 del magno texto reformado en 1994, es la de adjudicarla exclusivamente a la ignorancia o ausencia de conocimiento, liberando al error de toda cortapisa y dinamizando su operatividad conforme a las saludables variaciones de la doctrina penal comparada¹².

De tal suerte, la diferencia entre ambas clases de error se explica hoy, corrientemente, del siguiente modo: «a) cuando el error recae sobre elementos cuyo conocimiento es indispensable para elaborar el plan (finalidad típica) habrá error de tipo; b) cuando se trata de componentes cognoscitivos que hacen a la antinormatividad o a la antijuridicidad de la acción el error será de prohibición»¹³.

Con referencia a este último, modernamente se ensayan subclasificaciones tales como la que media entre error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad) y error de permisón (sobre la justificación)¹⁴; o la que dis-

tingue entre error directo de prohibición por desconocimiento de la propia prohibición o sobre el alcance de la norma y error directo de comprensión —por conciencia disidente o por condicionamiento cultural¹⁵—, frente a los errores indirectos de prohibición por falsa suposición de la existencia de un precepto permisivo, o sobre la propia situación de justificación¹⁶.

Notas

1. La abogada Mariana GRASSO colaboró con ideas y enfoques tomados en consideración al plasmarse el primer esbozo de este informe.

2. Ver, al respecto, nuestro informe nacional incluido en el número anterior de esta celebrada publicación.

3. ZAFFARONI, Eugenio R. et al.: «Derecho Penal - Parte General», Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 508.

4. V. por todos, NÚÑEZ, Ricardo: «Derecho Penal - Parte General», Lerner, Córdoba, T. II, p. 94 y ss.

5. Las notorias injusticias a las que esa cerrada visión conducía impulsaron a los autores de diversos proyectos de reforma de la legislación penal argentina a introducir fórmulas que morigeraran la situación. Así, por ejemplo, el art. 9 del Proyecto de 1941, redactado por José PECO, incluía la siguiente disposición: «En el error esencial de derecho, el juez podrá atenuar libremente la sanción y aun excluir la responsabilidad si el autor tuvo motivos fundados para creer en la licitud del acto. En el error de hecho sobre un elemento esencial de un delito determinado, el juez tendrá en cuenta la apreciación errónea para excluir la responsabilidad. Si el error de derecho o de hecho proviene de culpa, se aplicará la sanción establecida para el tipo culposo». Vale citar que en la exposición de motivos el autor aclaraba que, si bien en principio el error de derecho era irrelevante porque la norma anterior a la ley penal se encontraba instalada en la conciencia colectiva, era menester aceptar tal relevancia cuando la procedencia extranjera, la vida solitaria u otro motivo invencible evidenciara que el principio general no se cumplía de cara al caso concreto. De manera similar, en su Proyecto de 1951, Isidoro DEBENEDETTI, además de excluir la sanción penal en caso de errores de hecho no imputables, preveía la atenuación de pena e —inclusi-ve— el perdón judicial, si el autor hubiera tenido razones para estimar que obraba conforme a derecho; la problemática era abordada en los arts. 22, 28, 29 y 30. A su turno, el propio Sebastián SOLER, autor del Proyecto de 1960, supo distinguir entre error esencial y error de derecho; en el art. 21 sentenciaba: «no es culpable el que actúa bajo la influencia de una apreciación errónea de las circunstancias esenciales del delito», previendo la punición a título de culpa si esa modalidad se hallara prevista, al tiempo que no se tenía por culpable a quien hubiera creído obrar lícitamente, mientras ese error o ignorancia no le fueran reprochables, caso en el que podía haber una atenuación de la pena. Con un añadido inquietante: en ciertos casos de personalidad considerara peligrosa, la ignorancia de la ley autorizaba la internación cuando se tratara de delitos con pena mayor de un año.

6. Incluido originariamente en el volumen «Jornadas de Derecho Penal en honor al 50º Aniversario del Código Penal Ar-

gentino», Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973; del mismo autor, v. «Lineamientos de la teoría del delito», Hammurabi, Bs. As., 1974, p. 107 y ss.

7. *Op. cit.*, p. 48.

8. El precepto reserva la pena de reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años al que «*matere a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable*»

9. La pertinente fórmula legal reza así: «*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.*»

10. *Op. cit.* p. 52

11. V. entre muchos otros, RIGHI, Esteban: «*El dolo eventual en la tentativa*», en Revista 'Nuevo Pensamiento Penal', año 1, nº 2, ps. 303 y ss.; SANCINETTI, Marcelo, «*Casos de Derecho Penal*», 1ª ed., Bs. As., 1975, pp. 109 y ss.; ZAFFARONI, E. R., «Manual de Derecho Penal. Parte general», Ediar, Bs. As., 1977, p. 528, y, más actualmente, ZAFFARONI, E. R. et al., cit., p. 495.

12. *Op. cit.*, p. 507

13. V. por todos, op. cit., p. 509.

14. *Idem*, p. 508.

15. La distinción no obedece a un vacío academicismo. En sociedades multiétnicas se dan casos en los que la norma penal es conocida pero no logra ser introducida por contravenir pautas culturales hondamente arraigadas en determinados sectores de la población. Así sucedió en Argentina durante los quince años de vigencia de la anterior ley de estupefacientes (20771): la tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, se mantuvo inalterable en la praxis social del noroeste del territorio. La actual ley 23737, vigente desde 1989, otorgó expresa solución al tópico al disponer que tales conductas no serán consideradas como incluidas en su marco represivo. El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos por la Constitución reformada en 1994 (CN art. 75 inc. 17) brindó base de suprema jerarquía a dicha expresión legislativa.

16. ZAFFARONI, E. R. et al., cit., p. 700 y ss.

sobretudo, dos acontecimentos humanos, é evidente que dele deve também se ocupar. Historicamente sabe-se que o Direito penal sempre emprestou valoração jurídica ao erro: ora com maior eficácia escusante, ora com menor eficácia escusante, mas dele sempre cuidou.¹

Erro e ignorância: erro é a falsa representação da realidade ou o falso ou equivocado conhecimento de um objeto (é um estado positivo). Conceitualmente, o erro difere da ignorância: esta é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (é um estado negativo).² Mas as teses diferenciadoras de tais conceitos não prosperaram na ciência jurídica, onde predomina a tese unificadora.³ O erro equipara-se à ignorância (no Direito penal).

Controvérsia sobre a posição sistemática do erro: sobre a posição do erro no sistema penal, no entanto, reina séria divergência na dogmática penal. Onde o assunto erro deve ser sistematicamente tratado? Dentro da tipicidade ou dentro da culpabilidade?

Espécies ou modalidades de erro: de acordo com o Código Penal brasileiro, após a reforma da sua Parte Geral, pela Lei 7.209, de 11.07.1984, que abrigou, sobretudo quanto à matéria do erro, a sistematização dogmática alemã, pode-se dizer que sete são as mais relevantes modalidades de erro em Direito penal: (1) erro de tipo (art. 20, caput); (2) erro de subsunção (erro sobre conceitos jurídicos); (3) erro de tipo que recai sobre requisito da ilicitude contido no tipo; (4) erro acidental (arts. 20, § 3.º, 73, 74); (5) erro determinado por terceiro (CP, art. 20, § 2.º); (6) erro de proibição (art. 21) e (7) erro nas discriminantes putativas fáticas (chamado também de erro de tipo permissivo) (art. 20, § 1.º).

Teoria unitária do erro: houve época (no Brasil, até 1984) em que toda espécie de erro afetava a culpabilidade. Também o erro de tipo (antigamente chamava-se erro de fato) excluía a culpabilidade (no tempo da teoria causal naturalista da ação, bem como na época do neokantismo), porque o dolo fazia parte desta categoria penal. Tanto o erro sobre o dolo como o erro sobre a consciência da ilicitude convergia para a exclusão da culpabilidade, porque não se distinguia, na ocasião, o dolo da consciência da ilicitude (aliás, por força da teoria do dolo jurídico, a consciência da ilicitude fazia parte do dolo). Nesse tempo não tinha relevância o erro de direito (salvo pouquíssimas exceções, incluindo-se dentre elas o erro sobre causas justificantes). Na atualidade perdeu sentido a teoria unitária do erro porque são distintos (e acham-se separados) o dolo e a consciência da ilicitude. O erro que recai sobre o dolo é o erro de tipo e o que incide sobre a consciência da ilicitude é o erro de proibição.

Na Alemanha, depois de 1945, muitos Tribunais se afastaram da jurisprudência do Tribunal do Reich.⁴ O termo deste desenvolvimento, consoante Wessels, «é constituído pela decisão de princípio do Grande Senado para casos criminais do Supremo Tribunal Federal que, seguindo a 'teoria da culpabilidade', reconheceu a consciência do injusto como elemento autônomo da

Brasil

Luiz Flavio Gomes

Doctor en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Master en Derecho Penal por la USP, Secretario General de IPAN-Instituto Panamericano de Política Criminal, Consultor y Conferenciante, Fundador y Presidente da Red LFG-Red de Enseñanza Luiz Flávio Gomes (Primera Red de Enseñanza Telepresencial de Brasil y de América Latina www.lfg.com.br)

Errare humanum est: antigo provérbio latino dizia que o erro faz parte do cotidiano do homem e se a ciência jurídica, de modo especial a ciência penal, cuida,

culpabilidade e diferenciou, no terreno do erro, entre erro de tipo e erro de proibição».⁵ Essa decisão ocorreu em 18 de março de 1952 e teve como objeto o § 240 do CP alemão; de relevante cabe destacar que o mesmo Tribunal aceitou que o erro sobre características de um tipo de justificação é um erro no sentido do § 59, número 1, do mesmo Código (erro de tipo) (teoria limitada da culpabilidade).⁶

Do erro de tipo: erro de tipo é o erro do agente que recai sobre os requisitos objetivos constitutivos do tipo legal (CP, art. 20). No erro de tipo (CP, art. 20, *caput*) o agente não tem consciência (ou não tem plena consciência) da sua conduta (não sabe ? ou não sabe exatamente ? o que faz). Não tem consciência ou não tem plena consciência dos requisitos objetivos do tipo.

Quando o art. 20 diz que erro de tipo é o que recai sobre elemento constitutivo do tipo devemos entender «requisito constitutivo objetivo do tipo» (porque jamais o erro de tipo alcança requisitos subjetivos). Quem transporta droga sem ter consciência disso está em erro de tipo, que exclui o dolo, quando invencível; quando vencível subsiste o crime culposos, se previsto em lei (CP, art. 20). Desde o finalismo de Welzel sabe-se que o dolo pertence ao tipo. Logo, o erro que recai sobre ele afasta o próprio tipo penal (e chama-se erro de tipo).

Erro de tipo e erro de proibição (CP, art. 21): no erro de tipo o agente não tem consciência do que faz; no erro de proibição, ao contrário, o agente sabe o que faz e acredita que é lícito o que está fazendo, quando na verdade é ilícito (o agente não conhece a proibição, não sabe que sua conduta é proibida). Recai, portanto, o erro de proibição, sobre a ilicitude do fato. Ele exclui ou atenua consequentemente (só) a culpabilidade. Quem está em posse de droga para uso próprio, sabendo o que está fazendo mas acreditando que sua conduta é lícita, quando na verdade é ilícita, está em erro de proibição.

Erro de tipo e erro de tipo permissivo: considerando a autonomia dos tipos justificantes (art. 23 do CP, por exemplo) frente aos tipos de injusto, isto é, tipos incriminadores;⁷ considerando que o erro do agente sobre elementos constitutivos do *tipo legal de crime* (sobre *tipo incriminador*, portanto) está disciplinado no art. 20, *caput*, do CP, enquanto o erro do agente que recai sobre situação de fato que, se existisse, tornaria sua ação legítima (erro sobre *tipo permissivo*) está disciplinado no art. 20, § 1.º, do CP; considerando, ainda, que o CP diz que a consequência do erro do tipo incriminador inevitável (art. 20, *caput*, 1.ª parte) é a *exclusão do dolo*, enquanto a consequência jurídica do erro de tipo permissivo inevitável (art. 20, § 1.º, 1.ª parte) é a *isenção de pena*, é inteiramente conveniente, em razão do diverso tratamento jurídico-penal, distinguir o *erro de tipo incriminador* (ou simples *erro de tipo*) do *erro de tipo permissivo*, que acontece nas descriminantes putativas fáticas.

Há muita polêmica sobre esta última modalidade de erro, destacando-se as seguintes correntes: teorias do dolo

(constitui erro de fato excludente do dolo), teoria dos elementos negativos do tipo (é erro de tipo excludente do dolo), teoria limitada da culpabilidade (é erro de tipo excludente do dolo), teoria extremada da culpabilidade (é erro de proibição excludente da culpabilidade) e teoria que remete às consequências jurídicas (é erro de proibição *sui generis*, excludente do dolo). Seguimos a última tendência, seja porque no erro sobre descriminantes putativas fáticas o agente sabe e quer o que faz (ou seja: atua com dolo), seja porque no caso de erro vencível a solução do CP brasileiro (art. 20, § 1.º, última parte, que manda aplicar a pena do crime culposos) é distinta do CP alemão (que manda incidir a pena do crime doloso diminuída).

Erro de tipo que recai sobre requisito da ilicitude contido no tipo: a distinção entre erro de tipo (erro sobre requisitos objetivos contidos no tipo) e erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato), normalmente, é muito clara. Tudo se complica, entretanto, quando no tipo legal acha-se prevista expressamente a ilicitude: devassar «indevidamente» a correspondência (CP, art. 151), trazer consigo substância entorpecente «sem autorização legal» (Lei 11.343/2006, arts. 28 e 33) etc.

Nesses casos (erro que recai sobre requisito da ilicitude contido no tipo) o correto é afirmar que o erro do agente sobre esses requisitos normativos típicos configura erro de tipo (não erro de proibição). Por quê? Porque quanto antes resolvermos a questão penal dentro da teoria do delíto melhor (Muñoz Conde). Quando podemos solucionar algum problema dentro da tipicidade, não necessitamos avançar até às categorias seguintes do fato punível (antijuridicidade ou punibilidade) ou mesmo da culpabilidade.

Erro accidental: o erro accidental não beneficia o agente. Distingue-se, nesse ponto, do erro de tipo essencial. São as seguintes as principais hipóteses de erro accidental: 1.º *error in personae* (art. 20, § 3.º) (erro sobre a pessoa); 2.º *error in objecto* (erro sobre o objeto); 3.º *aberratio ictus* (ou erro na execução ou erro inabilidade ou erro por acidente —CP, art. 73); 4.º *aberratio criminis* (ou *delict—i* CP, art. 74) e 5.º *aberratio causae* (ou erro sobre o nexo causal ou desvios causais). Em nenhuma dessas hipóteses o erro favorece o agente.

Erro determinado por terceiro: nos termos do art. 20, § 2.º, do Código penal, quem determina o erro responde pelo delíto. Indaga-se: a título de dolo ou de culpa? Depende. Quem determina o erro dolosamente, responde por delíto doloso. Quem determina o erro culposamente, responde por delíto culposos. Exemplos: o médico quer matar seu inimigo que está hospitalizado e ministra droga mortal que vem a ser injetada pela enfermeira; comerciante quer matar seu vizinho e entrega arsênico para a empregada no lugar do açúcar. O comerciante (e também o médico) responde por homicídio doloso. Aliás, nessas situações, ocorre a chamada autoria mediata (que acontece quando uma pessoa se vale de outra pessoa para cometer o delíto). A autoria mediata, por seu turno,

também é conhecida como autoria por determinação, que significa induzimento.

Erro de proibição e ignorância da lei: normalmente quem atua em erro de proibição ignora a lei. O agente não conhece o texto da lei e tampouco que sua conduta é proibida. Exemplos: fabricar açúcar em casa sem autorização legal; servir bebida alcoólica para tribo indígena; expor a bandeira nacional em mau estado de conservação; importunação de cetáceos (baleia, v.g.) etc. São tantas as hipóteses de proibição no nosso país que qualquer pessoa (até mesmo juízes e promotores) pode ignorá-las.

Mas o fundamental é sublinhar o seguinte: que só ignorar a lei não escusa, não absolve (CP, art. 21, primeira parte). A pura ignorância da lei (não saber qual é a lei que incrimina a conduta de fabricar açúcar em casa sem autorização legal, v.g. —cf. Decreto-lei 16/66), se tanto, funciona como circunstância atenuante (CP, art. 65, II). O erro de proibição, ao contrário, pode absolver o agente (quando invencível— CP, art. 21). Se vencível, o agente responde por delito doloso, com pena diminuída (de 1/6 a 1/3).

Erro de proibição e erro de subsunção: não se pode confundir o erro de proibição com o erro de subsunção, que consiste numa mera interpretação errônea do agente em relação a um requisito normativo do tipo. Por exemplo: conceito de funcionário público. A má interpretação do agente sobre este conceito é mero erro de subsunção, que não aproveita, que não escusa. O erro de proibição, quando invencível, escusa o agente (absolve). O erro de subsunção não beneficia o agente em nada.

Espécies de erro de proibição: há duas espécies de erro de proibição o *direto*, que recai sobre a norma proibitiva, e o *indireto*, que incide sobre as causas justificantes (sobre a legítima defesa, estado de necessidade etc., isto é, sobre uma norma justificante). O erro de proibição indireto também é chamado de erro de permissão e constitui, ademais, hipótese de discriminante putativa. Todos os exemplos acima citados (do açúcar, da bandeira nacional, etc.) são situações de erro de proibição direto (o agente não sabe da proibição da conduta, pensa que é lícita, pensa que é normal, quando, na verdade, é ilícita). Mas uma coisa é errar sobre a norma proibitiva (ou mandamental) (não saber que tal conduta é proibida), outra bem distinta é errar sobre uma legítima defesa, sobre seus limites, sobre sua existência (acreditar que está agindo em legítima defesa, quando não está). O erro de proibição direto não se confunde com o erro de permissão (que é o erro de proibição indireto). Ambos, de outro lado, não se identificam com o erro de tipo permissivo (que ocorre nas discriminantes putativas fáticas).

Notas

1. Cf. GOMES, L.F., *Do erro no direito penal*, 5. ed., São Paulo: RT, 2002. TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, pág. 32-36; JIMÉNEZ

DE ASÚA, L. *El error*, pág. 26 e ss.; Munhoz Netto. *A ignorância no Direito penal*, pág. 23 e ss.

2. Sobre os conceitos, cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El error*, cit., pág. 15; MUNHOZ NETTO. *A ignorância*, cit., pág. 1-3; GROSSO, Carlo Frederico. *L'errore sulle scriminanti*. Milão: Giuffrè, 1961, pág. 82; DA COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 181-182; FROSALI, Raoul Alberto. *L'errore nel diritto penale. Studi in onore di Francesco Antolisei*. Milão: Giuffrè, 1965, pág. 548-551; cf. ainda JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho penal*. t. VI, pág. 313 e ss.

3. Nesse sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no Direito penal*, cit., pág. 4; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El error*, cit., pág. 15-20; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 4. ed. tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pág. 109-112; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, pág. 304; CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal*: parte general. Santiago: Jurídica del Chile, 1982, pág. 262; SAMA, Antonio Ferrer. *Error (Derecho penal)*. *Nueva enciclopedia jurídica*. T. VIII/647 e ss. Barcelona: Francisco Seix S/A, 1956, pág. 651-652; ALBUQUERQUE, Martim de. *Para uma distinção do erro sobre o facto e do erro sobre a ilicitude em direito penal*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, Ministério das Finanças, 1968, pág. 11; LONDOÑO, Hermando León Berio. *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá: Temis, 1982, pág. 11; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado*, cit., t. VI, pág. 315-318.

4. Cf. WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral, cit., pág. 100; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., pág. 223-224; MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: parte general, cit., pág. 249; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*: parte general, cit., pág. 413; GROSSO, Carlo Frederico. *L'errore sulle scriminanti*, cit., pág. 8.

5. *Direito penal*: parte geral, cit., pág. 100. Ainda sobre a famosa e polêmica decisão do «Grande Senado», cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado*, cit., t. VI, pág. 535 e ss.

6. MEZGER, Edmund. *Derecho penal*: parte general, cit., pág. 251-252; CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, cit., pág. 121.

7. Cf. nesse sentido, WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral, cit., pág. 62.

Chile

Felipe Caballero Brun
Universidad de Salamanca
fcb@usal.es

La única norma genérica y explícita contenida en el Código Penal chileno referida a la problemática del error es el inciso 3.º del art. primero¹. La jurisprudencia mayoritariamente ha asumido que esta regla en cuestión abarca tanto los casos de *error en la persona o en el objeto* como también los de *aberratio ictus*. La doctrina mayoritaria, por su parte, entiende que este inciso sólo tendría aplicabilidad en relación con el *error en la persona o en el objeto*² y los casos de *aberratio ictus* o *error en el golpe*

habría que entenderlos como un concurso ideal entre un delito doloso frustrado y uno culposo; el cual tendría su solución de acuerdo al art. 75 del Código penal³.

Por su parte aquel error referido a los elementos constitutivos de la infracción o *error de tipo* no ha presentado problemas de reconocimiento jurisprudencial; toda vez que la construcción dogmática se ha derivado a partir de supuestos de ausencia de dolo. A su vez el dolo tiene reconocimiento legal en el art. 2.º del Código Penal y en múltiples disposiciones de la parte especial del mismo cuerpo legal (por ejemplo arts. 390, 395 y 490, entre otros).

Vinculado al *error de prohibición* (aunque más bien se asemeja a lo que en doctrina se denomina como formas de error culturalmente condicionado) debe mencionarse la norma especial del art. 110 del Código Tributario⁴. Pero su ámbito de aplicación es limitado, toda vez que sólo tiene operatividad circunscrita al contexto penal tributario, sin que se puedan extrapolar sus consecuencias prácticas a la parte general del Derecho Penal y, por ende, fundamentar con argumentos jurídico-positivos una teoría general del error de prohibición.

Sin perjuicio de lo anterior, en las últimas décadas, la aceptación del efecto exculpante del *error de prohibición* (a pesar de no tener un reconocimiento legal expreso) ha ido siendo progresivamente recepcionada por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. La fundamentación de dicha aceptación se ha desarrollado básicamente a partir de una interpretación sistemática entre el concepto de *voluntaria* del art. 1.º del Código Penal, sugerido a mediados de la década de 1960 por BUSTOS y SOTO⁵ y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal contenida en el art. 19 N.º 3 de la Constitución Política de la República.

Así la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 18/01/1972 establece que en la presunción establecida en el inciso 2.º del art. 1.º del Código Penal «...se comprende la antijuridicidad del acto punible; mas precisamente tal cognición debe considerarse cohonestada por el error que se viene estudiando: el yerro ha recaído en la significación jurídica de los hechos y de ello deriva que en la conducta de Flores no se encuentre presente la conciencia de la antijuridicidad, puesto que ha creído que estaba ante una agresión inminente, ante la cual era legítimo defenderse»⁶. De modo más explícito aún la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 02/07/1998 sostiene en su considerando 2.º «...que la culpabilidad es un elemento de la esencia de todo juicio de reproche y que para su concurrencia es necesario que se compruebe el conocimiento del ilícito por parte de quien en él incurre y la voluntad de transgredir la norma que lo consagra, más precisamente la intención de vulnerar el bien que ella ampara...»⁷. Y agrega, en su considerando 4.º que «... el art. 1.º del Código Penal describe el delito como acción voluntaria y, al momento de interpretar la voz voluntaria no es posible prescindir de lo que preceptúa el inciso sexto del N.º 3 del art. 19 de la Constitución Política en orden

a que la ley no puede presumir la responsabilidad penal, de modo que la antedicha voluntariedad ha de entenderse referida a la conciencia o intención de actuar en contra del bien amparado por el tipo...»⁸.

Por su parte y refiriéndose a la presunción de voluntariedad establecida en el inciso 2.º del art. 1.º del Código penal, la Sentencia de la Corte Suprema de 04/08/1998 señala en su considerando 7.º que «...una acción sólo puede considerarse voluntaria cuando ha sido ejecutada libremente por el sujeto, esto es, cuando él ha tenido la posibilidad real de decidirse a comportarse en otra forma; pero ello sólo sucede si el autor, cuando obró, tenía conciencia de que lo que hacía era contrario al derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse o a conducirse de cualquier otra forma diferente. Entonces, si sólo realiza una acción voluntaria quien la ejecuta conociendo su ilicitud y si las acciones penadas por la ley únicamente se reputan voluntarias, a no ser que conste otra cosa, quiere decir que la cuestión de si el autor de un hecho punible obró a conciencia de que lo que hacía era injusto admite prueba en contrario y constituye, a lo sumo, una presunción puramente legal»⁹. Agrega el mismo fallo en su considerando 8.º: «Que lo expuesto en el considerando precedente está ahora categóricamente reafirmado por el art. 19 N.º 3 inciso 6.º de la Constitución Política de la República, el cual prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. En efecto, de acuerdo con la mejor doctrina la culpabilidad es un presupuesto indispensable de la responsabilidad penal; y si, a su vez, la culpabilidad requiere la posibilidad de obrar en otra forma (libertad de decisión) la cual, por su parte, presupone la conciencia de la ilicitud, resulta inconcuso que en el presente se encuentra constitucionalmente prohibido presumir de derecho el conocimiento de lo injusto»¹⁰.

Más reciente aún es la Sentencia de la Corte Suprema de 23/03/1999 la cual señala, en su considerando 9.º, «que la conciencia de la ilicitud es un componente indispensable de la voluntariedad exigida por el art. 1.º del Código Penal como requisito del delito y, en consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2.º de dicho precepto, ella sólo puede presumirse legalmente, pues admite expresamente prueba en contrario; de suerte que, a este respecto, no tiene cabida lo prescrito en el art. 8.º del CC...»¹¹.

En todo caso la necesidad de regular de modo completo y sistemático todas las cuestiones referentes a la teoría del error surgen de los requerimientos de *certeza, seguridad jurídica e igualdad ante la ley* propios en la configuración de un sistema jurídico respetuoso de los valores del Estado de Derecho. Por ello el Anteproyecto de Código Penal chileno de 2005¹² (ACP 2005) se hace cargo de estas exigencias y aborda expresamente la materia en su art. 3.º¹³ y su art. 4.º¹⁴. Dentro de las peculiaridades de la regulación en cuestión está la equiparación en las consecuencias del *error de tipo* a aquel error que recae sobre los presupuestos de una causa de justificación. Además se ha optado —en los casos de *error de prohibición evitable*—

por una rebaja obligatoria de la pena. Rebaja que, cuantitativamente, podrá consistir (conforme al art. 46 ACP 2005) en uno o dos grados del mínimo de los señalados por la ley para el delito específico de que se trate.

Notas

1. art. 1.º: «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley».

«Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.»

«El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen.»

2. Así BUSTOS CABALLERO en «Comentarios al Código Penal»; VVAA, Politoff Lifshitz y Ortiz Quiroga (Coordinadores), Editorial Jurídica de Chile, Stgo. 2002; Novoa, t. I, 582; Cury, t. I, 304 y Politoff, 465. En contra Fuensalida, t. I, 11; Labatut t. I, 175 y Garrido, t. I, 98; para quienes el aludido inciso 3.º tiene aplicación tanto para los problemas de *error en la persona o en el objeto* como para los de *error en el golpe*.

3. Con matices BUSTOS CABALLERO, en *op. cit.*, quienes entienden que la norma del inciso tercero del art. 1.º contiene una regla general de imputación objetiva que puede originar problemas en el caso concreto (así, por ejemplo, la madre sabiendo que a su hijo lo espera un asesino a la salida de su casa, utiliza las vestimentas de aquél y la oscuridad de la noche permite la confusión y que ella reciba la bala mortal) y llegar —en principio— a plantear cuestiones de cierta responsabilidad objetiva, que deben ser descartadas por la necesaria subjetividad que —conforme al art. 2.º CP— posee en el ordenamiento jurídico chileno la responsabilidad penal.

4. «Art. 110. «En los procesos criminales generados por infracción a las disposiciones tributarias podrá constituir la causal de exención de responsabilidad penal contemplada en el N.º 12 del art. 10 del Código Penal o, en su defecto, la causal atenuante a que se refiere el N.º 1 del art. 11 de ese cuerpo de leyes, la circunstancia de que el infractor de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada, haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. El tribunal apreciará en conciencia los hechos constitutivos de la causal eximente o atenuante».

5. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y SOTO KLOSS, Eduardo: *Voluntaria Significa Culpabilidad en Sentido Restringido*, en RCP (1964-XXIII/3).

6. *Id.* en RCP Vol. XXXI, N.º 1, 1972, págs. 42 y ss.

7. Cfr. GJ (217: págs. 151 y ss.).

8. *Ibid.*

9. Cfr. GJ (218: págs. 96 y ss.).

10. *Ibid.*

11. Cfr. SCS Rol de ingreso N.º 2133-98.

12. Se refiere al texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia de Chile, desde el 8 de mayo de 2003

hasta el 10 de noviembre de 2005. La señalada Comisión Foro Penal representó una instancia oficial del Ministerio de Justicia compuesta básicamente por profesores de derecho penal y que tuvo como objetivo elaborar un anteproyecto de Código Penal para su posterior discusión legislativa. Dicha discusión —a la fecha de cierre del presente informe— aún no se inicia formalmente.

13. Artículo 3.º. «El error sobre la concurrencia en el hecho de un elemento integrante de la descripción legal del delito excluye el dolo respecto del mismo. Si el error es evitable, el hecho se sancionará a título de imprudencia, si procede».

»Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto de las causas de justificación de la conducta». «Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar o calificar su responsabilidad penal, pero sí para atenuarla o privilegiarla».

14. Artículo 4.º. «El error inevitable sobre la ilicitud del hecho excluye la responsabilidad penal. Si el error es evitable, se rebajará la pena conforme a lo dispuesto en el art. 46».

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

1. Aspectos legales

El Código Penal de Costa Rica, que data de la década de los setenta del siglo pasado, utiliza una terminología arcaica en materia de teoría del error. Es así como el art. 34 bajo la denominación *Error de Hecho* estipula que

«No es culpable quien, el realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción.

No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado».

Por su parte el numeral 35 titulado *Error de Derecho* dice textualmente que

«No es culpable el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena.

Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el art. 79». (Artículo 79: «En los casos de error no invencible a que se refiere el art. 35 o en los casos de exceso no justificado del art. 29, la pena podrá ser discrecionalmente atenuada por el Juez».)

Es obligatorio también mencionar en punto al tema del error en el Código Penal de Costa Rica el art. 42 que a la letra dice

«Es inimputable quien, en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter

ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, a causa de enfermedad mental o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes».

La jurisprudencia nacional proveniente de la Sala de Casación, al aplicar por la vía de la resolución de los recursos de casación las normas antes citadas, ha realizado una labor de actualización y adecuación de las mismas sosteniendo que en el párrafo primero del numeral 34 se encuentra contenido lo que hoy llamamos *Error de Tipo*, mientras que el párrafo segundo haría referencia al *Error de Prohibición Indirecto*, siendo que en el párrafo primero del art. 35 es donde tenemos el *Error de Prohibición*.

Esa misma elaboración jurisprudencial nos dice que el error de tipo cobija aquella hipótesis de quien supone falsamente que en el caso concreto no se dan las circunstancias necesarias para hacer surgir la acción prevista por el tipo penal, equivocación que evita que nazca el dolo. Esto significa entonces que el análisis sobre esta clase de error se encuentra ubicado en la tipicidad.

En el caso del error de prohibición lo que se presenta es una defectuosa interpretación del hecho o de la norma en sí misma, lo que lleva al agente activo a pensar equivocadamente que en el caso concreto se presentan las circunstancias que el ordenamiento contempla para autorizar la realización del hecho contemplado por la norma penal (a esto es a lo que se denomina error de prohibición indirecto) o lo lleva a pensar que el hecho que realiza no está sujeto a pena, o sea, incurre en un error sobre la propia prohibición (siendo esto a lo que se denomina error de prohibición directo).

Sigue diciendo la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que las hipótesis del *Error de Prohibición* se pueden contener dentro de tres supuestos, a saber: a) El agente activo actúa sin saber que lo que realiza se encuentra dentro del ámbito prohibitivo de la norma; b) el sujeto que actúa considera que el ordenamiento le concede un permiso para su actuación; y c) la persona que actúa piensa que está dentro del ámbito de una causa de justificación cuando en realidad no lo está.

El error de prohibición se ubica entonces en el análisis de la culpabilidad (no en el de la tipicidad como ya se dijo del error de tipo) por lo que se trata de una situación de inexigibilidad de otra conducta ubicada en el primer nivel de análisis de la reprochabilidad, como es el análisis de la capacidad de comprender el carácter del ilícito.

En este punto hemos de hacer referencia a la posición sostenida por la interpretación jurisprudencial a que hemos venido haciendo referencia, según la cual el análisis de la exigibilidad de la conducta en nuestro sistema penal contempla dos niveles: el primero referido a la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho al momento de cometerlo y el segundo a la capacidad de determinarse de acuerdo con esta comprensión.

Siempre en materia de Teoría del Error, el mencionado Tribunal de Casación ha hecho referencia a una especie

particular de error, como lo es el *Error de Comprensión*. Se ha dicho por la jurisprudencia que esta hipótesis se presenta en casos en que al sujeto que actúa le es posible conocer que su conducta está prohibida y que carece de permisos, pero a pesar de eso no le es exigible la internalización de ese conocimiento (o sea hacerlo suyo), siendo entonces una forma de error de prohibición. Este error puede ser culturalmente condicionado cuando, el sujeto que actúa pertenece a una cultura diferente a la del grupo que genera la norma, ha interiorizado valores y pautas diferentes a las de aquel grupo y a pesar de que le es exigible conocerlos no se le puede pedir que las haga suyas.

El reconocimiento de este error supone la capacidad judicial de determinar y valorar factores como por ejemplo la educación formal del sujeto, el tipo de legislación que ha de ser conocida, el grupo cultural al que pertenece, el grado de conocimiento antropológico y sociológico acumulado en relación con las pautas de conducta, los valores del grupo al que pertenece el agente activo, etc. De donde concluye la jurisprudencia que el concepto de culpabilidad es uno altamente graduable referido a las condiciones personales del sujeto que realizó el injusto.

2. Aspectos criminológicos

Al nivel de la reflexión criminológica sobre el tema que nos ocupa nos interesa hacer dos puntualizaciones.

A) Si bien es cierto que existe un alto nivel de homogeneidad cultural entre los grupos humanos que desde la época precolombina han ocupado el territorio de lo que hoy es nuestro país, y por lo tanto puede decirse que la identidad y nacionalidad costarricense hoy por hoy supone un consenso bastante generalizado alrededor del grupo de pautas que conforman la cultura oficial, no puede desconocerse que desde la época de la conquista y hasta nuestros días se ha producido un avasallamiento de aquellos grupos autóctonos que habitaron primeramente estas tierras.

Este avasallamiento ha consistido no solo en el atentado directo contra sus costumbres y creencias, es decir contra su cosmogonía, sino también en el abandono y alejamiento socio-económico en que sus poblaciones viven al día de hoy. Partiendo de esta premisa, tratándose de nuestros grupos indígenas autóctonos resulta especialmente importante el desarrollo y aplicación del concepto del error culturalmente condicionado.

Las diferencias culturales existentes entre la cultura oficial y la de los grupos indígenas, retratadas sobre todo en cuanto a las diferentes visiones religiosas que pueden tocar temas básicos de la convivencia social como los nexos familiares, la capacidad y circunstancias en que se establecen relaciones interpersonales, la tenencia y trasiego de la tierra; así como la resistencia que naturalmente se puede sentir frente a un sistema que reniega de uno y que le priva de derechos básicos (como la salud, la educación, el

acceso a subsidios económicos, etc.) bien podrían dar pie a la existencia de una resistencia de nuestras poblaciones indígenas al sistema de exigencias sobre las que se basa el derecho penal, resistencia que podría y debería ser válidamente reconocida a través de la aplicación de la Teoría del Error.

B) Desde hace aproximadamente dos décadas la sociedad costarricense ha tratado de venir tomando conciencia del problema de la denominada violencia doméstica, conceptualización bajo la que se ha tratado el tema de la violencia contra las mujeres ejercida en el contexto de las relaciones de pareja, de vínculos familiares y del llamado ámbito privado de las vinculaciones hogareñas.

Esta toma de conciencia ha supuesto un fervoroso empuje por la aplicación del derecho penal como respuesta frente a estos conflictos, siendo que recientemente se ha aprobado una amplísima legislación que sanciona el maltrato psicológico, sexual y patrimonial ejercido contra las mujeres en los ámbitos antes descritos. Esta legislación se aúna a otra ya existente en la que se han ampliado las penas para ciertos delitos.

Valdría la pena preguntarse, en medio de todo este desarrollo penal que ha sido orientado únicamente en la elaboración conceptual de nuevos tipos penales y en la reducción de garantías procesales y penitenciarias para los «ofensores», si la Teoría del Error Culturalmente Condicionado no representa una respuesta procesal para el abordaje del tema desde el punto de vista de la defensa de los acusados.

Si, como los mismos grupos activistas a favor de los derechos de las mujeres agredidas sostienen, el problema de la agresión contra este grupo humano se inscribe dentro del contexto de una sociedad que ha enseñado desde tiempos inmemoriales la desvalorización de la mujer, la cosificación de ella y la preeminencia masculina tanto en el ámbito público (laboral, político, de las relaciones macroeconómicas) como privado (lo familiar) pero sobre todo en este último, nos parece claro que hay todo un campo de investigación para la determinación de la posibilidad de que algunos comportamientos de los penalizados como constitutivos de violencia contra las mujeres dentro de las relaciones domésticas, de pareja y familiares puedan abordarse desde la perspectiva de los comportamientos socialmente aprendidos y desde la vertiente de la imposibilidad de internalización de la norma penal.

Si el error culturalmente condicionado da cabida a lo que vendrían a ser comportamientos inducidos por la pertenencia a un grupo cultural diferente a la cultura oficial, con mucha más razón podría dar cabida a aquellos comportamientos inducidos por la que ha sido durante mucho tiempo la cultura oficial, o al menos generalizada dentro de un grupo humano.

Ecuador

Dra. Patricia Zambrano Villacres

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad del Pacífico, Quito*

En nuestro Código Penal, al respecto de la teoría del **error**, mantiene el art. 3: «**Presunción de conocimiento**. Se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente, nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa».

Como se ve, nuestra legislación expresa **ignorancia**, no menciona **error**, y la razón es porque seguimos manteniendo la visión de que se puede dar el elemento excusante, es decir, de que se haya realizado alguna acción u omisión de modo culposos y no doloso por excelencia.

«**Conocer**», de acuerdo con el Diccionario de la Lengua, es averiguar, entender, percibir, juzgar, darse cuenta, recordar. Labor intelectual, en todo caso, unida, como dijera Bergson, a una especie de intuición instintiva.

El «**conocimiento**» de una cosa puede venir por inducción, deducción, analogía, dialéctica, etc., esto quiere decir que si bien este término es tomado por la Gramática y la Lógica, también entra en el campo de la Psicología. Desde este punto de vista, el «**conocer**» es una función psíquica, es un proceso, es un producto del pensar y el recordar; es decir, funciones biológicas que se realizan en el cerebro humano.

Pese a la disposición constante en este art., el mismo Código Penal considera como atenuante la ignorancia real, evidente, llamándola *rusticidad* en el numeral 8 del art. 29. En el Ecuador, el indio y el montubio —por mucho que haya la presunción de este artículo— viven en su mundo, desconociendo la comodidad, la mediana alimentación, el aseo elemental y todos los etcéteras. Para el indio, sobre todo, resulta un sarcasmo suponer que algo sepa si, sistemáticamente, se ha procurado que nada conozca.

En definitiva, lo que antes se conocía como «**maldad humana**», intrínseca, natural o espontánea, era, justamente, hacer las cosas de la misma manera, pero en sentido contrario de lo que la mayoría realizaba.

Por esta forma de herencia instintiva, los pueblos, a través de la historia, estuvieron de acuerdo, en una sola definición, en lo que consideraban delito. Positivamente, ninguna experiencia de la especie le es desconocida del hombre, dice la Psicología.

Ya hace bastante tiempo, la Academia de Ciencias Pedagógicas de la antigua U.R.S.S. y el Instituto de Investigación Científica del mismo país publicaron un estudio completo de la evolución del hombre, bajo el título de «Psicología». En el capítulo dedicado a concretar el objeto, problemas y métodos de ella, se dice lo siguiente: «Al surgir la sociedad humana basada en la actividad conjunta de los hombres apareció también la forma más desarrollada de la

actividad psíquica, la **conciencia**, ésta, socialmente condicionada, refleja la realidad por medio del lenguaje.

«La conciencia es, por tanto, desde un principio, un producto social y seguirá siéndolo mientras existan hombres». Este último pensamiento, corresponde a Carlos Marx y Federico Engels.

En efecto, la **conciencia** es un «modo de pensar», es una «posición» mental de análisis, esencialmente formada por el medio y la familia.

Si la sociedad, por medio de la palabra, transmite lo que consagra como bueno o malo, lo que es delito y lo que no es, eso se llama «**conocer**» y es un acto de conciencia y esto no admite discusión.

Con todo, se acepta en las legislaciones que «**todos**», ecuménicamente, deben conocer la Ley Penal, forzosa-mente, tanto que su ignorancia no exime a nadie de responsabilidad.

Algo que, creo yo, debería tomarse en cuenta y, a lo mejor, una posible revisión a esta disposición es la hemorragia de leyes existentes en nuestro país, por lo que se dificulta tener el conocimiento absoluto y certero de todas las leyes que el legislador crea o inventa, sin dejar a un lado otro problema que tenemos y que se trata de la atomización de los delitos en otros cuerpos legales, que no son precisamente el Código Sustantivo Penal, por lo que se dificulta esta **presunción de derecho de que todos los habitantes asentados en un lugar o localidad puedan tener pleno conocimiento de las leyes**.

Grecia

Dr. Dimitris Ziouvas, LL.M.

Abogado (Atenas y Berlín)

Docente Universidad del Peloponeso

El Derecho penal griego regula los problemas de error en los arts. 30 y 31 del Código penal griego (CPgr). La ley distingue fundamentalmente entre el error de tipo (infra I) y el error de prohibición (infra III). Los casos del llamado error *in objecto* (o *in persona*) y de *aberratio ictus* (infra II) o de error sobre un tipo de permisión (infra IV) son elaborados y tratados por la doctrina penal griega.

I. El error de tipo (art. 30 CPgr)

1. Según el art. 30 inciso 1° primera parte del CPgr, la falta de conocimiento de las circunstancias del hecho por parte del autor excluye el dolo. Las circunstancias del hecho son aquellos elementos del tipo legal que constituyen el substrato del injusto punible y conforman el objeto del dolo. Si la falta de conocimiento de las circunstancias del hecho se debe a imprudencia del autor, es posible el castigo por comisión culposa de acuerdo al art. 30 inc. 1° se-

gunda parte CPgr. Por imprudencia se entiende la culpa inconsciente, puesto que el autor que obra conscientemente en forma imprudente, a diferencia del que actúa inconscientemente, no desconoce la realización del tipo, sino que se representa la posibilidad de la misma (elemento intelectual) exactamente del mismo modo que el autor que obra con dolo eventual (*dolus eventualis*).

Por regla general, el Derecho penal griego exige la comisión dolosa de los crímenes y simples delitos (art. 26 CPgr). La conducta imprudente es castigada sólo excepcionalmente, cuando la ley lo contempla expresamente (p.ej. homicidio, lesiones). Sólo los hechos punibles de bagatela que, a diferencia de las «infracciones» (*Ordnungswidrigkeiten*) del Derecho penal alemán, pertenecen al Derecho criminal griego, con la subsecuente tripartición de los delitos, son castigados también por imprudencia.

El error de tipo excluye el dolo y la culpa consciente independientemente de si era evitable o inevitable. En conexión con la regla general de no punibilidad de la imprudencia, ello trae como consecuencia que el error sobre circunstancias del hecho, en el Derecho penal griego, conduce normalmente a la ausencia de castigo.

2. Del error de tipo debe distinguirse el llamado error invertido. En éste, el autor no ignora una circunstancia del hecho, sino que cree erróneamente que se presenta una circunstancia que fundamenta o agrava la punibilidad. Este caso es tratado como una tentativa inidónea por el Derecho griego. La tentativa inidónea es castigada según el art. 43 CPgr con la mitad de la pena de la tentativa idónea (art. 42 CPgr), calculada en forma atenuada de acuerdo al art. 83 CPgr.

3. En caso de falta de conocimiento de una circunstancia calificante, que agrava la pena, se considera dolo sólo en relación con el tipo base (art. 30 inc. 2° CPgr). Similar es la regulación en el caso contrario de la creencia errónea de circunstancias privilegiantes. Si el error se refiere a circunstancias que satisfacen el tipo de una ley atenuada se castiga sólo conforme a esta última.

II. Error in objecto (o in persona) y aberratio ictus

La confusión en la identidad del objeto de ataque (error *in objecto* o error *in persona*: A dispara a C, creyendo que es B) no es tomada en consideración por el Derecho penal griego. Se le atribuye dolo al autor. En cambio, un error en el golpe sin confusión en el objeto de ataque (*aberratio ictus*: A dispara a B, alcanza y mata sin embargo a C) es tratado como error de tipo. En este caso de desviación en el curso causal se castiga a A por el homicidio imprudente de C y por la tentativa de homicidio de B (concurso ideal).

III. El error de prohibición (art. 31 CPgr)

1. Según el art. 31 inc. 2° CPgr el autor obra sin culpabilidad cuando, en la comisión del hecho falta compren-

sión del injusto sin que el error sea evitable. El precepto regula el llamado error de prohibición en base a la teoría de la culpabilidad. Quien ha actuado sin conciencia del injusto no habría podido tampoco evitar el hecho. El error de prohibición debe referirse a una infracción del ordenamiento jurídico y no solamente contra la moral. La teoría dominante exige además el conocimiento del «*merecimiento* penal» del hecho, esto es, sobre la relevancia penal o calidad del injusto, sin que sea suficiente un injusto «general» civil o jurídico-administrativo en el sentido de un conocimiento general de la sancionabilidad.¹ El error de prohibición debió ser inevitable. Esta inevitabilidad es constatable con frecuencia ante todo en la legislación penal especial y particularmente en el Derecho penal económico.² La falta evitable de conciencia del injusto no excluye la culpabilidad, sino que *puede* ser considerada sólo en el ámbito de la determinación de la pena de acuerdo al art. 79 CPgr.³

2. El error invertido de prohibición no es punible a diferencia del error invertido de tipo. Cree el autor erróneamente que su conducta inflige una norma jurídica que en realidad no existe (p.ej. error sobre la edad exigida en los abusos sexuales de menores de edad –art. 339, 342 CPgr), hay un delito imposible no punible.

3. Si bien se exige la posibilidad del conocimiento sobre el «*merecimiento* penal» del hecho para la culpabilidad no se exige que uno sea consciente de la «punibilidad» del hecho (art. 31 inc. 1° CPgr). El autor no debe por tanto conocer la norma concreta lesionada o incluso la existencia de una norma penal o de la cuantía de la pena. El error sobre la punibilidad, como una especie de error de subsunción, no conduce a la exclusión de culpabilidad, pero sí puede ser considerado en el marco de la determinación de la pena.⁴

IV. El error sobre tipos de permisión (causas de justificación)

1. El error puede referirse no sólo a los elementos de tipo legal concreto, sino también a los presupuestos de una causa de justificación. Un tal caso de error sobre un tipo de permisión se presenta, por ejemplo, en la legítima defensa putativa cuando alguien se siente agredido y en consecuencia mata a otro creyendo erróneamente que se dan los presupuestos de la legítima defensa. Este caso es tratado por una parte de la doctrina penal griega como un error de tipo, por lo que el autor sólo puede ser castigado por imprudencia.⁵ Otro sector de la doctrina ve en este tipo de error un error de prohibición.⁶ Debe preferirse la primera solución, que es más favorable para el autor, pues el error de tipo también puede ser evitable, mientras que la inevitabilidad exigida en el error de prohibición es difícil de probar en la práctica.

2. En consecuencia, el error invertido sobre la presencia de un tipo de permisión, cuando por ejemplo el autor desconoce el consentimiento justificante de la víctima, debe

ser castigado de la misma manera que el error de tipo invertido como tentativa inidónea. Con la segunda solución tendría que tratarse el caso del error invertido sobre causa de justificación como un delito imposible: el autor, que ignora la presencia de una causa de justificación en su favor, quedaría sin castigo.

Notas

1 N. *Androulakis*, Poiniko Dikaio, Geniko Meros (en español: Derecho Penal, Parte General), 2000, 498 s. Así también en conclusión L. *Kotsalis*, Systimatiki Ermeinia Poinikou Kodika (en español: Comentario sistemático del Código penal griego), 2005, art. 31, N. 15, 77.

2 Cfr. A. *Dimakis*, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat (en español: La duda sobre la antijuridicidad del hecho), 1992, passim.

3 N. *Androulakis*, ob. cit., pág. 497; A. *Kotsalis*, ob. cit., N. 70.

4 N. *Androulakis*, ob. cit., pág. 500 nota 26.

5 D. *Spinellis*, Systimatiki Ermeinia Poinikou Kodika (en español: Comentario sistemático del Código penal griego), 2005, art. 22 N. 51; N. *Androulakis*, ob. cit., pág. 511 s.

6 A. *Psarouda-Benaki*, Ta axiologika stoicheia tis adikeimnikis ypostaseos tou eglimatos (en español: Los elementos normativos del tipo objetivo del delito), 1971, pág. 169 ss.; A. *Katsadonis*, Poiniko Doikaio, Geniko Meros (en español: Derecho penal. Parte general), tomo A, pág. 357 ss.; I. *Manole-dakis*, Epitomi poinikou dikaioy, (en español: Derecho Penal), N. 790, pág. 495.

Guatemala

Alejandro Rodríguez Barillas

En Guatemala, el proceso de adecuación del Código Penal a la Constitución todavía no ha sido iniciado. En efecto, el principio de culpabilidad y más concretamente el principio de responsabilidad subjetiva o imputación personal se deriva directamente del principio de dignidad humana y de libertad de acción, contemplados en los arts. 2 y 5 de la Constitución Política de la República, que establecen la capacidad del hombre para poder autodeterminarse y tomar responsabilidad por las consecuencias de sus actos. Guatemala, como Estado democrático de Derecho en donde se reconoce la dignidad del ser humano, no puede desde una perspectiva constitucional aceptar la punición acciones que no hayan sido realizadas con dolo o imprudencia, pues se estaría haciendo responsable al ciudadano por resultados que están más allá de su acción. Como señala con claridad Diez Ripollés «hace ya mucho tiempo que se considera que el límite mínimo para la reprochabilidad jurídico penal reside en la previsibilidad individual de la realización típica»¹.

Por ello resulta incompatible con el principio de culpabilidad «imputar al autor consecuencias dañosas extratípicas que se derivan de una situación general de peligro causada culpablemente, pero que no estaban previstas por el autor como tales en su concreta forma de aparición, es decir, en la especie y orientación de la lesión por él causada»². En la medida en que resultados puramente causales, que el autor incluso de modo general ya no pudo prever, se incluyan en el riesgo reprochado se hace saltar el marco del principio de culpabilidad. Y debe recordarse que tanto la causalidad adecuada como el criterio de previsibilidad objetiva son criterios que están indisolublemente ligados a la consideración de las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente para verificar si existe imputación objetiva del resultado³.

El principio de imputación personal también tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica, contenida en el art. 2o. de la Constitución Política: En efecto, cabe afirmar que no habría seguridad jurídica si se pudiera exigir responsabilidad penal por consecuencias imprevisibles⁴.

Pese a las normas constitucionales anteriores, el Código Penal guatemalteco presenta manifestaciones del *versari in re ilícita* semejantes a las que existían en el derogado CP español antes de la Reforma Parcial y Urgente de 1983.

En la legislación guatemalteca no se reconoce el error de tipo. En este sentido, el Código Penal establece, en el art. 21, que «quien comete un delito será responsable de él, aunque su acción recaiga en persona distinta a aquella a quien se proponía ofender o el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar.»

Con ello se excluye en forma absoluta el error de tipo de carácter invencible, el cual carece de reconocimiento expreso en la legislación. La regla actual impone que el sujeto debe ser castigado, aun cuando el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar. La falta de conocimiento sobre los elementos objetivos del tipo carecen de relevancia para efectos de exculpación o atenuación de la pena.

Si bien el error de tipo de carácter invencible se encuentra excluido de la legislación por virtud del principio *versari in re ilícita* que existe en la legislación penal. El error de tipo de carácter vencible, parece encontrarse reconocido con efectos de atenuación de la pena, en el art. 26 CODIGO penal. En esta norma que recoge de manera general las circunstancias atenuantes, se encuentran contemplados como tales, los incisos 6 y 10 que se refieren a la preterintencionalidad y la dificultad de prever:

PRETERINTENCIONALIDAD

6.º No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

DIFICULTAD DE PREVER

10. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

La circunstancia atenuante de preterintencionalidad:

La atenuante de preterintencionalidad fue incluida en el Código Penal como una necesidad para paliar los efectos de la excesiva penalización de las conductas imprudentes y del caso fortuito. Sin embargo, la preterintencionalidad es inadmisibles en el Estado democrático de derecho, pues supone castigar al autor a título de dolo por un resultado no querido.

Los excesos de la aplicación de la preterintencionalidad conducen a consecuencias sumamente graves en perjuicio del reo. En los casos del art. 26.6 CP, la preterintencionalidad se aplica como una circunstancia atenuante de responsabilidad, que no tiene efectos predeterminados en la legislación, y sobre todo no disminuye el marco penal abstracto del delito. La única consecuencia de la atenuante de preterintencionalidad, es que el juez, de forma discrecional, pueda imponer la pena mínima o en la parte más moderada en la escala penal del delito correspondiente. Pero esto no se encuentra taxativamente determinado en la ley, con lo cual el juez puede o no imponer la pena en su escala más baja, en forma totalmente discrecional.

Ahora bien, existen ciertos tipos penales en donde la preterintencionalidad ha sido expresamente tipificada como delito, tal el caso del delito de homicidio preterintencional. Conforme al art. 126 CP, el autor del delito de Homicidio preterintencional es castigado con una pena que contempla un marco penal inferior al del homicidio, convirtiéndolo en una figura privilegiada. Así, el autor de homicidio (artículo 123 CP) es sancionado con pena de 15 a 40 años; en tanto el homicidio preterintencional prevé una pena de 2 a 10 años. Como se observa, la pena a imponer es bastante inferior en este caso y aquí si existe una regla de observancia obligatoria para el juez.

Otras figuras que plantean expresamente el delito preterintencional, es el aborto preterintencional

Artículo 138.— Quien, por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, pero constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionarlo con prisión de uno a tres años. Si los actos de violencia consistieren en lesiones a las que corresponda mayor sanción, se aplicará ésta aumentada en una tercera parte.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el homicidio preterintencional no se aplica como un caso de concurso entre lesiones dolosas y homicidio culposo, sino antes bien, como una forma de atenuar el rigor del error de tipo de carácter invencible. A este punto debe añadirse que en Guatemala, el principio de *versari in re ilícita* excluye que se pueda apreciar un delito culposo cuando el acto inicial es ilícito, de conformidad con el art. 12; igualmente, no se puede apreciar caso fortuito, cuando el acto inicial es ilícito.

En efecto el art. 22 del Código Penal, señala que «no incurrir en responsabilidad penal quien con ocasión de acciones u omisiones **lícitas**, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente». La vocación versarista del legislador pretende

excluir del caso fortuito todos aquellos casos en donde el acto inicial sea ilícito.

La deficiente redacción del caso fortuito del art. 22, podría provocar, con una interpretación «literal», que muchos resultados fortuitos fueran tratados como delitos dolosos o imprudentes. De esta forma el autor podría responder de todas las consecuencias causalmente ligables a su hecho inicial, aun cuando tales consecuencias no fuesen ni queridas ni previstas en relación con su actuar doloso e, incluso, ni previstas ni previsibles en relación a la imprudencia.

Si bien jurisprudencialmente esta interpretación ha sido parcialmente superada, desde una perspectiva estrictamente legal una persona podría ser castigada por homicidio preterintencional, por ejemplo, si al ir conduciendo un vehículo produce un resultado lesivo (muerte o lesiones) y no porta su licencia de conducir vigente.

En cuanto al delito culposo, de conformidad con el art. 12 del Código Penal, que define de manera general al delito culposo, sólo podrá apreciarse la concurrencia de esta clase de delitos «cuando las acciones u omisiones sean **lícitas**». Automáticamente esto convierte a todas aquellas acciones no queridas —es decir, donde no concurre dolo— pero, inicialmente, ilícitas en DOLOSAS.

Con ello se extiende desmesuradamente el ámbito punitivo del delito doloso, el cual cabe aplicar incluso para situaciones en donde el autor no ha tenido la intención de realizar los elementos del tipo doloso, pero por virtud de que el acto inicial es ilícito se debe excluir la posibilidad de calificar el delito como culposo, apreciándose el respectivo tipo doloso con la atenuante de «preterintencionalidad», del art. 26.6 CP.

Obviamente esta consecuencia lleva a una grave violación del principio de responsabilidad subjetiva: la pena deja de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción, que establece como regla general que la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos, que la comisión dolosa⁵.

La atenuante de dificultad de prever.

El art. 26.10 CP plantea la atenuante de dificultad de prever, pero limita su cometido únicamente a los delitos culposos. Vale reiterar que el delito culposo en Guatemala, presenta modalidades de *versari in re* ilícita, lo que hace aún más restrictiva la aplicación de esta circunstancia atenuante.

En efecto, de conformidad con el art. 12 del Código Penal, que define de manera general al delito culposo, sólo podrá apreciarse la concurrencia de esta clase de delitos «cuando las acciones u omisiones sean lícitas». De esa cuenta, la atenuante de dificultad de prever, tiene limitados efectos en la práctica, siendo en todo caso, de aplicación discrecional por el juez, para fijar la pena en la parte más baja del marco penal, pero sin reducirlo.

ERROR DE PROHIBICION.

La legislación guatemalteca no reconoce de manera expresa el error de prohibición. En términos generales se

aplica el principio de *error iuris no excusat*, que se encuentra plasmado de manera general en el art. 3 de la Ley del Organismo Judicial: Primacia de la Ley. Contra la Observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.

En el Código Penal se ha recogido sin embargo, la atenuante de ignorancia, IGNORANCIA, la cual está contemplada en el art. 26.6:

9.º La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuando haya influido en su ejecución.

La atenuante de ignorancia puede ser entendida como un error de tipo de carácter vencible, que solo disminuye la punibilidad, sin excluirla. Los efectos jurídicos derivados de la circunstancia atenuante son los mismos que se han señalado anteriormente; no disminuyen el marco penal, permitiendo únicamente al juez fijar la pena en la escala menor del marco penal previsto. Como se observa, el legislador busca una interpretación restrictiva al error de prohibición, en la medida en que solo puede ser apreciada para ciertos delitos y en la medida en que hayan influido en su ejecución.

Más recientemente, la jurisprudencia nacional ha venido a reconocer tratados internacionales en materia de derechos humanos como el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, que plantean la obligatoriedad de reconocer los derechos de las comunidades indígenas y sus autoridades. En este sentido, una importante decisión de la Corte Suprema de Justicia reconoció que una persona que había sido juzgada bajo el derecho consuetudinario indígena no podía ser juzgada nuevamente ante la justicia oficial. Con ello se da reconocimiento al pluralismo jurídico en Guatemala y aceptar, que en Guatemala coexisten dos tradiciones jurídicas que deben respetarse.

En conclusión, la legislación penal guatemalteca requiere de una adecuación normativa a la Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos. La legislación guatemalteca no reconoce el error de tipo de carácter invencible y no permite la exculpación de una persona con base en esta circunstancia. El error de tipo de carácter vencible, es reconocido de forma limitada, pero subsisten formas de *versari in re* ilícita que desnaturalizan su aplicación. En términos generales, el error de tipo de carácter vencible, puede dar lugar a la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad (artículo 26.6), sin que se disminuya el marco penal y únicamente habilita al juez para considerarlo a efectos de fijar la pena en la parte baja del marco penal contemplado en la figura delictiva.

El error de prohibición está prohibido de manera terminante en la legislación guatemalteca, aun cuando se acepta la atenuación de la pena, por ignorancia. Esta sería una forma de error de prohibición vencible, pero su efecto principal es que el juez imponga la pena en la parte inferior del marco penal, pero sin disminuirlo.

Como aspecto positivo debe señalarse la jurisprudencia reciente que reconoce plena eficacia al Convenio 169 sobre pueblos indígenas y bajo esta circunstancia, ha permitido apreciar como circunstancias eximentes y atenuantes

los valores y costumbres de los pueblos indígenas guatemaltecos. Además ha reconocido el valor de cosa juzgada a las decisiones de las autoridades indígenas, lo que impide que pueda iniciarse una nueva persecución penal contra personas que han sido sancionadas en sus comunidades.

Notas

1. Díez Ripollés, J.L. «Los delitos calificados por el resultado y el art. 30. del proyecto de Código Penal Español (I)» en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES 1982. Pág.642.

2. Díez Ripollés, J.L. Los delitos calificados...(I) *op. cit.* pág.643.

3. Díez Ripollés, J.L. Los delitos calificados ...(I) *op. cit.* pág.643.

4. Zugaldía Espinar, L. Fundamentos de Derecho penal. Parte General. Las teorías de la pena y la ley penal. Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos, 3ra e. Valencia, 1993.pág.242.

5. Luzón Peña. D.M. *op. cit.* pág.87.

Honduras

Angie Andrea Arce Acuña

Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica)

Introducción

El derecho penal ha previsto en su dogmática que debe hacerse cuando el autor de un hecho punible desconoce alguno de los elementos del injusto, ya sea en la tipicidad o en la antijuridicidad y, además, si este desconocimiento es vencible o invencible. A este planteamiento se le denomina Teoría del error y varía de acuerdo a la teoría que se siga en cada país. Según Muñoz Conde «el error es la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad o, simplemente, la ignorancia»¹. Para Arteaga Sánchez «es el falso conocimiento de algo, una noción falsa sobre algo. Cuando se da la ausencia de toda noción sobre algo, se habla de ignorancia»². Sin embargo, según Enrique Cury, la distinción entre ignorancia y error es jurídicamente irrelevante ya que, en su opinión, las consecuencias prácticas son idénticas³.

La Teoría del Error está íntimamente vinculada con el Principio de Culpabilidad, ya que se considera que el conocimiento de la ilicitud o antijuridicidad del hecho es un elemento imprescindible, que, al mismo tiempo, también es presupuesto de la eventual imposición de una pena. Mediante la Teoría del Error se pretende excluir, o al menos atenuar, la responsabilidad penal en los casos en que se haya obrado por error. En este sentido, Claus Roxin,

analizando el problema desde el punto de vista del dominio del hecho, considera que el que yerra «no conoce (o no por completo) los datos objetivos y por eso se le exonera de responsabilidad penal en mayor o menor medida»⁴.

Sin embargo, es el Estado, a través del Poder Legislativo, quien tiene que decidir si va a concederle o no relevancia al Error y, en caso positivo, hasta qué límites.

Los Principios y las Teorías

En relación al error han existido fundamentalmente dos teorías: **la teoría del dolo** y **la teoría de la culpabilidad**⁵. Con respecto a esta última, y como consecuencia de las divergencias en relación al error sobre las causas de justificación en el error de prohibición, existe una división entre los seguidores de la teoría de la culpabilidad, ya que unos apoyan la llamada teoría estricta de la culpabilidad y otros la denominada teoría restringida de la culpabilidad⁶. Jacobs critica las teorías rígidas, tanto la del dolo como la de la culpabilidad, prefiriendo la teoría elástica de la culpabilidad⁷.

La Teoría Estricta del Dolo: esta teoría es de corte causalista, se basa en el concepto de *dolus malus* relacionado con la culpabilidad. Considera que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte del autor es un elemento integrante del dolo y que la falta de ese conocimiento, cualquiera que sea su causa u origen, determina la ausencia de dolo. Esta teoría da un tratamiento unitario a las dos clases de error (de tipo y de prohibición), considerando que el error excluye el dolo, tanto si es vencible como invencible, y que sólo en el caso de error vencible podría existir la responsabilidad penal, pero únicamente por delito imprudente o culposo, y siempre y cuando el hecho acepte la forma de comisión culposa. Esta teoría ha sido muy criticada y objetada, especialmente por tratar a las dos clases de error de la misma manera, con las mismas exigencias y consecuencias. Sin embargo, esta teoría tuvo el mérito de haber sido la primera en exigir el conocimiento de la antijuridicidad (aunque asimilándolo al dolo).

La Teoría Limitada del Dolo: es una variante de la Teoría Estricta del Dolo instituida por Mezger, que plantea que no sólo se debe de tomar en cuenta el hecho, sino también la actitud observada por el autor durante toda su vida con respecto al derecho, ya que si es de desprecio, enemistad o indiferencia hacia los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, debe ser sancionado con la pena correspondiente al delito doloso, en consideración a necesidades de la práctica jurídica. Esta teoría no ha tenido casi seguidores.

La Teoría de la Culpabilidad: esta teoría abandona el concepto de *dolus malus* y hace una clara distinción entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad, así como entre el error de tipo y el error de prohibición, considerando que el primero afecta el dolo y el segundo a la culpabilidad. Sus seguidores estiman que un error de prohibición lleva

a eximir de responsabilidad penal si es invencible, o conduce a un delito doloso atenuado si es un error vencible, pero de ninguna manera a un delito culposo o imprudente. Esta teoría permite que el conocimiento de la antijuridicidad pueda ser potencial no actual, es decir, es suficiente que el agente haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, aunque en el caso concreto no haya sido realmente así.

La Teoría Estricta de la Culpabilidad: es la seguida por el finalismo y se fundamenta en las diferencias entre error de tipo y error de prohibición, específicamente en relación al tratamiento del error de prohibición indirecto referido a las causas de justificación, cuando el agente cree erróneamente que se dan los presupuestos objetivos que fundamentan una causa de justificación o cuando va más allá de los límites permitidos por dicha causa. Considera esta teoría que en el supuesto de error invencible no hay culpabilidad, por lo que no hay responsabilidad penal ni sanción alguna. En el caso de error vencible se sanciona sólo como delito doloso atenuado.

La Teoría Restringida o Limitada de la Culpabilidad: coincide con la Teoría Estricta de la Culpabilidad en el tratamiento de dos supuestos de error de prohibición indirecto: el error sobre la existencia y el error sobre los límites de la causa de justificación. La Teoría Restringida se diferencia de la Estricta en el tratamiento de los presupuestos objetivos o fácticos de las causas de justificación, que los considera como errores de tipo (no de prohibición), de manera similar a como lo hace la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, los presupuestos de las causas de justificación deben ser considerados como elementos negativos del tipo, y, en consecuencia, el error sobre los mismos como error de tipo.

En el ordenamiento jurídico penal encontramos causas de exclusión de la culpabilidad, causas de justificación y causas de exclusión de la tipicidad, siendo evidente la relación existente entre unas y otras. Las causas de exclusión de la culpabilidad impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico (la inimputabilidad, el error de prohibición, la no exigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable y las excusas absolutorias); en cambio, las causas de justificación convierten el hecho en lícito y lo permiten (la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y el consentimiento de la víctima). En cuanto a las causas de exclusión de la tipicidad tenemos el caso fortuito, el riesgo permitido, el consentimiento, la ausencia del elemento subjetivo del injusto y el error de tipo.

Tipos de error.

Existen dos tipos de error claramente diferenciables, el error de tipo y el error de prohibición. El error de tipo se constituye cuando recae sobre un elemento integrante del hecho típico, sea este elemento normativo o descriptivo

del tipo, dependiendo del elemento típico se diferencia el tipo de error, ya sea sobre el objeto de la acción, sobre la relación de causalidad, el error en el golpe o el error sobre el momento de la consumación. De tal manera, que existe una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, de forma que el elemento cognitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura.

El error de tipo entonces excluye la tipicidad o bien constituye el delito culposo, si este existe, de acuerdo a la teoría del error que se siga, como se señaló en el apartado anterior. Por otro lado, la necesidad de comprobar la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad supone el error de prohibición. Como señala Velásquez Velásquez⁸, el error de prohibición es la exigencia de que el autor tenga al momento de actuar por lo menos un potencial conocimiento de la antijuridicidad, esto es, debe ser capaz de comprender la ilicitud del acto. El hecho de comprender la antijuridicidad significa conocerla e interiorizarla. El error de prohibición puede ser directo, que es aquel que recae sobre la existencia de la prohibición, y también puede ser indirecto, que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación. De igual forma el resultado dependerá de la teoría de la culpabilidad que se adopte.

Para determinar qué teoría se sigue en el Código Penal hondureño debe hacerse mención de otro factor indispensable que determina la teoría del error que es el concepto de dolo. Existen dos corrientes tradicionales que han venido marcando los Códigos Latinoamericanos y son: 1) la teoría del tipo simple, donde el dolo se ubica en la culpabilidad, con sus elementos cognitivos, donde se encuadra el conocimiento del hecho y la ilicitud, y, por otro lado, la voluntad; y 2) la teoría del tipo complejo, donde el dolo es entendido como conocimiento del hecho, la voluntad se encuentra en el tipo y el conocimiento de la ilicitud en la culpabilidad. La importancia de determinar dónde se ubica el dolo es más que relevante, porque de allí dependerá la aplicación del error de tipo o de prohibición, como se analizará más adelante.

El artículo 13 del Código Penal hondureño⁹ reza: «El delito puede ser realizado por acción o por omisión y necesariamente debe ser doloso o culposo. El delito es doloso cuando el resultado responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo o cuando el autor sabe, o está obligado a saber, que como consecuencia de la acción u omisión existe la posibilidad de que se produzca un efecto constitutivo de delito, no obstante lo cual ejecuta el hecho y acepta, por ende, las consecuencias que del mismo se derivan...». Esta norma se encuentra ubicada en una sección totalmente distinta de la que comprende a la tipicidad y a la culpabilidad, dejando así que sea a través de la jurisprudencia y de la doctrina la determinación de si el Código Penal hondureño se inclina al tipo simple o al tipo complejo, a diferencia de los otros códigos penales similares que sí ubican el dolo en una sección específica, como es el caso del Código Penal de Costa Rica¹⁰, que incluye dentro de la culpabilidad al dolo, así como al error de hecho y de derecho.

En la práctica, en Honduras se sigue la teoría del tipo simple, ubicando el dolo en la culpabilidad, pero, con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal hondureño, se vive una etapa de transición hacia un Código Penal que se identifica más con la teoría del tipo complejo.

De igual forma, con respecto al error en la persona (*aberratio ictus*), el art. 20 del Código Penal hondureño establece: «A quien por error o por cualquier otro accidente cometiere un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra quien haya dirigido su acción, se le imputará el delito, pero no las circunstancias agravantes que proceden del ofendido o vínculo con éste. Las atenuantes que dimanarán del hecho si se hubiera perpetrado en daño de la otra persona se apreciarán en su favor». Este artículo se refiere expresamente al error en relación con la persona de la víctima, caso en el cual el legislador, de forma expresa, ha dispuesto que la pena sea igual a la que corresponda al delito en su forma simple, sin tomar en cuenta las circunstancias agravantes, pero considerando a favor del agente las circunstancias atenuantes que dimanaren del hecho.

Por otra parte, el artículo 21 del Código Penal de Honduras indica que «No hay delito si, con ocasión de realizar un acto lícito con la debida diligencia, el autor causa un mal por mero accidente». Refiriéndose expresamente a la intención o, más bien, a la falta de dolo del sujeto, siempre que concurra la debida diligencia y sea un accidente. En cuanto a las causas de inculpabilidad, el artículo 25 del Código Penal expresa: «Tampoco incurrir en responsabilidad penal: 1) quien obra impulsado por fuerza física irresistible o miedo insuperable; 2) quien incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable; 3) quien en la creencia racional de que existe una agresión injusta contra su persona reacciona contra el supuesto agresor, siempre que la reacción sea proporcionada a su riesgo supuesto». En este art. se recogen las causas de inculpabilidad, pero de la lectura del inciso primero se desprende que se confunden las causas de inculpabilidad con las causas del tipo, al incluir un elemento como la fuerza física, que pertenece a la acción, que está en la tipicidad y que corresponde a la *vis absoluta*, con la no exigibilidad de otra conducta, como lo sería el miedo insuperable, confundiendo así error de tipo y error de prohibición. Los otros dos incisos corresponden al error de prohibición indirecto y a las causas de justificación, donde se reconoce a estas como causas de inculpabilidad.

Consecuencias en la aplicación del error.

La teoría del error y su aplicación es lo que permite determinar si el dolo está en el tipo o en la culpabilidad y de allí depende la pena que posteriormente se impondrá. En la mayoría de los Códigos es el Legislador quien determina qué tipo de criterios han de seguirse, si los del tipo simple o los del tipo complejo, independientemente de la forma de pensar que tenga cada quien, y su importancia

radica en que si, por ejemplo, se persigue a alguien porque disparó contra un barril de madera para practicar tiro al blanco en un lote baldío y dentro había un niño, que muere a causa de los disparos, si se le aplica el tipo simple, partiendo del hecho de que este sujeto no tiene conocimiento de que está matando a una persona o no sabe que cumple con los supuestos del tipo, la conducta sería típica y antijurídica, porque no hay causa de justificación y se cumple el injusto. En cuanto al análisis del dolo en la culpabilidad se puede concluir que el sujeto, en ese ejemplo, aplicando la teoría del tipo simple, no tenía conocimiento del hecho y no deseaba el resultado ni lo aceptaba, por lo que se excluye el dolo y no existe culpabilidad. Podría imputársele el hecho a título de culpa, si el error era vencible, pero no a título de dolo.

En el caso de la teoría compleja del tipo las circunstancias son distintas, si se parte del hecho de que el error era invencible, el error de tipo excluye el elemento cognitivo del dolo y por ende el tipo, por lo que el injusto no se configura jamás. Siendo las consecuencias totalmente distintas y excluyendo en este último caso incluso la responsabilidad civil, es por eso la vital importancia de ubicar el dolo y tener claro la teoría del error.

CONCLUSIONES.

Lo que se pretende con la teoría del error es determinar qué se hace cuando el autor desconoce alguno de los elementos del tipo o de la antijuridicidad del hecho, sin embargo esta teoría no debe, en mi criterio, dejarse a la escogencia del juzgador, como hace el Código Penal de Honduras, porque considero que debe establecerse por parte del legislador qué teoría o criterio debe seguirse para evitar la aplicación antojadiza de las normas, trayendo así graves problemas de inseguridad jurídica, especialmente en relación con la teoría del error, donde la aplicación de una u otra teoría, como se vio en el ejemplo anterior, ocasiona resultados diametralmente distintos.

Por ello, debe establecerse una norma expresa que regule tanto al error de tipo como al error de prohibición en sus distintas modalidades, y en la sección que corresponde al dolo y a la antijuridicidad, y, además, que señale de forma expresa los casos de error que deban ser penalizados y cuáles no. Para eso, el legislador debe tomar partido por la orientación dogmática que tendrá el Código Penal de Honduras, ya que actualmente existe un gran vacío, que si bien da para rellenar con cualquier cosa, no es lo conveniente, principalmente porque en materia de derecho penal todo tiene que resolverse apegado al principio de legalidad y no puede permitirse ampliaciones o el uso de la analogía.

Debe existir entonces una norma que, previamente, indique cuál ha de ser la normativa a aplicar y el Código debe ser en esto sumamente claro, para que todos los ciudadanos sepan cuándo se está en error de tipo, de prohibición o amparado en una causa de justificación. No

se le puede dejar todo a los juzgadores, estos deben limitarse a aplicar la normativa y a analizar y apreciar las circunstancias, por lo que una reforma a la parte general del Código Penal de Honduras vendría a sanear esos vacíos existenciales, que pueden ser llenados con la voluntad de un legislador consciente y bien informado, para respetar las garantías de los ciudadanos, sobre todo en este delicado tema.

Notas

1. Muñoz Conde, Francisco. «El Error en Derecho Penal». Tirant lo Blanch. Valencia 1989. 143 págs. (pág. 15)
2. Arteaga Sánchez, Alberto. «Derecho Penal Venezolano». Novena ed. McGraw-Hill. Caracas. 2001. pág.296
3. Cury Urzúa, Enrique. «Derecho Penal». Parte General. Tomo I. 2da. Ed. Santiago. 1992. pág. 307
4. Roxin, Claus. «Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal». Séptima Ed. Marcial Pons. 2000. Madrid. pág. 718
5. Como consecuencia de las distintas y enfrentadas posiciones que desde hace ya mucho tiempo existen, sobre si el dolo debe de considerarse como elemento del tipo o de la culpabilidad.
6. Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano. Ob. cit. págs. 262-264. Y Muñoz Conde, Francisco. Ob. cit. págs.25-46.
7. Jacobs, Gunther. Ob. cit. págs. 664 y 665.
8. VELÁSQUEZ, Fernando, «Manual de Derecho Penal», segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 2004.págs.405.
9. Código Penal de Honduras, segunda edición, Tegucigalpa, Honduras, O:l:M editorial S. de R.L de C.V, 30 de enero de 2004. pág. 207.
10. Código Penal, 15 ed. San José, Costa Rica, IJSA, Julio de 2003, 250 págs., art. 31.

Italia

Dr. Vico Valentini

Università di Modena e Reggio Emilia

Traducción Dra. María José Pifarré de Moner

1.Introducción. La individuación de un criterio capaz de distinguir, con una certeza aproximativa, los casos de error de Derecho que se convierten en un error sobre el hecho que constituye delito 8 art. 47.3 CP de los casos de error sobre la norma penal (art. 5 CP) es un tema en el que se registra, desde hace más de cuarenta años, una neta fractura entre la doctrina y la jurisprudencia italianas. A pesar de la ingente producción científica que, a partir de 1960 [Bricola(A)], afirma constantemente la necesidad de repensar las relaciones entre error sobre el precepto y error sobre el hecho y a pesar también de la histórica sentencia núm. 364/1988 mediante la que la Corte Costituzionale declaró la parcial legitimidad del art. 5 CP [Doni-

ni(A)], la jurisprudencia continúa insistentemente, por un lado, a reconducir prácticamente todo caso de *error iuris* al art. 5 CP y, por otro lado, a exculpar la ignorancia de la ley penal sólo en casos rarísimos.

Si se considera al fin y al cabo pacífico que a) el art. 47 CP, a pesar de su rúbrica («error de hecho») se refiere a los casos de error *sobre* el hecho determinado sea por errores *de hecho*, sea por errores *de derecho*; b) que, desde el punto de vista jurídico-penal, el error viene equiparado a la ignorancia y viceversa [Grosso(A); Pulitanò(A)]; c) que la duda sobre la antijuricidad del comportamiento no equivale a error y es, por tanto, perfectamente compatible con la imputación dolosa [Romano(A); Cass., II, 9069/1982, CED, 155528]; d) que el error acerca del «tipo» excluye la componente de representación del dolo y que, en consecuencia, el objeto del dolo define el ámbito de relevancia del error previsto en el art. 47 CP [Belfiore; Nappi]; entonces, el verdadero *punctum prudens* de la institución del error consiste precisamente en la identificación de criterios capaces de establecer en qué casos el error que recae sobre la norma destinada a integrar los elementos normativos del hecho típico se resuelve en un error sobre el hecho que constituye delito, en lugar de en un error sobre la ley penal.

2. *El error sobre el hecho* (art. 47.1 CP). El art. 47 CP contempla, en su párrafo 1, los casos de error de hecho sobre el hecho que constituye delito; la noción de *error facti* no suscita problemas particulares, ya que se trata de uno de los rarísimos puntos respecto de los cuales doctrina y jurisprudencia están perfectamente de acuerdo. Se trata, en realidad, de una errónea percepción de la realidad factual, es decir, de la falsa representación de un aspecto o de un elemento del «tipo» entendido en su configuración histórico-material [Pulitanò(B); Palazzo(A); Mantovani]. La representación errónea, naturalmente, debe afectar a un dato de la realidad *relevante* para la integración del tipo penal, es decir, un dato de la naturaleza del que depende la tipicidad del hecho [errore cd. *essenziale*: Romano(B); Fiandaca-Musco; Cass., VI, 2801/81, CED, 148238; Cass., I, 7853/1988, *ivi*, 178816; Cass., I, 16264/1990, *ivi*, 185975]; al mismo tiempo, desde el momento en que el error sobre el hecho del art. 47 CP y el dolo tienen idéntico objeto [Donini(B)], también la componente de representación presente en el dolo tendrá como punto de referencia, sobre todo, el hecho concreto correspondiente al abstracto tipo penal [Marinucci-Dolcini].

Especialmente controvertidos, por el contrario, se muestran los casos de error a) sobre los elementos llamados «especializantes» (art. 47.2), b) sobre la cualificación del sujeto en los delitos especiales, c) sobre las causas de justificación [Cavaliere; Grosso(B)] y d) sobre los elementos normativos extrajurídicos [ej. Concepto de obsceno: Risicato(A)]; también se discute mucho sobre los temas e) del error en el ámbito de los delitos de omisión [Cadoppi; Donini(C)], f) del error que recae sobre las normas penales en blanco [Mantovani M.] y g) del error sobre las cláusulas de antijuricidad especial [Pulitanò (A)],

aunque este último caso concierne más a las relaciones entre error sobre el precepto y error sobre el hecho consecuente con un *error juris* (*infra* § 3).

Es esencial recordar, antes de seguir, que la doctrina, hasta la fecha, no es en modo alguna pacífica a la hora de entender que el objeto de la representación del agente incluya, además de la realidad en sentido naturalista, también la conciencia del carácter socialmente lesivo del hecho [en sentido afirmativo Palazzo(B); Ramacci; Pagliaro(A); Gallo]. La jurisprudencia, por el contrario, considera suficiente para conformar el dolo la conciencia y la voluntad de realizar la conducta (*suitas*), prescindiendo de la conciencia del carácter antisocial del hecho [Cass., I, 9691/1992, *CED*, 191874; Cass., II, 7091/1988, *ivi*, 172523; Cass., VI, 9701/1996, *ivi*, 206014].

La cuestión asume una relevancia particular no tanto ante los delitos naturales (*mala in se*), cuyo desvalor se percibe antes y prescindiendo de su calificación jurídico-penal (p. ej. homicidio, robo etc.), sino ante los llamados delitos «artificiales» (*mala quia vetita*), de los que está llena la legislación penal extracodificística [Vallini; Palazzo(C)]; el carácter «incoloro» y «socialmente neutro» de estos últimos, efectivamente, no permite que el agente perciba el significado ofensivo que se halla al margen del conocimiento de las normas que imponen o prohíben esos comportamientos.

Por este motivo emergen orientaciones que sostienen una revisión de la *Vorsatztheorie* para los llamados delitos «de conducta neutra» [Donini(C)(D); *contra* Romano (A)]: en este tipo de casos, sólo incluyendo la conciencia de la antijuricidad en el objeto del dolo se podría evitar que se imputen como dolosos hechos sustancialmente culpables, violando así el principio de responsabilidad por hecho propio y culpable (art. 27.1 Constitución italiana).

3. *La discusión sobre la distinción entre error sobre el hecho determinado por un error sobre la norma extrapenal* (art. 47.3 CPI) y *error sobre el precepto* (ART. 5 CPI). Además que de un error (o ignorancia) acerca de la realidad en sentido naturalista, el error sobre el «tipo» capaz de eliminar el dolo, puede derivar también de una errónea interpretación (o una ignorancia) de normas distintas de la norma incriminadora a las que ésta última llama explícita o lógicamente (ej. «ajena» en el delito de hurto). Se trata, en realidad, de un error que recae sobre los elementos normativos jurídicos [Pulitanò (B); Padovani], es decir, elementos que, al igual que los descriptivos, pertenecen al «tipo», pero que necesitan, para la individuación de su contenido, de una hetero-integración de normas pertenecientes a otras ramas del ordenamiento o, en cualquier caso, distintas de la norma incriminadora penal [Padovani; Ramacci; Fiandaca-Musco].

Del hecho de que el «tipo» puede estar compuesto, además de elementos descriptivos, también de elementos normativos, se deriva que la componente de representación del dolo puede tener como puntos de referencia tanto datos histórico-naturalistas como datos normativos; en conse-

cuencia, también el error y/o la ignorancia pueden afectar tanto a realidades fácticas como a la realidad jurídica.

Para poder considerar completo el dolo no es necesario que el sujeto conozca con precisión la normativa extrapenal a la que el tipo penal reenvía, sino que es más que suficiente que tenga el conocimiento de un «profano» o «laico» de la materia [Marinucci-Dolcini]; es necesario, en otras palabras, que el agente sea consciente del significado jurídico, aunque no técnico, del elemento normativo del «tipo» [Palazzo(B)].

Al mismo tiempo, para que el *error iuris* pueda ser relevante en el sentido del art. 47 CPI es esencial que se convierta en un error sobre el hecho constitutivo de delito, es decir, que genere en el sujeto que actúa la falaz convicción de que está realizando un hecho *distinto* del cristalizado en el tipo penal [Mantovani; Marinucci-Dolcini], en el mismo modo de quien cae en un *error facti*. Efectivamente, también son idénticos los efectos psicológicos generados por ambas clases de error [Fiandaca-Musco]; sin embargo, permanece distinta la fuente que genera el error; en un caso se trata de una falsa percepción de la realidad factual, en el otro de una errónea valoración, «de profano», de la normativa que interacciona con el precepto penal.

Por el contrario, en los casos en los que quien actúa no se representa, por un error de Derecho, un hecho distinto del hecho típico, sino que se representa un hecho que corresponde perfectamente con el que dibuja el tipo penal y que *simplemente* recibe una *calificación distinta*, yerra, no sobre el hecho, sino sobre el precepto, activando el art. 5 CPI. [Padovani].

Este artículo sanciona el principio de la inexcusabilidad de la ley penal, cuya *ratio* político-autoritaria, inspirada en la necesidad de garantizar la firme y expedita aplicación de la ley penal independientemente de toda consideración subjetiva [Carrara; Bricola(B); Pulitanò(C)], ha sido considerada por parte de la «Corte costituzionale» incompatible con el principio de culpabilidad y con la finalidad reeducativa de la pena (art. 27 párrs. 1 y 3 Const. It.); el Tribunal, efectivamente, ha declarado la parcial ilegalidad constitucional de la norma, en la parte en que no excluía del principio *ignorantia non excusat* los casos de ignorancia inevitable, *ergo* exculpante.

En síntesis el error sobre el hecho que constituye delito según el art. 47 CPI excluye *siempre* la responsabilidad del agente, sean cualesquiera que fuesen las *causas* que lo generen, es decir, prescindiendo de la circunstancia de que la errónea representación de la situación concreta o normativa sea evitable-culpable, o bien inevitable-no culpable.

El error sobre el precepto del art. 5 CPI, por el contrario, exculpa sólo cuando sea inevitable, es decir, sólo es relevante en los casos en que al agente no se le pueda realizar un reproche por el erróneo (o inexistente) conocimiento de la norma incriminadora.

Dicho de otro modo, el error contemplado en el art. 47 CPI excluye siempre el dolo del hecho [Donini(A)]; el error *inevitable* sobre el precepto, por el contrario, es

compatible con el dolo de tipo penal y funciona como causa de exclusión de la culpabilidad: presupone, es decir, que se pueda excluir la existencia de un error sobre el hecho constitutivo de delito [Palazzo(B); Pulitanò(B); Romano(A); Padovani].

El juicio de evitabilidad-inevitabilidad de la ignorancia de la ley penal es un juicio hipotético-normativo (por estándares) que utiliza un «modelo abstracto de agente» tomado prestado del juicio de imputación culposa [Palazzo(B); Mantovani; Pulitanò(B)]: a fin de impedir excesos de indulgencia y, al mismo tiempo, garantizar el carácter personal de la responsabilidad penal se entiende que, para afirmar la culpabilidad del agente no es necesario el conocimiento efectivo de la ley penal, sino que basta el *conocimiento potencial* (ignorancia culposa, *culpa iuris*).

El agente, en resumen, será objeto de reproche cuando, a pesar de haber tenido la posibilidad de conocer la normativa vulnerada, haya omitido culpablemente el cumplimiento del deber de información que sobre él recaía.

Esta posibilidad de conocimiento, hay que precisar ulteriormente, se refiere a la antijuricidad genérica, es decir, no necesariamente penal [Romano(A); Caraccioli; *contra* Marinucci-Dolcini; Cass., 3617/1994, *CED*, 197587], del comportamiento realizado; se retiene, además, que no se puede excluir en base a consideraciones únicamente subjetivas [ej. carencias culturales, analfabetismo, condición de extranjero: Cass., VI, 5225/1993, *CED*, 194028; Cass., I, 751/1992, *ivi*, 189015], sino en base a elementos de naturaleza objetiva *combinados* con elementos de carácter subjetivo [ej. Afirmaciones erróneas del personal administrativo institucionalmente competente, expedición de autorizaciones administrativas a pesar de la ausencia de las condiciones para éstas, precedentes absoluciones por el mismo hecho; orientación consolidada de la jurisprudencia; informes erróneos de consultores, expertos y profesionales. En casos de este tipo, la confianza del individuo será razonable, y tendrá por ello eficacia exculpante, únicamente en los casos en que *cualquier ciudadano*, en las mismas condiciones, habría incurrido en error: Cass., I, 5436/1992, *CED*, 190313].

La referencia al parámetro del agente ideal permite exculpar la ignorancia de la ley penal en los casos en que el sujeto, con un inevitable inversión de la carga de la prueba [Cass., V, 5251/1991, *CED*, 187144], demuestre haber tenido la normal diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información; sin embargo, para quien opera profesionalmente en determinados contextos, el comportamiento de la jurisprudencia se presenta especialmente riguroso, ya que tiende a afirmar la culpabilidad incluso en los casos de culpa leve [Cass., S.U., 8154/1994, *CED*, 197885]. Un rigor análogo se observa también en el caso en que la defensa alegue que ha confiado en la situación de incertidumbre interpretativa incluso cuando, téngase bien en cuenta, sea la Casación (Tribunal supremo), en contra del juez de instancia, quien considere lícito un determinado comportamiento [Cass., VI, 6175/1995, *CED*, 201518; Cass., III, 7550/1994, *ivi*, 198383].

A pesar de la tendencia de *toda* la doctrina a distinguir el error que recae sobre los elementos normativos (error de Derecho sobre el hecho, exclusivo en *todo caso* del dolo) del error que recae sobre la ley penal (exclusivo de la culpabilidad *sólo en el caso* de inevitabilidad), la jurisprudencia tiende a resolver todo *error iuris* como error sobre el precepto penal, negando toda posibilidad aplicativa al art. 47.3 CPI.

Tal *interpretatio abrogans* del párrafo 3 se basa en la teoría de la llamada *incorporación*: en base a ésta, norma «penal» lo es no sólo la que incrimina, sino también toda otra norma, noción o término que, a pesar de pertenecer a otras ramas del Derecho, viene introducida por la norma penal *para integrar* el tipo penal: el error sobre tales normas, que se convierten en penales «por incorporación» formando una unidad con el precepto, se resuelve siempre en un error del art. 5 CPI [Cass., II, 5144/1986, *CED*, 173026; Cass., VI, 11156/1989, *ivi*, 181944; Cass., V, 2174/2000, *ivi*, 215418]. Un carácter no penal, por tanto, se puede predicar únicamente de aquellas reglas que no vienen expresamente llamadas, ni explícita ni implícitamente por la disposición penal [Cass., I, 9442/1986, *CED*, 173743; Cass., V, 11.1.2000, *ivi*, 215480].

Lógica e intuible consecuencia de esta posición es que nunca podrá darse un error relevante en el sentido del art. 47 CPI: si la norma extrapenal no viene llamada al menos de manera implícita por la norma incriminadora penal, un error sobre la primera nunca se podrá traducir en un error sobre «el hecho constitutivo de delito» [Pulitanò(C)]. La jurisprudencia, por tanto, atribuye la capacidad de integrar la norma penal no sólo a la normativa que implementa las normas penales en blanco y a las llamadas disposiciones definitorias [como la inmensa mayoría de la doctrina: Romano(A); Pulitanò(B); Flora], sino también a cualquier información jurídica que interaccione con el precepto.

La reacción doctrinal a la posición del juez, en un primer momento, fue la de considerar a todas las normas llamadas por la *figura criminis* como parte integrante de ésta última; desde este punto de vista, el art. 47.3 aparecía como una *excepción* al art. 5, dirigida a atribuir relevancia a un error que, de otro modo, habría debido subyacer a la «regla general» de la ignorancia inexcusable [Delitala; Pagliaro(B)].

Posteriormente, sin embargo, la doctrina abandonó esta posición, y prefirió distinguir entre error del art. 47.3 CPI y error del art. 5 CPI en base a la capacidad de las normas objeto de reenvío de aportar una contribución al *sentido de prohibición penal* [Donini(B); Romano(C)]; de lo que se sigue la aplicación del art. 47.3 CPI a los casos en que el error recae sobre normas llamadas que se limitan a determinar el *criterio de aplicación*, en los casos concretos, de tipos penales abstractos *ya completamente delineados* en su núcleo significativo-cultural [Pulitanò(A)(B)]. De este modo, el precepto «no robar» se puede legítimamente presumir como conocido, y una (improbable) ignorancia al respecto será irrelevante a efectos del art. 5 CPI; por el contrario, quien yerra sobre tipos extrapenales que ha-

cen las veces de parámetros de aplicación del precepto en la situación concreta (por ej. un sujeto, interpretando de modo erróneo la normativa civil, cree poder entrar en posesión de la gravilla del río), no se dará cuenta de que está cometiendo un hurto; este sujeto se estará representando una situación distinta de la penalmente prohibida, y no una situación idéntica a la prevista en la norma penal, pero considerada erróneamente lícita [Pulitano (B); Marinucci-Dolcini].

Mientras se pueda individuar un precepto dotado de un núcleo cultural y significativo, al fin y al cabo, será siempre posible distinguir el error que recae sobre la ley penal del error de Derecho que recae sobre el hecho constitutivo de delito [Pulitano (B); Marinucci-Dolcini]. El problema, sin embargo, se hace especialmente espinoso en los delitos realmente artificiales (los llamados de conducta neutra y sin resultado; normas penales totalmente en blanco) previstos en el contexto de actividades *normalísimas y plenamente lícitas*, en las que el legislador penal se limita a sancionar la trasgresión de normativas extrapenales: se trata de tipos penales desprovistos de un desvalor social que se pueda advertir antes y prescindiendo del conocimiento de las varias normativas sectoriales, entre las que es *imposible* individuar una orden o un deber lo suficientemente importantes como para que se puedan presumir como conocidos [Donini(C)]. Si el hecho está normalizado hasta tal punto que coincide con el Derecho, por tanto, no es posible distinguir un error sobre el primero que no constituya *además* un deber sobre el segundo y, en consecuencia reglas extrapenales que «forman una unidad» de reglas extrapenales que «no forman una unidad» con el precepto: en este tipo de casos, el único modo de impedir que se imputen como dolosos hechos sustancialmente culpables, será la de enriquecer el objeto del dolo con la conciencia de la antijuricidad.

El «Derecho vivo», sin embargo, permanece completamente sordo a estas aspiraciones de la doctrina, perseverando en entender que cualquier regla que interaccione con el precepto forma una unidad con éste y, en consecuencia, resuelve todo *error iuris* como error sobre el precepto penal [Cass., 10805/1986, CED, 173937; Cass., VI, n. 6931/1991, *ivi*, 187669; Cass., VI, 9767/1994, *ivi*, 199093; Cass., III, 8048/99, in *ivi*, 214545; Cass., VI, 5117/2001, *ivi*, 217862].

4. *El ambiguo comportamiento de la jurisprudencia en materia intertemporal.* Por último, a agravar las ya difíciles relaciones entre normativa penal normativas extrapenales objeto de reenvío contribuye el paradójico comportamiento de la jurisprudencia cuando se pasa de punto de vista estático (error del art. 47.3CPI) a un punto de vista dinámico (mutación diacrónica de elementos normativos jurídicos).

Mientras que desde el punto de vista estático, efectivamente, la tendencia de los jueces es la de considerar toda norma extrapenal llamada como *incorporada* dentro del precepto penal, por el contrario, cuando se trata de valorar si la modificación en el tiempo de los elementos normati-

vos (las llamadas modificaciones mediatas) puede comportar efectos de *abolitio criminis*, la jurisprudencia, para poder contestar en sentido negativo, suele afirmar que las informaciones jurídicas extrapenales no interfieren ni integran el tipo penal.

Como si la capacidad de los elementos normativos de contribuir al «sentido de la prohibición», al fin y al cabo, pudiera cambiar según el punto de vista, sincrónico o diacrónico, en el que el intérprete se encuentre [Risicato(B)].

Bibliografía: BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997; BRICOLA(A), *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960; BRICOLA(B), voz *Teoria generale del reato*, en *NN. dig. it.*, XIX, 1973; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, PG, Padova, 1998; CARRARA, *Dell'ignoranza come scusa*, en *Opuscoli di diritto criminale*⁵, VIII; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000; DELITALA, voz *Adempimento di un dovere*, en *Enc. giur.*, I, 1958; DONINI(A), *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996; DONINI(B), *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991; DONINI(C), *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993; DONINI(D), *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, en *IP*, 1989, 145 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, PG⁴, Bologna, 2006; FLORA, voz *Errore*, en *Dig. d. pen.*, IV, 1990; GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, en *Studi Urbinati*, anno XX, Milano, 1951-52; GROSSO(A), voz *Errore*, en *Enc. giur.*, XIII, 1991; GROSSO(B), *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961; MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002; MANTOVANI, M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, PG², Milano, 2006; NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2003; PADOVANI, *Diritto penale*⁷, Milano, 2006; PAGLIARO(A), *Principi di diritto penale*⁸, Milano, 2003; PAGLIARO(B), *Il fatto di reato*, Milano, 1960; PALAZZO(A), *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974; PALAZZO(B), *Corso di diritto penale*, PG, Torino, 2005; PALAZZO(C), voz *Ignoranza della legge penale*, en *Dig. d. pen.*, VI, 1992; PULITANO'(A), *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976; PULITANO'(B), *Diritto penale*, Torino, 2005; PULITANO'(C), voz *Ignoranza (dir. pen.)*, en *Enc. dir.*, XX, 1970; RAMACCI, *Corso di diritto penale*⁵, Torino, 2005; RISICATO(A), *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004; RISICATO(B), *Interventi di recupero edilizio e successione di norme extrapenali: le cd. «modifiche mediate» della fattispecie incriminatrice*, en *DPP*, 2003, 993 ss.; ROMANO(A), *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano, 2004; ROMANO(B), *Contributo all'analisi della «aberratio ictus»*, Milano, 1970;

ROMANO(C), *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974; VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

*Departamento de Investigaciones Jurídicas
Universidad de Guanajuato, México*

1.— Ya hemos advertido a los lectores que en la República Mexicana tienen vigencia y son aplicados treinta y dos códigos penales, correspondientes a cada una de las entidades federativas, incluyendo el Distrito Federal, y un código penal más, el Código Penal Federal, en adelante CPF, que rige para el ámbito federal en todo el territorio nacional. Cada una de estas leyes contiene, por supuesto, sus propias estructuras, tipificaciones y conceptos dogmáticos que, en poca medida, difieren entre sí. Recientemente, se ha venido actualizando una vieja propuesta en el sentido de unificar la legislación penal, o lo que es mejor, formular un código penal nacional único, lo cual, según pensamos, será mucho más conveniente entre otras cosas de cara al diseño y aplicación de una política criminal integral así como para el desarrollo más armonioso y profundo de la doctrina, la que hasta ahora ha venido ocupándose del análisis, evaluación y crítica de cada código, dando lugar a una doctrina poco o nada uniforme. A lo anterior, también podría adicionarse el hecho de que la jurisprudencia, que en México sólo puede ser formulada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y sus Tribunales Colegiados (que pertenecen al ámbito federal), suele presentar contradicciones importantes. En todo caso, sin ánimos de intentar clarificar ahora la estructura y funcionamiento del sistema legal mexicano, para efectos de este reporte nos ocuparemos, esencialmente, del tratamiento que el CPF le da al error.

2.— El CPF, promulgado en 1931, originariamente asumió los conceptos de error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error iuris*), en sus arts. 9 y 10. En el primer caso, *error facti*, es aquél que recae sobre el resultado o las circunstancias determinantes de éste; mientras que el *error iuris*, es el que recae sobre la significación o valoración jurídica acerca de esa conducta y su resultado; en este supuesto, la persona no sabe que su conducta y su resultado implican una violación de la ley penal, suponiendo por eso mismo, que su proceder no es delictivo. Certamente, un exponente de la doctrina nacional, Gustavo Malo¹, señaló «esta distinción, aparentemente sencilla, en realidad es vaga y mueve a equívocos, sobre todo si se observa que, a fin de cuentas, todos los errores, son «errores de hecho», porque el error de derecho necesariamente es un error de hecho que el legislador ha pre-

visto en la ley penal como delito y, a la inversa, todos los «errores son de derecho» porque toda conducta o hecho, al momento de ser recogida por el legislador pasa a ser un hecho jurídico o ley y, a su vez, toda conducta o hecho en la medida que se encuentren reguladas por la ley, si resultan ser conformadores del injusto penal forman parte también del derecho».

3.— La añeja e inconveniente distinción entre error de hecho y error de derecho de la que se habló líneas arriba, fue abandonada por virtud de la reforma de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 13 de Enero de 1994, mediante la cual se modificó también la fracción IX del art. 15 del CPF relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, regulándose el error de acuerdo a una novedosa clasificación (al menos novedosa para nuestro marco legislativo) bajo el siguiente texto:

«Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de algunos de los elementos esenciales que integra la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta», desprendiéndose de esta reforma legal la adopción de la distinción entre error de tipo y error de prohibición. En la primera parte de esta redacción, se regula el error de tipo, aludiendo expresamente al error que recae sobre alguno de los elementos esenciales de la descripción legal; y en la última parte, se ocupa del llamado error de prohibición, que recae sobre la licitud de la conducta o conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Por lo que respecta a la expresión licitud de la conducta, cabe la posibilidad de que tal expresión fuese entendida en su sentido más amplio, que incluyera las diferentes modalidades del error de prohibición (tanto la que alude al desconocimiento de la ley o bien la derivada de la falsa creencia de actuar bajo el amparo de una causa de justificación), aunque igualmente podría entenderse en un sentido restringido, por virtud de lo cuál alguna de estas modalidades podría no ser considerada. El complemento del art. 15 reformado de que venimos hablando aquí, expresaba: «no se excluye la responsabilidad si el error es vencible». Con base en esto, es evidente la afirmación de que el error invencible constituía una circunstancia excluyente de responsabilidad, pero no así el error vencible que sí genera responsabilidad (culposa), puesto que no puede darse la responsabilidad penal dolosa, que presupone el conocimiento de la antijuridicidad del acto, justamente cuando lo que falta es precisamente tal conocimiento, así que sea se trate de un error vencible. Paralelamente a la reforma recordada ahora, se introdujeron adiciones al art. 59 del CPF creando el 59 bis, y que refiere una específica forma de error: la derivada del extremo atraso cultural y aislamiento social de la persona, en este caso por su vinculación o pertenencia con grupos étnicos existentes en el país, poseedores de formas de organización sociales y culturales propias, que determinó al legislador de entonces plasmar una suerte de responsabilidad disminuida, lo que frente al tema del error devenía en una causal de eximente de responsabilidad en

términos del art. 15 del CPF. Nos recuerda Malo Camacho² que «pese a la clara intención política criminal de la reformas, orientada a tener en cuenta las desigualdades culturales y sociales étnicas, y el respeto a sus propias expresiones culturales, resultó ser, sin embargo, limitativa de la regulación más general prevista en la ley penal».

4.— Una reforma experimentada casi diez años después de la reseñada arriba, apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994, misma que finca la base de una nueva regulación del error, derogando, entre otras, las fracciones VII, IX y X. En adelante, será la fracción VIII la que se ocupará del error, en los términos siguientes: Capítulo IV, *Causas de Exclusión del Delito*, art. 15, en especial la anunciada fracción VIII, textualmente establece:

Art. 15.— El delito se excluye cuando:

VIII.— Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el art. 66 de éste Código.

Por su parte, el art. 66 del CPF, señala:

Art. 66.— En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del art. 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será la de hasta una tercera parte del delito de que se trate.

Claramente es posible notar que esta redacción resulta más precisa, pues distingue expresamente el error vencible e invencible, y mediante los incisos A y B se refiere, respectivamente al error de tipo y al de prohibición, dejando puntualizado en este último supuesto, el error que incide en el desconocimiento de la ley del que incide en la falsa creencia de actuar o proceder al amparo de una causa de justificación. Por supuesto, no hay identidad entre la superada concepción de error de hecho y error de derecho y la adoptada de error de tipo y error de prohibición. Estos nuevos conceptos no son equivalentes de los superados por las reformas comentadas. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado la terminología y contenidos teóricos del error de tipo y del error de prohibición al dejar señalado en esta jurisprudencia:

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN. En el error, el agente está impedido para conocer la relación existente entre el hecho ejecutado y el normativamente recogido, en forma abstracta en el tipo penal, ya porque tal error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por el tipo, o bien sobre el carácter ilícito del propio hecho. En el error de prohibición, el sujeto ignora la exis-

tencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico³.

Considerando que tanto la ley penal —en este caso la federal— como la jurisprudencia mexicana se adhieren a la distinción entre error de tipo y de prohibición, parece necesaria una breve referencia a los contenidos doctrinales reconocidos a estos dos conceptos.

El error de tipo. En este caso, nos explica Muñoz Conde⁴, «el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto; cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos excluye, por tanto, el dolo y todo lo más, si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo objetivo de injusto de un delito imprudente. El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una *valoración paralela a la esfera del profano*, para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo». Por su parte Malo Camacho⁵ nos aclara que: error es el falso conocimiento de la verdad e ignorancia; ignorancia es la falta de conocimiento acerca de algo, y enseguida afirma «si bien es evidente que ambos conceptos sin intrínsecamente distintos, sin embargo, desde el ángulo jurídico penal, plantean consecuencias similares respecto de las hipótesis que plantea la teoría del error en el derecho penal. Si el error implica el falso conocimiento de algo, como a su vez la ignorancia implica la falta de ese conocimiento, lo cierto es que ambos eliminan el dolo y en consecuencia destruyen la tipicidad por falta del elemento subjetivo, salvo el caso del error vencible, punido en forma culposa».

5.— El error de prohibición, por otro lado, es aquél en el que se incurren cuando, sabiendo a la perfección lo que se hace, el sujeto desconoce que su acción es ilícita. En este caso, queda claro que no se afecta al dolo, sino a la conciencia de la antijuridicidad (elemento de la culpabilidad), y por tanto procede la aplicación de la pena del delito doloso, aunque con atenuantes. Después de las reformas mencionadas de 1984, la Jurisprudencia de la SCJN, reconoce que el error de prohibición merece una disminución o atenuación en la pena, y señala:

ERROR DE PROHIBICION DIRECTO. No obstante que a través de la reforma penal del treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, se dio cabida en forma legal al llamado «error de prohibición directo», lo que hace el art. 59 bis del Código Penal Federal, es conceder al delincuente un trato punitivo privilegiado, al facultar al juzgador para imponer «hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trata, o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso», y tal circunstancia sólo opera en el caso muy especial de «cuando el hecho se realiza por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto», situaciones que deben quedar plenamente probadas⁶.

Cabe aclarar que en esta tesis jurisprudencial se menciona el art. 59 bis, mismo que se corresponde con el actual 66 del CPF, ya transcrito.

El CPF en sus ya citados arts. 15, fracción VIII y 66 recogen las nociones error vencible y error invencible. El error vencible o evitable, es aquel que podría evitarse si en el caso concreto el activo hubiere actuado con mayor cuidado y diligencia. Por su parte, es inevitable o invencible el error de quien habiendo actuado con toda la diligencia y cuidado no habría podido evitar caer en el error en que se encontraba. Las consecuencias observables en ambos tipos de error, serán: para el caso de error invencible, la eliminación de la tipicidad dolosa y culposa (atipicidad plena). En cambio, el error vencible, elimina la tipicidad dolosa; pero, en caso de que la ley prevenga la figura del tipo culposo, de aparecer integrados sus elementos, subsistirá y con ello dará lugar a la estimación de la responsabilidad a título de delito culposos.

Otro tema de interés, aunque sea observado sintéticamente, corresponde al llamado error sobre la antijuridicidad. Siendo aquél en el que el sujeto activo actúa con dolo pero bajo la creencia de que concurre una causa de justificación, siendo el ejemplo clásico del de la legítima defensa putativa. En este supuesto surge el problema de determinar con precisión si estamos ante un error de tipo, uno de prohibición u otro. Bajo el planteamiento de Díaz Aranda⁷, el error sobre las causas de justificación no puede ser considerado ni error de tipo de prohibición. «En efecto, dice este autor, no estamos ante un error de tipo, porque el autor obra con dolo dado su conocimiento de la realidad circundante en la que actúa, siendo que su error recae sobre la justificación de su conducta prohibida. Por esta razón, —concluye— tenemos que resolver el problema a nivel de culpabilidad sin poderlo denominar o clasificar como una especie de error de prohibición, porque el sujeto sabe, por ejemplo, que la ley prohíbe matar, y por tanto conoce la norma prohibitiva, pero las circunstancias lo llevan a pensar que está justificada su conducta». La base de este planteamiento la encuentra el citado autor en la exégesis que realiza del art. 15 fracción VIII, llegando a las siguientes conclusiones: 1) que el legislador mexicano no incluyó el error sobre la concurrencia de las causas de justificación en el inciso a) de la fracción VIII del art. 15 del CPF, por lo cual no lo considera un error de tipo; 2) el legislador mexicano divide en el inciso b) el error sobre la ilicitud de la conducta (prohibición) de aquel en el que el sujeto cree erróneamente que obra amparado por una causa de justificación; 3) entonces el legislador mexicano crea dos conceptos de error por los cuales puede excluir o disminuir la culpabilidad del autor, eso se traduce en la exclusión o disminución del reproche, lo cual se verá reflejado en la exclusión de la aplicación de la pena o en su disminución. Y pone por ejemplo el siguiente: Así, quien mata al asaltante cuya pistola era de juguete (legítima defensa putativa) sabe que está privando de la vida a otro, y, por tanto, está obrando con dolo; su error, por tanto, no recae sobre el tipo, sino sobre las circunstancias que justifican su conducta⁸.

Bibliografía:

- Díaz Aranda, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Porrúa, México, 2003.
- Jiménez Martínez, Javier, *Elementos de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- Moreno Hernández, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal*, Editorial Ius Poenale, México, 1999.
- Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
- Ruiz Harrel, Rafael, *Código Penal Histórico*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.

Notas

1. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 386-387.
2. Op. cit., pág. 388-389.
3. Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 139-144, Segunda Parte, pág. 88. Amparo Directo 7884/79, Raúl Hurtado Hernández, 13 de Octubre de 1980, Cinco Votos, Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos, Secretaria Josefina Ordóñez Reyna.
4. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 252.
5. Op. cit., pág. 390.
6. Séptima Época: Instancia Primera Sala; Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: Tomo II, Parte SCJN; tesis: 146; pág. 82.
7. Díaz Aranda, Enrique, *Derecho Penal*. Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 395.
8. Op. cit., pág. 395-396.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica

El 15 de diciembre de 1999, como indicamos en uno de los informes iniciales, se introdujo a la Asamblea Nacional el Proyecto de Código Penal, actualmente se encuentra en discusión el Libro II, de los delitos en particular y falta por discutir y aprobar el Libro III, de las faltas, el Libro IV, que trataba de aspectos de procedimientos para otorgar las instituciones alternativas a la privación de libertad, fue separado y en conjunto con las autoridades penitenciarias se trabaja una ley especial para regular dicho tema. El Libro Primero está aprobado totalmente, El de El Legislador tiene la firme convicción que para finales de año el texto punitivo estará aprobado. Mientras el mismo no entre en vigencia rige el aprobado en 1974, cuyo prototipo es el de 1870 español.

No hay duda de que entre ambos Códigos hay una diferencia notable, el legislador nicaragüense incorpora en el Proyecto las líneas de pensamiento moderno de la teoría del delito, a diferencia del vigente, basado en un pensamiento de la responsabilidad objetiva por el resultado, «el daño que se previó como imposible se considera imputable al autor» (art. 2 CP vigente) o bien, «las acciones u omisiones calificadas y penadas por la ley se reputan voluntarias mientras no se pruebe o resulte lo contrario» (art. 3 CP vigente). El Proyecto elimina todas estas inconsistencias.

El Código Penal vigente establece, aunque de forma tímida, alguna consideración en materia de error. El art. 5 expresa que el que ejecutare el hecho punible será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señala, aunque varíe el mal que se propuso causar o recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias no conocidas por el delincuente que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúan. En este sentido, la disposición limita los efectos o no considera los efectos del error.

En el Proyecto de Código Penal (Dictamen de 1999) ¹ se establece el error de tipo (art. 25) y el error de prohibición (art. 26), construido bajo la influencia hispana. En el caso del error de tipo, el Proyecto establece, por una parte, que el error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal, pero que si el error fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. Por otra parte, la misma disposición expresa que el error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá la apreciación de la circunstancia calificadora o agravante.

El anterior Código Penal de Nicaragua, como expresa el profesor Chirino Sánchez, no hacía referencia a una específica causal de error, tanto sobre el tipo penal o sobre el conocimiento de la antijuridicidad, lo que tenía varias incidencias en la estructuración de la Parte General y, por supuesto, ofrece un marco más amplio para optar por diversas soluciones dogmáticas para resolver el problema de los conocimientos que una persona debe tener para entender que ha realizado el hecho a título doloso. Sin embargo, como apunta el académico costarricense, el problema que ofrece, sin embargo, es que no estructura una definición del dolo que vaya más allá del contenido de la intención, la cual, por lo demás, debería de conectarse a los conocimientos que dicha intención requiere, ya que en modo alguno puede entenderse una intención sin conocimiento. Solo es posible querer aquello que se conoce, y de ahí se deriva la exigencia normativa de que cuando alguien despliega un comportamiento delictivo debe entenderse que conoce que lo que realiza es una conducta, a lo menos, prohibida.

El art. 25 del Código Penal nicaragüense supera el problema de cuanto se está en presencia de un error de hecho o de uno de derecho y lo construye sobre la base de la dogmática moderna. En este sentido, el citado artículo se refiere al error o ignorancia de algunos de los elementos que integran el tipo objetivo, denominado por la disposición *infracción penal*. Así el legislador nicaragüense deli-

mita los la teoría del dolo, en tanto, por la definición de la referida disposición, el contenido del dolo estará referido directamente a lo exigido por el tipo penal.

En el ámbito del error de prohibición, el Proyecto de Código Penal (Dictamen de 1999) establece, primero, que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal y, segundo, que si el error sobre la ilicitud del hecho fuera vencible, se impondrá una pena atenuada cuyo límite máximo será el límite inferior de la pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de este.

Es evidente que el legislador nicaragüense, en la Parte General, toma la decisión de diferencia, en el marco de lo subjetivo, entre el conocimiento del dolo y de la antijuridicidad, y por tanto, distinguir los elementos del injusto y de la culpabilidad, como bien lo indica Chirino, en una investigación colectiva sobre un estudio de la nueva teoría del delito que el Proyecto desarrolla. Puede valorarse pues, que con este planteamiento, el nuevo Código Penal de Nicaragua promueve dos niveles en el juicio de culpabilidad: por un lado, el análisis de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y, en segundo lugar, la capacidad de actuar acorde con tal comprensión. Se trata, entonces, de dos niveles que acarrearán el planteamiento y solución de diversos problemas referidos a la reprochabilidad de la conducta. ²

Notas

1. Existe un Dictamen de 2003 que refiere de forma particular a enmiendas de los delitos y las faltas.

2. Participan en la investigación Mario Houed Vega (Costa Rica), Enrique Díaz-Aranda (México), Pablo César Busato (Brasil), Silvio Grijalva, Dailys Uriarte Quesada, Sergio J. Cuarezma Terán, Roxana Zapata, Cesar Largaespada (Nicaragua) y Martín Rodríguez (Costa Rica). Antes de finalizar el año, la misma estará publicada. Todos profesores e investigadores del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal
carlos.munozpope@cableonda.net

I. Introducción

El tema del error de tipo y error de prohibición constituye uno de los

aspectos más complicados y controvertidos en la moderna teoría del delito, por lo que no resulta fácil resumir

el mismo en el ordenamiento penal panameño con miras a esta publicación.

La doctrina penal panameña, hasta bien entrada la parte final del siglo veinte, se ocupó muy poco del tema ya que tenemos un Código Penal de corte causalista donde dolo y culpa son formas de culpabilidad y en donde todavía se acoge el viejo principio según el cual el desconocimiento de la ley penal no exime de responsabilidad penal al que la infringe (artículo 6).

Ello impide que la doctrina de los tribunales aprecie al error como una forma de excluir la responsabilidad penal, a pesar de la consagración de una fórmula legislativa a propósito del error de tipo en el Código Penal de 1982, todavía vigente por unos meses más hasta que empieza la vigencia del nuevo Código Penal que en pocos días debe sancionar el presidente de la República.

II. El error en el Código Penal vigente

En el Código Penal de 1982 el error de tipo aparece consagrado en el art.

33, que a la letra dispone lo siguiente: «No será sancionado quien, al realizar el hecho, comete error invencible sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción legal». «No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título». Nada dispone el Código sobre el error de prohibición.

Por su parte el art. 34 consagra las tradicionales formas de *aberratio ictus* y error *in personam* propias del viejo error de hecho, con la siguiente fórmula legal: «Si por error o por accidente, el culpable de un delito daña con él a una persona distinta de aquella a quien quiso agredir, no se le imputarán para graduar la pena las circunstancias agravantes que emanan de la condición de la persona ofendida o de los vínculos que unan a esta con el culpable; pero sí tendrán en cuenta las circunstancias que hubieren atenuado la responsabilidad del culpable si el hecho se hubiera cometido en la persona a quien el delincuente tuvo el propósito de agredir».

La norma sobre el error de tipo aparece regulada en el Código de 1982 dentro del Título II, sobre el «hecho punible», del Libro Primero sobre la ley penal en general, dentro del capítulo sobre la culpabilidad (capítulo IV).

Queda patente, por tanto, que el Código de forma incorrecta regula el error de tipo, que nada tiene que ver con la culpabilidad, dentro de la culpabilidad y omite toda consideración al error de prohibición. Es evidente que el codificador no debió dividir la regulación del hecho punible en capítulos separados, pues el Código no debe regular los elementos del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) como si se tratara de un tratado, curso o manual de Derecho penal.

La redacción del error de tipo, no obstante, es atinada y nada tenemos que reprocharle al legislador respecto de ella. Sólo se admite el error de tipo cuando dicho error es

invencible y recae sobre uno de los elementos que estructuran la figura delictiva, de forma que debe entenderse que si el error no es invencible, el comportamiento del sujeto sólo puede castigarse a título de culpa si dicha conducta coincide con una modalidad culposa.

De la normativa vigente se deduce que el error de tipo es una causa de inculpabilidad, a pesar de que en estricto sentido es una causa de ausencia de tipicidad. La jurisprudencia debe, por tanto, aclarar este aspecto cuanto antes, aunque la doctrina patria reconozca su eficacia para excluir la tipicidad.

III. El nuevo Código Penal de 2007

A finales de febrero pasado la Asamblea Nacional de Diputados de Panamá aprobó en tercer debate el proyecto de nuevo Código Penal, por lo que debe ser sancionado el mismo por el Órgano Ejecutivo en cualquier momento.

La versión original del texto adoptado por la Asamblea fue vetada por el presidente, quien objetó cuatro artículos, todos del Libro Segundo, sobre delitos en particular, por lo que dicho texto fue devuelto para que la Asamblea Nacional analizara el veto presidencial. La Asamblea Nacional acogió el veto, modificó los cuatro arts. del Libro Segundo y aprobó la versión final del nuevo Código, que espera la inminente sanción del Órgano Ejecutivo.

La redacción final del nuevo Código, orientado dogmáticamente hacia el finalismo, consagra dos disposiciones distintas sobre el error.

En efecto, el art. 30 se ocupa del error de tipo en los siguientes términos: «No delinque quien actúa con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión no concurre en alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal». En el art. 39 el nuevo Código Penal se ocupa del error de prohibición de la siguiente forma: «No es culpable quien, conociendo las condiciones o circunstancias del hecho que integran la conducta, por error invencible ignora su licitud».

La futura codificación penal acepta el error de tipo invencible pero omite toda consideración respecto del error de tipo vencible. Se trata, sin duda, de una desafortunada omisión del legislador.

En el futuro código el error de tipo aparece en el capítulo sobre «Dolo, culpa y sus excepciones», en tanto que el error de prohibición en el capítulo sobre «eximentes de culpabilidad».

IV. Consideraciones finales

La moderna concepción del error, que distingue error de tipo y error de prohibición, error vencible y error invencible, entre otras, categoría del error, en el nuevo Código Penal panameño representa un avance de significativa importancia, lo que se complementa con la desaparición de

la norma que no exime de responsabilidad por ignorar la existencia de la ley penal.

Es de esperar que la jurisprudencia evolucione con los avances de la dogmática moderna, de modo que el error no sea letra muerta en la doctrina de los tribunales, como hasta el momento actual, pues hay que superar de una vez por todas el viejo causalismo de principios del siglo pasado y adecuar el Derecho penal al momento actual.

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Pontificia Universidad Católica del Perú

ANTECEDENTES

El Código Penal de 1924 adoptó un modelo clásico que regulaba conjuntamente en el art. 87.º el error de hecho y el error de derecho. El citado art. se refería a ambas formas de error en los siguientes términos:

«En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiere considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimum legal.

La ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión de los delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión»

Como ha destacado la doctrina, esta forma de tratar con consecuencias homogéneas el error de hecho y de derecho se alejó de las propuestas consagradas por los proyectos suizos que tanto influyeron en la configuración normativa del Código Maurtua. De otro lado, resultaba contraria al principio de culpabilidad al permitir que un error formalmente definido como invencible generara una pena atenuada (Cfr. José Hurtado Pozo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2.ª Edición. EDDILI. Lima. 1987, pág. 438).

Igual orientación dogmática y redacción acompañaron las normas sobre el error en los proyectos iniciales de reforma del Código Penal de 1924. Así, por ejemplo, en el Proyecto de septiembre de 1984 si bien se dedicaron dos disposiciones al error, el texto legal y los efectos regulados eran los mismos que en el antes citado art. 87.º. Se incorporó, además, una hipótesis inédita en el derecho nacional para reprimir el error provocado por terceros como un caso de autoría mediata que, incomprensiblemente, producía la pena atenuada del error. Veamos:

«Artículo 63.º.— En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de culpa, o por ignorancia sobre el carácter delictuoso de un acto, que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

Artículo 64.º.— Las disposiciones del art. anterior se aplicarán también, si el error de hecho, que constituye infracción ha sido provocado por engaño de tercero, pero en este caso responderá por ello la persona que lo ha determinado a cometerlo»

Es recién en el Proyecto de septiembre de 1989 que el legislador nacional se decide a optar por un modelo diferente, más cercano a las tendencias reformistas de la época. En efecto, siguiendo las propuestas reformistas del Anteproyecto español de 1983, se optó, en el art. 19.º por la inclusión diferenciada del error de tipo y del error de prohibición. Pero, además, en este Proyecto de 1989 aparece por primera vez una disposición específica para describir el denominado **error de prohibición culturalmente condicionado**. El art. 20.º se refería a él de la siguiente manera:

«El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad.

Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, incluso por debajo del mínimo legal».

Los Proyectos posteriores de julio de 1990 y de enero de 1991 mantuvieron igual técnica legislativa y contenidos. Esto es, se consolidó la dicotomía de error de tipo y error de prohibición. De esta manera, pues, la reforma del Código Penal de 1924 trajo consigo una modificación substancial en la forma de identificar y valorar la presencia del error en la estructura sistemática del delito, haciéndola compatible con las propuestas finalistas y post finalistas tan enraizadas en los penalistas nacionales de la época, particularmente de la llamada *teoría de la culpabilidad*. La **Exposición de Motivos** que acompaña al Código Penal de 1991 destaca al respecto lo siguiente :

«Notable innovación es la que se refiere al tratamiento prelegislativo del error (artículo 14 C.P.). Tradicionalmente se ha utilizado los términos de error de tipo y error de derecho. Las nuevas fórmulas sustitutivas de error de tipo y error de prohibición indican contenidos distintos a los aludidos con las denominaciones tradicionales. Mientras que las expresiones lingüísticas antiguas, hoy superadas por el progreso de la doctrina penal, permitían distinguir entre lo fáctico y lo jurídico, ocurre ahora que el error de tipo está referido a todos los elementos integrantes del mismo, ya sean valorativos, fácticos y normativos (circunstancias de hecho, justificantes o exculpantes), quedando el error de prohibición vinculado a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad».

EL ERROR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

El art. 14.^a describe el error del modo siguiente:

«El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción pena excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena».

Como reconoce la doctrina mayoritaria en el país, el citado art. del Código Penal vigente contiene **tres tipos de error**, a los cuales se agrega un cuarto normado por el art. 15.^a. En consecuencia la morfología normativa del error es como sigue:

Error de Tipo (Artículo 14.^o, 1.^a parte, primer párrafo).

Error sobre las Circunstancias Agravantes (Artículo 14.^o, 1.^a parte, segundo párrafo).

Error de Prohibición (Artículo 14.^o, 2.^a parte).

Error de Prohibición Culturalmente Condicionado (Artículo 15.^o).

Los tres primeros tipos de error no han suscitado mayor debate entre los juristas nacionales, ni su aplicación ha promovido tendencias significativas en la jurisprudencia. Su interpretación dogmática, dada la notoria influencia hispánica en el art. 14.^o, ha determinado que los autores peruanos comenten los alcances del error de tipo, del error sobre las circunstancias agravantes y del error de prohibición siguiendo muy de cerca los comentarios formulados por la doctrina española.

De allí que en nuestra doctrina haya consenso para considerar que en dicha disposición se encuentran reguladas formas de **error invencible y vencible**. Que la presencia de un error de tipo invencible hace atípica la conducta por falta de dolo; y que el error de tipo vencible, deja, en cambio, la opción de reprimir la conducta si existe un tipo penal culposos que la contenga.

Asimismo, se acata también que el error de prohibición puede ser inevitable, lo que excluye la responsabilidad del agente o evitable, en cuyo caso sólo se genera una atenuación de la pena.

La distinción, pues, entre error de tipo y error de prohibición que se ha generalizado en la literatura penal peruana concuerda plenamente entre los autores. Podemos resumirla con la siguiente cita de AVALOS RODRIGUEZ: «**El error de tipo únicamente abarca el conocimiento defectuoso de los elementos que conforman la parte objetiva de la descripción de la conducta prohibida por la norma penal, quedando fuera de su campo de acción los errores que recaen sobre la ilicitud de la conducta realizada por el sujeto, supuestos que forman parte de la categoría que se conoce como error de prohibición**» (Carlos Avalos Rodríguez. Error de Tipo—Error de Prohibición, en Código Penal Comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2004, pág. 468).

Tampoco se han presentado discrepancias al evaluar los alcances del error sobre las circunstancias agravantes. Con relación a él, en todo caso, MAQUEDA ABREU ha sostenido que reproduce las mismas omisiones que la fórmula española que le sirvió de fuente, particularmente el no referirse a errores evitables y no considerar los errores sobre circunstancias de atenuación (Cfr. María Luisa Maqueda Abreu. El error sobre las circunstancias: insuficiencias de una regulación desafortunada, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N.º 11-12, 2002, pág. 11 y ss.). Con relación a esto último, es de mencionar que el Anteproyecto de Código Penal-Parte General de 2004 incorpora el error sobre circunstancias atenuantes en el art. 14.^o, segundo párrafo: «El error sobre un elemento del tipo penal o sobre una circunstancia que agrave o **atenúe** la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad, la agravación o la **atenuación**...».

Ahora bien, ese consenso doctrinal en torno al error y sus efectos concluye cuando se busca explicar el rol dogmático y político criminal del art. 15.^o del Código Penal. Es decir cuando nuestros penalistas ingresan a la interpretación que corresponde dar a dicha disposición. Efectivamente, a este nivel encontramos dos tendencias claramente diferenciadas. La minoritaria, que cuestiona la existencia en dicha norma de un tipo de error de prohibición basado en la efectividad del universo cultural y de las costumbres del agente. Y la mayoritaria, que postula la regulación en el art. 15.^o de una forma especial y novedosa de error de prohibición, dándole la denominación de «**error de prohibición culturalmente condicionado**» o «**error de comprensión culturalmente condicionado**».

Comencemos por señalar que el art. 15.^o tuvo su origen en el debate de los proyectos reformistas de 1985 y 1986. En ese contexto, el jurista argentino RAÚL EUGENIO ZAFFARONI hizo reiterado hincapié en que un nuevo Código Penal no debería calificar a lo núcleos étnicos andinos y amazónicos no integrados como personas disminuidas psíquicamente o carentes de capacidad de culpabilidad; es decir, como inimputables sólo por poseer una cultura diferente, situación etnocentrista que había desarrollado el Código Maurtua. Al respecto, el citado autor sugería optar para tales casos, por formulas de exclusión de la culpabilidad en función a la imposibilidad de estos sectores de internalizar un esquema normativo que no respondía a su proceso particular de socialización. Más aún, el profesor de la Universidad de Buenos Aires recomendó incluir un texto legal con las siguientes características: «Al que por su cultura o costumbre, comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, se le declarará no culpable. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida, la pena se atenuará, en la medida de la misma, incluso por debajo del mínimo legal» (Cfr. Raúl Eugenio Zaffaroni. La parte General del Proyecto de Código Penal, en Política Criminal: Presupuestos Científicos para la Reforma del Código Penal. Alfa. Lima. 1988, pág. 30).

Sobre la base del texto sugerido por Zaffaroni se re-dactó el actual art. 15.º del Código Penal peruano. El texto de dicha norma es el siguiente:

«El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuosos de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

Para el profesor Hurtado Pozo dicha norma al referirse a una incapacidad de comprensión y de determinación del delito surgida a partir de la cultura y costumbres del agente, lo que hace es construir un supuesto especial de inimputabilidad, distinto en sus causas del regulado en el inciso primero del art. 20.º (Casos de anomalía psíquica), grave alteración de la conciencia o la percepción), pero idéntico en sus efectos penales. De allí que este autor aborda la problemática del art. 15.º al tratar en su Manual de la inimputabilidad (Cfr. José Hurtado Pozo. Manual de derecho Penal. Parte General I. 3.ª Edición. Grijley. Lima. 2005, pág. 636 y ss.). Además, ha sostenido críticamente que «la similitud de esta disposición con la prevista en el art. 20, inc. 1, debió llamar la atención para evitar el error de prever una causa de incapacidad cuando se quería, en realidad, establecer una circunstancia de ausencia de culpabilidad» (José Hurtado Pozo. art. 15 del Código Penal Peruano: ¿Incapacidad de Culpabilidad por Razones Culturales o Error de Comprensión Culturalmente Condicionado?, en Anuario de derecho Penal 2003, pág. 371).

En cambio, otros autores, mayoritariamente, reconocen que el mencionado art. regula una situación especial de rechazo de la prohibición por el sujeto al confrontarla valorativamente desde su sistema cultural, lo que, en definitiva, lo lleva a interpretar erróneamente el hecho delictivo como no asimilable a lo para él prohibido y por ende realizable. Quizás por su afinidad con el pensamiento de Zaffaroni, el Profesor Felipe Villavicencio resulta ser el más convencido defensor de la calidad de tipo de error especial del dispositivo que estamos analizando, aunque al presentar sus tesis no contraponen argumentos específicos que refuten los planteamientos críticos de Hurtado Pozo. Al respecto, dicho jurista nacional ha sostenido de manera enfática que: «En términos generales, el error de comprensión culturalmente condicionado es un error invencible de prohibición, por tanto no habrá culpabilidad y en consecuencia se eximirá de responsabilidad penal y de la aplicación de una consecuencia jurídica al sujeto». Por su parte, el desaparecido penalista PEÑA CABRERA precisó su posición de la siguiente manera: «En la previsión que comentamos, la dificultad para la comprensión de la norma radica en los condicionamientos culturales. La persona realmente conoce la norma prohibitiva pero no la puede introyectar por existir en su interioridad razones culturales gravitantes de tal modo que no es posible formular un reproche a esta falta de internalización porque el sujeto ya se encuentra inmerso en otros valores culturales que se acomodan a su conciencia de ser social. El condicionamiento cultural puede llevarse a cabo no sola-

mente cuando se cree estar conduciéndose lícitamente, sino, también cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas sobre la licitud o ilicitud de su hecho» (Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. Tomo I. 2.ª Edición. Grijley. Lima 1995, ps. 436 y 437).

La confusión de la jurisprudencia penal peruana en este dominio se expresa mayoritariamente como una opción dubitativa, no ecléctica, sobre la real función sistemática del art. 15.º. En tal sentido, por ejemplo, es ilustrativa la siguiente Ejecutoria Suprema, la cual alude, simultáneamente, a falta de capacidad y a error de comprensión: «La conducta de encausado, siendo hijo de una nativa Ashaninka que por su cultura no puede interiorizar o no puede comprender por qué la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrúa y puede tener hijo, amerita la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado» (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en la causa N.º 2456-99, proveniente de Junín).

A MODO DE CONCLUSION

Queda claro que la evolución del tratamiento del error en la legislación penal peruana ha buscado adaptarse a los estándares legislativos y dogmáticos imperantes en el derecho extranjero.

Ahora bien, el legislador nacional ha procurado siempre que las diferencias culturales y étnicas de los grupos aborígenes que habitan en el país, tengan un reconocimiento formal en la represión de los delitos. Si bien en un primer momento se abordó dicha problemática con peyorativo etnocentrismo que colocaba a nuestra población indígena en un nivel equivalente a la inimputabilidad, el legislador, luego, ha procurado reorientar la evaluación del comportamiento delictivo de estos núcleos étnicos no integrados hacia la esfera de la culpabilidad; y, más concretamente, al ámbito del error de prohibición.

El art. 15.º del Código Penal vigente es, pues, una síntesis, de ese proceso evolutivo. No obstante, su deficiente redacción no ha permitido reconocer, sin dudas ni debate, el rol dogmático que dicha norma cumple o debe cumplir. Es necesario, por tanto, reformular su redacción de manera que se definan con precisión sus alcances jurídico-penales como forma especial de error. De *lege ferenda* quizás una norma futura podría ensayar el siguiente enunciado textual:

«El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, originado por la cultura o costumbres del agente, excluye de responsabilidad. Si el error fuera vencible se atenuará la pena».

Cabe recordar, sin embargo, que el Anteproyecto de Código Penal de 2004 ha optado por mantener el error de comprensión culturalmente condicionado en términos similares a los actualmente previstos por el Código Penal vigente. Efectivamente, el art. 15.º del Anteproyecto lo re-

gula del modo siguiente: «El que, por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

Polonia

Prof. Dra Barbara Kunicka-Michalska

Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia Polaca de Ciencias Varsovia

En el vigente Código Penal polaco del 1997, los problemas de error están regulados en el Capítulo III (Parte General), titulado “Exclusión de la responsabilidad penal”, al lado de tales causas como la legítima defensa, estado de necesidad, el riesgo permitido, alteraciones de las facultades psíquicas.

En el Código vigente se distingue tres categorías del error:

1) el error de tipo, es decir el error sobre la causa que tiene característica (elemento constitutivo) del hecho prohibido;

2) el error de contratipo o de culpabilidad, es decir sobre la causa que excluye la ilicitud o la culpabilidad;

3) la ignorancia del carácter ilícito del hecho (*ignorantia iuris*).

ad 1) Según el art. 28 párrafo 1 del Código Penal vigente no cometerá el hecho prohibido doloso quien quede bajo la influencia de un error relativo a una causa que tiene característica (elemento constitutivo) del hecho prohibido. Como establece el art. 28 párrafo 2 del Código Penal vigente, el autor del hecho que comete el hecho bajo la influencia del justificado convencimiento erróneo de que se trata de una causa con característica del hecho de cual depende una responsabilidad menor responde según el precepto que prevé la responsabilidad menor. ad 2) De acuerdo con el art. 29 del Código Penal vigente, no comete una infracción quien comete el hecho prohibido bajo la influencia del justificado convencimiento erróneo sobre que tiene lugar una circunstancia que excluye la ilicitud o la culpabilidad.

En el caso cuando el error del autor (del reo) sea injustificado, el juez (el tribunal) podrá aplicar la atenuación extraordinaria de la pena.

ad 3) De acuerdo con el art. 30 del Código Penal vigente, no cometerá infracción el que realiza el hecho prohibido bajo la influencia de la ignorancia justificada del carácter ilícito del hecho. Si el error del autor del hecho es injustificado, el juez (el tribunal) podrá aplicar la atenuación extraordinaria de la pena. En la doctrina penal de Polonia se considera que el error excluye o disminuye la culpabilidad¹.

En el Código Penal anterior (es decir del 1969) no había norma separada sobre el error denominado en el punto 2) del error de tipo (*error facti*) trataba el art. 24 párrafo 1, según el cual no ha cometido infracción el que realiza el hecho bajo la influencia de un error relacionado con una circunstancia que tenga característica del hecho prohibido, salvo que se trate de una infracción culposa y el error se deba a la imprudencia o a la negligencia. Sobre el error de prohibición (*error iuris*) se decía en el art. 24 párrafo 2 de manera la siguiente: la ignorancia del carácter ilícito del hecho no excluye la responsabilidad si el autor pudo evitar el error. Si se trataba de *error iuris*, el juez (el tribunal) podía aplicar la atenuación extraordinaria de la pena al autor de una infracción dolosa (el art. 24 párrafo 3). En el Código Penal de 1997 se introdujeron cambios en materia.

Notas

1. Para más detalles ver, entre otros, G.Rejman, en : E.Bienkowska, B.Kunicka-Michalska, G.Rejman, J.Wojciechowska, Kodeks Karny. Czesc ogólna. Komentarz, pod red. G.Rejman, wyd. C.H.Beck, Warszawa 1999 (Código Penal. Parte general. Comentarios, a cargo de G.Rejman, ed. C.H.Beck, Varsovia 1999), pág. 775 ss.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

*Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
(www.fd.unl.pt)*

1. A compreensão do regime do erro através da dicotomia erro de tipo/erro de proibição encontra-se ultrapassada em Portugal, no plano doutrinário, desde a tese de doutoramento de Jorge de Figueiredo Dias (publicada em 1969)¹ e, no plano legislativo, desde a entrada em vigor do Código Penal de 1982 (adiante citado como CP).

A solução acolhida na lei portuguesa desde essa altura autonomiza dois regimes de erro em função do objecto do mesmo (arts 16.º e 17.º do CP), mas este não é o único critério que preside a tal organização, sendo igualmente relevante (e decisiva) a natureza do erro: consoante o erro tenha subjacente um problema de *apreensão intelectual da realidade* ou um problema de *diferente valoração da realidade*; no primeiro caso (erro intelectual) estamos perante um problema inerente ao processo de formação do dolo do agente (que pode levar à sua negação), no segundo caso (erro moral) estamos perante um problema da atitude ético-jurídica do agente perante os valores do sistema penal, ou seja, um problema de culpa². Além destes aspectos o sistema legal português tem ainda em

conta a adequação da concreta consequência jurídica do regime do erro e a proximidade material das diversas constelações de casos para, em função da dicotomia exclusão do dolo / eventual exclusão da culpa, operar uma reorganização das tipologias do erro.

2. O erro em Direito Penal é uma ausência ou falsa representação da realidade, como afirma a doutrina³ e se infere da noção de dolo (art. 14.º do CP)—que pressupõe uma exacta consciência (intelectual) da situação fáctica do crime— e do âmbito do erro sobre a ilicitude (art. 17.º do CP) configurado sobre a actuação «sem consciência da ilicitude do facto». O objecto do erro relevante coincide com o objecto do dolo ou com o substrato da consciência da ilicitude. São objecto idóneo do erro de tipo (que leva à exclusão do dolo) os elementos do facto ilícito. Ficam de fora deste círculo os pressupostos e elementos do tipo de culpa, as motivações do agente, os elementos autónomos da punibilidade (condições objectivas de punibilidade e causas de não punibilidade), a sanção e os pressupostos processuais⁴.

Esta afirmação tem de ser objecto de uma ressalva quanto ao chamado erro indirecto sobre o facto que se traduza na errada apreensão de pressupostos das causas de exclusão da ilicitude e das causas de exclusão da culpa, pois o art. 16.º, n.º 2 do Código Penal reconhece-lhes relevância excludente do dolo, numa versão muito alargada da teoria limitada da culpa (muito ampla pois abrange não só o erro sobre pressupostos fácticos de uma causa de justificação, como também de uma causa de exclusão da culpa)⁵.

Por outro lado, pode não se verificar um problema de erro intelectual que exclua o dolo, mas existir um problema de consciência da ilicitude quando ocorra um erro sobre pressupostos do tipo de culpa, sobre elementos das causas de não punibilidade ou mesmo sobre o tipo de sanção, na exacta medida em que isso pode significar que o agente não tem consciência da *ilicitude penal* do facto. Por exemplo, quando o agente pensa que não pode ser responsabilizado criminalmente por erro sobre a idade legal da imputabilidade, quando pensa que beneficia de uma causa de exclusão da punibilidade que não existe realmente ou quando pensa que o facto é sancionado não com uma pena (criminal) mas com uma mera sanção de Direito de Mera Ordenação Social (ou seja, que não é um crime mas uma simples contra-ordenação administrativa). Estas hipóteses de erro não são relevantes para excluir o dolo do agente, como acontece nas modalidades de erro do art. 16.º do Código Penal, mas podem ser relevantes no processo de análise e atribuição de responsabilidade jurídico-penal na exacta medida em que expressem uma diferente consciência da ilicitude (penal) do agente, sujeita aos crivos de (não) censurabilidade do erro previstos no art. 17.º do CP.

3. O art. 16.º do Código Penal prevê cinco modalidades de erro que variam em função do objecto da errada representação do agente, tendo todas no entanto a mesma

consequência: é excluída a imputação dolosa do facto, ficando ressalvada a responsabilidade por negligência (art. 16.º, n.º 3 CP) sujeita a duas condições: se existir tipo legal negligente para o facto e caso se comprove a concreta negligência do agente (à luz do art. 15.º CP).

Dessas cinco modalidades só duas têm como objecto elementos do facto típico: 1) o *erro sobre elementos de facto* e 2) o *erro sobre elementos normativos de um tipo de crime*. Mas, além disto, são tratados sob o mesmo regime (de exclusão do dolo ou, melhor, da imputação dolosa do facto) os casos de 3) *erro (intelectual) sobre a existência de proibições cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto* (art. 16.º, n.º 1, terceira parte, do CP) e os casos de 4) *erro sobre pressupostos das causas de justificação* e 5) *e de erro sobre pressupostos das causas de desculpa* (art. 16.º, n.º 2 do CP).

Verificada uma situação desta natureza o facto não é imputável ao agente a título doloso. Ou seja, o erro produz o seu efeito jurídico (exclusão da imputação dolosa) uma vez identificado, sem esse efeito estar condicionado por qualquer outro critério. Como veremos não é este o regime do erro sobre a ilicitude do facto previsto no art. 17.º do CP.

4. No n.º 2 do art. 16.º consagra-se uma solução alargada da teoria limitada da culpa, que conduz não só à exclusão da imputação dolosa em casos de erro sobre pressupostos fácticos de uma causa de exclusão da ilicitude, como também na hipótese de se tratar de uma causa de exclusão da culpa. A solução é contudo limitada ao erro que incide sobre «um estado de coisas» representado pelo agente e que, se existisse realmente, levaria à exclusão da ilicitude ou da culpa. Com esta configuração o regime não se aplica, em minha opinião, aos casos de erro sobre elementos de direito, sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação ou de desculpa (em tais casos podemos estar perante erro sobre a ilicitude do facto), embora a questão seja controvertida na doutrina portuguesa. Quando é aplicável o art. 16.º, n.º 2 do CP a errada avaliação do agente sobre a situação e a possibilidade que tinha de actuar de forma correcta são aspectos a ponderar ao nível da negligência da sua conduta.

Com esta solução a lei portuguesa sobrepõe a natureza do erro (erro puramente intelectual) ao problema do objecto do erro (que incide sobre elementos que não integram o facto típico), encontrando uma solução materialmente justa e adequada ao caso concreto: a actuação do agente é mais próxima do crime negligente do que de um crime doloso, devendo ser a sua responsabilidade analisada de acordo com aquele padrão.

5. O art. 17.º do Código Penal regula o erro sobre a ilicitude, configurando a relevância do mesmo como uma eventual causa de desculpa do agente. A falta de consciência da ilicitude do facto (que pode resultar quer de uma ausência de consciência da ilicitude, quer de uma

representação deficiente da mesma que redundaria numa forma de ausência de consciência do ilícito) pode excluir a culpa se for não censurável (art. 17.º, n.º 1 CP). Caso tal falta de consciência da ilicitude seja censurável mantém-se a responsabilidade por crime doloso, podendo a pena ser especialmente atenuada (art. 17.º, n.º 2 CP).

Este regime evidencia que o art. 17.º do CP foi construído para crimes dolosos, não sendo contudo de excluir, em minha opinião, a sua aplicação analógica a crimes negligentes em que o agente evidencie um concreto erro sobre a ilicitude penal do facto que esteja na origem do não cumprimento do cuidado devido (o que não é de todo pacífico na doutrina portuguesa) ⁶.

A lei enuncia o critério a usar pelo aplicador do Direito para decidir da relevância do erro (a censurabilidade do mesmo) mas não concretiza o conceito, cuja densificação é feita pela doutrina em função do conceito de culpa adoptado ⁷. A doutrina portuguesa considera em regra inadequado ou insuficiente aferir a censurabilidade do erro sobre a ilicitude a partir de simples critérios de evitabilidade do erro ou de exigibilidade do conhecimento, apontando antes para a adopção de critérios materiais de culpa. Assim, não censurável será o erro quando se pode ainda identificar uma «recta consciência ético-jurídica do agente» (fidelidade ou correspondência aos valores juridicamente reconhecidos) ⁸; ou, noutra formulação, censurável é o erro que «revela uma personalidade indiferente perante o dever-ser jurídico penal» ⁹. Noutra linha de investigação, sugere-se que uma tal perspectiva (a simples aferição da «rectitude da consciência errónea» à luz dos valores do sistema penal) poderá ser insuficiente (ou mesmo impossível) perante a complexidade e heterogeneidade social, económica e cultural das sociedades actuais, sendo necessário incluir também nas condições de apreciação da culpa jurídico-penal «critérios de justiça e de responsabilidade colectiva que simultaneamente não cedam à unilateralidade de um modelo de valores dominante e sejam preventivamente significativos» ¹⁰. Critérios que poderiam passar, ainda nesta proposta fundada numa «ética das emoções», pela ponderação da justificação moral das emoções que estão subjacentes ao erro do agente quando associados ou enquanto expressão de um projecto de vida (realização da autonomia e identidade da pessoa) ¹¹.

6. Algumas situações de erro sobre a proibição são, como se referiu, tratadas no Código Penal Português como um problema inerente ao processo de formação do dolo do agente e não como um problema da consciência da ilicitude. Trata-se dos casos de erro sobre proibições legais que o agente carece de conhecer efectivamente como patamar de acesso à consciência da ilicitude do facto que pratica (art. 16.º, n.º 1, terceira parte, do CP). A autonomia desta modalidade de erro pressupõe que em relação a algumas incriminações a consciência intelectual da existência da proibição condiciona a formação da consciência ética que dirige a conduta humana ¹². Essa necessidade pode resultar da novidade da incriminação,

da neutralidade axiológica do facto que contempla (e que, por si só, não permite inferir a sua relevância jurídico-penal) ou da ausência de sedimentação social do seu desvalor. Relevante é que em tais casos não se pode exigir ao agente que conheça a ilicitude penal do facto sem conhecer (intelectualmente) a existência da proibição. Qualquer valoração errada do agente neste domínio tem por base um erro de conhecimento. Ou seja, esta modalidade de erro pressupõe que nestes casos a consciência intelectual da proibição condiciona a formação da consciência da ilicitude, o que pode acontecer nomeadamente em função da natureza da proibição (noutra forma de colocar o problema, estaríamos perante *mala prohibita* e não *mala in se*) ¹³.

7. Do regime sumariamente exposto resulta que a lei portuguesa sobrepeõe o critério da natureza do erro (erro intelectual, erro moral) ao critério decorrente do objecto do erro. Além disso, as soluções legais são traçadas tendo em conta a procura de respostas adequadas ao problema concreto colocado, ou seja, buscando soluções materialmente justas, e não em função do que seria ditado formalmente pelo sistema dogmático, como acontece com o erro sobre proibições «artificiais» (art. 16.º, n.º 1, terceira parte, do CP) ou com o erro sobre os pressupostos das causas de justificação ou de desculpa (art. 16.º, n.º 2 do CP). Finalmente, característica ainda do pensamento penal português neste domínio é a abertura à construção de critérios materiais de culpa para aferir a não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude em Direito Penal, que —apesar das reservas de que pode ser objecto, mas que, por razões de espaço, não se podem aqui desenvolver— constitui uma linha de construção dogmática própria e original.

Notas

1. Jorge de Figueiredo Dias, O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal, Coimbra, 1969.

2. Para uma visão completa sobre o regime legal do erro plasmado no Código Penal, veja-se, além das demais obras citadas neste texto, Figueiredo Dias, Direito Penal, PG I, Coimbra, 2004, págs. 340 e ss, 374 e ss, 490 e ss e 578 e ss; Taipa de Carvalho, Direito Penal, PG II, Porto, 2004, págs. 129 e ss, 155 e ss, 321 e ss, 339 e ss; Eduardo Correia, Direito Criminal, Coimbra, 1963, págs. 389 e ss.; Cavaleiro de Ferreira, Lições de Direito Penal, PG, I, Lisboa, 1992, págs. 332 e ss; Teresa Beleza Direito Penal, II, Lisboa, 1983, págs. 227 e ss, 305 e ss, 340 e ss. Germano Marques da Silva, Direito Penal Português, PG II, Lisboa, págs. 201 e ss. . Referências específicas encontram-se ainda em Martim de Albuquerque, Para uma distinção do erro sobre o facto e do erro sobre a ilicitude em Direito Penal, Lisboa, 1968; Teresa Serra, Problemática do erro sobre a ilicitude, Coimbra, 1985; Augusto Silva Dias, A relevância jurídico-penal das decisões de consciência, Coimbra, 1986; José António Veloso, Erro em Direito Penal, Lisboa, 1993; Rui Pereira, «Justificação do facto e erro em Direito Penal» in Jornadas de Homenagem ao

Professor Cavaleiro de Ferreira, Lisboa, 1995, págs. 25 e ss; Manuel Cortes Rosa, «La función de delimitación de injusto e culpabilidad» in Schünemann/Figueiredo Dias/ Silva Sanchez, Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Barcelona, 1995, págs. 247 e ss; Teresa Bezeza e Frederico da Costa Pinto, O regime legal do erro e as normas penais em branco, Coimbra, 1999; Maria Fernanda Palma, «A teoria do crime como teoria da decisão penal» in RPCC 9 (1999), págs. 571 e ss e, depois, O princípio da desculpa em Direito Penal, Coimbra, 2005, págs. 206 e ss.

3. Referências em Teresa Bezeza e Frederico Costa Pinto, O regime legal do erro (cit. nt. 2), 10 e ss.

4. Para uma análise da questão na doutrina portuguesa, veja-se Teresa Bezeza e Frederico da Costa Pinto, O regime legal do erro (cit. nt. 2), págs. 10 e ss.

5. Figueiredo Dias, Direito Penal (cit. nt. 2), págs. 374 e ss; Taipa de Carvalho, Direito Penal (cit. nt. 2) págs. 155 e ss, Rui Pereira, «Justificação do facto» (cit. nt. 2), págs. 25 e ss; Manuel Cortes Rosa, «La función de delimitación de injusto e culpabilidad» (cit. nt. 2), págs. 253; Teresa Bezeza e Frederico da Costa Pinto, O regime legal do erro (cit. nt. 2), págs. 23 e ss.

6. Contra, num contexto de problematização da questão, Figueiredo Dias, Direito Penal (cit. nt. 2), págs. 661-662.

7. Em pormenor, Figueiredo Dias, Direito Penal (cit. nt. 2) págs. 580-591.

8. Figueiredo Dias, Direito Penal (cit. nt. 2), págs. 586-591.

9. Taipa de Carvalho, Direito Penal (cit. nt. 2), pág. 328.

10. Maria Fernanda Palma, RPCC 9 (1999), pág. 578 (cit. nt. 2). Depois, da mesma Autora, O princípio da desculpa (cit. nt. 2), págs. 206 e ss.

11. Em pormenor e com profundidade, Maria Fernanda Palma, O princípio da desculpa (cit. nt. 2), págs. 208 a 215.

12. Uma análise profunda do tema encontra-se em Figueiredo Dias e Pedro Caeiro, «Erro sobre proibições legais e falta de consciência do ilícito» in RPCC 5 (1995), págs. 245 e ss. Ainda, Figueiredo Dias, Direito Penal, (cit. nt. 2), pág. 346 e ss. Depois, Teresa Bezeza e Frederico da Costa Pinto, O regime legal do erro (cit. nt. 2), págs. 25-29.

13. Sobre a distinção, com grande profundidade, Augusto Silva Dias, «Delicta in se» e «Delicta mere prohibita: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstituição de uma distinção clássica, Lisboa, 2003 (dissertação de doutoramento, em curso de publicação), págs. 44 e ss e passim.

fuera irrelevantes por la responsabilidad penal y no efectuaran el dolo bajo la condición de que el hecho realizado sea equivalente al hecho que el autor del delito había adivinado. La equiparación del error sobre el objeto y al *aberratio ictus* era a consecuencia de la influencia del derecho penal italiano sobre el CP turco.

Antes de que entrara en vigor el nuevo Código Penal turco de 2005, la doctrina penal turca diferenciaba entre el error de hecho y el error de derecho. Por el contrario, el artículo 30/1 y 2 del nuevo CP regula expresamente el error de tipo y lo aparta del error de prohibición:

«1) No obra dolosamente el que no conozca los elementos materiales constitutivos de la infracción penal durante su perpetración. La responsabilidad del hecho imprudente se impondrá, en su caso, sin perjuicio».

Debemos constatar que la expresión del artículo no es suficientemente claro y podrá causar confusión en la jurisprudencia. De verdad, el artículo no contiene ninguna disposición sobre la instancia que el error de tipo sea invencible y puede ser interpretado como si en caso de error se supondría que el autor habrá obrado con imprudencia¹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina interpreta este artículo como una referencia a las reglas generales sobre la imprudencia, según las cuales el autor será responsable solo si el resultado dañoso hubiera sido previsible y el autor hubiera podido prevenirlo. En este caso, se puede decir que el error invencible de tipo suprime la aplicabilidad del tipo imprudente².

El error sobre elementos accidentales está regulado sin discriminación bajo el artículo 30/2 CP:

«2) El que caiga en un error sobre los hechos constitutivos de una circunstancia agravante o atenuante de un tipo delictivo se beneficiará de su error».

Esta regulación tiene la ventaja que las varias formas del error sobre elementos accidentales del tipo han sido expresamente previstos, en contrario al artículo 14.2 del Código Penal Español³ y al párrafo 16/2 del Código Penal Alemán⁴. Por eso, la aplicación de la pena inferior no resulta de una analogía *in bonam partem*, sino de la formulación expresa del artículo.

Contrario al su predecesor, el nuevo Código Penal no contiene ninguna disposición sobre *aberratio ictus*, pero podemos deducir de los motivos de la ley que los ejemplos típicos de la desviación del golpe se consideran como una tentativa y un hecho imprudente que se hallan en concurso ideal por unidad de acción. Debemos sin embargo sostener una parte de la doctrina defiende que dos resultados que se realizan en el mundo exterior signifiquen dos hechos independientes y que suceda un concurso real.

El error de prohibición está regulado bajo los arts. 4 y 30/4 del CP turco. El artículo 4 lleva el título «Aplicabilidad de la ley penal» y se refiere al principio de *ignorantia juris non excusat*. Según este artículo «no excluye la responsabilidad la ignorancia de leyes penales». Se trata de una disposición que tiene su raíz en el Código Penal antiguo, en el cual este principio se presentaba sin excepción⁵. En contrario, el artículo 30/4 del nuevo CP prevé que, en

Turquía

Dr. Baryþ Erman

La teoría del error en el derecho penal es una de las áreas poco exploradas en el sistema penal turco. Una causa de esta omisión será sin duda la ausencia de una regulación propia en el Código Penal Turco antiguo, sino solo un artículo (art. 52) respecto del *aberratio ictus* y *error in persona vel in objecto*. Según esta disposición el legislador aceptó que estas formas de defectos del conocimiento

caso de un error invencible de prohibición, el autor no será castigado. Según esta disposición: «No será castigado el que caiga en un error invencible sobre la ilicitud del hecho».

La regla por sí sola no será suficiente para determinar si el conocimiento de la antijuridicidad es un parte del dolo o de la culpabilidad y por eso, hemos de deducir la teoría que prefiere el legislador utilizando las reglas generales de interpretación jurídica. Antes de la entrada en vigor del nuevo CP, la jurisprudencia aceptaba la teoría del dolo, según la cual el error de prohibición excluye el dolo⁶. De otro lado, el nuevo CP define el dolo expresamente como: «la realización de los elementos materiales en el tipo delictivo con conocimiento y voluntad» (art. 21). Se trata claramente de una definición del «dolo típico» que no incluye el conocimiento de la antijuridicidad. Contra el rechazo del *dolos malus* por el legislador cabe decir que el sistema del nuevo CP defiende la teoría de culpabilidad, a la cual toma parte la mayoritaria de la doctrina.

En caso del error vencible de prohibición el autor será responsable del hecho doloso. En contra al derecho penal español y alemán, el nuevo CP turco no provee ninguna atenuación de la pena en este caso. Una interpretación conjunta con el artículo 4 CP muestra que no existe ninguna laguna, el art. 30/4 siendo la sola excepción del principio que la ignorancia de las leyes penales no excuse. Sin duda, el juez podrá tomar en consideración la disminución de la culpabilidad en la graduación de la pena (art. 61 CP), y servirse de la circunstancia atenuante facultativa generalmente en su disposición (art. 62 CP)⁷. Sin embargo, la ausencia de una posibilidad de atenuación —obligatoria o facultativa— propia en caso del error vencible de prohibición crea preocupaciones sobre el principio de culpabilidad por no dar lugar a una disminución de la pena proporcionalmente a la disminución de la culpabilidad del autor que resultara de su creencia errónea a haber obrado lícitamente⁸.

El error sobre los presupuestos de una causa de justificación ha sido regulado en el art. 30/3 del CP: «El que caiga en un error invencible sobre el suceso de los presupuestos de causas excluyentes o atenuantes de la responsabilidad penal beneficiará de su error».

El término «causas excluyentes o atenuantes de la responsabilidad penal» se refiere no solo a las causas de justificación, pero se extiende también a las causas excluyentes la culpabilidad, como el exceso a por pánico o miedo insuperable (art. 27/2), el estado necesidad por amenaza insuperable (art. 28) y el estímulo ilegítimo por parte de la víctima (art. 29). Fuera de eso, el legislador dejó abierta la pregunta de cómo tratar el error vencible en este caso.

Una parte de la doctrina tiende a la solución de interpretar el art. 30/3 paralelamente al error de prohibición, optando para la teoría de culpabilidad estricta⁹. De verdad, esta interpretación es comprensible, dado el paralelismo entre las dos disposiciones en párrafos adyacentes. Además, con un argumento en contrario de la disposición

es posible deducir que «el autor del delito **no beneficiará** de su error **vencible**».

A pesar de todo, es la teoría limitada de culpabilidad que prevalece en la doctrina dominante¹⁰. Las opiniones son unánimes sobre el efecto excluyente el dolo del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, aunque se varían las razones respectivas.

A mi juicio también se debe optar para la teoría limitada de culpabilidad. Mis consideraciones son como al pie se indican:

1. No es posible de armonizar la teoría estricta de la culpabilidad con el principio de proporcionalidad en caso particular del CP turco: La ausencia de una posibilidad de atenuación de la pena del autor que fuera obrado en un error vencible de prohibición resultaría en la castigación con la pena completa del hecho doloso, asimismo si el error fuera sobre los presupuestos de una causa de justificación.

2. Según el CP turco, no es error la única forma del tratamiento de la ignorancia sobre los presupuestos materiales de una causa de justificación. En contrario al sistema alemán, el artículo 27/1 del CP turco regula el exceso culpable de las causas de justificación como una causa de atenuación general. Lo interesante es que la atenuación de la pena no sucede bajo las reglas generales como es el caso en el CP español (art. 21/1), sino con referencia a la imprudencia. Según el art. 27/1, «el que caiga sin dolo en exceso del límite de una causa excluyente la responsabilidad criminal será castigado con la pena del hecho imprudente, bajo la condición que la ley previera una forma imprudente de la infracción, y la pena será atenuada de 1/6 hasta 1/3».

Dado que un exceso puede suceder como resultado de un error, no cabe aceptar que el legislador hubiera previsto una distinción tal entre la responsabilidad penal de un autor que caiga solo en un error y el que, a causa de su error, exceda los límites de una causa de justificación que existiera en realidad.

3. Otra cosa que podemos deducir del mismo artículo es que el legislador no limite el dolo a la definición en el artículo 21 del CP. De verdad, en caso de un exceso de una causa de justificación sí existe el dolo típico. Sin embargo, el legislador prevé que el autor será castigado como si hubiera obrado imprudentemente. Este punto de vista se refuerza con las expresiones que el legislador escogió en varias partes del CP. Por ejemplo, en el artículo 61 sobre la graduación judicial de la pena se trata de la «culpabilidad del autor basado sobre dolo o imprudencia». Así el legislador muestra que el dolo y la imprudencia no son valorados solamente como modalidades de tipo subjetivo, pero también como varias formas de la culpabilidad, resultando en la «función doble del dolo»¹¹.

Dado que el sistema penal turco ordena la aplicación de la responsabilidad imprudente aunque existiera el dolo típico, cabe decirse que el legislador optó por la *teoría limitada de la culpabilidad que remite las consecuencias*

jurídicas, vale decir que en caso de un error vencible sobre las presupuestas de una causa de justificación el dolo típico del autor no será efectuado, pero no obstante, la *culpa dolosa* será excluida, resultando en el castigo del autor como si se tratase de un hecho imprudente. En este caso se aplicarán las disposiciones relativas a la imprudencia por analogía.

Al contrario, no existe duda sobre que el error sobre los presupuestos de una causa excluyente la culpabilidad será tratado paralelamente al error de prohibición, vale decir, el error vencible no tendrá ningún efecto sobre la responsabilidad penal.

El último problema que debemos solucionar es el del error al revés. Está establecido que el error de tipo al revés resultará a la tentativa inidónea, mientras que el error de prohibición al revés será tratado como delito putativo. El sistema penal turco no castiga la tentativa inidónea, siguiendo el ejemplo italiano¹². Por eso, la distinción entre los dos resultados del error al revés serán solo teórica en el sistema vigente del CP turco. Lo mismo vale en caso de causas de justificación. A consecuencia, el que se encontrara en una causa de justificación sin saber que sucedieran los presupuestos constitutivos en realidad beneficiará de la dicha causa de justificación¹³.

Notas

1. Así, por ejemplo, Ünver, Yener; «YTCK'da Kusurluluk», **CHD 2006**, vol. 1, pág. 63.
2. Erman, Baris; **Yanilmanin Ceza Sorumluluguna Etkisi**, tesis doctoral no publicada, Estambul, 2006; pág. 28.
3. Para detalles véase: Mir Puig, Santiago; **Derecho Penal PG**, Barcelona 2002, 10/119-128.
4. Para detalles véase: Roxin, Claus; **AT/I**, 3. Auflage, München 1997, § 12, No. 125.
5. El artículo 44 del CP antiguo constataba que «no excluye la responsabilidad la ignorancia de la ley» y había sido adoptado como parte del CP Zanardelli de Italia. Aunque el Corte Constitucional Italiano limitó la aplicabilidad del principio con el error invencible de prohibición (Sentencia 364 del 23 Marzo 1988 – para detalles ver: Romano, Mario, *Commentario Sistematico del Codice Penale*, art. 5, No. 6), la jurisprudencia turca no ha sido influida de esta decisión.
6. En varias sentencias del Tribunal Supremo Turco se observa que la jurisprudencia aceptó el efecto del error invencible de prohibición excluyente el dolo en pocos casos a pesar del principio estricto que no daba lugar a una excepción y aplicó la disposición sobre el dolo directamente, aproximándose a una interpretación *contra legem*.
7. Según este artículo el juez podrá atenuar la pena del hecho constitutivo de un infracción penal hasta el 5/6 de la pena previsto por la ley, ejerciendo su facultad discrecional.
8. Erman, pág. 239.
9. *De lege lata* para esta interpretación: Roxin, Claus / Isfen, Osman; «*Der allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches*», **GA 2005**, pág. 239. Los autores critican esta

«decision» del legislador y defienden *de lege ferenda* la teoría limitada de culpabilidad.

10. En este sentido, Koca, Mahmut; «YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri», **CHD 2006**, vol. 1, pág. 125; Özgenç, İzzet; **Türk Ceza Kanunu Gazi Serhi**, pág. 239; Artuk, Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner; **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Ankara 2006; pág. 712.

11. En la doctrina alemán defienden esta opinión primeramente Jescheck y Wessels/Beulke. Véase: **LK-Jescheck**, vor § 13, No. 82; Wessels, Johannes / Beulke, Werner; **Strafrecht AT**, 33. Aufl., Heidelberg 2003, No. 479.

12. Véase: Romano, art. 49, No. 37.

13. Existe también una opinión minoritaria que defiende la solución de la tentativa; véase: Özgenç, pág. 429.

Ucrania

Wolodymyr Hulkevych

Jefe de Sección de la Fiscalía de la provincia de Ternopil, postgraduado de la cátedra de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Ivan Frankó de Lviv
hulkevych@ukr.net

1. Introducción

El Código Penal de Ucrania del año 2001 (en adelante CPU) a diferencia del Código Penal de Alemania (arts. 16 y 17) y el de España (art. 14) no contiene ninguna norma que determinara el contenido de la noción «error de tipo» o «error de prohibición». Hay que señalar que los Códigos Penales de la República Soviética Socialista de Ucrania de los años 1927 y 1960 tampoco regularizaban aspectos problemáticos del error en el sentido jurídico-penal.

Sin embargo los estudios ucranianos del derecho penal al analizar la parte subjetiva del delito determinan la noción del error, sus variedades y significados. En el derecho penal bajo un error se entiende una noción errónea de la persona de las propiedades jurídicas o indicios reales de la acción realizada. Dependiendo del contenido de las circunstancias que percibe erróneamente el sujeto se diferencian dos tipos de errores: jurídico y fáctico.¹

Error jurídico (error iuris) es una noción errónea de la persona de la esencia jurídica o consecuencias jurídicas de la acción realizada.² Según nuestro punto de vista la noción «error jurídico» en el sentido de la doctrina ucraniana del derecho penal es cercana en su significado a la noción «error de prohibición».

Error fáctico (error facti) es el entendimiento erróneo de la persona de las circunstancias que crean indicios objetivos del cuerpo del delito concreto.³ Es evidente que la determinación del «error fáctico» se puede comparar con la noción «error de tipo».⁴

22. Error jurídico (error de prohibición)

En los estudios del derecho penal ucraniano distinguen cuatro variedades del error jurídico dependiendo de la noción que tiene una persona sobre la prohibición o permiso para la realización de ciertas acciones y también del entendimiento de esta persona de las consecuencias jurídicas de lo realizado.

La primera variedad del error jurídico es *el error de la persona de creer criminales su acción y sus posibles consecuencias*. Por ejemplo uno cree que conducir estando borracho es un delito. Sin embargo ahora el CPU no prevé responsabilidad penal por esta acción, ya que ésta se considera una infracción administrativa según el art. 130 del Código de infracciones administrativas de Ucrania (en adelante CIAU).⁵

Sin embargo puede ocurrirse situación cuando uno comprende correctamente ilicitud de su acción pero la cree incorrectamente ser un delito. De ejemplo puede servir la infracción de reglas de seguridad de circulación o reglas de explotación de los medios de transporte por las personas que los están conduciendo. En caso de que la infracción cause lesiones corporales leves ésta se considera una infracción administrativa (art. 121-123 del CIAU). No obstante al causar lesiones corporales graves la infracción de las reglas de la circulación o de las de la explotación de los medios de transporte será un delito previsto por el art. 286 del CPU.

Entonces la realización de una acción que la legislación no considera como delito no puede tener responsabilidad penal aunque la persona crea que la acción que realiza la tiene.

Otra variedad del error jurídico es *el convencimiento erróneo de la persona de no ser un delito su acción*. Por ejemplo uno al defenderse estando atacado superó los límites de la defensa necesaria y lo mató al atacante; y éste cree haberlo hecho todo legítimamente porque tenía derecho a defenderse. Sin embargo el no saber las normas de la ley de los límites de la defensa necesaria y responsabilidad penal por asesinato intencionado por superar dichos límites (art. 118 del CPU) no libera de la pena por acción realizada.

La mayoría de los científicos en derecho penal reconocen inviolable la posición de la parte 2 del art. 68 de la Constitución de Ucrania que la ignorancia de la ley no libera de la responsabilidad jurídica.⁶ Al mismo tiempo hay que dar la razón a la opinión de algunos representantes de la doctrina científica que no se puede hacerla responsable penal a la persona por realizar una acción de cuya responsabilidad penal no sabía y no podía saber por determinadas razones.⁷

La tercera variedad del error jurídico es *el error de la persona culpable de la calificación de su delito*. En este caso la persona comprende que ha cometido un delito pero se equivoca al calificarlo por parte de la ley penal. Por ejemplo un ladrón roba propiedad ajena de una vivienda y cree que su acción será calificada según la parte 3 del art. 185 del CPU (robo por entrar en vivienda). Sin embargo

la persona que ha cometido dicho delito robó propiedad ajena que vale más de 250 valores del mínimo no imponible o sea un delito previsto en la parte 4 del art. 185 del CPU que es más grave que las acciones previstas en la parte anterior de la misma norma.

En el ejemplo anterior vemos el caso del entendimiento erróneo de la calificación jurídica de la acción realizada relacionado con la gravedad del delito. La persona puede equivocarse pensando que comete un delito más grave que en la realidad o al revés.

Errores de la persona culpable relacionados con no entender bien a que norma del CPU corresponde su delito no le permiten liberarse de la responsabilidad penal por haber cometido el delito.

La cuarta variedad del error jurídico es *el error de tipo o dimensión de la pena*. El entendimiento erróneo de la persona culpable sobre el tipo o dimensión de la pena que puede ser aplicada por cometer cierto delito en ninguna manera puede influir en la responsabilidad de esta persona.

Las dos últimas variedades reflejan sólo el no saber o no suficiente saber la ley penal actual⁸. En general se puede llegar a la conclusión que el error jurídico de la persona que comete un delito normalmente (excluyendo el error de la persona de la ilegibilidad de la acción) no influye en la responsabilidad penal.⁹

222. Error fáctico (error de tipo)

Los especialistas ucranianos en derecho penal en su mayoría dividen errores fácticos en cuatro variedades dependiendo del entendimiento de la persona culpable de ciertos indicios objetivos del cuerpo de delito.

La primera variedad es *el error de bien jurídico* que consiste en un entendimiento erróneo de la persona del valor que viola su acción. Por ejemplo una persona entra en la farmacia queriendo robar drogas pero al final roba medicinas tomándolas equívocamente por drogas. Si robara drogas su acción se calificara según el art. 308 del CPU o sea como alternación de la salud de los ciudadanos.¹⁰ Sin embargo el robar medicinas (art. 185 del CPU) es un delito contra la propiedad.

Ya que el bien jurídico determina el carácter del peligro para la sociedad, el entendimiento erróneo de la persona del bien jurídico influye en su culpa y responsabilidad. Pero teniendo en cuenta que el perjuicio real al bien jurídico que estaba amenazado no fue realizado, la responsabilidad tiene que haber por el intento de delito planeado por el delincuente. Entonces en este caso la persona culpable tiene que llevar la responsabilidad penal por la tentativa de robar drogas (art. 308 del CPU).

Otra variedad del error fáctico es *el error de carácter de la acción* que se manifiesta en un entendimiento erróneo de la persona sobre presencia o ausencia en su acción o inacción de los indicios reales que forman parte objetiva del cuerpo de delito concreto.

De ejemplo puede servir el caso cuando una madre al tener un bebé lo tira a la basura creyendo que le quita la vida al recién nacido.¹¹ Más tarde se sabe que el bebé ya ha nacido muerto, sin embargo la persona culpable no puede

evitar la responsabilidad y tiene que estar penada por la tentativa de asesinato ya que su intención era quitarle la vida a otra persona humana. En este ejemplo se trata del error sobre la presencia de los indicios reales de la parte objetiva del delito en la acción de la persona culpable.

En otro caso una mujer se equivoca de la ausencia en su acción los indicios reales de la parte objetiva del delito creyendo que el bebé que ha tenido, ha nacido muerto y ella intentando evitar habladurías lo entierra. En este caso la mujer no tenía intención de matar pero sí tenía la obligación de asegurarse que el bebé nació muerto así que es responsable por un asesinato negligente (el art. 119 del CPU).

La tercera variedad del error fáctico es *el error de desarrollo de nexos causales* que se manifiesta en un entendimiento erróneo del desarrollo real de nexos causales entre la acción y sus consecuencias. Para una resolución correcta de la cuestión si debe estar penada la acción de la persona es muy importante una valoración correcta de nexos causales por parte de esta persona. En la teoría del derecho penal ucraniano es dominante la opinión de que la persona culpable tiene que entender el desarrollo de nexos causales entre la acción realizada por ella en esencia y no con todos los detalles y peculiaridades. Así un error en esencia influye en tipo de culpa (dolo o imprudencia) y responsabilidad.¹²

El error de nexos causales excluye la responsabilidad de la persona por una consecuencia criminal si tiene que ver una diferencia notable entre un desarrollo imaginado y desarrollo real de nexos causales. Por ejemplo la persona culpable ha dado a la víctima potencial un veneno en la comida pero la víctima al salir a la calle fue atropellada por un coche y murió, en este caso el culpable tiene que responder sólo por la tentativa de asesinato. La muerte de la víctima no está relacionada exactamente con el envenenamiento.

La cuarta variedad del error fáctico es *el error de persona siniestrada*, consiste en hacer daño a la persona que fue confundida erróneamente por el culpable con otra. Por ejemplo la persona culpable queriendo matar a A. se equivoca de persona y mata a B. tomándolo por A. Tal error no puede influir en forma de culpa y responsabilidad porque la vida de cada persona humana está protegida igualmente por la ley.

Entonces la persona que ha cometido un error fáctico en la mayoría de los casos tiene responsabilidad penal por la acción hecha teniendo en cuenta forma de culpa (dolo o imprudencia) que tiene en tal o cual caso.

IV. Conclusión

La ausencia en el CPU de la determinación de la noción de los errores jurídico y fáctico no ayuda al empleo igual y correcto de la ley penal. Por eso algunos científicos ucranianos proponen completar el CPU con un art. que determine indicios del error jurídico y fáctico.⁽¹³⁾

Notas

1. Кримінальне право України: Загальна частина. За ред. М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тация. (Derecho Penal de Ucrania. Parte General. Bajo la redacción de M.I. Bazhanov, V.V. Stashiz, V.Y. Taziya). – Kyiv-Jarkiv, 2003. – pág. 165.

2. Кузнєцов В.В., Савченко А.В. Теорія кваліфікації злочинів. (Kuznetstov V.V., Savchenko A.B. Teoria de calificación de delitos). – Kyiv, 2006. – pág. 250.

3. Кримінальне право України. Загальна частина. За ред. М.І.Мельника, В.А.Клименка. (Derecho Penal de Ucrania. Parte General. Bajo la redacción de M.I. Melnik, V.A. Klimenko). – Kyiv, 2004. – pág. 126.

4. Jescheck H.-H., Weigend T. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de M.O. Cardenete. Quinta edición corregida y ampliada. – Granada, 2002. – pág. 328.

5. De acuerdo con el art. 215¹ del Código Penal de la República Soviética Socialista de Ucrania del 1960 el conducir estando borracho durante los acos 1968-1991 se consideraba un delito.

6. Кримінальне право України: Загальна частина. За ред. Ю.В.Александрова, В.А.Клименка. (Derecho Penal de Ucrania. Parte General. Bajo la redacción de Y.V. Aleksandrov, V.A. Klimenko). – Kyiv, 2004. – pág. 130.

7. Вереша Р.В. Суб'єктивні елементи підстави кримінальної відповідальності. (Veresha R.V. Elementos subjetivos de responsabilidad penal). – Kyiv, 2006. – pág. 470.

8. Кримінальне право України: Загальна частина... За ред. М.І.Бажанова... (Derecho Penal de Ucrania. Parte General. Bajo la redacción de M.I. Bazhanov...). – pág. 167.

9. Кузнєцов В.В., Савченко А.В. Вказ. праця. (Kuznetstov V.V., Savchenko A.B. Op.cit.). – pág. 253.

10. Кримінальне право України: Особлива частина. За ред. М.І.Бажанова, В.В.Сташиса, В.Я.Тация. (Derecho Penal de Ucrania. Parte Especial. Bajo la redacción de M.I. Bazhanov, V.V. Stashiz, V.Y. Taziya). – Kyiv, 2005. – pág. 165.

11. De acuerdo con el art. 117 del CPU el asesinato intencionado del bebé recién nacido por su madre se considera un asesinato realizado con circunstancias que atenúan la responsabilidad.

12. Кримінальне право України: Загальна частина... За ред. М.І.Бажанова... (Derecho Penal de Ucrania. Parte General. Bajo la redacción de M.I. Bazhanov...). – pág. 169.

13. Вереша Р.В. Вказ. праця. (Veresha R.V. Op.cit.). – pág.

Uruguay

Dr. Pablo Galain Palermo

Colaborador Científico Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo-Alemania

1. Toda la problemática relacionada con el conocimiento del tipo y de la antijuridicidad al momento del delito, esto es, «la falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia»,¹ no pare-

ce ser de mayor interés ni para el legislador ni para la doctrina uruguaya.

La teoría del delito reconoce dos arquetipos de actuación errónea: a) una que recae sobre los elementos constitutivos del tipo penal, que de ser invencible, excluye el dolo de actuación, y de ser vencible, deja subsistente el comportamiento culposos;² y b) otra en la que el error recae sobre el carácter antijurídico de la conducta, sobre la prohibición, que de ser invencible, excluye la culpabilidad, y de ser vencible, permite al juez atenuarla (Cfe. §§ 16 y 17 StGB) o debe preceptivamente atenuarla (Cfe. 14 CPE).³

El Código Penal Uruguayo se refiere a la vieja terminología de error de hecho (Art. 22 CP) y error de derecho (Art. 24 CP), que no es compatible con la actual denominación utilizada por la doctrina, de error de tipo y error de prohibición. El sistema penal uruguayo, en lo que refiere al error sobre la prohibición (dentro de la que se incluye el desconocimiento del derecho) parecería adherir al viejo aforismo «*error iuris nocet*», de aplicación a principios del siglo pasado, donde el cuerpo normativo penal, atenía tan sólo a ciertos ataques no tolerables contra determinados bienes jurídicos. La jurisprudencia nacional, todavía hoy, sostiene que admitir exculpaciones o atenuaciones de la culpabilidad por las actuaciones en error del derecho o sobre la antijuridicidad de un acto, sería otorgar potestad al juez para dictaminar la impunidad de ciertos infractores, y permanece afilada al dictamen del art. 2 del CC que pregona: ¡la ignorancia de la ley no sirve de excusa!

2. El sistema uruguayo no puede justificar el castigo de quien desconocía que su acción era delictiva, a modo de una responsabilidad objetiva, puesto que el propio art. 18 del CP determina lo contrario. Dicho artículo exige para la constatación de la culpabilidad del autor conciencia y voluntad de realización del acto, pero además, el art. 30 del mismo cuerpo normativo indica que no se podrá exigir responsabilidad penal a aquel que al momento de ejecutar el acto, no fuere capaz o sólo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según su verdadera apreciación⁴. De esta forma, surge del análisis intra-sistemático, que los arts. 18 y 30 CP exigen que el sujeto activo tenga pleno conocimiento del carácter ilícito de su conducta, lo cual será imposible de comprobar, siempre que el sujeto haya desconocido la ley, la materia de prohibición o el derecho de modo total e invencible, que por ser ignorado no puede serle reprochado en el juicio de culpabilidad⁵.

Como sostiene GASTÓN CHAVES: «*el principio de culpabilidad inclina decididamente la balanza a favor de la interpretación abrogatoria del art. 24 C.P. para el error de derecho invencible, que ya se postulaba desde la perspectiva sistemática*».⁶

3. En líneas generales, para el sistema penal uruguayo, como lo especifica el codificador uruguayo IRURETA GOYENA⁷; sólo el error sobre la circunstancia del delito (error sobre el hecho) permite excluir la intencionalidad (aunque puede dejar subsistente el comportamiento descuidado),

mientras que la ignorancia del carácter antijurídico de la conducta, y por tanto, la actuación en error sobre el derecho nunca exime de responsabilidad. En la doctrina uruguaya se puede leer opiniones que indican que el error de derecho puede asimilarse a la terminología alemana del error de prohibición⁸ otras que sostienen que no se trata de una presunción absoluta⁹, las que proponen la admisión del error indirecto de prohibición proveniente de la falsa suposición de una situación de justificación, que si fuera invencible excluye la culpabilidad y de ser vencible permite atenuarla¹⁰ hasta quienes proponen la abrogación de dicho art. 24 CP por violar el principio de culpabilidad y los arts. 10 y 72 de la Constitución¹¹.

4. Si nos ceñimos a este nuevo ámbito que se denomina «nueva criminalidad», «moderno derecho penal» o «derecho penal accesorio»¹², nuestra atención no debe centrarse en problemas de dogmática sistémica que pueden enredarnos en laberintos sin salida (adopción plena de la teoría del dolo o de la culpabilidad, asumiendo todas sus consecuencias intra sistemáticas) sino que desde una visión que dé cabida a los postulados de la política criminal, lo importante será decidir si al sistema penal uruguayo le interesa que a consecuencia de una actuación en error de tipo o de prohibición, se excluya el dolo y permanezca la culpa (Cfe. art. 22 CPU); se excluya completamente la culpabilidad, o que la culpabilidad pueda ser atenuada sensiblemente.

Si se tiene en cuenta que en el sistema uruguayo, en este tipo de delitos no se castiga la realización culposa, la solución político criminal sería siempre la impunidad.

Si admitiéramos hoy en día como dominante la teoría de la culpabilidad¹³ la consecuencia dogmática obligaría a reconocer que el error invencible o vencible de prohibición cumpliría la función de excluir o atenuar la pena correspondiente al delito cometido, no permitiendo la conversión del delito doloso en imprudente o culposos, como admite la teoría del dolo¹⁴ y los arts. 22 y 24 de nuestro Código Penal.

Un error evitable de prohibición no conduce a convertir al tipo doloso en culposos y con ello a favorecer la impunidad, si por imperio del art. 19 CP no se admite la incriminación culposa en la específica figura penal acometida, sino que tan sólo permite atenuar o graduar la culpabilidad y la pena. Mientras que en lo que respecta al error invencible de prohibición no se plantean problemas de interpretación, puesto que ambas teorías conducen a la impunidad.

5. La terminología utilizada por el Código Penal uruguayo es la misma que utiliza el Estatuto de Roma en su art. 32, por más que la coincidencia terminológica no sea absoluta.¹⁵ En ese sentido la norma del art. 32 del Estatuto, así como sucede con el art. 24 CP uruguayo (error sobre el derecho) prohíbe al juez analizar si al momento del delito se puede comprobar el elemento cognitivo del dolo, el conocimiento o conciencia de la ilicitud y esta circunstancia se traduce en una clara violación del principio de culpabilidad, ya que se da por supuesto (se prohíbe al juez

examinar tal punto) que el sujeto ha actuado con conciencia, aun cuando el mismo desconociera en forma invencible que su conducta estaba prohibida o que la misma no estaba autorizada por el ordenamiento jurídico. Como he dicho, el Estatuto utiliza en el art. 32 la misma terminología del Código Penal Uruguayo (cfr. arts. 22 y 24 CP) para referirse a las circunstancias de actuación en error, incluso llega a la misma conclusión en cuanto a que el error de hecho excluye el dolo, por tratarse de un conocimiento falso o equivocado sobre un objeto o elemento constitutivo del delito, que no permite comprobar la conciencia y voluntad de realización que exigen tanto el art. 18 CP como el art. 32 Estatuto. Hay que ser consciente que frente a los crímenes de la magnitud que tipifica el Estatuto difícilmente pueda hablarse de errores invencibles sobre la antijuridicidad de la conducta, aunque estos podrían darse sobre algunos supuestos de los crímenes de guerra y la creencia de permisión de determinadas conductas. Por ello, no debería el legislador limitar al juez en la comprobación de los elementos subjetivos de toda acción¹⁶. Ningún sistema penal (tampoco el internacional) puede presumir *ex ante jure et de jures* que la actuación de un sujeto no podría ser motivada en un error directo respecto a la prohibición o un error indirecto respecto a la autorización de su conducta¹⁷. Es por ello, principalmente por este último aspecto, que valga mi discordancia con la sistemática uruguaya, particularmente, en relación al error de prohibición.

6. Ahora bien, a partir de la ley 18.026, de publicación en el D.O. el 4.10.2006, el Estatuto de Roma forma parte del ordenamiento jurídico nacional, y esta circunstancia podría poner punto final a la discusión doctrinaria uruguaya sobre el error de derecho del art. 24 CP, puesto que, independientemente de teorías dogmáticas, si se acepta la impunidad por falta de dolo (exclusión del elemento intencional de la figura típica, Cfe. art. 32.2 Estatuto) en relación a los crímenes más aberrantes que puede conocer un sistema jurídico de protección de bienes jurídicos, con más razón, cualquier juez nacional deberá considerar la posibilidad de actuación en error sobre la prohibición de una conducta cuando éste fuera invencible y cuando se trate de delitos (Cfe. art. 2 Ley 18.026).

7. En estos tiempos se habla de la voluntad del gobierno nacional de realizar profundas reformas legislativas, e incluso, de una comisión que analiza una reforma global del sistema penal uruguayo. Pues bien, dicha comisión debería plantearse seriamente la cuestión de la actuación en error y resolver si nuestro Código penal, en el mundo moderno extra-normatizado, de tipos abiertos necesitados de interpretación y/o complementación administrativa, debe seguir apegada al aforismo «*error iuris nocet*» o requiere de una interpretación más flexible o, si se quiere, más democrática. Fundamentalmente el art. 24 CP requiere de urgente revisión, aunque nada obsta a una clara distinción normativa entre un error respecto al tipo¹⁸ y un error respecto a la prohibición¹⁹. No obstante, desde un punto de vista político-criminal, lo que importa es que indepen-

dientemente de la teoría del error que se siga —sea la teoría del dolo o de la culpabilidad— el sistema penal admita la relevancia social que una actuación en error de prohibición refleja, puesto que un Estado no pierde su poder de ejercer el control social sobre los ciudadanos (a través del Derecho penal, recuérdese, en *ultima ratio*) por el hecho de estar dispuesto a negociar con los mismos la propia relevancia del Derecho o de considerar entre sus principios los parámetros aristotélicos de distribución de la justicia..

Notas

1. Vide MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 15.

2. En líneas generales es lo que postula el art. 22 del Código Penal Uruguayo, «*El error de hecho que versare sobre las circunstancias constitutivas del delito, exime de pena, salvo que tratándose de ese delito, la ley castigare la simple culpa*».

3. En este caso, no se corresponde con el art. 24 del Código patrio, «*El error de derecho se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario, salvo tratándose de las faltas, en que según su naturaleza, dicha prueba puede tener acogimiento. El error de derecho que emane del desconocimiento de una ley que no fuera penal, exime de pena sólo cuando hubiere generado un error de hecho, acerca de alguno de los elementos constitutivos del delito*».

4. Como sostiene GASTÓN CHAVES, «*La idea del conocimiento de la ilicitud se corresponde necesariamente con el concepto de persona, como ente capaz de entendimiento y voluntad. Hacer penalmente responsable a una persona por aquello que inculpablemente ignora es degradar el Derecho Penal desde su categoría de código de conductas a la de mero catálogo de amaestramiento*». «El derecho constitucional y el derecho penal», en DARDO PREZA, *Estudios de la parte especial de derecho penal uruguayo tomo II*, Ingranussi, Montevideo, 2000, pág. 150.

5. Vide GALAIN PALERMO, PABLO, «Los delitos económicos: algunos aspectos dogmáticos comunes. La problemática imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Una visión político criminal del sistema uruguayo», en PREZA DARDO, *Delitos Económicos*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2004, ps. 115 y ss.

6. Vide GASTÓN CHAVES, «El derecho constitucional», cit. p. 150. De la misma opinión GONZALO FERNÁNDEZ, «Acerca del error de Prohibición», *Revista de Ciencias penales*, n° 1, ps. 320 y ss.

7. Vide Código Penal de la R.O.U., anotado y concordado por RETA/GREZZI, FCU, 5.ª ed, 1999, ps. 194 y s.

8. Vide LANGÓN, MIGUEL, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal. Tomo I. Primera Parte. El Derecho penal en general*, ed. del Foro, Montevideo, 2000, pág. 327

9. Vide BAYARDO, FERNANDO, *Derecho Penal Uruguayo. Tomo II*, Montevideo, 1978, ps. 66 y ss, 84.

10. Vide PETITO, JOSÉ, «Admisibilidad del error de prohibición en nuestro derecho», en *Rev. Ciencias penales* 2, 1996, Carlos Álvarez (ed), pág. 360

11. Vide CHÁVEZ, GASTÓN, «El derecho constitucional y el derecho penal», cit, pág. 150; CAIROLI, MILTON, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Tomo I La Ley-El Delito*, FCU, Montevideo, 2.ª ed, 2001, pág. 317, FERNÁNDEZ, GONZALO, «Acerca del error de Prohibición», cit, ps. 320 y ss; GONZÁLEZ STELLA, MARIA, «Relevancia de la ignorancia inevitable en el derecho penal desde el punto de vista constitucional», en *Rev. De la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-2, enero-junio 1990, pág. 229; MALET, MARIANA, *Presunciones en el Código Penal*, FCU, Montevideo, 1995, pág. 48; GALAIN PALERMO, PABLO, «Los delitos económicos», cit, ps. 116 y s.

12. En el que incluimos, por ejemplo, la protección de bienes jurídicos relativos al orden socioeconómico o el medioambiente. que pueden ser lesionados o puestos en peligro a través de medios informáticos o cibernéticos.

13. Para la teoría de la culpabilidad el conocimiento de la antijuridicidad no es elemento del dolo sino un componente independiente de la culpabilidad; mientras el dolo se conforma del conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo (dolo avalorado o natural). De esta forma, el conocimiento de la antijuridicidad servirá para graduar el mayor o menor reproche de culpabilidad pero nunca influirá en la tipicidad de la conducta. Esta teoría no permite la convertibilidad del delito doloso en culposo o imprudente, sino que de haber el sujeto actuado inmerso en error invencible, excluye la culpabilidad, y si lo ha hecho en error vencible, permite la atenuación de la pena; por lo que en caso de una actuación en error evitable de prohibición, al no (re)conducir a la actuación culposa, tampoco conduce a la impunidad en caso de que no se castigue la figura culposa de ese delito, sino que tan sólo se podrá (o deberá) atenuar la pena dentro del marco de un delito doloso. El conocimiento de la antijuridicidad al no pertenecer al dolo, no requiere el mismo grado de conciencia que si fuera parte de éste, por lo que no tiene la exigencia de ser actual, admitiéndose el conocimiento potencial, sin que sea tan relevante la conciencia de lo antijurídico al momento del hecho, como que el agente hubiera podido tenerla si se hubiera esforzado o actuado con mayor diligencia. Vide MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El error*, cit, pág. 33.

14. Para esta teoría seguida en principio por los partidarios del sistema causalista, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho por parte de quien actúa es un elemento integrante del dolo, por lo que debe tener la misma intensidad que cualquier otro elemento configurador del hecho delictivo (descriptivo, normativo, o así se trate de un presupuesto objetivo de una causa de justificación, como puede ser creer que se está habilitado para realizar una conducta que en realidad es delictiva). La falta de ese conocimiento actual (de todos los elementos de la figura típica más lo relativo al conocimiento de la antijuridicidad, considerados al momento del hecho) determina la falta de dolo, a la vez que determina que sea imposible la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso. Ahora bien, si la causa de la falta de conocimiento fuera un error vencible o evitable (que el sujeto con un mínimo de interés, atención o prudencia, haciendo algo más que está a su alcance) podrá aplicarse la pena que corresponda al delito imprudente, siempre que ese delito sea castigado a título de imprudencia o culpa. O sea, **de mediar una actuación en error de tipo vencible, convierte al tipo delictivo doloso en culposo.**

15. Si bien el Art. 32 del Estatuto de Roma parece coincidir *in toto* con el Art. 24 CP, la coincidencia no es absoluta, puesto que el primero admite la exculpación del agente siempre que la actuación en error haga desaparecer el elemento de intencionalidad del crimen, y la norma uruguaya no exime de responsabilidad en ninguna circunstancia; excepto que el error de prohibición que emane de una ley no penal hubiera generado un error de hecho sobre alguna de las circunstancias constitutivas del delito (Cfe. Art. 24.2 CP).

16. Vide GALAIN PALERMO, PABLO, «Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en *Ambos/Malariño/Woischnick* (Eds.), Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, p. 427.

17. Para que el error tenga relevancia como atenuante o eximente de la responsabilidad, la vencibilidad o invencibilidad del mismo debe traslucirse en una falta de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, esto es, debe canalizarse en un error de hecho. Vide WEIGEND, THOMAS, „Zur Frage eines „internationalen“ Allgemeinen Teils“, *Festschrift für Claus Roxin* (SCHÜNNEMANN/BOTTKE/ACHENBACH/AFFKE/RUDOLPHI (Hrsgs.), München, 2001, ps. 1390 y ss.

18. Circunstancia que a fin de cuentas no desconoce el Art. 22 CP cuando se refiere al error de hecho.

19. La Ley 18.026 obliga a una reinterpretación del error que versa sobre el derecho o, mejor expresado, sobre la prohibición de una conducta.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Introducción

Hasta la fecha, en el Derecho Penal Sustantivo venezolano, ha imperado el axioma o máxima jurídica «ignorantia iuris non excusat»¹, previsto en el art. 60 del Código Penal, el cual consagra que **«La ignorancia de la ley no excusa ningún delito ni falta»**, lo que constituye evidentemente una ficción, llegando al extremo de castigar incluso a «El que se apropie de la cosa ajena que hubiere ido a su poder por consecuencia de un error o de caso fortuito» (numeral 3 del Artículo 469 eiusdem). A pesar de ello, un análisis de los arts. 61 y 68, así como del numeral 4 del art. 74 eiusdem, nos evidencia que esta posición no es absoluta, ya que, en algunas y determinadas ocasiones, muy pocas por cierto, la legislación penal venezolana permite que se puedan tomar en cuenta ciertas circunstancias, sino para eximir de pena, sí para atenuar la misma.

Por otro lado, el art. 61 del Código Penal textualmente establece lo siguiente:

«Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.

El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.

La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario».

Como se puede observar del análisis de dicho art. 61, existen evidentes contradicciones que han dado lugar a diversas interpretaciones, ya que, por un lado, en el encabezamiento del mismo, se exige por parte del agente **«la intención de realizar el hecho»**, pero esto únicamente en relación con los delitos, no así con respecto a las faltas, en las que, en el primer aparte de ese mismo art. expresamente se señala que no hay que demostrar que el agente «haya querido» cometer la falta, ya que dicho aparte da a entender que el autor siempre «responde» por la falta cometida, haya o no tenido la intención de ejecutarla. Finalmente, el último aparte del art. 61 plantea la tesis de que cualquier acción u omisión penada por la ley, sea delito o falta, «se presumirá voluntaria», «a no ser que conste lo contrario», es decir, a no ser que el agente demuestre que su acción (u omisión) no fue voluntaria, sino que actuó obligado por alguna circunstancia que justifique el hecho, revirtiendo así la carga de la prueba de la Fiscalía al imputado. De tal manera que, por la redacción imprecisa de este art. 61, no queda del todo clara la situación, y da la impresión que considera como si los términos «intención» y «voluntad» significaran exactamente lo mismo, lo cual no es precisamente un criterio unánime en la doctrina.

En opinión de Arteaga Sánchez, «El principio de la *ignorantia iuris* de nuestro art. 60 sólo significa que las leyes vigentes se aplican, independientemente de que sean conocidas o no, y una persona no podría alegar simplemente que no conoce la ley para excusarse de un delito o falta»². Según este autor, a pesar de «la imposibilidad de conocer las leyes en su detalle, aún por los propios juristas, condicionar la aplicación de las leyes a ese conocimiento, supondría tanto como dejarla sin efectiva vigencia»³. Estima así Arteaga, que se puede perfectamente armonizar la exigencia del conocimiento de la antijuricidad con el principio establecido en el art. 60 sobre la *ignorantia iuris*, ya que, coincidiendo con Córdoba Roda y Jiménez de Asúa, asegura que «Una cosa es el conocimiento o la ignorancia de la ley, y otra el conocimiento y la ignorancia de lo antijurídico o de la antijuricidad del acto»⁴. Afirmando que «la ignorancia de la ley no excusa, pero esto no significa que no excuse la ignorancia de que el hecho es contrario al derecho o que está prohibido»⁵.

Por otra parte, Arteaga también destaca la vinculación existente entre los arts. 60 y 61 del Código Penal, el último de los cuales requiere de la intención en la realización del hecho, y, aunque presume la voluntariedad del acto (a no ser que conste lo contrario), también supone tácitamente el conocimiento del mismo por parte del agente,

por lo que es evidente que excluye la existencia del error. De haber incurrido el agente en error, lógicamente que no se daría el nexo psicológico entre el sujeto y su hecho, vínculo necesario para que pueda hablarse de culpabilidad y se le pueda formular un juicio de reproche al autor⁶

Tratamiento del error en la constitución nacional y en el código orgánico procesal penal

La Constitución Nacional de 1999 prevé en el numeral 8 del art. 49, la posibilidad del cometimiento del llamado «error judicial», responsabilizando del mismo al Juez o Magistrado que incurra en él, y contemplando el restablecimiento o la reparación de la situación jurídica lesionada. En ese mismo sentido se pronuncia el art. 255 *eiusdem*, que considera a los Jueces personalmente responsables por «error». Por otro lado, los arts. 460 y 462 del Código Orgánico Procesal Penal, consagran a ‘la errónea interpretación’ como uno de los motivos que pueden servir de base para interponer y fundamentar el Recurso de Casación, y el art. 467 *eiusdem* prevé la posibilidad de que ocurra una ‘errónea aplicación de un precepto legal’ que amerite una Decisión propia sobre el caso de parte del Tribunal Supremo de Justicia, o la rectificación de la condena, ‘Si se trate de un error en la especie o cantidad de la pena’.

La moderna dogmática jurídico-penal le da mucha relevancia a la figura del error, hasta el punto que se tiene a la Teoría del Error como uno de sus principios básicos, ya que considera que se debe de excluir, o al menos reducir, la responsabilidad por el resultado, por constituir una tesis u orientación preponderantemente objetivista.

La doctrina y la jurisprudencia del tribunal supremo de justicia

La jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal en este tema del error, no ha sido muy abundante, y se ha referido principalmente al *error in obiecto* y a la *aberratio ictus*. Entre las escasas sentencias podemos destacar las siguientes:

«..., la doctrina especializada, ha establecido que para este tipo de casos, se deben distinguir aquellos supuestos de error, sobre las condiciones objetivas de punibilidad, estableciendo de esta manera el *error in obiecto* y la *aberratio ictus*. En el primero de los casos es cuando el error recae sobre el objeto material, mientras que en el segundo, la consecuencia es la ofensa de una persona distinta a la que fue dirigida la acción» (Sent. N° 721, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19-12-05)

«...En el presente caso se configura lo que la doctrina llama error en el golpe, ‘*Aberratio ictus*’ el cual ocurre cuando el autor dirige efectivamente su acción sobre el sujeto al que deseaba dirigirla, pero recae sobre otro.» (Sentencia N° 122, de la Sala de Casación Penal del Tribunal

Supremo de Justicia, de fecha 28-03-06). Agregando que «Tal error en el golpe no afecta de modo alguno la intencionalidad del acto cometido por el acusado, el cual debió subsumirse en el tipo de Homicidio Intencional» (idem).

Por otro lado, en relación con la intencionalidad o voluntariedad de un acto, la tradicional doctrina y jurisprudencia venezolana siempre consideró lo siguiente:

1.— Que «Para que la voluntariedad de la acción (manifestación de voluntad y resultado) no se presuma en un caso dado, es necesario ‘que conste lo contrario’, o sea, que el ‘*animus nocendi*’ no necesita comprobación alguna, sino que, por el contrario, se requiere la demostración de su ausencia para que haya lugar a la aplicación del precepto legal que define el delito ‘preterintencional’» (Sent. del 26-11-59, pág. 186).

2.— Que «El legislador, al referirse en el art. 61 del Código Penal, a la falta de intención, ha querido expresar, que en la perpetración del acto punible, no haya sido dirigida la voluntad hacia la obtención del propósito lesivo querido. Ha refiriéndose al elemento psicológico o causalidad psíquica como lo denominan algunos tratadistas. Ahora bien, como todo ser humano normal rige sus actos en forma consciente y voluntaria, la Ley, consecuente con esa modalidad psicológica ha presumido la intencionalidad en el infractor de la norma penal; presunción *iuris tantum*, que admite desde luego prueba en contrario» (Sentencia de la Sala de Casación Penal de la antigua Corte Suprema de Justicia, de fecha 14 de enero de 1969, citada en el Código Penal Comentado de Mariano Arcaya, págs. 185 y 186 del Tomo I).

Con respecto a la denominada ‘defensa putativa’, la Sala de Casación Penal ha señalado que esta se refiere a los casos en que el agente incurre «en error esencial de hecho al creer que actuaba en la necesidad de defenderse de una agresión ilegítima no provocada por él» (sent. de la Sala Penal de 14 de agosto de 1969 ⁷).

Puede entonces considerarse que el art. 61 del Código Penal no contiene regla valorativa alguna sobre el mérito de la prueba, pero sí señala que la acción penada por la ley, *prima facie*, se debe presumir voluntaria, y que, a pesar de que la intención es un hecho psicológico, existen actos externos que la pueden evidenciar, así como que la ausencia de intención es un elemento de hecho, que debe probar quien lo alegue. Era lo que antiguamente se denominaba cuasi-delito, donde no había la intención de realizar el hecho.

Clases de Error: de Tipo y de Prohibición

General y modernamente se considera, que en el ámbito del Derecho Penal el error se puede cometer de dos maneras:

1.— **De Tipo**, cuando se refiere o recae sobre algún elemento configurador de la definición legal del comportamiento delictivo, es decir, sobre alguno o sobre todos los elementos pertenecientes al tipo objetivo. El error de Tipo es cuando se tiene una creencia equivocada, distinta o diferente a lo establecido realmente por la norma. Es el error que recae sobre alguno de los elementos normativos o

descriptivos del tipo, sobre uno o más de los elementos integrantes del hecho típico, de la infracción penal. El ejemplo de ello es cuando alguien no cancela los impuestos correspondientes por una donación que recibió por desconocer que tiene ese deber legal.

2.— **De prohibición**, cuando el error se refiere a la propia prohibición jurídico penal, a la antijuridicidad de la acción. El error de Prohibición (que algunos equivocadamente asimilan al ‘error de derecho’), consiste en la creencia errónea de estar obrando lícitamente, conforme a derecho. Es un error sobre la antijuridicidad de la conducta del agente, ya que él sabe perfectamente lo que está haciendo, pero no sólo desconoce que su conducta es ilícita, sino que cree firmemente que está actuando correctamente, lícitamente, y, en esas condiciones, no se le puede dirigir el juicio de reproche de la culpabilidad. Es un error sobre la conciencia de la culpabilidad, y, como acertadamente señala Jakobs, «Si la conciencia del injusto falta, inevitablemente no hay culpabilidad» ⁸. Un ejemplo es el que se apropia indebidamente de una cosa perdida por desconocer que tiene la obligación de entregarla a las autoridades.

Para Zaffaroni, el error de prohibición se puede subclasificar en: error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad), y error de permisón (sobre la justificación) ⁹. Según Cury, el error de prohibición puede ser de cuatro especies: 1) error de subsunción, cuando el sujeto obra en la creencia errada de que su acción no está prohibida por el ordenamiento jurídico; 2) El sujeto sabe que su conducta está en general prohibida, pero cree, equivocadamente, que en su caso concreto, se encuentra justificada en virtud de una causal que, en la realidad, no existe legalmente; 3) error de interpretación, cuando el sujeto sabe que su conducta está en general prohibida, pero supone que en su caso concreto se encuentra legitimada por una causal de justificación efectivamente vigente, pero cuyos efectos, en realidad, no alcanzan a esa situación; 4) El sujeto sabe que su conducta está en general prohibida, pero supone erradamente que en su caso se dan las circunstancias necesarias para la concurrencia de una auténtica causal de justificación (error de prohibición indirecto) ¹⁰. De acuerdo a Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano existen dos clases de error de prohibición, el directo, que recae sobre la propia existencia de la prohibición, y el indirecto, que recae sobre la existencia o los límites de una causa de justificación ¹¹. Ahora bien, como acertadamente lo señala Muñoz Conde, «No son raros los casos en que error de tipo y error de prohibición pueden coincidir» ¹².

Es obvio que para no incurrir en ambas clases de errores, se requiere tener un adecuado conocimiento de las normas jurídicas vigentes, lo que no siempre se puede garantizar, ni siquiera entre los abogados, especialmente en Venezuela, con la dispersión de leyes penales existentes. Sin embargo, ese es un conocimiento que el sistema penal venezolano presume basado primordialmente en los supuestos sentimientos y valores morales y éticos imperantes en la sociedad de principios del siglo XX, y cuyo des-

conocimiento, en todo caso, no excusa ni toma mayormente en cuenta, supuestamente, en aras de la justicia y para evitar la impunidad, sin embargo, ha habido casos en que se ha logrado el efecto contrario.

Por otro lado, el error puede ser invencible o inevitable. Se considera invencible cuando no hubiera podido evitarlo ni siquiera una persona prudente, cuidadosa y diligente. Si es de tipo, excluye totalmente el dolo y también la culpa. Si es de prohibición excluye la culpabilidad. En ambos casos no habría responsabilidad criminal.

El error también puede ser vencible o evitable. Se considera vencible el error que se hubiera podido evitar aplicando normas elementales de prudencia, diligencia y cuidado. Si es de tipo excluye el dolo, pero pudiera no excluir la culpa, y, si esta procede, podría castigarse como delito culposo o imprudente. Si es de prohibición, el error evitaría la culpabilidad pero no la excluiría, ya que no elimina totalmente 'la conciencia de la antijuricidad', que es un elemento de la culpabilidad, disminuyendo la responsabilidad criminal, y, por ende, la pena que se vaya a imponer¹³.

Recientes intentos para incorporar la teoría del error al código

La Comisión Mixta de la Asamblea Nacional que funcionó desde el 2001 al 2004, para redactar un nuevo Código Penal, planteó muy seriamente la necesidad de incorporar la teoría del error en el Código Penal. Dicha Comisión presentó a principios de 2003 la Parte General del Código, que incluía varios arts. relativos al error de tipo y al error de prohibición. Lamentablemente, dicha Comisión cesó sus funciones un año después. Igualmente, en el Anteproyecto de Código Penal preparado por el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros y un grupo de colaboradores a finales de 2003, toma también en cuenta la figura del error en los arts. 56, 57 y 58, aunque los denomina como 'error de hecho', 'error sobre Derecho' y 'error por culpa', respectivamente, y no como modernamente se les denomina (error de tipo y error de prohibición). Es menester señalar que el Estatuto de Roma volvió a poner en el tapete las figuras tradicionales de 'error de hecho' y 'error de derecho' al incorporarlas con esa denominación.

Consecuencias jurídicas de la existencia de error

Existe consenso en la doctrina, que cuando el error es invencible o inevitable, tanto si es de tipo como de prohibición, la consecuencia es la misma, se da la exención total de la pena. El problema se presenta fundamentalmente cuando el error es vencible o evitable, ya que, al menos en principio, existe responsabilidad penal del agente. Se ha ensayado el castigar estas conductas con la pena establecida al delito imprudente o culposo,

para el caso de que exista esa posibilidad, aplicando la llamada culpa consciente, o sancionar esas conductas como un delito doloso atenuado, aplicando la controvertida figura del denominado dolo eventual. Ninguna solución es perfecta, y la misma dependerá de la teoría del delito que se adopte, pero siempre es mejor regular el error que desconocer la posibilidad de la existencia del mismo, lo cual no es otra cosa que irrespetar el principio de culpabilidad.

Conclusión

Lo cierto es que en la legislación penal venezolana, el principio o máxima que ha imperado en esta materia, es el de *error juris nocet*, muy cuestionado actualmente por la mayoría de la doctrina, por considerar que viola el principio de culpabilidad y por ende, causa numerosas injusticias.

La realidad actual es que con la profusión de las leyes penales especiales que han sido promulgadas y sancionadas en las últimas décadas y la subsiguiente descodificación de las normas contenidas en el Código Penal, ha ocurrido lo que algunos llaman la hipertrofia normativa, creándose un caos jurídico de tal magnitud, que actualmente, aún los ciudadanos más enterados y conocedores en el ámbito penal (Jueces, Fiscales, Defensores, Profesores universitarios y Abogados especialistas en Derecho Penal), desconocen la existencia de muchas de las normas jurídicas vigentes, así como ignoran la derogatoria de otras tantas disposiciones, sobre todo en ciertas y determinadas áreas o materias. Situación que se hace más notoria y grave entre la población común y corriente, especialmente en ciertas comunidades, como es el caso de los indígenas que no se han integrado totalmente a la civilización. Lo que hace necesario el verificar la conciencia de la antijuricidad de la acción, para poder así determinar la existencia o no de culpabilidad.

Es por tanto imperativo el darle la debida relevancia al tema del error, incorporando normas que establezcan claramente que se considerará que alguien incurre en error de tipo cuando esa persona desconozca que con su conducta está cometiendo un hecho punible, y que incurre en error de prohibición cuando esa persona ignore el carácter prohibido de aquello que hace. Un «Estado democrático y social de derecho y de justicia», como se enuncia en el art. 2 de la Constitución venezolana, no puede obviar una garantía tan importante para todos los ciudadanos que actúan sin dolo, sin conocimiento o sin conciencia de la antijuricidad, esto es, sin culpabilidad.

Notas

1. Máxima también conocida como '*error juris nocet*'.
2. Arteaga Sánchez, Alberto. Ob. cit. pág. 242
3. Ibidem.

4. Arteaga Sánchez, Alberto. Ob., cit., pág. 241
5. Ibídem.
6. Ibídem, pág. 296.
7. citada en el Código Penal Comentado de Mariano Araya, tomo I, pág. 186.
8. Jakobs, Gunther. «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación». 2da. ed. corregida. Marcial Pons. Madrid. 1997. pág. 657.
9. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ob. cit., pág. 508.
10. Cury Urzúa, Enrique. Ob. cit. Tomo II, pág. 67.
11. Berdugo, Arroyo, García, Ferré y Serrano. «Lecciones de Derecho Penal. Parte General». Ed. Praxis. 1999. 2da. Ed. Barcelona., págs. 261 y 262.
12. Muñoz Conde, Francisco. Ob. cit. Pág. 60.
13. El Dr. Arteaga Sánchez habla de 'conocimiento o consciencia de la antijuricidad de la acción'. Ob cit., págs.241 y 242, 299 y 300, y, como bien señala Muñoz Conde, «Dolo y conocimiento de la antijuricidad son, pues, para la teoría de la culpabilidad, conceptos distintos y con distinta función dogmática», Ob. cit. Pág. 33.