

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

Tipo y Error

Enrique Bacigalupo



Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

©

COOPERADORA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AVENIDA FIGUEROA ALCORTA 2263

BUENOS AIRES

A mis queridos amigos y colegas

MARINO BARBERO SANTOS

JOSÉ CEREZO MIR

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

WOLFGANG SCHÖNE

PROLOGO

En este volumen se reúnen dos trabajos que se complementan mutuamente y que se refieren a dos aspectos sumamente controvertidos de la dogmática actual.

El que se refiere a la fundamentación del concepto de tipo fue el relato que tuve a mi cargo en la comisión respectiva de las Jornadas de Derecho Penal en Honor del 50º Aniversario del Código Penal Argentino, en la Universidad de Belgrano.

El trabajo sobre el sistema del error de prohibición fue publicado en el *Nuevo Pensamiento Penal*, nº 1, 1972.

Buenos Aires, julio de 1973.

FUNDAMENTACION DEL CONCEPTO DE TIPO PENAL EN LA DOGMATICA ARGENTINA

I. *Desarrollo del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*

El concepto de tipo penal fue introducido en la dogmática penal de habla hispana por Luis Jiménez de Asúa¹, siguiendo los lineamientos trazados por Ernest Beling². La recepción de la teoría del tipo penal según las concepciones básicas de Beling³, significaba para la dogmática argentina entrar a considerar dos problemas centrales: I) la distinción entre *Deliktstypus* y *Leitbild* con sus especiales consecuencias respecto del error, y II la adecuación típica como elementos del concepto de delito⁴ y su relación sistemática con los restantes

¹ *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1930.

² *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906; *Die Lehre von Tatbestand*, Tübingen, 1930.

³ Beling, *D. L. v. V.*, p. 3; p. 51, nota 1, y p. 52, nota 3, ha explicado los antecedentes que llevan a su concepción. La distinción entre tipo en sentido estricto y tipo en sentido amplio fue seguida luego por Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 26 ed., 1932, p. 180; Welzel, 11ª ed., 1970, § 11; V.: Baumann, *AT*, 5ª ed., 1968, § 12; Mezger-Blei, *AT*, 14ª ed., 1970, p. 106; Wessels, *Strafrecht*, *AT*, 1970, p. 15.

⁴ Beling, *D. L. v. V.*, p. 7; *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, § 16.2.

elementos de este concepto. Estos puntos constituyeron la base conceptual sobre la que se desarrolló en Alemania la teoría del tipo penal que ahora se receptaba en la dogmática argentina y española en general.

Se trata aquí de analizar en qué medida el desarrollo del concepto de tipo penal ha partido de los puntos de apoyo señalados por Beling.

El tratamiento de este tema mostrará que precisamente el desenvolvimiento seguido por la dogmática argentina es totalmente independiente de la evolución ocurrida en Alemania.

En efecto, esta separación de la orientación de Beling, se percibe ya en la primera formulación que se hace entre nosotros de la teoría del tipo penal.

Ricardo C. Núñez, que es el primero que intenta una construcción del concepto de tipo penal⁵, dice en forma expresa: "El hecho como fenómeno representa el total acontecimiento tipificado en cada artículo de la ley penal y no sólo los elementos materiales atribuibles al agente: el *«engerer o besonderer Tatbestand»* de la doctrina alemana prevalente"⁶. "...Esta concepción del hecho como contenido total del precepto legal responde al sentido del artículo 18 de la Constitución Nacional: la pena no sólo está supeditada a la acción y a su resultado natural, sino a todas las circunstancias

⁵ "El hecho penal en la Constitución Nacional y en Código" (separata de la *Revista de Psiquiatría y Criminología*, 1939, nº 19).

⁶ Loc. cit., p. 10.

causalmente independientes de aquélla, que la ley ha tomado en consideración”⁷ En la concepción de Núñez la función del tipo penal se deriva de las exigencias del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*” y concretamente del carácter *discontinuo* de lo ilícito penal que es consecuencia de la prohibición de la analogía que dicho principio impone⁸.

El contenido concreto del “hecho”, expresión que Núñez utiliza como sinónimo de tipo, está constituido por: 1. *la acción* (acción propiamente dicha y omisión), pero con la aclaración de que “es extraña a la noción de la acción, la indagación respecto a si el sujeto ha podido querer o si el efecto de la acción ha sido contenido de su querer, pues tal tarea corresponde, en la teoría jurídica del delito, al problema de la culpabilidad”⁹; 2. *el evento*; 3. *la relación de causalidad*; y 4. *las condiciones de incriminación*, entre las que cuentan tanto elementos que definen las condiciones que debe reunir el autor, elementos subjetivos de lo injusto (que son designados como condiciones subjetivas), como elementos que se refieren directamente a la antijuricidad de la conducta (que se denominan condiciones objetivas)¹⁰; estas condiciones de incriminación se diferencian, por su necesaria inclusión “en la definición legal”, de las condiciones de procedi-

⁷ Loc. cit., p. 11.

⁸ Loc. cit., ps. 6, 7, 8 y 9.

⁹ Loc. cit., p. 12.

¹⁰ Loc. cit., p. 28.

bilidad, “que constituyen impedimentos para la iniciación del proceso penal”¹¹.

El tipo penal, en la primera concepción de Núñez no agota su contenido en estos elementos o, lo que es lo mismo, en lo meramente formal, sino que, además, todos ellos deben tener una determinada significación valorativa: “El orden jurídico exige —dice Núñez— que tenga un límite el poder de la autoridad para declarar criminal un hecho. Sólo deben castigarse aquellas acciones que violan o tienden a violar derechos ajenos, cuando éstos no se pueden asegurar de otra manera y el castigo no implique mayor daño que su impunidad”; “...únicamente las acciones que ofenden al orden y a la moral pública o que perjudiquen a un tercero pueden caer en el campo de las previsiones de la ley criminal”¹². No obstante ello, con singular agudeza Núñez marcará una

¹¹ Loc. cit., p. 29.

¹² Loc. cit., ps. 5-6; éste es un hallazgo de singular importancia en la construcción de Núñez, que lamentablemente no fue tomado en cuenta por la dogmática argentina, que siempre ha demostrado una mayor tendencia a lo formal. Ver sobre el desarrollo de este problema de la dogmática alemana: Max Grünhut, *Methodische Grundlage der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en Frank-Festgabe, 1930, ps. 1 y sigts.; Gustav Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en el mismo lugar, ps. 158 y sigts.; Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935; Wilhelm Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 33 (ZStW 67, 1 y sigts.); Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht*, 1970, p. 115; Hans Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, ps. 135 y sigts. En *El delito como instituto jurídico*, 1939, Núñez define el contenido del tipo “como el objeto de la prohibición” ps. 5 y 6.

importante diferencia entre conducta no típica y conducta justificada al decir: "para él (el legislador todo injusto es típico, pero no todo tijo es injusto" ¹³.

En otra parte, Núñez, dio el argumento en el que se apoya la inaplicabilidad en la dogmática argentina del llamado tipo en sentido estricto. "Esta construcción del tipo, elaborada sobre la base del contenido de la culpabilidad, resulta aceptable ante el § 59 del Código Penal alemán de 1871, pero no es viable entre nosotros; en primer lugar, porque si partimos del contenido de la culpabilidad, el artículo 34, inciso 1º del Cód. Penal, nos dice que su contenido es el conocimiento de la criminalidad del acto por parte del agente, y la criminalidad no surge siempre en virtud de la sola conducta o del solo evento, sino también a veces de ciertas circunstancias que constituyen las condiciones de incriminación; y en segundo lugar, porque el hecho como contenido total de la definición legal, cumple en nuestro derecho penal liberal un rol político: la realización efectiva del principio de que a la pena sólo se llega a través de los hechos previstos en la ley penal previa (consideración política), y ocurre que con alguna frecuencia, el legislador agrega como condición de la pena a la conducta o al evento, una circunstancia causalmente independiente del comportamiento del agente" ¹⁴.

¹³ *El delito como instituto jurídico*, 1939, p. 9.

¹⁴ *El delito como instituto jurídico*, ps. 6-7. Aquí es notoria la influencia de Delitala, *Il fatto, nella teoria generale del reato*, 111.

Es de hacer notar que en su Derecho Penal Argentino, Núñez admite la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad como integrantes de la figura delictiva (Delikts-typus) ^{14 bis}.

Sin embargo, el mismo Núñez parece inclinado a admitir alguna forma de distinción entre los elementos de la figura delictiva cuando dice: "El tipo penal, que no es sino la figura delictiva mirada funcionalmente, no limita su función rectora a la exigencia de la adecuación del hecho real a la figura del hecho legal, sino que representa el eje alrededor del cual funcionan la antijuricidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad exigidos por la imputación jurídico penal y las formas accesorias de la tentativa y el concurso de personas y de delitos, en el sentido de que todos se entroncan en él y se refieren a él" ¹⁵.

Pero, aclara luego, en el mismo lugar, que "la función puramente descriptiva y rectora de la figura delictiva es la *única función técnica* que autoriza su consideración en un tratado de la imputación delictiva" ¹⁶, con lo que ha quedado de lado el contenido que acertadamente le asignó en 1939.

A diferencia de Soler, Núñez no da cabida alguna a la llamada figura delictiva para la distinción entre el error esencial y el error accidental (que toma como Soler y Fontán de

^{14 bis} T. I, 1959, p. 63.

¹⁵ Ib. ídem, p. 222.

¹⁶ Ib. ídem, p. 223.

Carrara § 259 y sigts.), donde introduce el concepto de hecho delictivo simple¹⁷.

Núñez permanece en el rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo cuando dice: "Tampoco resulta útil el criterio deducido de la figura delictiva cuando el error se refiere a las circunstancias que fundamentan la ilicitud del hecho"¹⁸.

Como puede verse en la primera formulación del concepto del tipo en nuestra dogmática, éste comprendería tanto a la acción y lo que le está causalmente conectado, como ciertas circunstancias que no se encuentran en relación causal con la acción, pero que condicionan la pena. En todo caso el dolo o la culpa —que sin duda son condiciones de la pena— quedan fuera del tipo que, sin embargo, "contiene la totalidad de los presupuestos de la pena"; no se admite una distinción entre tipo en sentido estricto y tipo en sentido amplio (Deliktstyp y Leitbild en el sentido de Belling, 1930) con lo que se elimina la función del tipo respecto al error; no se da cabida a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad, como consecuencia de la negación de esta distinción; y, por último, el tipo es una consecuencia del principio de legalidad y está regido por esta función política liberal (principalmente la prohibición de la analogía).

En otras palabras, el concepto de tipo en la

¹⁷ Este concepto no aparecía en *La culpabilidad en el Código Penal*, 1946, ps. 181 y siguientes.

¹⁸ *La culpabilidad*, p. 184.

dogmática penal argentina nace con una consciente separación de las ideas de Beling¹⁹.

De la llamada función política del tipo se deduce la función dogmática al incluirse entre los caracteres del delito el que “para llegar a la aplicación de una pena es necesario que el juez compruebe “la perfecta adecuación de una conducta humana a la forma de acción, de anti-juridicidad, de culpabilidad supuestas por un tipo legal”²⁰. Es evidente que, en este sentido, la adecuación a la ley no consiste en algo distinto que la correspondencia de la conducta criminal con la ley penal ya puntualizada por Binding²¹.

Esta fundamentación de la teoría del tipo penal reconoce sus antecedentes mucho más en Delitala²², que en Beling. Sin duda, que en las ideas de Núñez se percibe también la tradición de la vieja doctrina del derecho penal argentino: “*Hecho punible* —decía Rivarola^{22 bis}— es el concepto que puede comprender en su mayor generalidad, todos los hechos a los cuales la ley haya prefijado alguna pena, sin consideración de la parte que al elemento

¹⁹ Núñez insiste en *Los elementos subjetivos del tipo penal*, 1943, ps. 4, 5, 6 y 8.

²⁰ *Ib. idem*, p. 8.

²¹ *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 4.

²² *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, ps. 1930. ps. 111 y sigts., 183 y sigts. y 220 y sigts. De todos modos, Delitala mantiene la relación entre tipo, dolo y error, p. 220, que Núñez no acepta.

^{22 bis} *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires. 1910, p. 225.

moral se atribuya en la calificación del hecho o en la medida de la pena”.

La posición de Núñez fue seguida por Soler²³. En las ediciones posteriores de su *Derecho Penal Argentino*, Soler eliminó todo lo referente al origen en la dogmática alemana de la teoría del tipo²⁴.

De cualquier forma, en 1942, Soler coincidía con Núñez en la inexistencia entre nosotros de la problemática que había dado lugar al surgimiento de la teoría de Beling y afirmaba bajo el acápite “La figura como pura garantía”: “Por fortuna no tenemos en nuestro Código Penal una disposición como la de § 59 del Código alemán lleno de posibilidades interpretativas discrepantes, sino que tenemos un artículo perfectamente claro. El inc. 1º del art. 34 nos resuelve el problema del error y del dolo con una claridad meridiana, remitiéndose a la posibilidad en que el agente se encuentre, en el momento del hecho, de comprender la criminalidad del acto o de dirigir sus acciones”²⁵.

Lo que define la problemática de la teoría del tipo penal en la dogmática argentina, según Soler es lo siguiente: “Cómo debe construirse un derecho penal en el cual las prohibiciones tienen que ser expresas, y en el que todo lo no prohibido es esfera de la libertad”²⁶. Y en este sentido Soler entiende que el derecho pe-

²³ *Derecho Penal Argentino*, 1ª ed., 1940, t. II, § 44.

²⁴ *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed., 1970, t. II, § 44.

²⁵ “Análisis de la figura delictiva”, en *Rev. del Colegio de Abogados*, t. XX, nº 5, 1942, p. 650.

²⁶ *Ib. idem*, p. 645.

nal necesita que toda esa antijuridicidad y culpabilidad sean captadas a través de una figura determinada”²⁷. Este requerimiento de descripción esquemática constituiría “una forma particular propia del Derecho Penal”²⁸ destinada a la pura función de garantía.

Sin embargo, Soler, admite las llamadas condiciones objetivas de punibilidad que, a su juicio, forman parte de la figura (Deliktstypus)²⁹, agregando que “su funcionamiento es absolutamente independiente de la culpabilidad...”, “el error del sujeto sobre una condición objetiva no es un error esencial”³⁰. El esfuerzo por determinar una separación total de la problemática argentina respecto a la alemana parece caer totalmente en el olvido cuando distingue dentro de la figura delictiva elementos esenciales de los que no lo son, con el efecto de que el error sobre los primeros da lugar a un error esencial relevante, mientras sobre los restantes elementos da lugar a un error accidental no computable, y agrega entonces “no es indiferente para nosotros la distinción alemana, que debemos referir a circunstancias *esenciales y no esenciales*”³¹. De cualquier forma Soler sostiene en otra parte que la tipicidad no es “un elemento constitutivo del delito sino una cualidad que cada uno de aquéllos debe revestir”³².

²⁷ Ib. ídem, p. 646.

²⁸ Ib. ídem, p. 647.

²⁹ *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed., § 47, II.

³⁰ Ib. ídem, § 47, VII.

³¹ Ib. ídem, § 40, VI.

³² Ib. ídem, § 23, III; en ediciones anteriores, § 24 III.

También para Soler el carácter doloso o culpable de la acción (lo que él llama culpabilidad) está fuera del tipo (figura). En efecto, a su juicio —en lo que sigue expresamente a Núñez— la falta de un elemento subjetivo del tipo excluye el tipo, mientras que un error culpable no tiene semejante efecto, sino que transforma el dolo en culpa³³.

Esta línea argumental se quiebra parcialmente por Frías Caballero, quien también parte de la necesaria vinculación de tipicidad con el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”. “En efecto, dice, la exigencia dogmática de adecuación de la conducta dentro de la descripción objetiva hecha por el legislador en el tipo (tipicidad), como característica de toda acción punible, supone, como es obvio, la previa y obligatoria existencia del tipo en todos los casos”³⁴.

Frías Caballero desenvuelve la idea de que el

³³ *Análisis de la figura*, p. 659.

³⁴ “El concepto jurídico del delito y otras cuestiones”, en *La Ley*, 22-VI-45 (ahora recogido en *Temas de derecho penal*, 1970. En lo sucesivo cito las páginas de este volumen). Igual concepto puede verse en “Tipo y tipicidad en el sistema del derecho penal argentino”, en *Rev. de Der. Penal*, 1945, n° 3, p. 502, y en *El proceso ejecutivo del delito*, 2ª ed., 1956, p. 131. Hay que hacer notar que Frías Caballero usa la expresión “tipicidad” con dos significados distintos: uno para referirse a la inclusión de una conducta en la ley penal (“La tipicidad es estar una conducta descripta en la ley penal, es decir en el tipo”, *Temas*, p. 37, nota 17) y otra para referirse a la característica de una conducta adecuada a un tipo (“adecuación de la conducta dentro de la descripción objetiva hecha por el legislador en el tipo (tipicidad)”, *Temas*, p. 31; *Tipo y tipicidad*, p. 495).

tipo es una característica *propia* de la ley penal que, como se vio ya había adelantado Soler, y distingue la descripción de los tipos del derecho penal de la que pueden hacer otras ramas del derecho porque los tipos penales como consecuencia de su vinculación al principio de legalidad deben ser *exhaustivos* ³⁵.

Tampoco Frías Caballero da cabida a la culpabilidad en este tipo penal proveniente del principio de legalidad (es decir, en su concepción al carácter doloso o culposo del comportamiento): “Quiere decir —afirma— que no corresponde a estos conceptos objetivos el *aspecto subjetivo* de la conducta punible, es decir la culpabilidad” ³⁶.

Frías Caballero pone el acento en el significado meramente descriptivo del tipo ³⁷, aunque admite que el legislador al esquematizar en los tipos las distintas conductas, realiza también una función valorativa... pero ordinariamente sólo se limita a describir porque no puede hacer, por mucho que pretenda lo contrario, que las conductas descriptas caigan siempre en el terreno de lo antijurídico culpable y que las otras, las no descriptas, caigan siempre en el ámbito de lo lícito, pues aquéllas sólo según circunstancias independientes de la descripción serán unas veces antijurídicas y culpables y otras perfectamente lícitas” ³⁸.

³⁵ *Temas*, ps. 40-41; *Tipo y tipicidad*, p. 501.

³⁶ *Tipo y tipicidad*, p. 498.

³⁷ *El proceso ejecutivo*, p. 131.

³⁸ *Temas*, p. 51.

Pero Frías Caballero parece admitir la distinción de *Deliktstypus* y *Leitbild* que propugló Beling para fundamentar la teoría formal-objetiva de la tentativa ³⁹.

Fontán Balestra también parte del principio de legalidad y también piensa que la problemática alemana está definida por el contenido del § 59 del Código alemán ⁴⁰. Sin embargo, al distinguir entre el error esencial y el no esencial, atribuye al primero sólo los errores que recaen “sobre un elemento de la figura delictiva” ⁴¹ (calificaciones del sujeto activo y del sujeto pasivo: falta de condiciones exigidas para el objeto; medio típico; elementos subjetivos del tipo; referencias temporo-espaciales, § 27, I A) y excluye de la “figura delictiva” las condiciones objetivas de punibilidad de tal forma que el error sobre los mismos no es esencial ⁴².

Para Fontán Balestra, a diferencia de los autores anteriores, “la sola presencia de la «tipicidad» —estar previsto el hecho como delito— denota la antijuricidad del acto” ⁴³. “Nosotros creemos —agrega— que todo en el tipo es valorativo, inclusive los elementos objetivos” ⁴⁴. Sin embargo, la justificación, a su jui-

³⁹ *El proceso ejecutivo*, p. 139 y sigs.

⁴⁰ *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 1966, § 26, I.

⁴¹ § 41-8.

⁴² §§ 41, 13.3, y § 18, II, 4.

⁴³ §§ 26, B, III, 2. Sobre el uso de la palabra “tipicidad” ver nota 30.

⁴⁴ *Ib. idem.*

cio, no determina sin más la exclusión de la adecuación típica ⁴⁵.

Si se quiere hacer un resumen de las características de la dogmática penal argentina en torno al concepto de tipo, pueden obtenerse las siguientes conclusiones:

1. El concepto de tipo penal se deduce exclusivamente del principio de legalidad.
2. Solamente se refiere a la adecuación exterior de la conducta con las prescripciones de la ley penal, estando excluidos del concepto de tipo así elaborado, el dolo, la culpa y aun la culpabilidad.
3. Se rechaza, en principio, la vigencia en la ley argentina de la problemática en base a la cual Beling construyó la diferencia entre Leitbild y Delyktstypus.
4. Se admiten las condiciones objetivas de punibilidad, dentro de la figura delictiva (Delyktstypus) (Soler) o fuera de ella (Núñez - Fontán Balestra).
5. Se admite unánimemente que las condiciones objetivas de punibilidad no requieren ser alcanzadas por el dolo.
6. Se otorga al tipo penal una función *puramente descriptiva*, con excepción de las primeras formulaciones de Núñez y la de Fontán Balestra que, sin embargo, no es seguida coherentemente por su autor.
7. La función descriptiva del tipo se caracteriza esencialmente por ser exhaustiva.

⁴⁵ Ib. ídem.

En estas ideas que rigen las construcciones dogmáticas sobre el tipo penal hay aciertos y errores. El objetivo de este relato es someterlas a un análisis que permita aclarar las perspectivas que en el futuro deberá enfrentar nuestra dogmática.

II. *El tipo penal y el principio de legalidad.*

El concepto de tipo penal elaborado por la dogmática argentina no es idóneo para cumplir la función de garantía, que como única se le asigna, en conexión con el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional.

El contenido del principio de legalidad determina en primer término que la *totalidad* de los presupuestos de la pena deben estar especificados en la ley penal. Es decir, que todas las circunstancias que condicionan la aplicación de una pena deben estar especificadas en la ley ⁴⁶.

Sobre esta base, la dogmática alemana más reciente ha elaborado en relación al principio "nullum crimen" el concepto de *tipo-garantía*, que no es coincidente con otros conceptos de tipo ⁴⁷. Gallas define este llamado *tipo-garantía* como "el que expresa todos los presupuestos

⁴⁶ Además y como consecuencia de eso requiere la concreción en un tipo de la conducta y la prohibición de la extensión analógica. Singularmente preciso en Núñez, *El hecho*, p. 5.

⁴⁷ Lang-Hinrichsen, *Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, en JR, 1952, ps. 184-192; *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundes gericht-*

de la punibilidad”⁴⁸, en lo que coincide con la ya mencionada concepción de Núñez⁴⁹. Es evidente que entre los presupuestos de la punibilidad se encuentra sin duda el dolo, la culpa y la culpabilidad. Esto determina que un concepto de tipo penal que pretenda cumplir una función de garantía debe incluir tanto el dolo, como la culpa, la culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad. Y por ese motivo deben considerarse fracasados los intentos de nuestra dogmática que hemos analizado antes, en la medida en que excluyen del concepto de tipo (figura delictiva en la terminología de Soler) el dolo, la culpa y las condiciones objetivas de punibilidad, o sólo el dolo y la culpa (como hace Soler).

En este sentido coinciden con la inclusión del dolo y la culpa en el tipo-garantía Schön-

shofs, en JZ, 1953, ps. 262-367; Engisch, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en Fest. für Mezger, 1954, ps. 129, 131 y 132; Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, p. 107; Schönke-Schröder, *StGB Kommentar*, 14 ed., 1969, p. 20; Sauer, *Allgemeine Strafrechtlehre*, 1955, p. 63, 19ª nota; Baumann, AT, § 11, II, 1; Hellmuth Mayer, *Strafrecht*, AT, 1967, p. 35.

Otra clasificación en Mezger, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandlehre*, en NJW, ps. 2 y sigts., donde distingue el tipo de acción que contiene también el conjunto de todas las condiciones que condicionan la punibilidad de la acción (incluida la culpabilidad).

Coincide en la pluralidad de significaciones del concepto de tipo Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 32 (ZStW 67, ps. 1 y sigs.).

⁴⁸ Loc. cit., *Stratzenwerth; Strafrecht*, AT, I, 1971, p. 65.

⁴⁹ *El hecho*, p. 5.

ke-Schröder⁵⁰, Engisch⁵¹, Baumann⁵², Maurach^{52 bis}, Roxin⁵³, Schmidhäuser⁵⁴, Mezger-Blei⁵⁵, Welzel⁵⁶ y Wessels⁵⁷. Por supuesto en este punto carece de sentido una discusión sobre la aplicabilidad de la dogmática alemana al derecho argentino, pues se trata de una deducción proveniente de un mismo principio que rige en ambos ordenamientos jurídicos.

El propio Beling no dejó de tomar en cuenta este aspecto y, por supuesto, no pretendió agotar en la adecuación típica, tal como la concibió en 1906, el cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad; por ese motivo, requirió una segunda adecuación a una amenaza penal. “De esta manera, p. ej. —dice Beling— el daño culposo no es delito. Es portador de todos los elementos conceptuales que hasta aquí hemos considerado, del delito en sí (en especial se trata de una acción típica: ver StGB § 303) y, sin embargo, carece del carácter del delito, porque la ley penal § 303 no lo alcanza y no existe una ley penal acuñada con tal amplitud. Lo mismo rige para la instigación y complici-

⁵⁰ Loc. cit.

⁵¹ Loc. cit., p. 131.

⁵² Loc. cit.

⁵³ *Deutsches Strafrechts*, 3ª ed., 1965, § 19, III, b.

⁵⁴ Loc. cit.

⁵⁴ *Strafrech*, 1970, p. 156.

⁵⁵ *Strafrecht*, I, AT. 14 ed., 1970, p. 106.

⁵⁶ *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, p. 58, El concepto de tipo en sentido amplio que da Welzel debe coincidir con los requisitos del tipo garantía.

⁵⁷ *Strafrecht*, AT, 1970, p. 16, con las mismas indicaciones hechas para Welzel en cita anterior.

dad culposas, para complicidad en las contravenciones y numerosos delitos, etcétera”⁵⁸.

Roxin, en cambio, que considera que en la teoría del tipo “el criterio diferencial sistemáticamente directriz tiene que ser concretar en qué modo las exigencias del principio «nullum crimen», se realizan legislativamente”⁵⁹, también incluye en el tipo “la descripción de hechos exteriores e interiores”⁶⁰, entendiéndolo por tales, aquellos que en conjunto, p. ej., permiten comprobar a un ladrón en acción.

Es evidente que un tipo penal que aspira a ser realización del principio “nullum crimen nulla poena sine lege” debe incluir entre sus elementos el carácter doloso o culposo de la acción que describe. De lo contrario, este carácter no estaría sometido a la prohibición de la analogía, ni a la prohibición de retroactividad de la ley penal. Pues, en efecto, para que el tipo cumpla tal función de garantía debe alcanzar a todos los elementos del delito y de la ley penal que se rigen por aquel principio.

Un tipo-garantía que limitara sus alcances al aspecto exterior y objetivo del hecho, limitaría también el alcance del principio de legalidad en una forma contraria al principio mismo.

Por otra parte, ello significaría que respecto

⁵⁸ *Die Lehre von Verbrechen*, p. 47.

⁵⁹ *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970.

⁶⁰ *Ib. ídem*, p. 17. En otro lugar (ZStW 82, p. 691, en la reensión del *Strafrecht* de Wessels) reitera Roxin su idea de que el dolo tiene una doble relevancia. En lo injusto y en la culpabilidad (ver también ZStW 74, p. 557).

del carácter doloso o culposo de la acción, el *gislador* estaría relevado de la exigencia de estricta concreción que se deriva para él del principio de legalidad y la función garantizadora de la ley penal. Un delito de hurto, de estafa, o de daño podrían ser incriminados en su forma culposa. Pero, lo que el legislador no podría es referir las incriminaciones incluidas en la ley penal exclusivamente al aspecto exterior y objetivo de la acción de una manera general, pues ello convertiría esas conminaciones penales en meras cláusulas generales, contrarias al “principio de determinación de la ley penal”⁶¹. En efecto, “en la generalización yace... un peligro para la seguridad jurídica, en la medida en que ella implica una prescindencia de las diferencias objetivas que podrían dar lugar a cláusulas generales que derogarían la función de garantía de la ley penal”⁶². Es decir, que *en la misma medida en que el legislador está obligado a no dejar indefinido el carácter doloso o culposo de la acción que amenaza con pena, el jurista debe incluir el carácter doloso o culposo de la acción dentro de los aspectos que son alcanzados por el principio de legalidad.*

Por cierto que la divergencia que se apunta aquí respecto al tipo-garantía elaborado por la dogmática argentina no yace en el alcance del principio de legalidad, sino en la idoneidad del

⁶¹ Baumann, AT, § 11, II; Schmidhäuser, p. 77; Jescheck, p. 91; Maurach, § 10.

⁶² Jescheck, loc. cit.

concepto de tipo mediante el cual se trata de realizar tal principio.

La explicación de esta falta de coincidencia entre el principio del que se deduce el tipo-garantía y el concepto de tipo deducido se encuentra en la creencia equivocada de que el tipo de Beling es un tipo-garantía que agota todos los conceptos de tipo posibles.

En efecto, el concepto elaborado por Beling no es el de un tipo-garantía, sino, por el contrario, un tipo sistemático y tendiente a solucionar problemas del error. La circunstancia de que el concepto de tipicidad —*como carácter general del delito*— solamente tenga posibilidad de realización en un derecho penal que se expresa en la tipificación estricta de acciones, no indica que el tipo así deducido tienda a realizar la garantía del principio de legalidad. En otras palabras, sólo porque el derecho penal moderno es estrictamente tipificado, la *tipicidad* puede ser una característica general del delito⁶³.

Esto no varía con la precisión de la doctrina del tipo que Beling sugirió en 1930. Por el contrario, aquí se ve con toda claridad que la determinación de los elementos que componen el tipo dependen de aquellos que son objeto de conocimiento del dolo. El resultado de muerte, dice Beling, no pertenece al tipo de las lesiones

⁶³ Beling, *D. L. v. V.*, § 4, I.

seguidas de muerte, pues no requiere ser alcanzado por el dolo⁶⁴.

Por otra parte, la idea según la cual el derecho penal es la "carta magna del delincuente", que es en realidad columna vertebral de una teoría del tipo-garantía, y que es consecuencia directa del principio "nullum-crimen", pudo existir perfectamente bastante antes de que Beling hablara de la tipicidad como carácter general del delito⁶⁵, lo que demuestra que el aporte de la teoría del tipo-garantía, desde el punto de vista sistemático es muy reducido⁶⁶.

En nuestra opinión, la dogmática argentina no tuvo en cuenta estas consideraciones, y a pesar de proponer un apartamiento de Beling, tomó en realidad el concepto de éste, que por no estar orientado al tipo-garantía, podía y debía, excluir el dolo y las condiciones objetivas de punibilidad del tipo.

⁶⁴ *Die Lehre von Tatbestand*, § II, 3. Téngase presente que Beling escribe todavía en una época en que no todos requieren para el resultado calificante la concurrencia de la culpabilidad.

⁶⁵ Franz v. Liszt, *Vorträge und Aufsätze*, t. II, 1902, p. 81. (En su conferencia "Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, ps. 75 y sigts., 1893). En su famoso *Programa de Marburgo*, 1882, Liszt afirmada "como contenido de la ley penal, la delimitación de la conducta amenazada con pena, así como la medida de la misma" (*Vorträge und Aufsätze*, t. I, p. 126).

⁶⁶ Conf. Gallas, loc. cit., p. 33. En cierta medida esto fue apuntado también precisamente por Enrique Aftalión, *La escuela penal técnico jurídica*, 1952, p. 128. Su crítica, sin embargo, no toma en cuenta la insuficiencia del concepto de tipo-garantía que la dogmática tradicional argentina ha forjado.

Estas mismas críticas pueden hacerse respecto de la exclusión del contenido del tipo (garantía) de las condiciones de punibilidad que del ámbito del tipo que realizan Fontán Balestra, en forma expresa, y probablemente Núñez⁶⁷. Aquí, lo que ocurre es que, luego de definirse el tipo en función del principio de legalidad, éste resulta sacrificado por exigencias del sistema del error. Como derivado del principio de legalidad, el tipo (garantía) debe alcanzar *todos* los presupuestos de la pena; pero visto en función de la teoría del error, es decir desde el punto de vista del contenido relevante del dolo, no puede incluir las condiciones objetivas de punibilidad.

Si la dogmática quiere derivar un concepto del tipo penal del principio de legalidad, no deberá eliminar del contenido de éste ni el carácter doloso o culposo de la acción, la culpabilidad, ni las condiciones objetivas de punibilidad. Estos elementos son condiciones de la punibilidad en general.

El tipo-garantía, en definitiva, sólo podrá constituirse partiendo de la premisa elaborada por Núñez, en 1939: "todo presupuesto de la pena integra el tipo en su función de garantía". Pero habrá que reparar en que, también

⁶⁷ En su *Derecho Penal Argentino*, Núñez no es suficientemente claro, pues mientras afirma correctamente que la condic. obj. de punibilidad pertenecen al tipo (garantía) (p. 63), luego dice que éstas se tienen que referir a un eje central que está constituido por el tipo penal, y tal referencia sólo es posible en tanto este último no contenga aquéllas (p. 223).

el carácter doloso o culposo de la acción, su carácter culpable y las condiciones objetivas de punibilidad, en este sentido son presupuestos de la punibilidad, regidos indudablemente por el principio de legalidad⁶⁸.

De todos modos, es preciso aclarar que con esto no se quiere fundamentar la necesidad de que el dolo sea componente de lo injusto, en la forma en que lo sostiene la teoría finalista de la acción. La función del dolo en el ámbito de lo injusto no se deriva del principio de legalidad, sino de aquello que la acción es ontológicamente como objetivo de la prohibición⁶⁹.

III. Tipo, dolo y error

De la amplitud de contenido que necesariamente debe tener un concepto de tipo que se derive del principio "nullum crimen nulla poena sine lege" queda visto que carece de aptitud para cumplir alguna función sistemática en la teoría del delito. En tanto, la adecuación típica pertenece al ámbito de lo injusto el carácter

⁶⁸ Hellmuth Mayer, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en JZ, ps. 105-106, incluye además las condiciones de procesabilidad.

⁶⁹ Welzel, *Lehrbuch*, § 8, II; § 10, I; *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4 ed., 1961, ps. 15 y sigts.; Armin Kaufmann, *Normentheorie*, 1954, ps. 102 y sigts. Para otros autores, la presencia del dolo en el ámbito de lo injusto proviene de otros presupuestos, ver p. ej., Jescheck, *Lehrbuch*, § 24, que recurre a la teoría de los imperativos; Roxin, ZStW 74, ps. 515 y sigs.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, ps. 113 y sigts.

culpable de la acción no puede ser condición para tal adecuación ⁷⁰.

Lo mismo ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad, que no condicionan lo injusto, sino la consecuencia jurídica de la acción antijurídica y culpable. Por supuesto que, como lo dice Núñez ⁷¹, las condiciones objetivas de punibilidad estarán referidas a un tipo penal concreto, pero, es claro que su concurrencia no es determinante de la adecuación de la conducta a un tipo.

Por lo tanto, debe distinguirse entre lo que permite afirmar la adecuación típica *como elemento general del delito*: una legislación penal regida por el principio de legalidad y que concreta en esquemas firmes qué conductas son punibles ⁷², y los fundamentos en base a los que se debe determinar el contenido concreto del tipo penal ⁷³.

En este sentido y ante todo, cabe preguntarse hasta qué punto es posible afirmar que la dogmática alemana resulta inaplicable al Código Penal argentino. El argumento en que esto se ha sostenido se apoya en parte en el texto del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal. Se dice en parte, porque el art. 34, inc. 1º no afirma que sea contenido de la culpabilidad "el conocimiento de

⁷⁰ La doctrina es uniforme en distinguir entre injusto y culpabilidad. En el mismo sentido del texto expresamente: Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 109. Conj. *Strattemwerth*, p. 65.

⁷¹ *Derecho Penal Argentino*, t. I, p. 222.

⁷² Beling, *D. L. v. V.*, ps. 22 y sigts.

⁷³ Esto está implícito en la concepción de Beling (ver especialmente *D. L. v. V.*, ps. 22 y siguientes).

la criminalidad del acto" como opina Núñez ⁷⁴, sino sólo la *posibilidad* de tal conocimientos (Solter, habla, en cambio, de la posibilidad).

Si con tal argumento, lo que se quiere afirmar es que entre los elementos del tipo hay otros que no son la acción y el resultado ⁷⁵ es preciso admitir que ello es absolutamente cierto. Baste con comprobar que los elementos normativos del tipo, como "cosa ajena", "documento", "cheque", "publicación obscena", "mujer honesta", etc., son imposibles de insertar en un esquema tan reducido como el de acción, causalidad y resultado. Inclusive en los casos en que la víctima adquiere relevancia, es evidente que tampoco alcanzan a ocupar un lugar en el solo aspecto causal del tipo. Pero, esto es también rigurosamente cierto en el Código Penal alemán, y en cualquiera de los códigos europeos o latinoamericanos. Y, en verdad, no se puede entener por qué motivo en el Código Penal argentino, estas circunstancias que concurren con la acción y el resultado deberían determinar una doctrina específica del tipo penal. Baste en recordar que el propio Beling admitió tales circunstancias como elementos del tipo, sin que ello diera lugar a contradicción alguna ⁷⁶.

⁷⁴ Ver notas 14 y 22.

⁷⁵ Ver supra I, párrafo citado en nota 14.

⁷⁶ *D. L. v. V.* en las ps. 156 y sigts. y 189-190 se ocupa de los que hoy se llaman "momentos de la anti-juridicidad" (Welzel, *Lehrbuch*, p. 82); en las ps. 189 y sigts. se ocupa de elementos normativos; en las ps. 234 y sigts. de las relaciones personales; y en las ps. 242 y sigts. de las relaciones temporo-espaciales. Ver también M. E. Mayer, loc. cit., ps. 89 y sigts.

Si con aquel argumento se quiere afirmar que en el sistema argentino el dolo⁷⁷ requiere la conciencia de la antijuricidad, y ésta no es, obviamente, elemento del tipo, tampoco se encuentra dónde reside el impedimento que de ello se derivaría para el sistema del derecho argentino, pues eso mismo fue sostenido por Beling⁷⁸ y hasta ahora nunca le fue en sí mismo objetado.

Pero, lo que es realmente inexplicable es que se rechace el concepto de tipo penal de Beling por su vinculación con el § 59 del Código Penal alemán, y luego se acepte que en el derecho penal argentino rige el principio según el cual no se responde por las circunstancias del tipo que constituyen un fundamento de agravación no conocidas⁷⁹. Esto y no otra cosa es lo que

⁷⁷ Se ha aceptado en general que las expresiones "comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones" contenidas en el art. 34, inc. 1º, CP. definen el dolo. En la medida en que la posibilidad de comprender la criminalidad y dirigir las acciones de acuerdo con tal comprensión, es también necesaria en el caso del autor culposo, tales expresiones carecen de idoneidad para caracterizar el dolo (ver en detalle: Bacigalupo, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966, ps. 46 y sigts.).

⁷⁸ *D. L. v. V.* ps. y sigts., 190. Beling deduce la conciencia de la antijuricidad de la necesidad de conocer la subsunción del hecho bajo una amenaza penal.

⁷⁹ Así Soler, *Derecho Penal Argentino*, § 40, VII; Núñez, *Derecho Penal Argentino*, t. II, ps. 113-114; *La Culpabilidad*, p. 182; Fontán Balestra, *Tratado*, § 41-8. Los tres autores enuncian el principio de una manera idéntica al texto del § 59 del Código Penal alemán. Es decir, si el error recae sobre un elemento del tipo: exclusión del dolo; si recae sobre una agravante; exclusión del dolo respecto de la agravante; si el error es culpable: sanción por culpa si existe el tipo culposo en la ley.

afirma el § 59 del Código Penal alemán; y no es consecuente una interpretación que admitiendo la vigencia en la legislación argentina del mismo principio del que provendría el concepto de tipo en el Código Penal alemán, rechace una consecuencia del mismo para nuestro sistema dogmático.

Lo que se demuestra con esto, es que la adecuación típica requiere un derecho penal regido por el principio de legalidad y más aún por las consecuencias que le son inherentes: fundamentalmente la acuñación en esquemas firmes de las conductas punibles. Un derecho penal que no describiera esquemas firmes de conductas, no permitiría hablar de la adecuación típica como elemento general del delito. El propio Beling afirmó que: “tampoco en el caso en que la ley sea la única fuente —con exclusión del derecho consuetudinario y la analogía—, se deduciría directamente de ello que sólo son reconocidos en ese orden jurídico delitos típicos”⁸⁰.

Pero a la vez el tipo, en tanto descripción de la conducta prohibida determina el objeto sobre el que debe recaer el dolo. En este sentido, el tipo es a la vez un elemento necesario sistemáticamente en cualquier sistema en el que la pena requiera como presupuesto el conocimiento de ciertas circunstancias exteriores al sujeto, aunque no de todas las que la condicio-

⁸⁰ *D. L., v. V., p. 22.* La necesidad de una descripción exacta fue también vista por Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. I, 4^a ed., 1922, p. 196.

nan. En otras palabras, *el tipo es también un elemento necesario de la teoría del error* ⁸¹.

Este aspecto fundamental de la teoría del tipo penal pasó prácticamente desapercibido por nuestra dogmática, como se vio más arriba, por la creencia de que el concepto de dolo derivado del art. 34 inc. 1º C. P. in fine no encerraba los problemas que son esenciales al error, lo que es inexacto en la medida en que el error sólo sea admisible mientras recaiga sobre un elemento del tipo (de la figura, prefieren decir nuestros autores). El mismo principio que consagra el § 59 del C. P. alemán, también fue reconocido por Carrara, que, es la base indudable sobre la que se construyó la teoría del error ⁸².

Del desconocimiento de la relación necesaria de tipo, dolo y error se derivan consecuencias importantes: la circunstancia de que se haya mantenido la teoría del tipo desvinculada de la teoría del error, determina en consecuencia, contradicciones insalvables en el concepto de dolo.

Según Soler, las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo (figura delictiva) ⁸³. A su vez, el dolo, requiere "el conocimiento de los hechos presentes que corres-

⁸¹ Sin perjuicio de que ello pueda reflejar también en la distinción entre tentativa inidónea, delito putativo y delito consumado (ver Roxin, *Offene Tatbestände*, ps. 158 y sigts.).

⁸² *Programa del Corso di Diritto Criminale*, 9ª ed., 1902, § 261.

⁸³ *Derecho Penal Argentino*, § 47, III.

ponden a elementos constitutivos de la figura penal”⁸⁴, con lo que también debe alcanzar a las condiciones objetivas de punibilidad. Pero, resulta luego, que el error que recae sobre “circunstancias objetivas”⁸⁵ de punibilidad, no es un error esencial⁸⁶. Es aquí, donde Soler señala que no todos los elementos de la figura son esenciales, sino sólo aquellos que integran el Tatbestand⁸⁷. De esta manera, el conocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad es un elemento esencial del dolo, pero, la falta de este elemento esencial del dolo no determina su exclusión (!). Según esto, sería posible aplicar una pena por delito doloso a pesar de no darse el dolo.

De orden inverso son las contradicciones en que incurre Fontán Balestra también como consecuencia de no vincular el dolo, el error y el tipo. En efecto, como hemos visto, Fontán Balestra, excluye del ámbito del tipo las condiciones objetivas de punibilidad, con lo que elimina contradicciones desde el punto de vista del error, pero en cambio las genera con relación a su propio punto de partida (el principio de legalidad). A la vez, el concepto de dolo se limita al conocimiento de lo injusto, del mo-

⁸⁴ Ib. ídem, § 42, XII.

⁸⁵ Debe entenderse “condiciones objetivas de punibilidad” porque el error sólo puede recaer sobre “circunstancias objetivas”. No existe error sobre circunstancias subjetivas”.

⁸⁶ *Derecho Penal Argentino*, § 40, VI.

⁸⁷ En alemán en el original.

vimiento corporal y de la relación causal⁸⁸. De esta forma se excluye del dolo el conocimiento de elementos descriptivos no vinculados causalmente con el hecho, como la calidad de cosa mueble en el hurto, las referencias al lugar, como las “estaciones” (art. 163 inc. 5º C. P.), los elementos normativos, como valor científico, artístico, cultural, etc., de la cosa (art. 184 inc. 1º C. P.). No obstante ello, el error esencial elimina el dolo y, cuando es inculpable, toda forma de culpabilidad (psicológica)⁸⁹. La incongruencia se produce, entonces al afirmar Fontán Balestra que el error esencial “es el que recae sobre un elemento de la figura delictiva”⁹⁰. De esta forma la contradicción es inversa a la de Soler; el dolo puede resultar excluido por falta del conocimiento de elementos (error) cuyo conocimiento —sin embargo— no es esencial para el dolo (!).

Núñez prescinde igualmente de una conexión sistemática entre el tipo, el dolo y el error, pero al limitar el conocimiento exigido para el

⁸⁸ *Tratado*, § 38, 9 A. En el § 38, 5, se agrega el dominio del hecho como elemento del dolo que se derivaría del conocimiento de la relación causal. No es posible ocuparse aquí de todas las implicancias que esto tiene; baste con objetar que el dominio del hecho exige más que el mero conocimiento. Un cómplice, puede conocer perfectamente la relación causal del acto del autor respecto al resultado y, sin embargo, no tiene, por definición, el dominio del hecho. ¿Cómo construir el dolo del cómplice que, repetimos, no tiene el dominio del hecho?

⁸⁹ *Ib. idem*, § 41, 10; Fontán Balestra admite elementos de esta naturaleza como componentes del tipo en el § 27, I, A.

⁹⁰ *Ib. idem*, § 41, 8.

dolo frente a las condiciones objetivas de punibilidad sin requerir en general el conocimiento de los elementos de la figura⁹¹, sino sólo de algunos elementos de ésta, evita contradicciones como las apuntadas anteriormente. Sin embargo, sus soluciones, respecto al error llamado esencial, se tornan imprecisas, más que por otros motivos por la introducción de conceptos como “hecho delictivo simple”, que no se sabe si coincide o no con “figura delictiva” que había utilizado para definir el contenido del dolo⁹².

Otra contradicción a que lleva esta desconexión entre tipo, dolo y error está dada por la solución que se da a las eximentes putativas. En efecto, es común admitir que la suposición errónea de una circunstancia que de concurrir justificaría el hecho, excluye el dolo⁹³.

En el caso de Soler, la solución es contradictoria porque al definir el conocimiento del dolo se ha referido a la figura delictiva, y ésta —de acuerdo con su propio concepto— no comprende la *ausencia* de circunstancias justificantes. Por lo tanto, quien mata —aunque sea creyen-

⁹¹ *Derecho Penal Argentino*, t. II, p. 50.

⁹² *Ib.* ídem, ps. 113 y sigts. Más claro que en la obra que acabo de citar en *La Culpabilidad*, p. 124, donde refiere el dolo a la “figura delictiva”, explicando sólo los elementos excluidos. Pero allí es demasiado amplio al excluir de ese conocimiento “aquellos elementos de la figura que no forman parte del proceso ejecutivo del delito o de su resultado”, pues si esto quiere significar proceso causal y resultado, le son aplicables las mismas críticas que se han hecho a Fontán Balestra.

⁹³ Soler, § 40, VIII; Núñez, *Derecho Penal Argentino*, t. II, p. 114; Fontán Balestra, § 41, 13.

do que lo hace en legítima defensa— conoce “todos los hechos presentes que corresponden a elementos constitutivos de la figura delictiva”. Si su conocimiento está completo en ese sentido y ese conocimiento es todo cuanto exige el dolo, ¿por qué faltará el dolo? Es evidente que cabría responder que tal acto tiene completo el conocimiento respecto a los elementos del tipo, pero que en realidad faltaría en él el conocimiento de la antijuricidad, porque las eximentes putativas constituyen un caso de error sobre la antijuricidad⁹⁴. Pero Soler no puede dar tal respuesta por dos razones: 1) porque el error sobre la antijuricidad en el Código argentino no admite ser regido por el art. 34 inc. 1º; y 2) porque define la conciencia de la antijuricidad (conciencia de la criminalidad del acto) como la “representación y voluntad de causación o producción” del resultado⁹⁵, que no es sino la voluntad del resultado, y que, por supuesto, lo tiene tanto el que obra en error sobre una circunstancia justificante como el que obra sin error. Similar es el problema que se le plantea a Fontán Balestra. En

⁹⁴ Desde mi punto de vista esto sería correcto (conf. Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VI, nº 1828), pero la falta de conciencia de la antijuricidad no excluye el dolo, aunque es un elemento del delito (ver mi artículo “El sistema del error sobre la antijuricidad en el Código Penal”, en *NPP*, Nº 1-71). De todos modos, la dogmática argentina estima estos casos como errores de “hecho” siguiendo a la dogmática italiana (ver Delitala, loc. cit., p. 221).

⁹⁵ Soler, § 42, XII. Es evidente que tal concepto tiene muy poco que ver con la conciencia de la antijuricidad.

efecto, según él, “el autor ve, sin error que es *un hecho* con todas las características de una acción típica: v. g. muerte de un ser humano; pero, además, aprecia con error circunstancias que le hacen creer que el hecho es considerado lícito”, lo que es objetivamente exacto⁹⁶. Es evidente que Fontán Balestra no considera que en estos casos se dé un error sobre la antijuricidad, pues de ser así, los hubiera tratado bajo el capítulo correspondiente. De manera que se trata de un error que, sin recaer “sobre un elemento de la figura delictiva”, también excluye el dolo (que es para Fontán como para Soler, toda la culpabilidad dolosa). Es decir termina aceptando un error “no esencial” que también excluye el dolo (!).

La misma posición es seguida por Núñez. Las eximentes putativas son el único caso de error que él relaciona a la “figura delictiva”. En esta hipótesis el error recae, según Núñez en “situaciones extrañas a la figura”⁹⁷. Siendo así, cabe hacerle la misma crítica que a Soler, pues, el conocimiento exigido para el dolo⁹⁸ está completo, según su propia concepción del dolo, pero sin embargo el dolo aparece excluido por error.

La relación entre tipo, dolo y error fue vista con precisión por Beling: “dolo = un dolo adecuado al tipo de delito objetivo existente”... “al dolo pertenecen acumulativamente la con-

⁹⁶ § 41, 13.

⁹⁷ *Derecho Penal Argentino*, t. II, p. 114.

⁹⁸ *Ib. idem*, ps. 50-52.

ciencia de la antijuricidad y la conciencia del tipo en cuestión”⁹⁹. En otro lugar dice: “Así como es posible objetivamente que una acción sea adecuada a un tipo, pero no antijurídica, es posible también desde el punto de vista subjetivo que el autor tenga conciencia de la tipicidad, pero no de la antijuricidad”... “al lado del error relevante para el tipo se encuentra, con la misma significación para el dolo, el error relevante sobre la antijuricidad”¹⁰⁰.

IV. *El tipo del error*

Hemos pretendido demostrar que la desvinculación de la función del tipo respecto del dolo y el error, ha conducido a imprecisiones graves en lo que respecta a la congruencia entre lo objetivo y lo subjetivo de la acción.

Nos importa ahora demostrar de qué manera debería fundamentarse una teoría del tipo capaz de cumplir una función en el ámbito del error.

El Código Penal argentino de 1921, se refiere en su art. 34 inc. 1º al “error o ignorancia de hecho no imputable”. En general se ha entendido que este texto significa la afiliación expresa de la ley a la doctrina que distingue entre error de derecho y error de hecho y que “nuestra ley se refiere únicamente a este último, para acordarle poder excusante”¹⁰¹.

⁹⁹ *D. L. v. V.*, p. 191.

¹⁰⁰ *D. L. v. V.*, p. 327.

¹⁰¹ Soler, § 40, III.

Por cierto, que esta afirmación, en realidad no ha sido por regla respetada, y no sólo en lo que se refiere a acordarle valor excusante al error sobre la antijuricidad¹⁰². Sino que, en todo caso, el error de hecho nunca fue entendido como error puramente fáctico, que es lo realmente pretendido por la distinción del error de hecho (excusante) y de derecho (irrelevante). Esto es claro ya en la argumentación que el mismo Soler desarrolla en rechazo de la teoría que asimilaba el error de derecho extra-penal, el error de hecho, pues, se inclina, en reemplazo de ella, "a distinguir el error de derecho según cayera o no sobre elementos de la figura, en cuyo caso es evidente que de él deriva impunidad tanto si se trata de un error de derecho penal como de un error de derecho no penal"¹⁰³. Dejando de lado, lo que se refiera al error sobre la antijuricidad, que sin duda se incluye en esta afirmación, se desprende de aquí que el objeto del conocimiento y la voluntad del dolo no sólo se refiere a objetos fácticos, sino que puede también vincularse a otros, de naturaleza normativa (inclusive jurídica, como "documento", "ajena", etcétera)¹⁰⁴.

Si esto es así, es evidente que a partir del

¹⁰² Soler ha incluido ahora, entre los errores esenciales, el error sobre la antijuricidad, § 40, VI, 4ª ed., 1970, que no figuraba en las anteriores. También, pero con poca decisión, Fontán Balestra.

¹⁰³ "Culpabilidad real y culpabilidad presunta", en *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, 1964, N° 12, p. 316.

¹⁰⁴ La jurisprudencia también ha dado cabida en forma indiscutida al error sobre los elementos normativos.

momento en que se admite que el error puede recaer sobre objetos que no son perceptibles mediante los sentidos (fácticos), la fórmula del "error facti-error iuris" ha sido abandonada, y mantener sus efectos carece de sentido.

El problema que de aquí se deriva es el de determinar, cómo debe entenderse "hecho" fuera del contexto de la vieja fórmula romana "error facti-error iuris". Es decir cuáles son las circunstancias de "hecho" que pueden ser objeto de error relevante.

1. La primera cuestión que aquí podría plantearse es la siguiente: sería falso derivar del art. 34 inc. 1º C. P. el concepto de tipo como objeto del dolo porque dogmáticamente se ha admitido que en el C. P. el dolo está definido fuera de la prescripción que se refiere al error, y precisamente se lo encuentra en las expresiones "comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones".

Tal objeción no podría sin embargo prosperar por diversas razones:

a) En primer lugar, si se invierte el error, en la misma forma en que a contrario se deduce la antijuricidad de las causas de justificación, se obtendrá como exigencia positiva para el concepto de delito la exigencia de conocimiento y voluntad referido actualmente a ciertas circunstancias.

Es evidente, entonces, que si también la antijuricidad y la culpabilidad son consecuencia de la inversión de las causas de justificación y de las causas de culpabilidad en conceptos positivos, la inversión respecto del error tiene

que tener algún significado: El conocimiento y la voluntad, son precisamente los elementos del dolo.

b) Que el dolo requiere conocimiento y voluntad actuales no ha sido puesto en duda en ningún momento. Esta cuestión —por lo tanto— no requiere discusión alguna. En este sentido afirma Soler: “Si la ley requiere esas dos capacidades para considerar punible, en principio, a un sujeto, la culpabilidad dolosa estará constituida por cualquier forma que asuma la “*actualización de las capacidades*”¹⁰⁵.

Sin embargo, la actualización de la “capacidad” o “posibilidad” (no haya “podido” dice la ley) no significará nunca otra cosa que en el caso concreto se tuvo la *posibilidad real*, pero nunca que la “posibilidad de conocer” se ha convertido en “conocimiento”.

Si la dogmática argentina exige para el dolo el *conocimiento* y en ningún caso solamente la *posibilidad de conocer*, es claro que tal concepto de dolo no se deriva del art. 34 inc. 1º in fine¹⁰⁶.

De esta manera, queda visto que en realidad el concepto de dolo es una creación que se impone a ley pero que no se deduce del art. 34 inc. 1º in fine.

Esto resulta confirmado por lo siguiente:

¹⁰⁵ § 42, VIII, Subrayado en el original. Ver Nicolai Hartmann, *Möglichkeit und Wirklichkeit*, 3ª ed., 1966, p. 50: “La reducción de lo efectivo a la capacidad, no es sino la reducción de la realidad a la posibilidad”.

¹⁰⁶ Ib. ídem. Ver mi crítica concepción de Soler de anteriores ediciones en *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966, ps. 46 y siguientes.

dado que el art. 34 inc. 1º in fine se refiere a la capacidad de culpabilidad, y ésta es común al dolo y a la culpa, es preciso introducir en el texto de la ley una expresión, que obviamente no se deduce de él, para poder definir el dolo con esas expresiones. Por tal motivo Soler explica que en el dolo las acciones deben dirigirse “al resultado”¹⁰⁷.

Pero con esto, las mismas palabras, en el mismo contexto significan, entonces, cosas distintas y opuestas: tanto dirigir las acciones al resultado (dolo), como *no* dirigir las al resultado (culpa). La contradicción salta a la vista.

c) Soler procura fundando el concepto de dolo en el art. 34 inc. 1º in fine, dar una base cierta al dolo eventual. Pero un concepto de dolo eventual que se deduzca de la “posibilidad de comprender la criminalidad del acto”, (que no podría entenderse sino como conciencia de la antijuricidad), tampoco podría distinguirse adecuadamente de la culpa pues también es posible que quien obra con culpa, lo haga con conciencia *actual* de la antijuricidad. Así ocurre en la culpa llamada consciente, donde el autor, obra con conciencia de la lesión del cuidado exigido. Esta lesión del cuidado exigido, es fundamento de la antijuricidad en el delito culposo¹⁰⁸. Es decir que, la referencia al

¹⁰⁷ Ib. ídem.

¹⁰⁸ Conf. Welzel, *Lehrbuch*, §§ 22-25 y en el relato presentado a estas jornadas; Armin Kaufmann, “Das fahrlässige Delikt”, en *Z für Rechtsvergleichung*, 1964, ps. 41 y sigts.; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 337, aunque con el agregado del resultado entre los elementos de lo injusto en la culpa; Wessels, *Strafrecht*, AT, 1970, p. 107.

que “ha tenido la conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello ha obrado”¹⁰⁹, incluye necesariamente a quienes actúan con culpa consciente. En la culpa consciente, la representación del resultado lesivo del bien jurídico, si se quiere admitir éste como elemento de lo injusto, implica ya la representación de la lesión del bien jurídico.

d) De estos argumentos se desprende que las palabras de la ley —al menos las elegidas para fundar el concepto de dolo en el art. 34 inc. 1º in fine C. P.— no resuelven el problema en la forma que se pretende. La búsqueda de una fundamentación del dolo eventual en la conciencia actual de la antijuricidad está destinada a fracasar, porque ésta se da también en ciertas formas de culpa y por sí sola no implica “querer el resultado”.

e) Lo único que el texto legal indica es que la posibilidad de la conciencia de la antijuricidad y la posibilidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión, son los elementos que constituyen la capacidad para obrar de acuerdo a derecho¹¹⁰ y que esta capacidad es un presupuesto para la aplicación de una pena. Un concepto de dolo integrado por la conciencia de la

¹⁰⁹ Soler, § 42, VIII.

¹¹⁰ Conf. con referencia al texto del § 51 del Código Penal alemán —de texto similar al art. 34, inc. 1º, Código Penal argentino—, Armin Kaufmann, *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, en Fest. für Eberhardt Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, ps. 19 y sigts. (p. 321). También del mismo: *Lebendiges und Totes in Bindigs Normentheorie*, 1954, ps. 160 y sigts.

antijuricidad, no resulta por lo tanto un “producto de la ley” sino una imposición a la ley.

2. Una segunda objeción que podría preverse proviene de que el dolo debe integrarse por la conciencia (actual) de la antijuricidad, de tal forma que, si el tipo fuera objeto del dolo tendría que alcanzar también la ausencia de las circunstancias justificantes.

En efecto, el dolo tendría que alcanzar *en el tipo*, a la vez, la antijuricidad del hecho. Es decir, que el tipo estaría compuesto no sólo por los elementos positivos que caracterizan lo injusto, sino también por elementos negativos. No sólo la conducta lesiva del bien jurídico, sino también la ausencia de circunstancias justificantes serían elementos del tipo (teoría de los elementos negativos del tipo) ¹¹¹.

Según se ha visto, tal solución respecto de la teoría del tipo, nunca ha sido admitida entre nosotros, porque, se ha considerado en el caso

¹¹¹ Ver Schönke-Schröder, StGB Kommentar, 14 ed., 1969, ps. 11-12; en contra Mezger, *Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 179; Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 132; V. Weber, *Negative Tatbestandmerkmale*, en Fest. für Mezger, 1954, p. 183; Arthur Kaufmann, en *Schuld und Strafe*, ps. 102 y sigts. y 122 y sigts. Críticamente: Hirsch, *Die lehre von dem negativem Tatbestandmerkmale*; Schmidhäuser, 8-9; 9-8; Gallas, loc. cit., p. 35; Jescheck, ps. 170 y sigts.; Armin Kaufmann, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, en JZ, 1955, 37, y en Normentheorie, ps. 239 y sigts. La teoría fue fundada por Adolf Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1ª ed., 1889, p. 82, y desarrollada luego por Frank, ZStW 14, ps. 363 y sigts. StGB, Kommentar, 1ª ed., 1897, § 59, II, 2. *Ueber den Aufbau des Schuld-begriffis*, separata del F. für juristische Fakultät der Universität Giessen, 1907, ps. 15 y sigts.

de las eximentes putativas como un error sobre "elementos extraños a la figura"¹¹², pero regido por el art. 34 inc. 1º C. P. (error o ignorancia de hecho).

En este sentido, se defiende entre nosotros una teoría respecto de la conciencia de la antijuricidad (la llamada teoría del dolo), que sin embargo no se siente obligada a reflejarse en el concepto de tipo, ni determinada por él, aunque en los hechos, conduce a idénticas soluciones que la teoría de los elementos negativos del tipo: sea que el error verse sobre un elemento positivo del tipo, o sobre un elemento negativo del mismo, se excluirá el dolo.

La cuestión que se plantea de inmediato, es la de saber si con la concepción corriente de dolo integrado por la conciencia de la antijuricidad, que —como se vio— se defiende entre nosotros, habrá que admitir la teoría de los elementos negativos del tipo, como consecuencia de la relación que pretendemos asignar a los conceptos de dolo y tipo.

La respuesta dependerá —entre otras cosas— de la corrección que tenga el concepto de dolo que comúnmente es aceptado, y para el que se invoca el art. 34 inc. 1º in fine, respecto de la conciencia de la antijuricidad.

a) La no pertenencia de la conciencia de la antijuricidad al concepto de dolo, por cuanto éste requeriría una conciencia actual de la antijuricidad en el momento del hecho (lo que el autor raramente tiene), y la inaceptabilidad

¹¹² Núñez, t. II, p. 114.

de los principios en que se funda el concepto de culpabilidad de la teoría del dolo, ha sido demostrado por Welzel y a él cabe remitirse en general ¹¹³.

b) Lo que aquí nos importa es demostrar que tal solución es rechazada expresamente por el Código argentino.

En efecto, debe aceptarse que en el caso de un autor que obra en estado de emoción violenta, la conciencia de la antijuricidad falta completamente ¹¹⁴. Esto sin perjuicio de que —en general— “una representación actual de lo jurídico y lo antijurídico de la conducta en el momento del suceso pertenece a las grandes rarezas” ¹¹⁵.

Por lo tanto, en el caso del art. 81 inc. 1º C. P. admite expresamente que el autor ha obrado en estado de emoción violenta, pero a la vez en forma dolosa. Precisamente porque se trata de un homicidio doloso, es que la pena es sensiblemente mayor que la del homicidio culposo del art. 84 C. P. ¹¹⁶. Aceptar otra interpretación sería establecer para el delito culposo de homicidio, la *agravante* de emoción violenta (!). El Código Penal no puede exigir

¹¹³ *Lehrbuch*, ps. 150 y sigts. (en la traducción de Bustos y Yáñez, ps. 221 y sigts.); *Das neue Bild*, 4ª ed., 1961, ps. 63 y sigts. (en la traducción de Cerezo Mir, Barcelona, 1964, ps. 105 y sigts.).

¹¹⁴ Conf. Welzel, *Lehrbuch*, p. 159.

¹¹⁵ Boor, *Ueber motivisch unklare Delitte*, 1959, p. 197 (citado por Welzel, *Lehrbuch*, p. 160).

¹¹⁶ Es poco claro al respecto Peña Guzmán, *El delito de homicidio emocional*, 1969, ps. 107 y 108, aunque en la p. 81 explica que el homicidio emocional requiere todos los elementos del art. 79 del Código Penal.

en este caso el conocimiento actual de la anti-juricidad, por que ella *no puede* darse en el autor emocional, y sin embargo mantiene el carácter doloso del acto.

c) Este artículo podría ser calificado, por supuesto, de excepción. Claro que ello obligaría a explicar cómo es posible la existencia de un tipo que no es doloso ni culposo, ni tampoco una mezcla de ambos.

Pero, sin embargo, no se trata de una disposición aislada, porque puede comprobarse de inmediato que el C. P. argentino, no solamente se refiere al error en el art. 34 inc. 1º sino que lo hace también en el art. 35 C. P. Este artículo, en efecto, toma en cuenta los casos de exceso sobre los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, manteniendo para ellos la punibilidad, aunque atenuada. La dogmática ha entendido en general, que la atenuación que dispone este artículo refiriéndose a la pena del delito culposo significa que el exceso es una forma de auténtica culpa¹¹⁷. Sin embargo, tal caracterización de la atenuación del art. 35 C. P. es evidentemente impropia, en la medida en que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quiere. Por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin

¹¹⁷ Con excepción de Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VI, Nº 1828, que hace la caracterización correcta, y Núñez en 1935; esta opinión es abandonada en el Derecho Penal argentino.

quererlo; lo que el autor hace cuando se excede coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató; *la creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia.*

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.

En efecto, *la necesidad* de la lesión típica provocada por el ejercicio de una causa de justificación es el principio básico y esencial que estructura las causas de justificación. Sólo habrá justificación hasta donde sea necesaria la acción para alcanzar el fin aprobado ¹¹⁸.

De esta manera queda demostrado, que el error sobre la antijuricidad, contenido en el art. 35 C. P., no excluye el dolo, pero a la vez

¹¹⁸ Armin Kaufmann, *Normentheorie*, ps. 253 y 254.

que el dolo no requiere la conciencia de la antijuricidad, pues si fuera de otra manera el art. 35 C. P. debería disponer lisa y llanamente la exclusión de la pena, como hace el art. 34 inc. 1º C. P.

Por cierto, que la conciencia de la antijuricidad es un elemento del delito, *pero no un elemento del dolo*. El art. 34 inc. 1º, al requerir la “posibilidad de la comprensión de la criminalidad”, establece solamente que esa posibilidad es un presupuesto para la aplicación de una pena, pero, no indica que la comprensión efectiva sea un elemento del dolo, es decir no determina su posición sistemática.

Mientras el error del art. 34 inc. 1º C. P. excluye el dolo, el error sobre la prohibición del art. 35 sólo atenúa la pena. Si está previsto el delito como culposo, la escala penal de éste determinará la atenuación. Si no lo está, será arbitrada por el juez, disminuyendo la escala penal del delito doloso de un tercio a la mitad (arts. 44 y 46 C. P.).

Por supuesto, que el art. 35 C. P. sólo se refiere a errores *vencibles* sobre la antijuricidad, pues los *errores invencibles*, excluyen totalmente la culpabilidad en tanto eliminan en forma absoluta la posibilidad de comprender la antijuricidad del acto, y en este caso su responsabilidad queda eliminada por que el autor *no pudo* comportarse de otro modo. En el error vencible, en cambio, el autor tuvo a su alcance comportarse de acuerdo a derecho.

Bajo estos presupuestos, queda al descubierto que las eximentes putativas, no son sino un

caso del exceso ¹¹⁹. En efecto, en ellas el error del autor versa sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación: el autor cree que se encuentra en una situación de necesidad, pero objetivamente tal situación de necesidad no se da. Supóngase —para dar un ejemplo tomado por Soler— el caso de quien ignora que tienen pan de su propiedad en su casa, y para evitar morir de hambre roba un pan a su vecino. El autor supuso en este caso una situación de necesidad inexistente. *Por causa de la inexistencia de esta situación, su acción, no resulta necesaria en el sentido que lo requiere la justificante* del art. 34, inc. 3º C. P.

Si el Código regula de esta manera el error sobre la antijuricidad que provenga de un error sobre los límites de una causa de justificación o de la suposición errónea de una circunstancia justificante, es evidente que no puede haber otra solución cuando el error sobre la antijuricidad provenga del desconocimiento de la incriminación del hecho en la ley (error de prohibición abstracto o directo según la terminología de Maurach o de Jescheck respectivamente). No existiría ninguna razón para dar a esta especie del error un tratamiento distinto ¹²⁰.

¹¹⁹ Conf. Jiménez de Asúa, t. VI, Nº 1828; Wezel, *Das Neue Bild*, p. 70 y *Lehrbuch*, p. 168; Maurach, p. 404; Jescheck, p. 305, aunque proponiendo una atenuación adicional.

¹²⁰ La posición de Soler, no reconoce efecto excusante a esta clase de error (que es la única hipótesis de error de prohibición que reconoce), es muy cercana a la de

Así ha quedado demostrado que en el sistema del Código Penal, la conciencia de la antijuricidad, no es un elemento del dolo, aunque la *posibilidad* de conocer lo injusto del hecho es un elemento de la culpabilidad (art. 34, inc. 1º in fine).

Por lo tanto, afirmar que el tipo penal y que solamente él es el objeto sobre el que debe recaer el dolo, no implica a la vez que el concepto de tipo se integre con las circunstancias objetivas que fundamentan una causa de justificación (elementos negativos del tipo).

Queda visto de esta manera, que el Código argentino se rige por los principios de la llamada teoría estricta de la culpabilidad.

Contra la demostración que hemos realizado no podrán levantarse con eficacia las objeciones que han formulado Fontán Balestra y Núñez a la teoría de la culpabilidad en general.

El primero insiste en que ésta es otra de las teorías que se han visto necesitados de elaborar los juristas alemanes que padecen las torturas impuestas por un código imperfecto, por cuyo motivo no se aplicarían al Código penal argentino¹²¹, para el cual, “el error de derecho —que es nuestro problema— no tiene

los autores que reemplazan la conciencia de la antijuricidad por la “ceguera jurídica” cuando el sentimiento jurídico del autor es incompatible con el orden jurídico (así Mezger, en *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 44). Esta solución es lesiva del principio de culpabilidad (conf. Schröder, *Tatbestands- und Verboisirtum*, en MDR, 7-1951, p. 390).

¹²¹ § 41.

otra puerta de entrada que la falta de conciencia de la criminalidad del acto requerida por el art. 34, inc. 1º como contenido del dolo”¹²².

Basta aquí con citar las palabras de Armin Kaufmann, tal vez uno de los representantes más radicales de la llamada teoría estricta de la culpabilidad, para demostrar que —en todo caso— sólo en parte tal teoría está determinada por la ley: “Hay sabemos —y por lo demás estamos casi completamente de acuerdo en ello— bajo qué presupuestos, con la existencia de qué fenómenos puede hacerse un reproche de culpabilidad y cuándo podemos decir que un hombre debe responder por su conducta porque hubiera podido comportarse de otra manera, a saber, de acuerdo a la norma. Este conocimiento es sólo en parte un producto directo de la ciencia del derecho penal. Lo esencial, proviene de lo empírico: de la psicología, psicología animal, de la psiquiatría o de la antropología”¹²³. El argumento de Fontán Balestra queda así totalmente rechazado en su primer tramo.

En cuanto a que el art. 34 inc. 1º in fine determinaría que el dolo estaría integrado por la conciencia de la antijuricidad, ya hemos visto que, desde un punto de vista gramatical ello no es así. Ahora podemos agregar: ¿Cómo es posible que cuando objetivamente la psicología y la psiquiatría indican que una conciencia

¹²² Ib. ídem.

¹²³ *Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts*, p. 155.

de la antijuricidad actual es una rareza, un legislador por el solo hecho de valorar un determinado proceso pueda también modificarlo?

Núñez, por su parte, no encuentra “qué razón autorizaría a que, frente a la responsabilidad penal, el derecho constitutivo del tipo penal deba ser conocido de manera efectiva y actual por el autor, en tanto que para el derecho como precepto penal, vale decir, como derecho aplicable al caso para reprimirlo, no regiría la misma regla”¹²⁴. La respuesta es muy sencilla. Quien obra con error respecto de las *circunstancias* que pertenecen al tipo penal *NO SABE LO QUE HACE* (cree disparar sobre un árbol pero lo hace sobre un hombre que en la oscuridad parecía un árbol); mientras que, quien conoce todas las *circunstancias* del tipo legal, pero cree que su obrar está permitido, *SABE LO QUE HACE*, aunque pueda errar sobre el significado de lo que hace. Es objetivamente distinto ignorar que lo que se mata es un hombre, que saber que es una persona, aunque se crea que se obra dentro del límite de lo permitido¹²⁵. Como explica Welzel, en el segundo caso, “el sentido social del suceso típico permanece totalmente; el hecho sigue siendo un aborto —una lamentable intervención

¹²⁴ *Derecho Penal Argentino*, t. II, p 105. Debe rectificarse la afirmación de Núñez, respecto a que la teoría de la culpabilidad exige un “conocimiento efectivo y actual” de la conciencia de la antijuricidad. Ello no es así.

¹²⁵ Conf. Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, p. 107. En general, coincidentemente el BGHSt, en su sentencia del 18-III-52 (t. 2, ps. 194 y sigts.).

en un proceso vital—, y no se convierte en un suceso meramente material, valorativamente neutro, indiferente con respecto a si tal intervención es necesaria desde puntos de vista de alto rango o no”¹²⁶. En otras palabras, y para repetir un buen ejemplo: matar a un hombre en legítima defensa, es algo distinto que matar una mosca; no es jurídicamente indiferente.

Una tercera objeción podría deducirse de estas mismas conclusiones: el tipo no podría ser el objeto del dolo porque, si éste no requiere la conciencia de lo injusto, ocurre en cambio, que hay tipos que encierran elementos de la antijuricidad.

El propio Beling ya había reconocido que “existen tipos que encierran en sí un elemento individual de la antijuricidad”¹²⁷. Por lo tanto, en la medida en que los elementos de la antijuricidad fueran elementos del tipo en ciertos delitos, el dolo debería alcanzarlos y en consecuencia estaría compuesto también por la conciencia de la antijuricidad.

Por ejemplo, el art. 238 C. P. (similar al § 113, 1 del Cód. Penal alemán) reprime la resistencia a la autoridad que obre en el *legítimo ejercicio de sus funciones*. Si el obrar de acuerdo a derecho de la autoridad, es un elemento del tipo, el autor tendría que saber —para que su actuar fuera doloso— que se resiste a un funcionario que obra legítimamente. Si el

¹²⁶ *Vom Bleibenden und vom Verganglichen in der Strafrechtswissenschaft*, 1964, p. 13.

¹²⁷ *L. D. v. V.*, ps. 156 y sigts.

autor cree erróneamente que el funcionario carece de atribuciones en el caso concreto, es decir que obra ilegítimamente, y por eso que su resistencia no es contraria a derecho, nos encontraríamos frente a un error sobre un elemento del tipo (legitimidad del obrar del funcionario) que, consecuentemente, debería excluir el dolo a pesar de ser un error de prohibición ¹²⁸.

Estos ejemplos podrían multiplicarse. Entre ellos cabe contar también la “contrariedad a la constitución o a las leyes de las órdenes dictadas” del art. 248; el “violación de las medidas impuestas por la autoridad” de los arts. 205 y 206; “ilegalmente” del art. 141; “indebidamente” del art. 143 incs. 2º y 3º; “lo obligatorio para el sujeto pasivo” en el art. 149 bis (1er. párrafo); la “injusticia” de la amenaza en el 2º párrafo del mismo artículo; “el cuidado objetivo exigido en el tráfico” en los delitos culposos (arts. 84, 94, etc.); el deber de garantía en los delitos impropios de omisión, y otros de igual contenido. Todos estos elementos pueden designarse como “especiales elementos de la antijuricidad”.

Entre los elementos especiales de la antijuricidad y por lo tanto ajenos al tipo, revistan

¹²⁸ Coincidiendo con esta tesis, la Sala III de la CCC absolvió en su sentencia del 10-10-69 (“Castro, S.”, en J. P. de B. A., Nº 21, p. 128) por aprobación del art. 34, inc. 1º, pues la procesada entendió que el obrar de la autoridad no era legítimo. En J. A., 1970-8, p. 173, el mismo tribunal insiste en considerar un elemento del tipo de desobediencia la legitimidad de la orden. Soler, *Derecho Penal Argentino*, t. V, § 137, VI, coincide con este criterio; Núñez sostiene un criterio similar respecto al art. 173, inc. 2º (*Derecho Penal Argentino*, t. V, p. 380).

también los elementos de la autoría, principalmente en los delitos especiales propios, en los que las circunstancias que fundamentan la calidad de autor corresponde al deber jurídico, dado que su existencia determina la concreción de la norma en deber para el sujeto concretamente obligado por ella, y en consecuencia, el error que recaiga sobre tales elementos será siempre un error de prohibición ¹²⁹.

En muchos de estos casos se dan razones político-criminales que aconsejan que el dolo no se refiera a estos elementos. Por eso, en gran parte, los partidarios de la teoría del dolo, se inclinaron a considerarlos (por lo menos a algunos de ellos), como condiciones objetivas de punibilidad ¹³⁰. Tal solución, contemplaría sin duda las exigencias de un concepto de dolo que no requiere la conciencia de la antijuricidad, pero sin embargo, sería violatoria del principio de culpabilidad, pues convertiría en irrelevantes errores que en verdad recaen sobre la prohibición del hecho ¹³¹.

Para nosotros es indudable, que en tanto estos elementos son ajenos al conocimiento del dolo, no pertenecen al tipo. En esto cabe el mis-

¹²⁹ Conf. Armin Kaufmann, *Normentheorie*, ps. 132 y sigts.; Welzel, JZ 52, ps. 208 y sigts.

¹³⁰ Respecto de la "legitimidad" del obrar del funcionario: Engisch en *Fest. für Mezger*, p. 132; Jescheck, § 53, I; Schönke-Schröder, StGB, Kommentar, 14^a ed., § 113-13. En contra de este criterio: Welzel, § 142, c; Maurach, AT, § 38, II, b; Roxin, *Offene Tatbestände*, ps. 134-135. En la dogmática argentina no se ha sostenido ninguno de los dos criterios que dividen la opinión de los autores recién citados: ver nota 128.

¹³¹ Roxin, loc. cit.; Welzel, loc. cit.

mo razonamiento que hacía Beling para explicar la no pertenencia del resultado de muerte a las lesiones calificadas de § 226 StGB: “¿Por qué no pertenece la muerte al Leitbild del § 226 StGB? Porque la culpabilidad no necesita alcanzarla. ¿Por qué no la alcanza? Pues porque la muerte no pertenece al Leitbild”¹³² (donde culpabilidad significa dolo).

La particularidad de la eliminación de estos elementos del ámbito del tipo determina que la descripción típica restante resulte, en ciertos casos (sobre todo en los arts. 149 bis, 2º, 150 ó 301), una acción de acuerdo a derecho. Con lo que, en estos casos la adecuación típica pierde el carácter indicario que tiene en los otros tipos. Por ese motivo, habrá que distinguir desde el punto de vista del tipo del error en *tipos cerrados* y *tipos abiertos*¹³³. En estos últimos la adecuación típica más la ausencia de causas de justificación, no permite, como en los tipos cerrados, afirmar la antijuridicidad; es preciso, además, que el juez realice un juicio que permita comprobar afirmativamente la antijuridicidad. En ciertos casos (“injusticia de la amenaza” en el art. 149 bis, 2º párrafo, p. e.), es preciso que el juez formule un juicio autóno-

¹³² *Die Lehre von Tatbestand*, 1930, II, 3º.

¹³³ Welzel, *Das neue Bild*, p. 24; *Lehrbuch*, § 142. Es de hacer notar que en el caso del “cuidado exigido en el tráfico” o de la “posición de garante”, que requieren una complementación por parte del juez una vez realizada esta operación sobre la base de los elementos que proporciona la ley, la comprobación de la antijuridicidad sigue el mismo procedimiento de los tipos cerrados. También Maurach, § 24, I, B.

mo de valor para establecer la reprochabilidad social del medio compulsivo utilizado ¹³⁴.

Por cierto, que la concepción que reconoce la existencia de tipos abiertos ha sido cuestionada, lo mismo que el tratamiento dado a los “especiales elementos de la antijuridicidad”. En primer término, se ha sostenido que éstos pertenecen al tipo, no obstante lo cual no necesitan ser alcanzados por el dolo, sea porque “motivos particulares en cada caso han determinado que la praxis de los tribunales haya limitado en casos concretos el principio por el cual el dolo debe alcanzar la totalidad de los elementos del aspecto exterior del hecho” ¹³⁵, o bien porque los elementos que pertenecen al tipo pueden merecer en el ámbito del error un tratamiento distinto ¹³⁶.

En esta afirmación de Gallas gravita sin duda un especial concepto de tipo, según el cual la lesión del bien jurídico, es el fundamento material del tipo de injusto, punto en el que ahora coincide Schmidhäuser. Es evidente que dentro de este esquema el concepto de tipos abiertos no puede funcionar, pues estos autores, descartan la posibilidad de que ciertos tipos puedan alcanzar conductas que no pueden ser materia de la prohibición ¹³⁷.

¹³⁴ Conf. Welzel, loc. cit.

¹³⁵ Busch, *Ueber die Abgrenzung von Tatbestands - un Verbotsirrtum*, en Fest. für Mezger, 1954, p. 174.

¹³⁶ Gallas, *Beiträge*, ps. 39, 40 y 41. Con distinto fundamento Hirsch, loc. cit., ps. 281 y sigts.

¹³⁷ Strafrecht, p. 115. En tanto Schmidhäuser sigue la teoría del dolo, para él carece de sentido una distinción entre elemento del tipo y elementos de la antijuridicidad.

La posición de Busch es puramente empírica, y en definitiva parece remitir la cuestión al sentimiento jurídico. En base a éste se limitaría el principio que correlaciona el dolo y el tipo. La posición que representa Gallas, en cambio se apoya sólo en una cuestión terminológica que ya ha sido puntualizada por Armin Kaufmann¹³⁸. Si se quiere llamar “tipo de injusto” al que contiene tanto los elementos del acto (incluyendo los elementos objetivos del hecho, el dolo y los demás elementos subjetivos del autor) como los elementos del deber jurídico, ya no podrá hablarse de error de tipo pues, habrá errores sobre la antijuricidad, que estarán referidos a elementos del tipo de injusto.

La posición de Schmidhäuser, en cambio, supone que en todos los casos el tipo puede dar una descripción objetiva de la materia de la prohibición. Para ello, en realidad, convierte a la antijuricidad en presupuesto de la adecuación típica, contradiciendo así su propia afirmación de que “la falta de justificación no fundamenta la antijuricidad”¹³⁹ que, según sus palabras, “al darse el suceso que corresponde al tipo de injusto, ya está fundamentando lo injusto”¹⁴⁰.

Un párrafo aparte merece la posición de Roxin, quien, apoyándose en la teoría de los elementos negativos del tipo, piensa que estos elementos presentan un aspecto descriptivo de-

¹³⁸ *Normentheorie*, ps. 149, 158 y 159.

¹³⁹ *Strafrecht*, p. 228.

¹⁴⁰ *Ib. ídem*, p. 115.

derminante de lo injusto —que pertenece al tipo— y otro aspecto que los refiere directamente a la prohibición o antijuricidad del hecho ¹⁴¹. La opinión de Roxin tal vez se superponga en parte con la de Beling respecto de este mismo problema ¹⁴² y está destinada a sostener la teoría limitada de la culpabilidad. Sin perjuicio de otras consideraciones, dado que hemos aceptado la teoría estricta de la culpabilidad, como solución consagrada por la ley, la posición de Roxin no tendría cabida en nuestro sistema.

Planteada la cuestión en estos términos, y dentro de lo que hemos dado en llamar tipo del error, el concepto de tipos abiertos, en sí mismo, no puede ofrecer reparos en función del principio de legalidad. Los que pueden ofrecer reparos frente al principio de legalidad por supuesto son solamente los casos de los delitos impropios de omisión, del cuidado exigido en el tráfico para los delitos culposos, o la determinación de lo “injustas” de las amenazas en el art. 149 bis 2º párrafo, que evidentemente dejan en manos del Juez la concreción de las amenazas penales respectivas. En cierta forma, como opina Welzel, las objeciones son disminu-

¹⁴¹ *Offene Tatbestände*, ps. 75 y sigs. En forma similar, Kohlrausch-Lange, StGB, Kommentar, 43ª ed., 1961, § 113, VI; Jescheck, § 25, II. Por cierto que hoy en día es por demás problemática una distinción entre los hechos objetivos y la valoración; conf. en esto también Schmidhauser, p. 230.

¹⁴² *D. L. v. V.*, ps. 156 y sigs. Por cierto que Beling seguía la teoría del dolo y sin admitir la teoría de los elementos negativos del tipo. *Offene Tatbestände*, ps. 170 y sigs.

das porque los elementos para completar estos tipos deben y pueden extraerse de la ley. De todos modos, estos casos demuestran que la exhaustividad de la descripción en materia penal, que Frías Caballero proclamó como diferencia específica de las leyes penales frente a las que no lo son ¹⁴³, es un ideal a alcanzar más que una realidad ¹⁴⁴. En todo caso, la exhaustividad no siempre es posible en el tipo del error, y excepcionalmente —delitos impropios de omisión y culposos— tampoco lo es en el tipo-garantía.

Resumiendo: a) La circunstancia de que un elemento de la antijuridicidad sea recogido en una prescripción de la ley penal no determina variaciones en la esencia del mismo;

b) En ciertos casos, extraído el elemento especial de la antijuridicidad, el tipo penal resultante carece de posibilidad de brindar un indicio de la antijuridicidad, por cuyo motivo se estará ante un tipo abierto.

4. En términos generales, puedo coincidir con los resultados a que arriba Zaffaroni, en el relato particular presentado a estas Jornadas. Sin embargo, su fundamentación me parece insuficiente. No cabe duda que la expresión "fin" mencionada en el art. 42 C. P. se refiere al dolo. Sin embargo, no alcanza a demostrar todo lo que es preciso para poner en claro que

¹⁴³ *Temas*, p. 42.

¹⁴⁴ En realidad, lo que diferencia al derecho penal de otras ramas del derecho es la prohibición de la analogía y de otras fuentes que no sean la ley, mucho más que la exhaustividad.

el Código Penal argentino no opone obstáculo alguno a las soluciones propuestas por la teoría final de la acción. En última instancia, Zaffaroni sigue resistiéndose a ver el dolo como la contrapartida del error del art. 34 inc. 1º y a desconocer el significado del art. 35 C. P. en la teoría del error.

V. Tipo de error y tipo sistemático

No es preciso hacer aquí una fundamentación especial de las razones de orden general por las que el dolo pertenece al tipo. "La estructura final de la acción humana es constitutiva para las normas jurídicos penales. Las normas jurídicas, es decir las prohibiciones o mandatos del derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino, solamente a acciones que permiten configurar el futuro de acuerdo a un fin. Las normas sólo pueden prohibir o mandar conductas finales"¹⁴⁵.

Ahora cabe preguntarse, entonces, hasta qué punto bajo estas bases es posible que el tipo

¹⁴⁵ Welzel, *Das Neue Bild*, ps. 4-5; *Lehrbuch*, § 8, II. Coincidentemente Bacigalupo, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966, ps. 50 y sigts. Hoy en día otros autores que con distinto fundamento incluyen el dolo en el tipo; así, p. ej., Jescheck, en base a la teoría de los imperativos (*Lehrbuch*, § 24, III, c); Foxin, *ZStW*, 74, ps. 515 y sigts.; Wessels, *Strafrecht*, AT, ps. 21-22; Schmidhäuser también estima que la acción es una unidad de elementos exteriores y la voluntad, e incluye en el tipo de injusto también esta voluntad (identificable con el concepto de finalidad de Welzel); sin embargo, voluntariedad y dolosidad de la acción en su sistema no se identifican y los delitos dolosos y los culposos se separan sólo en el ámbito de la culpabilidad (p. 168).

del error sea a la vez el tipo sistemático (para utilizar la terminología de Gallas y Roxin). En otras palabras, el problema consiste en saber si el tipo del error, y el tipo que da la *adecuación típica* de la acción pueden coincidir.

Que la adecuación típica es un elemento general del delito, y que ello proviene de una circunstancia de que nuestro derecho penal tiene por única fuente la ley, excluye la analogía y además describe, con pocas excepciones¹⁴⁶ las conductas punibles en esquemas firmes, parece no ser hoy en día discutible.

Gallas ha puntualizado que si el tipo es “la suma de elementos objetivos del tipo de injusto legal, se tendrá el objeto de referencia mencionado por el § 59 para el dolo. Al mismo tiempo, se comprobará que el concepto del tipo orientado al § 59 no puede ser el concepto general buscado, dado que éste sólo contiene un aspecto. En efecto, “hoy existe unidad en el sentido de que al tipo de injusto también pertenecen elementos *subjetivos*”¹⁴⁷. Más adelante, ha especificado aún más la cuestión Roxin al afirmar que “especialmente, en un sistema

¹⁴⁶ Una lamentable excepción la constituyeron las formas de derecho penal de autor que se perciben en la ley 17.401 y en el art. 175 bis que incrimina al “comisionista usuario profesional o habitual”, sin definir nunca la acción en que consistiría su acción. Este artículo proviene del Proyecto de 1960. Como dice Soler: “la ley penal moderna, correctamente hecha, no dirá, pues: el ladrón sufrirá, sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esta acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto” (*Derecho Penal Argentino*, § 44, II).

¹⁴⁷ *Beilage*, p. 43.

finalista, en el que el dolo pertenece al tipo, sólo es posible sostener la correspondencia del tipo del error y del tipo sistemático, reconociendo un concepto de dolo que se refiera a sí mismo”¹⁴⁸.

No es posible entrar aquí en la consideración de todos los temas que tienen que ver con el sistema dentro del cual Gallas y Roxin formulan sus reflexiones¹⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista, el tipo sistemático, es decir, el que permite afirmar la adecuación típica es más amplio que el tipo del error. Ambos tipos penales tienen en común lo que designamos como tipo objetivo, mientras que el tipo sistemático, alcanza además el tipo subjetivo (dolo, elementos subjetivos de lo injusto, elementos del ánimo). En otras palabras, la adecuación típica requiere no sólo el proceso exterior de la acción, sino también el dolo. El tipo objetivo, comprende todas las *circunstancias* objetivas, por cuyo motivo quedan fuera de él las condiciones objetivas de punibilidad¹⁵⁰. Su objetividad, sin embargo, significa que “se compone de los elementos del tipo que tienen que existir en el mundo exterior” pero no que sea ajeno a lo subjetivo¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Offene Tatbestände*, p. 109.

¹⁴⁹ Una reseña de ellos puede verse en Roxin, loc. cit., p. 187. Hasta donde Roxin se ocupa del problema, tipo del error y tipo sistemático se cubren entre sí, pero, deja todavía sin responder el problema del lugar sistemático del dolo y de la posición de los elementos de la culpabilidad.

¹⁵⁰ En contra Gallas, loc. cit. Entre nosotros tal cuestión es indiscutible.

¹⁵¹ Welzel, § 12.

VI. *El tipo penal en los delitos culposos*

En este punto son ilustrativos los conceptos del relato particular del profesor doctor Welzel. Dado que coincido con ellas no es necesario hacer aquí un desarrollo más amplio¹⁵².

VII. *Conclusiones*

La teoría finalista de la acción no pretende ser la explicación de un determinado texto legal, sino por el contrario dar una serie de pautas teóricas que permitan aclarar cómo “absolutamente *en general* el objeto de una valoración jurídica, tiene que proporcionar el contenido de una prohibición a los presupuestos de un reproche de culpabilidad”¹⁵³. Desde este punto de vista, carece de sentido plantear el problema de si el Código Penal Argentino habría “receptado” las soluciones derivadas de estos presupuestos metodológicos. Mucho más cuando hoy, no sólo los autores finalistas reconocen que la dogmática penal no se ocupa únicamente de sistematizar y desenvolver el contenido de un orden jurídico nacional, sino también de

¹⁵² Ver también para el derecho argentino Luis Jiménez de Asúa, *Problemas modernos de la culpa*, en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, n° 1, 1968, ps. 7 y sigts.; Bacigalupo, *Tipo de injusto y causalidad en los delitos culposos*, en la Ley, t. 124 (1966).

¹⁵³ Armin Kaufmann, *Normentheorie*, IX; también en *Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel Strafrechts*.

“problemas objetivos independientes del tiempo y lugar”¹⁵⁴.

En consecuencia el objetivo de este relato general para el tema “Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina”, es demostrar que —en todo caso— de una interpretación estricta del Código Penal Argentino no podrán derivarse contra las soluciones propuestas por la teoría finalista de la acción, argumentos que impidan su aplicación concreta al menos en el ámbito del concepto de tipo.

Asimismo, este relato no presenta una exposición sistemática total de los problemas del tipo penal, sino de los fundamentales.

Las conclusiones que en consecuencia proponemos son las siguientes:

A) La expresión tipo penal denota más de un concepto, incluyendo por lo menos los de tipo garantía, tipo del error y tipo sistemático.

B) El concepto de tipo garantía es el único derivado del principio “nullum crimen nulla poena sine lege” y comprende *absolutamente* todos los presupuestos para la aplicación de una pena, inclusive el dolo, la culpa, la culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.

C) El tipo de error, define el objeto del dolo y consiste en el tipo objetivo (aspecto exterior del tipo sistemático.)

D) El tipo del error no comprende la ausencia de circunstancias objetivas justificantes

¹⁵⁴ Roxin, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, p. 57.

(elementos negativos del tipo) ni los especiales elementos de la antijuricidad (incluyendo los elementos de la autoría), ni las condiciones objetivas de punibilidad.

F) El tipo sistemático es decir, el tipo de la adecuación típica que es elemento general del delito, comprende tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo (dolo, elementos subjetivos).

G) El tipo objetivo y el tipo del error se superponen uno con otro.

La teoría del tipo penal fue conocida y desarrollada en los países de habla hispana por la incansable enseñanza del máximo jurista que ha tenido nuestra cultura: Don Luis Jiménez de Asúa. Al cerrar este relato no puedo sino rendirle el más emocionado homenaje que un discípulo puede brindar a su maestro: la expresión del reconocimiento de que los rumbos que él marcó a la ciencia del derecho penal, siguen siendo verdaderos.

SISTEMA DEL ERROR SOBRE LA ANTI JURICIDAD EN EL CODIGO PENAL

1. *Problemas jurisprudenciales.*

En los últimos tiempos la jurisprudencia se ha encontrado en repetidas oportunidades con el problema que plantea la circunstancia de que la responsabilidad por un hecho doloso en materia penal depende de un determinado conocimiento que el autor debe tener, o lo que es lo mismo, con la cuestión de determinar *qué debe conocer el autor* para que el hecho lo sea imputado a título de dolo.

1) En la causa Zorrilla, R.¹, la C.C.C. absolvió a un librero que tenía en los anaqueles de su negocio para vender al público libros reputados obscenos, por cuanto consideró admisible la ignorancia alegada sobre el contenido de ellos "y sin necesidad de entrar a dilucidar el extremo de si todo comerciante de esta especie está jurídicamente obligado a enterarse del contenido de las obras que vende, ya que en materia de culpabilidad penal el «debía saber»

¹ C.C.C. (Sala 3ª), nº 393, del 28-7-70 (voto del Dr. Jorge Frías Caballero con adhesión de los jueces restantes).

no es jamás suficiente para integrar el saber y conocer, real y efectivo, exigido como contenido del dolo”.

2) La Sala I del mismo tribunal sostuvo en la causa número 11.061 (Till de Brandoni, Amalia) con respecto a un acusado de falso testimonio que correspondía sobreseerlo porque “sin duda en sus declaraciones fementidas ante el *jury de enjuiciamiento* es admisible que creyera deponer en causa propia”.

3) La misma Sala I desestimó, en la causa Ferreti, Vicente A., y otro², la ignorancia alegada por el receptor de objetos robados porque, dadas las circunstancias del hecho “debió saber” el origen de ellos por cuya razón aplicó el art. 278 bis, C.P. (receptación culposa).

4) En la sentencia del 10-10-69 (autos Castro, S.), la Sala III de la C.C.C. expresó que “corresponde absolver a la procesada que se negó a ser conducida a la seccional después de exhibir sus documentos de identidad a los agentes que le interceptaron el paso en la vía pública si fue su convicción la de haber obra-

² “J.A.”, n° 3682, del 3-12-70, p. 3, con acertada nota de Ernesto B. Ure en lo referente a la naturaleza culposa del art. 278 bis, C.P. Con posterioridad “obiter dictum” expresó la Cámara Federal de la Capital igual criterio en la causa de Maguid, Carlos, y otros (“L.L.”, 23-12-70). La doctrina ha opinado en general que se trataría de un caso de dolo eventual (ver Alberto S. Millán, *El delito de encubrimiento*, Bs. As., 1970, p. 191; Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1970, t. VII, p. 416).

do lícitamente en defensa de su derecho (art. 34, incs. 1º y 6º, C.P.)”³.

5) La Sala V de la C.C.C. sostuvo que debía sobreseerse definitivamente el proceso por vejación de un detenido (art. 144 bis, incs. 2º y 3º, C.P.) seguido a un comisario que obró en la creencia de tener a su favor un derecho de corrección que le autorizaría a hacer cortar el pelo a un detenido como condición para que recupere la libertad ya ordenada (causa Urricelqui).

6) La Sala Penal de Cám. Fed. de la Cap. absolvió a un acusado de infracción al inc. d del art. 2, de la ley 18.234, por no haberse demostrado que éste conociera la naturaleza ideológica de los impresos que tenía en su poder para entregar a quienes se lo solicitaron⁴.

7) El mismo tribunal desechó el error sobre los límites del ejercicio del derecho de confesión alegado por un sacerdote que se creyó amparado por tal derecho para ocultar un objeto que era prueba de un delito, en razón de que

³ “J. P. de Bs. As.”, año VI, nº 21, p. 128. En la causa Fiordalisi de Otero, Haydée (J.A.”, 1970, t. 8, fallo 18.778), la misma Sala III sostuvo la legitimidad de la orden como elemento de tipo.

⁴ Suárez, Honorio L., “L.L.”, 23-11-70, p. 9, fallo 65.988. La C.S.J.N. (16-XII-70) revocó este fallo, afirmando que el mismo no se apoyaba en ninguna de las causas excluyentes de la punibilidad (justificación, inculabilidad, etc.) previstas en la ley, siendo inexplicable que no se haya reparado que el Tribunal “a quo” invocaba, en realidad, un error sobre un elemento del tipo (ver “J.A.”, 1971-10, p. 22, fallo 19.226).

esa creencia superaba los límites del derecho objetivamente acordado⁵.

8) La Cámara 2ª de Apelaciones de Mar del Plata, en la causa Tomljenovic, Carlos A. ⁶, absuelve del delito de falso testimonio a un testigo que “no reveló ciertos hechos, no por malicia (?), sino porque no le fueron preguntados y no creyó necesario mencionarlos, ni pensó que fuera ilícito ocultarlos”. El tribunal aplicó la “no-exigibilidad de otra conducta” porque no halló “ningún motivo legal de exculpación”.

9) En la causa “D. F.”, del 23-12-69 dijo la C.C.C. que “el dolo no puede ser señalado por el solo hecho de saber que extirpaba, si con ello estaba convencido de que beneficiaba al paciente” (voto del Dr. Romero Victorica). Se trata del caso en que un médico extirpó órganos sexuales a hombres homosexuales ^{6 bis}.

10) La Sala V de la C.C.C. declaró que el error del portero que creyó gozar del derecho de retención y por ello se negó a desocupar la vivienda al finalizar su relación laboral, no comete delito porque su error “no es de prohibición sino que versó sobre una circunstancia de la ley extrapenal” ^{6ter}.

Como puede verse, en los casos 1 y 6, los tribunales se han ocupado con problemas de error sobre elementos normativos del tipo penal

⁵ Maguid, Carlos, y otros, “L.L.”, 23-11-70, ps. 3 y sigts., fallo 66.016.

⁶ “L.L.”, 24-12-70, fallo 66.114.

^{6 bis} “J.A.”, 20-11-70, ps. 15 y sigts.

^{6 ter} “E.D.”, 6-1-71, causa Obeid, Julio, nº 17.073.

(“obsceno” del art. 128, C.P.; inc. *d* del art. 2 de la ley 18.234 y “objetos del delito” del art. 278 bis, C.P.). Los fallos de los números 2, 4, 5, 7, 8 y 9 se refieren a la significación de la creencia errónea del autor de hallarse amparado por una causa de justificación: en el 2 se supone una circunstancia *de hecho* que de concurrir justificaría la conducta (“causa propia”); en el 4, 7, 8 y 9 los autores acuerdan un límite de mayor amplitud a una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico y en el 5 el autor ha creído en la existencia, en abstracto, de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico vigente (derecho de corrección de adultos).

Los casos que hemos citado, no son los únicos —por supuesto— que se ocupan de este problema, pero son muy recientes y demuestran la urgencia de clarificar el significado de las distintas clases de error en el Código Penal⁷. De un análisis de las soluciones dadas por la jurisprudencia se deduce que:

- A. Se ha aceptado el error sobre elementos normativos del tipo con efecto excluyente del dolo (n^{os} 1, 3 y 6).
- B. Se ha aplicado la pena del delito culposo cuando el error sobre un elemento normativo del tipo era culpable (n^o 3).
- C. Se ha acordado efecto excluyente de pena (en general sin especificar el motivo) al

⁷ Ver Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1962, t. VI, n^o 1.744, con indicación y clasificación de la jurisprudencia.

error sobre la existencia de una circunstancia de hecho que de concurrir hubiera justificado el hecho (nº 2).

D. Se ha admitido también como excluyente de pena el error sobre el límite de una causa de justificación (necesidad) reconocida por el ordenamiento jurídico, sin determinarse, como en el caso anterior, qué fundamento ha sido aplicado al caso, salvo cuando se recurre al error de derecho “extrapenal” que se equipara a error de “hecho” (nº 10).

E. Igualmente se ha reconocido en idéntica situación el error sobre la existencia misma de la causa de justificación (caso de una causa de justificación no reconocida por el orden jurídico) (nº 5).

F. Paralelamente hay tribunales que han negado efecto exculpante al error sobre una causa de justificación (nº 7) ⁸.

En general los tribunales no han esclarecido en forma alguna qué fundamentos han sostenido su decisión y mucho menos, qué límites tiene la admisión del error. De los cinco grupos de soluciones reseñadas más arriba que admiten el error, tres aceptan errores sobre la antijuricidad sin invocarse siquiera qué disposición legal se aplica (C, D y E).

⁸ En realidad, los argumentos dados por la Cám. Fed. de la Cap., en la causa Maguid, Carlos, parecen estar enderezadas a no reconocer el error porque éste era evitable, pero, dado que la argumentación sólo se mantiene en el plano de la extensión de la justificante en el derecho objetivo, debe deducirse que se ha desestimado directamente la eficacia del error.

2. *Las soluciones dogmáticas.*

La interpretación del sistema del error de prohibición por nuestra doctrina se liga directamente a la evolución sufrida por el tratamiento de la conciencia de la antijuricidad como presupuesto para la aplicación de una pena, o más precisamente como elemento del delito.

1) La primera de las posiciones modernas es sustentada con toda claridad por Ricardo Núñez, y consiste lisa y llanamente en negar la conciencia de la antijuricidad como elemento del delito, salvo en aquellos casos en que la existencia de elementos normativos del tipo (p. ej. "ilegítimamente" en el art. 162, C.P.) demuestra que se requiere un especial elemento subjetivo en el autor que consiste en el conocimiento de la contradicción de la acción con el derecho⁹.

Núñez deduce su posición de dos presupuestos legales: 1) el art. 20 del C. Civ. rige también en el ámbito penal, 2) ya que el Código Penal en su art. 34, inc. 1º, sólo se refiere al "error de hecho"¹⁰.

La posición de Núñez es seguida por Soler aunque no con tanta claridad: "ordinariamente la ley, al describir una infracción la integra con una pluralidad de elementos, algunos de

⁹ Ricardo Núñez, *La culpabilidad en el Código Penal*, Bs. As., 1964, ps. 109 y 177; del mismo, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1960, t. II, p. 108; *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Bs. As., 1943, p. 33.

¹⁰ Núñez, *Der. pen. arg.*, t II, p. 107, y *Los elementos subjetivos del tipo penal*, p. 29.

los cuales importan no solamente modificaciones del mundo exterior, sino referencias a la subjetividad del autor del hecho"... "casos en los cuales la culpabilidad desaparece no ya porque ignore el hecho calificado como delito, completo en su elemento material, sino porque carece del todo de su elemento subjetivo"¹¹. La opinión de Soler es confusa en tanto exige como elemento del dolo la conciencia de la antijuricidad¹², pero luego sólo acepta los efectos del error sobre ella cuando está literalmente recogida en el tipo concreto y termina negándolos cuando versa sobre la existencia de la norma. O bien la conciencia de la antijuricidad es un elemento general y rige todos los casos, o no lo es y sólo se la reconoce en algunos. Por eso el reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad que hace Soler no tiene relevancia alguna y en verdad sigue negándola.

Ninguno de los dos autores pone en duda que el error sobre "circunstancias que de existir hubieran legitimado el hecho cometido"¹³, o que "si realmente hubieran existido, habrían justi-

¹¹ *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1970, 4ª ed., t II, p. 73. Con cita de Manzini. El mismo autor insiste en la indiferencia de la procedencia del error en *El error de derecho no penal*, "Rev. del Centro Estudiantes de Derecho", setiembre 1956, n° 85, ps. 355 y sigts. En igual sentido, ver *Análisis de la figura delictiva*, del mismo autor, en "Rev. del Colegio de Abogados", setiembre-octubre 1942, especialmente p. 659, aquí más cercano a Núñez y por eso más claro.

¹² *Der pen. arg.*, t. II, § 42, p. 101 (en edición anterior § 42, XI).

¹³ Núñez, *La Culpabilidad*, ps. 184 y 185.

ficado la conducta”¹⁴, es excluyente del dolo¹⁵, que como se vio para ambos no requiere conciencia de la antijuricidad.

Asimismo, con claridad exige Núñez que el exceso, a que se refiere el art. 35, C.P., “no sea intencional”¹⁶, queriendo decir con ello que el autor ignore que se excede; o sea que crea que no se excede, cuando objetivamente su hecho supera los límites de la necesidad. “En este caso, dice, el *dolo* propio del hecho se transforma en *culpa*”¹⁷. También Soler parece inclinarse por la culpa en los casos de exceso¹⁸.

Este es en definitiva el criterio seguido por la Cám. Crim. de Cap. (Sala V), en la causa Urricelqui (ver I, 5), en la que para dar cabida al error se interpretó el tipo penal en cuestión como conteniendo un especial elemento subjetivo, totalmente desconocido a la doctrina y la jurisprudencia, y que hacía procedente en ese contexto el reconocimiento de aquel error sobre un derecho de corrección referido a adultos (causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico).

¹⁴ Soler, *Der. pen. arg.*, t. II, § 40, XIII, p. 76.

¹⁵ Núñez, *Der. pen. arg.*, t. I, v. 378, y Soler, *ib.*, *idem.*

¹⁶ Núñez, *ib.*, *idem.*, p. 424.

¹⁷ *Ibidem*, p. 429. En 1935, en el “Boletín de Jurispr. de Córdoba”, p. 94, Núñez sostenía que el art. 35, C.P., sólo determinaba una equiparación de la escala penal. La posición que aquí se sostiene debe reconocer en las opiniones de Núñez de este trabajo —que su autor luego abandonó— un antecedente indudable. Ver allí también una reseña de las opiniones de Peco, González Roura y Emilio C. Díaz.

¹⁸ *Der. pen. arg.*, t. I, § 33 IV, p. 375.

2) Una segunda posición ha sido formulada por Jiménez de Asúa, reconociendo plenamente la conciencia de la antijuricidad como elemento del delito integrante del dolo¹⁹.

a) En la obra de Jiménez de Asúa se notan dos períodos diversos en cuanto a la fundamentación del error de prohibición en el Código Penal argentino. La primera, en que recurre por un lado a la antigua tesis unificadora de la que es exponente Binding, y que reduce toda diferenciación entre las viejas categorías de error de hecho y de derecho, con lo que se superaría el inconveniente proveniente de la referencia exclusiva al “error de hecho” que contiene el Código Penal. Por otro lado, negando eficacia al art. 20, C. Civ., en el ámbito penal y atribuyendo al dolo, la conciencia de la antijuricidad, como componente esencial²⁰.

b) El segundo período disminuye la importancia de la tesis de la unificación y concibe el error sobre las variantes del error de tipo

¹⁹ *La ley y el delito*, Bs. As., 1967, 5ª ed., ps. 359 y sigts. *Tratado de derecho penal*, t. VI.

²⁰ *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*, Bs. As., 1942, ps. 97 y sigts., y *La Ley y el delito*, ps. 389 y sigts. Ver Binding, *Grundriss des D. Strafrechts*, AT, Leipzig 1913, ps. 107, 108 y 109, sostiene que el error solo tiene un objeto, pues “un error jurídicamente relevante en el caso de una acción antijurídica sólo es imaginable como error sobre la acción antijurídica”. . . “El único error relevante en los delitos es el error de subsunción”. . . “El desconocimiento y el error de la ley penal como tal y el error de subsunción que se le vincule carece de toda significación según el § 59”. . . “la punibilidad no es una circunstancia de hecho”.

y error de prohibición, donde no tiene importancia para cada categoría que el error provenga de un error de hecho o de derecho. El fundamento de la admisión del error de prohibición sigue estando en la exigencia de la conciencia de lo injusto como elemento del dolo, la que, de estar ausente dará lugar a la sanción por el delito culposo, si el error era evitable y si la ley recoge esta forma de incriminación.

En esta etapa, para Jiménez de Asúa no sólo habrá error de prohibición cuando éste recaiga sobre la existencia misma de la prohibición, sino cuando éste verse sobre: a) una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico, b) sobre los límites jurídicos de una causa de justificación, y c) sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En todos estos casos, deberá apreciarse error de prohibición y excluirse el dolo por falta de conciencia de la antijuricidad. Es decir, que el exceso y las llamadas eximentes putativas no son sino variantes del error de prohibición²¹. Esta posición es seguida con nuevos y valiosos aportes de orden psicológico por Tozzini²².

²¹ *Tratado*, t. VI, con ref. al exceso n° 1888 (en números anteriores ha admitido el exceso emocional al lado del erróneo) y con ref. a las llamadas eximentes putativas n° 1828, siguiendo parcialmente a Welzel. En *La ley y el delito*, p. 301, con referencia al exceso y 404 y 406 con referencia a las llamadas eximentes putativas.

²² *Dolo, error y eximentes putativas*, Bs. As., 1964, p. 66. También Enrique Aftalión, *Derecho penal econó-*

3) El mismo sistema es seguido por Fontán Balestra, en base a una amalgama de los criterios anteriores. En efecto, en principio, Fontán Balestra afirma que el Código Penal solamente admite el error de hecho²³. Pero a continuación dice: “la previsión de la ley argentina admite la posibilidad de dar valor excusante al error de derecho en determinados casos, no por aplicación de la referencia hecha en la ley (la referencia al error), sino, por ausencia de un elemento del dolo”²⁴.

Expresamente funda en el error que tiene por efecto “excluir total o parcialmente la culpabilidad” (hubiera sido más coherente en su sistema decir el dolo) el caso de las eximentes putativas²⁵. Este error parece concebirlo como de prohibición (“ el hecho sólo es *lícito* subjetivamente”) ²⁶.

Con respecto al exceso, afirma también el origen de éste en el error, cuando, luego de sostener la esencia culposa de la acción excesiva dice: “La acción excesiva puede quedar impune, por ausencia de culpabilidad, cuando la culpa provenga del error y éste sea esencial e

mico, Bs. As., 1959, p. 57, y recientemente en *Tratado de derecho penal especial*, Bs. As., 1969, aunque aquí la argumentación se apoya no ya en razones sistemáticas sino en principios de justicia y política criminal (p. 143) que no dice si son idénticos a las del derecho penal común (p. 144).

²³ *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1966, t. II, p. 300.

²⁴ *Ibíd.*, p. 301.

²⁵ *Ibíd.*, p. 315.

²⁶ *Ibíd.*

inculpable”²⁷. En el trasfondo de las formulaciones de Fontán Balestra se nota también la tesis unificadora.

4) Con posterioridad a las primeras ediciones de su tratado Soler reconoció la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo, pero siempre negándole efectos a su ausencia, lo que es, en esencia, idéntico a no reconocerla, pues dice: “Queda así reducido el error no reconocido como excusante al que la doctrina moderna ha llamado error de prohibición, es decir, el que versa sobre la existencia misma de la ley penal”²⁸.

Sucintamente presentados, éstos son los argumentos con que la dogmática argentina ha intentado resolver el problema.

En general puede decirse que el error ha sido considerado en dos mitades simétricas, en que tanto el error de prohibición como el error de tipo tienen idénticos resultados: exclusión del dolo, y punición a título de culpa cuando

²⁷ *Ibidem*, p. 185. En realidad es impropio hablar de culpa proveniente de un error inculpable, pues de un error *inculpable*, nunca puede provenir culpa. Debería decir “cuando la acción se funde en error inculpable del autor”. En igual sentido que Fontán Balestra ver Lucio Herrera, *El conocimiento de la antijuricidad y el error en la estructura del delito*, en “Rev. Der. Pen. y Crim.”, n° 3-70, p. 357.

²⁸ *Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, en “Rev. del Colegio de Abogados de La Plata”, t. VI, 1964, ps. 303 y sigs. (316). Es de hacer notar que la doctrina moderna extiende el error de prohibición a otra hipótesis (error sobre causas de justificación no reconocidas por el orden jurídico y error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación).

el error es evitable y existe el tipo penal de tal naturaleza. Faltando el tipo penal culposo, la conducta quedará impune. La teoría que sustentan Núñez y Soler es más limitada en sus efectos.

3. *Crítica de las soluciones dogmáticas.*

1) La posición representada por Núñez, y seguida por Soler, tiene sus orígenes en la contradictoria formulación adoptada por Franz v. Liszt en la cuarta (1891) y quinta (1892) ediciones de su *Lehrbuch*²⁹. En efecto, en la tercera edición Liszt había mantenido en forma estricta la posición que se deducía de la premisa de la que partía: “el error en relación a algún otro elemento del delito, en especial a la antijuricidad de la acción, queda absolutamente fuera de consideración”³⁰, pues según su concepción el § 59 StGB (Código Penal alemán) sólo se refería a la acción del autor (acto-causalidad-resultado). De esta manera, la llamada legítima defensa putativa, que constituye un error sobre la antijuricidad de la acción, quedó rígidamente fuera del ámbito exculpatario del error y el autor que mata suponiendo la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho resulta tan punible como

²⁹ *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1891, 4ª ed. y 5ª, Berlín, 1891, Berlín, 1892. donde modifica parcialmente la opinión de la 3ª, Berlín, 1888, ps. 171 y sigs.

³⁰ *Lehrbuch*, 3ª ed., p. 171.

el que no ha errado³¹. Luego admitió con respecto al § 193 StGB que la suposición errónea de uno de los casos allí previstos excluía el dolo³². Finalmente, sostuvo el criterio que ahora informa todavía las opiniones de Núñez y Soler, o sea que el error sobre la antijuricidad, cuando ésta está mencionada en el “tipo”³³ debía excluir el dolo³⁴.

En todo caso, puede decirse que el intento de Liszt, fue uno de los posibles, para dar cabida al error sobre la antijuricidad; otro, al que hoy se procura darle nueva significación fue la “teoría de los elementos negativos del tipo”, también en relación directa con la justificación putativa³⁵ y que entre nosotros no

³¹ En aquella época ya consideraban la defensa putativa como error sobre la antijuricidad, *Hugo Meyer, Ernst Tranggott Rubo, Th. Oppernhoff, v. Schwarse* y otros. Vid. Hans Joachin Hirsch, *Die Lehre von dem Tatbestandmerkmalen*, Bonn, 1960, p. 29.

³² Cuarta ed., p. 181, § 193, “StGB”.

³² 4ª ed., p. 181, § 193, “StGB”.

³³ Todavía regía la teoría del tipo total, por eso utilizó la expresión entre paréntesis (ver Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1907, ps. 1 y sigs.).

³⁴ *Lehrbuch*, Berlín, 1897, 3ª ed., p. 356.

³⁵ Ver Reinhard Frank, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907, ps. 15 y sigs., y *Das StGB für Deutsche Reich*, 3-4ª ed., Leipzig, 1903. Fundador de esta teoría fue Adolf Merkel en la 1ª ed. de su *Lehrbuch* en 1889. Sobre la significación actual, ver Edmund Mezger en “NJW” 53, ps. 2 y sigs., Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, Köln, 1966, p. 102, y Hellmuth von Weber, *Negative Tatbestandmerkmale* en *Festschrift für E. Mezger*, München, 1954, p. 183. Críticas en Armin Kaufmann, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, en “JZ”, 55, ps. 37 a 41; Hirsch, lugar cit., y Hans Welzel, *Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum*, en “MDR”, 10-1952,

ha tenido repercusión, en gran medida por falta de elaboración de la teoría del tipo penal.

Lo cierto es que no se entiende por qué motivo la ley establecería una solución tan arbitraria que permitiría contemplar el error sobre una circunstancia que de existir justificaría el hecho de quien se apodera de una cosa en la creencia de hacerlo *legítimamente*, pero no en el caso de quien se cree atacado y en la repulsa de la supuesta agresión lesiona. ¿Qué razón podría existir para que la conciencia de lo injusto condicionara la responsabilidad penal en el hurto y en el matrimonio ilegal y no en la estafa, o en la falsificación p. ej.?

Pero Núñez y Soler son todavía mucho más contradictorios porque ambos afirman que se trata de un error respecto de la antijuricidad del hecho (una circunstancia que de existir *justificaría* el hecho), pero finalmente, y a pesar de que nadie podría pensar que la antijuricidad sea un hecho, reconocen este error como "error de hecho" y presumiblemente les aplican el art. 34, inc. 1º, C.P. (ni Núñez ni Soler lo mencionan expresamente).

Ya Binding percibió con claridad el problema y dijo: "De esta forma se introduce en esta interpretación un dualismo que sería inaclarable; cuando la ley p. ej. en el homicidio y en las lesiones deja fuera lo antijurídico, según su voluntad, sin embargo, la antijuricidad tiene que ser exigida de todos modos también en estos delitos, y por lo tanto el error sobre ella,

sencillamente, no puede ignorarse”³⁶. La misma actitud adoptó Graf zu Dohna diciendo: “Pero, cuando Liszt quiere castigar al que apalea a un niño en la creencia de que ejercita un derecho disciplinario, pero a la vez deja impune al que se cree amparado por un derecho de embargo y de esa manera allana un domicilio, recurriendo como único fundamento a que el elemento (ilícitamente) falta en el § 223 y aparece en § 123, parece renunciar a todo apoyo racional de la doctrina de la ilicitud”³⁷.

2) La vigencia del art. 20, C. Civ., en el ámbito penal ha sido impecablemente rebatida, a nuestro entender, por Jiménez de Asúa, puesto que si las disposiciones generales del Código Civil fueran aplicables en todo ámbito jurídico, habría que aceptar también el art. 16 que establece la analogía. Nos remitimos a su obra³⁸.

3) La teoría que establece idénticos efectos, para el error de tipo y para el error de prohibición (exclusión del dolo), a nuestro modo de ver ha prescindido del sistema mismo de la ley penal que regula de diferente manera ambos errores. No requiere aquí una crítica especial, pues ella se deducirá de lo que sostendremos más adelante. Sin embargo, partiremos precisamente de ciertos presupuestos sentados por Jiménez de Asúa.

³⁶ *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1918, t. III, p. 300 (ocupándose de la posición de Liszt a propósito de la teoría de los elementos negativos del tipo).

³⁷ *Die Rechtswidrigkeit*, Halle, a.S. 1905, p. 27.

³⁸ Jiménez de Asúa, ob. cit., t. VI, ps. 456 y 457.

4) En realidad, es imposible justificar una solución que sostenga una identidad de efectos para el error de tipo y el error sobre la anti-juricidad, recurriendo al "sentimiento jurídico" como se ha pretendido ^{38 bis}. Basta con pensar en el caso del conductor de un taxi que cree que la luz verde de un semáforo lo autoriza a pasar, aun matando a un peatón, porque éste cruza en infracción, y viéndolo sigue su marcha y lo mata; o en los que propone Roxin, del que cree que tiene derecho a maltratar crudamente a un niño porque le asiste un derecho de corrección; o el del que por no manchar las poltronas de su automóvil, deja desangrar a un herido que encuentra abandonado, creyendo que nada lo obliga a prestarle ayuda. En estos casos apenas si es imaginable la atenuación, y sin embargo, la teoría del dolo, al asignar a todos los errores el mismo efecto, debería dejar impune el caso de quien no presta ayuda al herido o el del funcionario que cree tener entre sus atribuciones un derecho de corrección de un adulto, porque en estos casos falta el tipo culposo. No entiendo qué repugnancia puede haber en considerar dolosos estos casos ^{38 ter}.

^{38 bis} Néstor Sanz, en *L. L.*, t. 124, p. 138, estima repugnante llamar a estos casos dolosos.

^{38 ter} Néstor Sanz, lugar cit. Hay que apuntar que en esta nota es falsa la equiparación, que sostiene el autor de hecho con el error de tipo y del error de derecho de prohibición. Con toda claridad se ha dicho en múltiples ocasiones que no es un cambio de palabras, sino de conceptos, ver, entre tantos otros: Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VI, n^o 1828; Welzel, *Zur Abgrenzung*

4. *Las normas del Código Penal en materia de error.*

Hasta hoy la dogmática argentina ha aceptado como postulado indiscutible que el Código Penal sólo se ha referido al "error de hecho" en el art. 34, inc. 1º. Tanto es esto así que el recurso a la tesis de la unificación se funda principalmente en este axioma³⁹.

Sin embargo, se ha reconocido que el exceso en la justificación debe basarse en un error⁴⁰ y en consecuencia es fácil deducir que el art. 35, C.P., también contiene una norma relativa al error.

des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, en "MRD", 10-1952, p. 587; Maurach, ob. cit. (Hay traducción española de la 2ª ed. que coincide en este punto); Busch, *Ueber die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum*, p. 165; Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, p. 36, dice: "los conceptos de error de hecho y de derecho no se corresponden con los de error de tipo y de prohibición", igualmente Herrera, lugar cit. Es probable que como consecuencia de esta insostenible equiparación Sanz afirme que "la distinción germana"... "entre error de tipo... y error sobre la ilicitud de la acción... no parece de utilidad en nuestro derecho" (p. 1318).

³⁹ En Tozzini, hay además una fundamentación de orden psicológico que da significación a su trabajo. En Jiménez de Asúa en el *Tratado*, t. VI, la tesis de la unificación cumple una función diversa porque es el fundamento para demostrar que hay errores de "hecho" que sin embargo son verdaderos errores de prohibición. Pero en Fontán Balestra, que admite como elemento intelectual del dolo el conocimiento de la antijuricidad (§ 38-4) y mantiene la distinción entre error de "hecho" y de "derecho", esa teoría ya no es esencial.

⁴⁰ Así, Jiménez de Asúa, lugar cit., nº 1888, p. 928. Implícitamente también Soler, Núñez y Fontán Balestra.

Lo que debe investigarse en consecuencia, es cuál es el objeto del error del art. 35.

La realización de un tipo sólo está justificada en tanto la lesión causada sea necesaria. Como dice *Armin Kaufmann*, “la necesidad es el principio estructural general de las causas de justificación”⁴¹, y agrega, “el fin no santifica los medios: la «santificación» del fin alcanza al medio sólo cuando la medida de la lesión del bien jurídico es necesaria”⁴². Precisamente esto es lo que se quiere decir cuando Núñez afirma que el exceso “consiste en una desproporción de la acción con lo legal” o cuando *Soler* explica que es la “intensificación *innecesaria* de la acción inicialmente justificada”⁴³. Es decir *el exceso es en sí antijurídico*, en tanto traspasa el límite de la necesidad, pero sin embargo, la pena que se establece en el Código Penal para estos casos es atenuada.

¿Qué fundamentos tiene la atenuación que dispone el Código?

⁴¹ *Lebendiges und Totes in Bindigns Normentheorie*, p. 254. Busch, *Ueber die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum*, *Mezger Fest.*, ps. 167 y 168. También Schaffstein, en *Putative Rechtfertigungsgrunde und finale Handlungslehre*, en “MRD”, 1951, 197, en la nota 7 dice luego de reconocer la “necesidad” como fundamento de las causas de justificación: “por eso el error sobre los límites jurídicos de una causa de justificación, dado que no se refiere a un elemento del tipo, siempre es un error de prohibición”. Implícitamente también Binding, *Die Normen*, II, 1, p. 152 (especialmente la nota 29 con cita de *Oetker*).

⁴² *Ib.*, ídem.

⁴³ Núñez, *Der. pen. arg.*, t. I, p. 424, y Soler, *Der. pen. arg.*, t. I, p. 371.

Como hemos visto Núñez, Soler y Fontán Balestra, se refieren especialmente al carácter culposo del hecho que se comete excediendo los límites de la necesidad y en ello apoyan el fundamento de la atenuante; luego agregan el aspecto emocional del autor como un segundo fundamento.

En primer lugar vamos a intentar demostrar que afirmar en este caso la culpa resulta imposible.

En efecto, el que se excede *hace lo que quiere hacer*, prescindiendo del exceso mismo. Quiere matar y mata. Quiere lesionar y lesiona. Comparando el hecho con el homicidio, se comprueba que en el homicidio más grave, el del art. 79 p. ej., el autor tiene que haber querido matar y haberlo hecho para que su acción sea típica, mientras que para el caso del homicidio del art. 84, C.P., precisamente resulta un *presupuesto esencial* que el autor *no haya querido* el resultado de muerte. Y lo mismo puede decirse p. ej. de las lesiones. Si designamos a los tipos más graves como tipos dolosos y a los menos graves como culposos, se deduce de inmediato que el hecho que constituye el exceso desde el punto de vista de la dirección de la voluntad del autor pertenece a los hechos en que se quiere el resultado y no a aquellos en los que no se lo quiere. En otras palabras, se trata de un hecho que pertenece a la familia de los hechos dolosos.

En consecuencia, la atenuación nunca podrá determinarse por la naturaleza "culposa" del

hecho, ya que para ello es *esencial* que el autor no haya querido el resultado.

A nuestro juicio, en cambio, lo único que puede determinar la atenuación es *la no conciencia del exceso sobre los límites de la necesidad*. Y si bien se mira esto es lo que nuestra dogmática ha tenido en cuenta. Puesto que nadie ha negado que el autor quiere el resultado, la única razón que se ha encontrado para sostener que el hecho es culposo, es precisamente la falta de conciencia del exceso, es decir la falta de conciencia de antijuricidad, puesto que el límite de la necesidad determina —como se afirmó— la juricidad o antijuricidad de la realización del tipo.

Es cierto que se ha pretendido encontrar un fundamento de la atenuación exigiendo que el autor haya obrado con el “ánimo perturbado”⁴⁴ o el “temor por la situación”⁴⁵. Pero lo real es que, la concurrencia de estos elementos perturbadores del ánimo, en primer lugar no son una exigencia de la ley que ni remotamente los menciona; en segundo lugar, los estados emotivos, no excluyen en sí el dolo (como lo demuestra el art. 81, inc. 1º, C.P.)⁴⁶, ni la responsabilidad, salvo, los casos de inimputabilidad. De manera, que este fundamento de la atenuación prevista por el Código no se compagina con

⁴⁴ Fontán Balestra, lugar cit., § 34, p. 185.

⁴⁵ Soler, *Der. pen. arg.*, t. I, p. 377 (§ 33).

⁴⁶ Si fuera de otra manera el daño (art. 185) en estado de emoción quedaría impune por falta de tipo culposo, p.e. Conf. Peña Guzman, *El delito de homicidio emocional*, Buenos Aires, 1969, p. 81, nº 48.

su estructura. *La perturbación de ánimo, o el temor, sólo actuarán como fundamento para—según su gravedad— determinar la inculpa-bilidad del error.* Por otra parte la culpa se basa en la infracción de un deber de cuidado y resulta sencillamente absurdo aumentar la exigibilidad del grado de cuidado cuando el autor por su estado emocional se encuentra en peores condiciones para cumplirlo. La emoción, frente a la culpa podría actuar como reductora del nivel del cuidado exigible. Respecto del dolo, en cambio, la emoción no puede modificarlo de ninguna manera (!).

Ahora cabe preguntarse: ¿qué especie de error sobre la antijuricidad (la necesidad) contiene el art. 35, C.P.? Previamente es preciso aclarar que la pregunta surge en la medida en que es preciso saber en qué se apoya el mantenimiento de la punibilidad a pesar del error sobre la prohibición.

Desde nuestro punto de vista, el mantenimiento de la punibilidad sólo tiene un fundamento: la norma se refiere a los errores *evitables*. Y por eso debe concluirse que el *art. 35, C.P., es una norma que se refiere a errores evitables sobre la antijuricidad.*

Los errores *inevitables*, determinan la absoluta impunidad por imperio del *principio de culpabilidad*. Quien no ha podido decidirse en favor del derecho, quien no ha podido obrar de otra manera por desconocimiento inevitable del derecho, no es culpable⁴⁷.

⁴⁷ En contra Soler, que piensa que todos los errores de prohibición son punibles, aun cuando sean inevita-

5. *El error sobre circunstancias objetivas presupuesto de una causa de justificación (las llamadas eximentes putativas).*

De la investigación realizada en el número anterior, se desprende en primer término una consecuencia importante: que sólo el error evitable sobre los límites de la necesidad de la acción de defensa o de estado necesario, etc., es materia del art. 35, C.P. En segundo término, que nada autoriza a considerar que la posible perturbación de ánimo o el temor transforma en culposo un hecho en el que el autor quiere el resultado producido, y que su función reside en ser fundamento, de concurrir, para graduar la culpabilidad del error⁴⁸.

Ahora, estamos en condiciones de comprobar, que en las llamadas eximentes putativas, o sea

bles (ver *Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, lugar cit., p. 316). Es de apuntar que el proyecto del P. E. de 1960, contiene en este sentido una regulación incoherente del error, pues mientras asigna el error sobre la antijuricidad un efecto diverso al del error de tipo (arts. 23 y 21 respectivamente), mantiene en el art. 17 una identificación imposible de explicar del exceso en los límites de la necesidad con el delito culposo, como si se tratara de un error de tipo. Es correcto en cambio un régimen que atenúa de uno a dos tercios la pena del hecho perpetrado con exceso (art. 43) sin otra especificación en el Proyecto de 1967 para Venezuela de Jiménez de Asúa. (En el art. 25 establece la atenuación y eventual eximición de pena para los casos de error de prohibición.)

⁴⁸ Los casos que Soler llama de "exceso en la causa", a nuestro juicio, no tienen cabida alguna en el caso del exceso del art. 35 C.P. El ámbito de solución de los mismos es sin duda la culpabilidad (con. Jiménez de Asúa).

en el caso de error sobre una circunstancia que de concurrir justificaría el hecho, la dogmática no ha encontrado fundamento alguno en la ley que le permita explicar la razón por la cual reputa estos hechos como culposos, y por tanto impunes si falta un tipo que recoja la incriminación de tal naturaleza. Se trata p. ej. del caso de un locador que cree que su inquilino ha abandonado el inmueble y entonces penetra en el mismo ejerciendo su derecho de propiedad, cuando en realidad tal abandono no se produjo (violación de domicilio); o bien del heredero que ignora que el causante ha enajenado una estatua, que destruye porque no le gusta (daño).

La dogmática alemana solucionó este problema por vías distintas. En primer término recurriendo a la errónea teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, las circunstancias de una causa de justificación forman parte del tipo penal, de tal manera que “la antijuricidad no resulta un elemento positivo del tipo, pero su ausencia constituye un elemento negativo”⁴⁹. De esta forma, sin admitirse la antijuricidad del hecho como elemento positivo del tipo (pues siendo éste el objeto del dolo, el dolo no tenía por qué alcanzar a la antijuricidad), se aceptó que la creencia errónea en la justificación del hecho excluiría el

⁴⁹ Reinhard Frank, *Ueber der Aufbau des Schuld begriffs*, Giessen, 1907, p. 17.

dolo (dado que la *falta* de antijuricidad es un elemento negativo del tipo, objeto del dolo) ⁵⁰.

Parte de la dogmática argentina en base a la errónea creencia de que los problemas de la teoría del tipo penal que se discuten en Alemania provienen sólo de la redacción del § 59 StGB, ha creído que no nos atañen y ha preferido la contradicción de negar la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo y excluir éste en los casos de eximentes putativas sin dar ningún fundamento. Así se ha dejado de lado la relevancia del concepto de tipo en relación al error, que es ineludible en cualquier sistema (el alemán, argentino, italiano, español, etc.) que haga depender el grado de responsabilidad del conocimiento que tenga el autor de ciertas circunstancias definidas en la ley ⁵¹.

⁵⁰ Sobre esta teoría ver: Binding, *Die Normen*, III, ps. 299 y sigs.; Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, ps. 164 y sigs.; Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* Berlín, 1930, p. 12; Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en Frank-Festagbe, Tübingen, 1930, t. 1, p. 164; Hirsch, lugar cit.; Mezger, *Wandlungen der strafrechtliche Tatbestandlehre*, en "NJW" 1953, p. 6, donde reeve posiciones anteriores. Sobre la errónea estructura lógica que subyace en una construcción de este tipo, ver la crítica precisa de Cossio, en *La causa y la comprensión en el derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, 1969, ps. 112 y 113.

⁵¹ Ver p.ej.: Soler, t. II, p. 147, y Fontán Balestra, t. II, p. 27, y discurso de Soler en la *Segunda Reunión Plenaria para el Cód. Penal tipo para Latinoamérica*, sesión del 28 de octubre de 1965, p. 407 (Public. de la Univ. Nac. del Litoral - Rosario, 1968). Cuando Soler dice: "Si A no sabe que B, a quien mata, es su padre, no puede responder por parricidio, sino solo por

En segundo lugar, y ya cuando se asignó al tipo identidad con la antijuricidad y relevancia a la conciencia de la antijuricidad, se aplicó, cuando ésta faltara por error, en forma analógica el § 59 StGB que se refiere al error sobre circunstancias de hecho⁵². En realidad este procedimiento es paralelo al que propone la teoría de la unificación. El fundamento reside aquí nuevamente en la concepción del tipo penal, que ahora se identifica con la antijuricidad, de tal manera que si el tipo es el objeto del conocimiento que es elemento del dolo, ese conocimiento alcanzará necesariamente a la antijuricidad.

Si desde nuestro punto de vista procuramos explicar cuál es el fundamento y los límites de la atenuación en los casos de eximentes putativas debemos comenzar por reconocer que, precisamente el hecho de quien obra en la creencia de que concurren ciertas circunstancias que

homicidio doloso" (*Der. pen. arg.*, § 42-XIII, p. 108), dice en verdad, que en el código argentino rige el mismo principio que establece el § 59 del Cód. Penal alemán (!). Limitar la ciencia del derecho a cuestiones de palabras no parece una solución afortunada. (Conf. Max Grünhut, *Methodologische Grundlagen*, en Frank-Festgabe, 1930, ps. 1 y sigs.) Binding, *Grundriss*, p. 109, dice: "No es la existencia del tipo legal sino el conocimiento del mismo por parte del sujeto activo lo que condiciona la imputación".

⁵² Mezger, *Strafrecht*, Berlín y München, 1949, p. 330. En idéntico sentido en la 1ª edición de 1931. Sauer, *Allgemeine Strafrechtlehre*, 3ª ed., Berlín, 1955, p. 173. Este es en definitiva el sistema que sigue coherentemente Fontán Balestra aunque sin recurrir a la analogía (ver sobre este argumento, Hirsch, lugar cit., p. 134, en referencia Mezger).

de darse justificarían su acto, también pertenece a los hechos en los que el autor produce un resultado *querido*. En efecto, el que se cree atacado quiere repeler la agresión y mata o lesiona, es decir, *quiere* el resultado que provoca. Considerar que estos hechos pertenecen al ámbito de aquellos en que es base esencial que el autor *no haya querido* el resultado, o sea a los delitos culposos, merece exactamente las mismas críticas que se plantearon con respecto al exceso.

A todo esto debe agregarse, que en los casos de eximentes putativas, lo que realmente se *da* es *un error sobre los límites de la necesidad*, o sea sobre la antijuricidad. Si no fuera un error sobre la antijuricidad ni Liszt, ni Frank hubieran necesitado crear las teorías que hemos referido y con los que procuraron resolver el caso de las llamadas eximentes putativas⁵³. En efecto, lo que se percibe en el hecho del que supone una circunstancia que de concurrir justificaría la lesión es una discordancia entre lo que el autor cree *necesario* (p. e. la defensa) y lo que objetivamente es *necesario* (p. e. porque se trata de una broma)⁵⁴.

⁵³ Ver nota 31.

⁵⁴ Welzel, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., Göttingen, 1961, p. 70, equipara los casos de exceso en la justificación y de error en los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En igual sentido, p. e., von Weber, *Negative Tatbestandsmerkmale*, en *Festschrift für Edmund Mezger*, München y Berlin, 1954, p. 183; Hirsch, lugar cit.; Niese, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, en "DRiZ", 1953, p. 20; Jiménez de Asúa, t. VI, p. 691, nº 1825.

Y si esto es así, es preciso concluir que el Código Penal argentino, en su art. 35, que se refiere al error sobre el límite de la necesidad en la justificación, alcanza tanto a los excesos intensivos cometidos sin conciencia de la anti-juricidad, como a los errores sobre la necesidad, provenientes de la falsa apreciación de la existencia de una circunstancia objetiva que de concurrir lo justificaría.

Por este motivo, la tesis mantenida hasta ahora, respecto de las eximentes putativas resulta insostenible, pues se ha creído falsamente que el objeto del error es un *hecho* porque se trata de la suposición de una circunstancia objetiva, cuando en realidad tal objeto es la "necesidad", o sea la antijuricidad o justificación de la realización del tipo.

Esta óptica equivocada del objeto del error en las eximentes putativas, determinó que "circunstancia objetiva" fuera equiparada a "hecho" y se le aplicaran las consecuencias del art. 34, inc. 1º, impunidad como delito doloso, y eventual punibilidad como delito culposo, si el autor obra con culpa (en el error) y la ley prevé esa forma del delito. Pero, en verdad no es un error sobre un hecho, sino sobre la *significación de un hecho*.

El intento de nuestra dogmática de pretender resolver mediante el art. 34, inc. 1º (en su referencia al error) la problemática de las eximentes putativas se muestra de esta forma frustrado. *En tanto la esencia de los supuestos de hecho que designamos como eximentes putativas es idéntica con la de los casos de*

exceso, será ineludible regirlos por el art. 35, C. P.

6. *Naturaleza dolosa del hecho a pesar del error sobre la antijuricidad*

1) En otro lugar⁵⁵ me he ocupado del problema de la conciencia de la antijuricidad como elemento del delito. La comprobación de que la conciencia de la antijuricidad es un componente de la culpabilidad se deduce indudablemente de la exigencia del art. 34, inc. 1º, C. P., respecto de la “posibilidad de comprender la criminalidad del acto” (que haya *podido* en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto —dice el art. 34, inc. 1º—⁵⁶, en cuyo contexto “criminalidad” no puede significar sino que el autor pueda conocer la “antijuricidad de la conducta proyectada”⁵⁷. No tendría sentido condicionar la capacidad a la

⁵⁵ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, 1970, ps. 104-105, y *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, 1966, ps. 46 y sigs.

⁵⁶ En *Culpabilidad, dolo y participación*, citado, hemos demostrado que esta frase del art. 34, inc. 1º, C. P., no tiene nada que ver con el dolo, y por eso se rechaza la proposición de Soler, lamentablemente seguida por la dogmática dominante. En efecto, en tanto la capacidad de dirigir las acciones y comprender la criminalidad del acto, debe darse *efectivamente*, también tendrá que concurrir en los delitos culposos, y por tanto esas expresiones no pueden constituir diferencia específica del dolo (!).

⁵⁷ Conf. Welzel, *Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín, 1969, p. 171. “No se requiere —dice— sin embargo, que el autor puede conocer el texto de la ley o la amenaza penal”.

posible comprensión, si la posible comprensión —como tal— no tuviera una significación.

De ello se deduce que, “la esencia de la culpabilidad consiste en no comportarse de acuerdo a una comprensión posible de contrariedad al derecho”⁵⁸.

Si tomamos en cuenta la exigencia de una posibilidad de conocimiento como elemento de la capacidad de culpabilidad y la comparamos con la solución dada para el error evitable sobre la antijuricidad por el art. 35, C. P., se refuerza al máximo la tesis según la cual la conciencia de la antijuricidad sólo requiere *potencialidad*. En efecto, esto es lo que se desprende del mantenimiento de la punibilidad para los casos de error evitable sobre la antijuricidad. Si en cambio el código hubiera eliminado totalmente la punibilidad, ello demostraría una exigencia *actual*, en el momento del hecho (de la conciencia de la antijuricidad⁵⁹), pues de no concurrir ella de esta forma, faltaría un elemento sin el cual la punibilidad es imposible (por falta de dolo).

2) Desde el punto de vista de la ley argentina el problema que ahora se presenta es el de saber si la punibilidad a título de dolo es posible cuando la conciencia de la antijuricidad

⁵⁸ Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, p. 104; Binding, en su sistema, por ejemplo, exigía un conocimiento concreto del deber como capacidad de acción (*Normen*, II, 1, ps. 117-223).

⁵⁹ Por esto mismo es objetable el párrafo correspondiente de Proyecto del Código Penal Tipo para América Latina, que determina la no punibilidad, lisa y llana en los casos de eximentes putativas.

no es actual, pero actualizable en el momento del hecho. Por conciencia actual de la antijuricidad se entiende *conocimiento psicológicamente dado en el momento del hecho*; por conciencia potencial de la antijuricidad se designa la *posibilidad de conocer la contrariedad al derecho en el momento del hecho*.

Normalmente el legislador da una escala penal más grave y otra menos grave en relación a un tipo, de tal manera que la primera corresponde al tipo doloso y la segunda al tipo culposo. En otros casos sólo da una escala y un tipo, de donde se deduce que sólo se pena el hecho doloso ⁶⁰.

De esta forma se llega al problema que enfrenta a las llamadas teorías del dolo y teorías de la culpabilidad. Ambos grupos se diferencian por el lugar sistemático que asignan a la conciencia de la antijuricidad. Para las teorías del dolo es un elemento del dolo y por tanto su ausencia evitable o no determina la exclusión del dolo, restando la punibilidad a título de culpa si el error es evitable y el código recoge un título semejante. Para las teorías de la culpabilidad, en cambio, la falta de conciencia de la antijuricidad no afecta el dolo, porque no es elemento de éste y sólo determina una atenuación del reproche cuando el error es evitable, y la exclusión de la culpabilidad cuando el error sea inevitable. Ambas teorías reconocen variedades que aquí no es necesario tratar.

⁶⁰ Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 112.

Todo consiste en saber si lo que decide la diversidad valorativa del dolo respecto de la culpa es la conciencia de la infracción del derecho (como pretende la teoría del dolo) o bien el conocimiento de las circunstancias que definen la relevancia jurídica del hecho y que determinan que éste caiga fuera del orden social. Esto no es todavía conciencia de la antijuricidad, pues ella sólo se dará en tanto el autor sepa que su acto *no está justificado*.

Para alcanzar una exacta comprensión del significado que tiene concebir el dolo como conocer y querer sólo las circunstancias del tipo penal, sin necesidad de alcanzar actualmente la antijuricidad del hecho con el conocimiento, es preciso hacer ahora algunas breves referencias al concepto de tipo penal.

Puede decirse que hoy en día no se admite un concepto meramente formal del tipo penal. Por el contrario el tipo penal, tiene un contenido material, lo que significa tanto como el contenido del tipo es una conducta "merecedora de pena" ⁶¹. Por ello, es posible afirmar que el tipo tiene por objeto aquellas conductas que caen fuera del orden jurídico social de una manera intolerable ⁶².

En consecuencia, quien conoce las circunstancias del tipo, sabe ya que su acción realiza un hecho que es socialmente intolerable, por lo que tiene un doble motivo para comprobar

⁶¹ Wilhelm Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, ps. 33 y sigs.

⁶² Conf. Welzel, *Das Neue Bild*, 4ª ed., p. 54.

exhaustivamente si le asiste una permisión excepcional para lesionar ese bien jurídico. En la medida en que de acuerdo con las circunstancias del hecho hubiera podido evitar su error, será culpable, de su hecho doloso⁶³. El propio *Binding*, al tratar del problema de la capacidad de acción y específicamente del conocimiento del deber, explica que no es lo mismo ignorar la norma que el límite entre la norma y la excepción (causa de justificación) y por ello, a pesar de seguir la teoría del dolo, establece esta importante limitación⁶⁴.

Con estos presupuestos resulta claro que el mantenimiento de idénticos efectos para el error del art. 34, inc. 1º (que excluye el dolo) y el error sobre la antijuricidad del art. 35, C. P. (que según venimos demostrando no lo altera) es contrario a la diferencia *material* que existe entre ambos errores. “Es algo básicamente distinto que al autor a pesar del completo conocimiento del tipo, le falte la conciencia de la prohibición de su conducta, o que no haya podido alcanzar el conocimiento de la prohibición a causa de un error sobre el tipo”^{64bis}. En efecto, en el primer caso, el autor

⁶³ Conf. Welzel, lugar cit.; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, “AT”, 1969, Berlín, 1969, p. 305, llama a esto “función requirente” (Appellfunktion) del dolo del tipo.

⁶⁴ *Die Normen*, t. II, p. 152, nota 29.

^{64bis} Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, p. 107. El mismo concepto está reconocido en la famosa sentencia del BGH, 2, 114. Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906, p. 181, ya vio esta función requirente del tipo penal cuando dice: “que ya la realización de un tipo sería algo en sí censurable, de tal manera que

sabe lo que hace; en el segundo no. Es aquí donde precisamente el conocimiento del tipo cumple la "función requirente" frente al autor que también ha reconocido Schröder ^{64ter}. Quien conoce las circunstancias del tipo (p. e. que lo que mata es un hombre) sabe ya de la intolerabilidad social del resultado que produce y por eso tiene que extremar la comprobación de todo cuanto determine la adecuación a derecho de este acto.

Estas consideraciones demuestran, a la vez, que la tesis de una unificación, que procura resolver el problema planteado por la sola mención del "error de hecho" que hace el art. 34, inc. 1º, C. P., choca contra la distinta significación material de las hipótesis que se designan como error de tipo y error de prohibición. Estas dificultades, son insuperables también con la posición de Mezger y Sauer que recurre a la analogía, porque ambos supuestos *no son análogos* en fazón que *materialmente no existe* tal relación. De cualquier modo, ni el recurso a la analogía ni la invocación de la teoría de los elementos negativos del tipo, han sido mantenidos en la dogmática argentina.

el saber que se mata a un hombre, que se daña una cosa ajena, etc., arroja una mala luz sobre el autor". Sin embargo es de hacer notar que Beling hace esta referencia contra los que por ese motivo que no debe requerirse una conciencia de la antijuricidad como elemento del dolor.

^{64ter} Schröder, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH*, en "MDR", 1953, p. 70. Con razón opina Arthur Kaufmann que Schröder deriva de esta comprobación errónea consecuencias.

Puede decirse que en esta investigación se ha demostrado ya que la teoría del dolo, en tanto conduce a una equiparación del error de tipo y del error de prohibición en sus efectos (exclusión del dolo en ambos) no puede sostenerse.

Ahora podemos demostrar sin problemas que la conciencia de la antijuricidad no es requisito del dolo y por lo tanto los hechos que se cometen errando sobre la antijuricidad son dolosos y por tanto se les aplica la escala penal del delito doloso.

En efecto, como dice Welzel, “la teoría del dolo no puede llevar a cabo su tesis seriamente. El dolo exige una conciencia actual y real (percepción o representación) de los elementos del tipo en el momento del hecho. Tal conciencia respecto de la antijuricidad la tiene el autor solo raramente, y le falta completamente en los casos de emoción violenta y de hechos intempestivos”⁶⁵. . . . “Por lo general, el autor «sabe» —en el mejor de los casos—, que de lo injusto de su hecho, de la misma manera que conoce las reglas de la suma y la resta y muchas otras, aun cuando no piense en ello actualmente”⁶⁶.

⁶⁵ *Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 159. Welzel cita la opinión coincidente de Kurt Schneider, *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, ps. 19 y sigs., y de Boor, *Ueber motivisch unklare Delikte*, 1959, p. 167: “Una representación de lo justo o injusto de la conducta en el momento del suceso, pertenece a las más absolutas rarezas”.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 160.

Si tenemos en cuenta que en los únicos casos en que el Código Penal toma en cuenta la emoción del autor, la atenúa, pero no la equipara al delito culposo, y si además a través del art. 35 C. P. se comprueba que el error sobre la antijuricidad, que solo excluye la conciencia de lo injusto, en tanto es evitable, es todavía punible, mientras que el error del art. 34, inc. 1º, excluye el dolo *aun cuando el error sea evitable*, la conclusión es muy sencilla: *el dolo no exige la conciencia de la antijuricidad*⁶⁷.

Ya no se puede pretender que el concepto de dolo está dado por el art. 34, inc. 1º, in fine, donde dice “comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones”, pues, *el sistema del art. 35, C. P., está demostrando que la falta de conciencia de la antijuricidad no excluye el dolo*. Es decir, que aún con una interpretación estrictamente apegada a la letra de la ley tendrá que reconocerse que el concepto de dolo nada tiene que ver con las condiciones de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) que define el art. 34, inc. 1º “in fine” y que transcribimos más arriba.

En otras palabras: si el autor de un delito, p. e., homicidio en estado de emoción violenta, *necesariamente obra sin una conciencia actual de la antijuricidad*, y su obrar sin embargo sigue siendo doloso, ello demuestra que en el Código Penal el dolo no está integrado por la conciencia de la antijuricidad.

⁶⁷ Ver mi *Culpabilidad, dolo y participación*, con otros argumentos que deben agregarse a éstos.

Contra esto no podría objetarse que el homicidio en estado de emoción violenta es una excepción a la norma general. Sobre todo porque sería absurdo ser más exigente con el autor violentamente emocionado que con el que no lo está.

Pero además, si la penalidad que establece el art. 35, C. P., no puede fundarse en la culpa —como ya se demostró— y sin embargo presupone la no-actualidad de la conciencia de la antijuricidad, la coincidencia de lo que acabamos de afirmar con las reglas establecidas para el error sobre la antijuricidad y la de ambas con la naturaleza misma de la materia reglada, conforma un triple punto de apoyo para lo que venimos sosteniendo.

3) Sin embargo, y a pesar de lo claras que resultan estas conclusiones, tenemos que ocuparnos de algún argumento que se ha deducido contra ellas principalmente en lo que se refiere a la materia misma de la regulación. En efecto, Schmidhäuser⁶⁸, entiende que no desaparecen los problemas recurriendo, como lo sostiene la teoría de la culpabilidad, a la potencialidad de la conciencia de la antijuricidad y que tampoco es fácil afirmar en los casos críticos la potencialidad de aquella⁶⁹. De esta forma Schmidhäuser sale al paso de las críticas que el finalismo y parte de los seguidores de la

⁶⁸ Eberhard Schmidhäuser, *Ueber Aktualität des Unrechtsbewusstseins*, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, Berlín, 1965, p. 355; *Strafrecht*, Tübingen, 1970.

⁶⁹ Lugar cit., p. 320.

teoría de la culpabilidad y del dolo han formulado a la teoría del dolo por dos vías distintas: a) Por un lado Welzel al afirmar que la teoría del dolo no puede sostener seriamente su pretensión de incluir la conciencia de la antijuricidad como elemento del dolo frente a los casos de acciones intempestivas y autores en estado de emociones violenta⁷⁰; y b) Por otro lado el principio de culpabilidad obliga a rechazar la idea de Mezger de dar por existente la conciencia de la antijuricidad cuando el autor tiene una concepción enemistosa del derecho, en la forma contundente en que lo ha hecho Schröder⁷¹. Pero Schmidhäuser acepta a la vez que “según el sentimiento jurídico corresponde la pena más grave para aquellos casos de acciones intempestivas que presentan la conciencia de lo injusto como dudosa, aunque no como definitivamente excluida”⁷², y por lo tanto se le hace imprescindible fundamentar una conciencia de la antijuricidad actual, también en los casos críticos.

Schmidhäuser entiende que la conciencia de la antijuricidad es dudosa en los casos críticos mientras se la analice desde el junto de vista del pensamiento dirigido a la cosa a través del

⁷⁰ Schmidhäuser distingue entre el pensamiento dirigido a la cosa a través del lenguaje (sprachgedanklich) y el libro del lenguaje dirigido directamente a la cosa (sachgedanklich). La distinción tiende a justificar la actualidad de la conciencia de la antijuricidad, en los casos en que tal actualidad aparece cuestionada.

⁷¹ *Tatbestands und Verbotsirrtum*, en “MDR”, 7-1951, p. 310.

⁷² Lugar cit., p. 321.

lenguaje (*sprachgedanklich*), “pues no se piensa siempre de la manera que se habla, sino que a menudo pensamos, de una manera, de la que sólo podemos pensar pero no hablar, es decir directamente en la cosa. La cosa misma la conocemos mediante el lenguaje y su concepto, y así la hemos recibido para disponer de ella en nuestro pensar, pero la tenemos actualmente en la conciencia sin lenguaje”⁷³.

Sin embargo, para mantener el criterio de la *teoría del dolo Schmidhäuser*, funda la exclusión del dolo en los casos en que el autor tiene una conciencia de la antijuricidad pensada directamente (*sachgedanklich*) en el momento del hecho, en que “no toda culpabilidad exige una pena” pues ello es una consecuencia del “carácter fragmentario del derecho penal”... “que no solo corresponde a la elección de los bienes jurídicos, aquellos cuya lesión será amenazada con pena, sino también a la elección entre la lesión de los bienes jurídicos según la especie y la gravedad de su reprochabilidad”⁷⁴, y concluye en establecer la exclusión del dolo en todos los casos en que el autor obra en la creencia de hacerlo de acuerdo al derecho⁷⁵.

Estas argumentaciones consistentes sustancialmente en ampliar el concepto de la conciencia de la antijuricidad, en base a consideraciones psicológicas, tienden en realidad a

⁷³ Lugar cit., p. 325.

⁷⁴ Lugar cit., p. 336.

⁷⁵ Lugar cit., p. 338.

una presunción de la conciencia de la antijuricidad que es lesiva del principio de culpabilidad. Pero, no solamente le es oponible le letra de la ley, pues, lo que nos interesa es precisamente demostrar que la solución que presentamos como solución de la ley es además coincidente con sus presupuestos materiales. Por eso, parece clara la crítica de Welzel, que afirma que esta suposición de la conciencia de la antijuricidad es “una mera ficción, o sea que *puede ser*, pero no *tiene que ser* de tal manera” ⁷⁶.

4) De todo esto es fácil deducir que quien obra excediéndose intensivamente, o bien en los casos de eximentes putativas, en la medida en que quiere el resultado típico, obra con dolo.

7. *Resumen final sobre el sistema del error sobre la antijuricidad en el Código Penal*

De lo hasta aquí dicho debe extraerse una primera conclusión inevitable: todas las hipótesis de error sobre la antijuricidad tienen un mismo régimen. Con esto se afirma que los

⁷⁶ *Lehrbuch*, p. 161. Sería excesivamente largo desenvolver aquí la cuestión de las relaciones de culpabilidad y personalidad que gravitan en estos casos (ver *Lehrbuch*, § 20, II, ps. 149 y sigs.). La opinión de Schmidhäuser en lo que respecta a sus afirmaciones psicológicas sólo se apoya en la opinión de Friedrich Kainz, *Psychologie der Srpache*, t. 1, 2ª ed. (1954), ps. 162 y sigs., y en Günter Jacoby, *Allgemeine Ontologie der Wirklichkeit*, 2 tomos (1955), ps. 789 y sigs., aunque con la aclaración de que éste maneja conceptos algo diferentes.

casos en que el error sobre la antijuricidad deriva del desconocimiento de la ley, es decir, el error de prohibición abstracto⁷⁷ o directo⁷⁸ deben regirse también según el art. 35, C. P. En efecto, no hay ninguna razón para eliminar una hipótesis que no tiene diferencias esenciales con el error sobre la antijuricidad de las eximentes putativas y con el que fundamenta la atenuación del exceso.

Por lo tanto el sistema del Código Penal en materia de error sobre la antijuricidad puede sintetizarse de esta manera:

A) Existen tres formas de error sobre la antijuricidad:

- 1) El error que se funda en el desconocimiento de la norma que es fundamento de la antijuricidad (que alcanza también al error sobre la *existencia* de una causa justificación).
- 2) El error sobre el límite de una causa de *justificación (exceso) reconocida por el ordenamiento jurídico.*
- 3) El error sobre circunstancias de hecho que de concurrir justificarían según el derecho vigente la realización del tipo eximentes putativas).

B) Deben distinguirse dos consecuencias diferentes según que el error sea evitable o inevitable:

⁷⁷ Maurach, *Deutsches Strafrecht*, "AT", 3ª ed., Karlsruhe, 1965, p. 403.

⁷⁸ Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, "AT", 1969, Berlín, 1969, p. 299.

- 1) El error sobre la antijuricidad *inevitable* excluye totalmente la culpabilidad por aplicación del principio de culpabilidad pero, deja subsistente el dolo.
- 2) El error sobre la antijuricidad *evitable*, atenúa la culpabilidad, dejando subsistente el dolo (principio del art. 35, C. P.). En este último caso deben distinguirse también dos posibilidades:
 - a') En los casos en que exista un delito culposo tipificado el margen de la atenuación estará dado directamente por la pena fijada para este delito.
 - b') En los casos en que no exista un delito culposo tipificado la atenuación deberá practicarla el juez, dentro de la escala penal del delito doloso, y *teniendo en cuenta las proporciones que, en general, guarda el legislador en estas escalas respecto de las más leves* (culpa) y en especial las del art. 44, C. P.

C) En el Código Penal argentino, el error de prohibición es una derivación de la capacidad de culpabilidad y de la esencia misma de la culpabilidad. El "error de hecho" del art. 34, inc. 1º, C. P., no solo no excluye el error de prohibición, sino que nada tiene que ver con él ⁷⁹.

En este sentido, el sistema al distinguir los efectos del error del art. 34, inc. 1º, de los errores que dan lugar a los casos del art. 35,

⁷⁹ Ver *Delitos impropios de omisión*, p. 104.

C. P., contempla con exactitud las exigencias que se derivan de la función de la pena, dando cabida a las que se han formulado como requerimiento de un sistema justo.

A nuestro juicio este es el criterio adecuado para el tratamiento de la conciencia de la antijuricidad sin negarla. Pues la solución que pretende afirmar el reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad, pero reconociendo al "error de derecho" el carácter de única excepción se apoya en una contradicción insuperable porque el único efecto que puede tener tal reconocimiento es el de asignar relevancia al error sobre la antijuricidad(!). ¿Para qué admitirla si de ello no se deriva efecto alguno? En realidad esa solución y las de la teoría de Liszt son igualmente lesivas del principio de culpabilidad⁸⁰.

8. *Error de tipo y error sobre la antijuricidad*

Brevemente queremos hacernos cargo de la distinción entre error de tipo y sobre la anti-

⁸⁰ Lucio E. Herrera, *El error en materia penal*, Buenos Aires, 1971, p. 134, hace una modificación importante tendiente a mejorar el criterio de Soler que aquí criticamos, incluyendo entre los errores sobre la antijuricidad el error sobre las eximentes que excluiría el dolo (p. 113) pero dando relevancia al art. 20 Cód. Civ., respecto de lo que llama "error en la ley penal" (es decir el error de prohibición abstracto, ver notas 86 y 97). Lamentablemente el esfuerzo está destinado al fracaso pues no resulta comprensible que ante *errores de igual contenido material*, se establezca una distinción que además carece de apoyo en lo formal (pues no surge de la ley).

juricidad y su factibilidad en el Código Penal argentino.

La cuestión parece complicarse por la expresión “error de hecho” contenida en el art. 34, inc. 1º, C. P., que fue interpretada —como se vio— en el sentido de una adhesión manifiesta del código a la teoría que concibe el error oponiendo el de hecho al de derecho.

Esta afirmación queda carente de todo soporte en cuanto se comprueba el significado del art. 35, C. P., respecto del error sobre la antijuricidad.

Sólo resta por considerar ahora hasta qué punto es susceptible de tener cabida en nuestro sistema el error de tipo como opuesto al de prohibición y regido por el art. 34, inc. 1º, C. P.

Ya hemos adelantado en otra parte que el error que se dice de “hecho”, se identifica con un error sobre las circunstancias de hecho del tipo penal⁸¹, pues, en la medida en que solo se da valor al error *esencial*, éste no puede recaer sino sobre alguno de los elementos constitutivos de la descripción típica. Contra esto nada puede oponerse.

Lo que falsearía el sistema de la ley es afirmar que el error mencionado en el art. 34, inc. 1º, es un error limitado sólo a lo *fáctico*, o sea, que no alcanzaría a los elementos normativos del tipo⁸². En este sentido caben al-

⁸¹ *Delitos impropios de omisión*, ps. 104-105.

⁸² Este problema también se le presentó a la dogmática alemana, cuyo § 59 habla de “circunstancias de

gunas reflexiones en torno a la significación del concepto de neutralidad valorativa del tipo. La “realidad del mundo social del obrar humano es una realidad de significaciones y no una realidad indiferente al sentido, como lo es la realidad de las ciencias naturales”⁸³. Por ello, los elementos normativos no tienen —como lo creyó M. E. Mayer y en alguna medida Beling— nada que ver con la antijuricidad, y sin embargo, el tipo contiene no sólo elementos que se conocen por los sentidos (fácticos) sino también otros que son espiritualmente comprensibles (normativos) y relacionados a una significación⁸⁴. Sólo en una ya lejana época de imperio de naturalismo se redujo el tipo sólo a lo fáctico y por ello el dolo debía alcanzar sólo a lo “fáctico” que subyace al concepto de “documento”, “ajenidad”, etc., mientras que el aspecto significación se vinculaba con la antijuricidad. Hoy, no hay dudas de que “la medida en que una circunstancia de hecho sea sensiblemente perceptible (“descriptiva”) o espiritualmente comprensible (“normativa”), carece absolutamente de importancia con relación al concepto de circunstancias de hecho. El

hecho” y a la italiana. Sobre esta última, y con especial referencia a los esquemas de solución brindados por los autores alemanes y preponderantemente por la teoría de los elementos negativos del tipo, ver Carlo Federico Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milán, 1961. La C. C. C. ha admitido sin dificultades el error sobre elementos normativos del tipo.

⁸³ Welzel, *Comentario* al fallo del BGH, 28-10-1952, en “JZ”, 1953, ps. 120 y sigs.

⁸⁴ *Ibidem*.

“honor” del prójimo no es menos una circunstancia de hecho que la “cosa”⁸⁵.

Contra esto no podrá alegarse que el § 59 del StGB habla de “circunstancias de hecho” y que el código argentino en su art. 34, inc. 1º, dice solamente “hecho” porque, ambas expresiones son sinónimas y el tema no consiente ser tratado como una cuestión de palabras.

Estas razones son suficientes para demostrar que el “hecho” de que habla la ley en su art. 34, inc. 1º, se refiere a la totalidad de los elementos que configuran en la ley la descripción del delito. Pero además, es evidente que no puede dársele a la expresión “hecho” otra significación que la de “circunstancias en las que consiste la descripción legal del delito en la ley”⁸⁶, pues frecuentemente “hecho” se usa en el Código como “delito”, de lo que hay una prueba acabada en el art. 62, C. P., que emplea “delito” en los incs. 1º y 2º, y en el 64 y 67, C. P., y “hecho” en el 2º, 3º, 4º y 5º del art. 62, C. P., y en los arts. 55 y 56, C. P. De esta sinonimia puede comprobarse que la ecuación “hecho” = “fáctico” conducirá a “delito” = “fáctico” con lo que no podrá nunca explicarse qué son los conceptos como “honesta”, “obsceno”, “documento”, “ajena” y otros que aparecen en el Código Penal.

⁸⁵ *Ibidem*.

^{85 bis} Conf. Binding, *Grundriss des D. Strafrechts*, “AT”, Leipzig, 1913, p. 108.

⁸⁶ “Tatbestand” precisamente vendría a significar “aquello en que el hecho consiste” (conf. Soler, *Der. pen. arg.*, t. II, Buenos Aires, 1953, p. 62; este punto del § 44 no figura ya en la 4 ed. de 1970).

Una vez demostrado esto, no puede caber duda de que el "error sobre las circunstancias de hecho" puede ser también un error de derecho en la vieja concepción, y que el error del art. 34, inc. 1º, se refiere el error de tipo, y que el Código Penal argentino contempla por un lado esta clase de errores, y por otro los que versan sobre la antijuricidad.

Las limitaciones que respecto al error de tipo presentan los tipos abiertos, determinando un desplazamiento de casos que se rigen por las normas del error de prohibición (especiales elementos del deber jurídico, elementos definitorios de la autoría, deber de cuidado exigido en el tráfico, posición de garante en los delitos impropios de omisión), aquí sólo pueden ser enunciados ⁸⁷.

Ultimamente se ha sostenido la imposibilidad de distinguir error de tipo y error sobre la antijuricidad apoyándose para ello en el argumento según el cual la palabra "*Vorsatz*" permite que la dogmática alemana alcance una construcción del dolo en que éste no integre en sí mismo la conciencia de la antijuricidad. Ello estaría permitido porque dicha expresión en el lenguaje alemán tiene tanto una significación técnica (dolo) como común (intención). El argumento proviene de Soler ⁸⁸ y es refor-

⁸⁷ Ver Bacigalupo, *Delitos impropios de omisión*, ps. 103-105.

⁸⁸ "Rev. del Colegio de Abogados de La Plata", 1964, t. IV, ps. 303 y sigs.

mulado por Sanz⁸⁹ y más tarde por Herrera⁹⁰ con respecto al problema del error. Según estos autores nuestra dogmática encontraría un escollo insalvable en la palabra “*dolo*” que necesariamente implicaría que la voluntad del resultado además incluiría la conciencia de la antijuricidad.

En primer lugar esta forma de pensar no ha reparado en la circunstancia de que *el Código Penal argentino no utiliza en ningún caso la palabra dolo* (lo que, de cualquier manera no resolvería el problema), ni en que como dice Beling las palabras latinas “*dolus*” y “*culpa*” favorecen malos entendidos.

Pero además, la argumentación se apoya en una falsa concepción de lo que significó el “*dolo natural*”. Pues, entender que “*dolo natural*” (*natürlicher Vorsatz*) significa que el dolo no se integra por la conciencia de la antijuricidad, es un error de concepto grave. En efecto, la expresión “*dolo natural*” se opone —por los autores que la han utilizado— a “*dolo culpable*”, en donde culpable se entiende en el sentido de la teoría normativa de la culpabilidad. Es decir, que “*dolo culpable*” quiere decir *substractum* psicológico del dolo más el disvalor proveniente de la inexistencia de causas que excluyan la culpabilidad (es decir la *exigibilidad* concreta de la conducta de acuerdo al derecho). El “*dolo natural*” pretende aludir sólo al *substractum* psicológico del dolo culpa-

⁸⁹ Lugar cit., p. 140.

⁹⁰ Lugar cit., p. 113.

ble. Y de esto último no se puede deducir *absolutamene* nada en relación al problema de si el dolo está integrado o no por la conciencia de la antijuricidad.

Una prueba irrefutable de esto es que para los autores que han recurrido al concepto de “dolo natural”, éste ha seguido estando integrado por la conciencia de la antijuricidad, sin dejar por eso de ser “natural”.

Por lo demás, el llamado “dolo natural” es una dudosa construcción que está destinada a resolver problemas de la accesoriedad en la participación respecto del hecho principal doloso, sin haber tenido nunca relación con el error ⁹¹.

⁹¹ Ver Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, p. 71. (Del artículo que aquí se cita hay traducción parcial española de Carlos Fontán Balestra y Ed. Fricker bajo el título *Relaciones entre autoría y participación*).

Este libro, de 2.000 ejemplares,
se acabó de imprimir en diciembre de 1973,
en los Talleres Gráficos Buschi S. A.,
Cochabamba 2271, Buenos Aires