

## **El error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación Su abordaje por la dogmática-penal.**

**Ernesto Julián Ferreira**

Trabajo final de la Cátedra

Epistemología Penal

a cargo del Prof. Ernesto Domenech

### **1. Introducción**

La pretensión de estas reflexiones tiende a analizar, desde un punto de vista epistemológico<sup>1</sup>, las diversas posiciones doctrinarias que se sostienen en torno a la denominada “justificante putativa” o “error de prohibición” (en su variante indirecta, cuando recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación). La delimitación específica del tema apunta a fijar la atención en un aspecto bien determinado de la teoría del delito que permita señalar los presupuestos (explicitados o no) de los que parten los autores que seleccionaré para abordar su tratamiento. Centraré la atención en los desarrollos doctrinarios de Sebastián Soler, Eugenio Zaffaroni (en su última obra) y Enrique Bacigalupo, en una obra específica, sin perjuicio de lo cual haré referencia a otras posiciones que se adoptan sobre el punto –en doctrina nacional y extranjera- para contextualizar, por comparación y contraste, las posiciones y premisas de los autores elegidos.

En este orden de consideraciones, resultará relevante identificar, en primer término, las características generales de la dogmática penal a los efectos de señalar los aspectos que, al silenciarse, desplazan segmentos de la problemática que pudieran tener significación en la elaboración de las posiciones teóricas.

### **2. La dogmática penal**

Tradicionalmente, los autores que, al tiempo que “hacen” dogmática penal, reflexionan acerca de las características de su labor, coinciden –en términos generales- en compartir la creencia de que la dogmática penal es una ciencia (con método y objeto propio), sin “impurezas” propias de la Política Criminal, de la Sociología, etc.

Identifican, también, al objeto de esta ciencia como la ley positiva que se les presenta como un dato y abordan su estudio con un método conceptualista, que deja como rastro del camino emprendido una serie de definiciones globales y definiciones de “elementos” (desde

---

<sup>1</sup> Entendiendo por epistemología, siguiendo a Klimovsky, el estudio de las condiciones de producción y validación del conocimiento científico. Klimovsky, Gregorio. “Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología”. Ed. A-Z editora. 2ª ed. Bs. As. 1995. Pág. 28.

el “derecho penal”, pasando por el “delito”, los “elementos del delito”, etc.) que luego se estructuran en un sistema que vincula tales conceptos en base a principios de los que se deducen consecuencias.<sup>2</sup>

En este punto se ha advertido con acierto que la elevación a dogma de la ley “dada” (propia del positivismo jurídico<sup>3</sup>) convive con un método de estudio propio del jusnaturalismo racionalista que poco se ha interesado por la legislación positiva, en su afán por encontrar reglas perennes e inmutables a la luz de las cuales juzgar la “calidad” de las normas positivas, acordándole o no el carácter de “derecho”, a partir de juicios valorativos vinculados con la justicia o injusticia de sus textos a la luz de principios superiores (respeto a los derechos naturales del ser humano por su condición de tal, compatibilidad con el ejercicio de esos derechos, etc.)<sup>4</sup>.

Otros autores, al reflexionar sobre la dogmática, toman distancia y se permiten cuestionar sus postulados.

Una visión que resulta interesante, por provenir de un ámbito jurídico que tradicionalmente se ha mostrado refractario a la utilización de métodos dogmáticos, es la que aporta John Henry Merryman. Partiendo de la idea de “tradición jurídica”<sup>5</sup> entendida como un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y el modo en que el derecho debe crearse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse<sup>6</sup>, señala que la tradición del derecho civil, fruto del desarrollo histórico de la Europa Continental<sup>7</sup>, se caracteriza por “...el positivismo legislativo, el dogma de la separación de poderes, la ideología de la codificación, la actitud hacia la interpretación de los estatutos, el acento tan especial en la certeza de la

<sup>2</sup> Domenech, Ernesto *Dogmática penal. Funciones y prácticas*, U.N.L.P., 1998, pág. 4

<sup>3</sup> En clave de filosofía jurídica, bien distinta del positivismo criminológico.

<sup>4</sup> Domenech, Ernesto. op. cit. 5. La sintética y fragmentaria visión que aporte del jusnaturalismo es meramente operativa y útil sólo en el contexto de los objetivos de este trabajo. En este sentido, creo que algunas ideas de Sancinetti relativas a que “...La dogmática siempre puede independizar su explicación del derecho positivo, del derecho positivo mismo...” (refiriéndose a las distintas soluciones pensables en materia de error) y la idea de que los conceptos de “error de prohibición” o el “contenido de la culpabilidad” sean “inmunes” al derecho positivo, son un ejemplo de este componente jusnaturalista de la dogmática. Sancinetti, Marcelo A. “Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino”. Ed. Hammurabi. Bs. As. 1990. Págs. 72/73

<sup>5</sup> Considera tres tradiciones jurídicas, en el mundo contemporáneo, como relevantes: derecho civil, derecho común anglosajón y derecho socialista. Los acontecimientos históricos y políticos desencadenados a partir de 1989, con la caída del muro de Berlín y el posterior derrumbamiento del bloque soviético (a principios de la década del '90), probablemente reducirían las tradiciones jurídicas actuales a las dos primeras, en tanto que la del derecho socialista mantendría un valor histórico o excepcional (ej: Cuba)..

<sup>6</sup> Merryman, John Henry, “La tradición jurídica romano-canónica”, Editorial F.C.E., México, 1979, pág. 15.

<sup>7</sup> Del que somos tributarios en la Argentina en virtud del “imperialismo” de Europa Occidental al que alude el autor y que –en materia de saber penal- puede vincularse con las sucesivas importaciones

ley, la denegación de facultades de equidad inherentes en el juez y el rechazo de la doctrina de “stare decisis”...” que tiende “...a empequeñecer al juez y a glorificar a los legisladores...”<sup>8</sup>

Merryman considera que, en esta tradición del derecho civil, “El concepto de ciencia jurídica descansa en la premisa de que los elementos del derecho (estatutos, reglamentos, normas consuetudinarias, etc.) son fenómenos naturales que ocurren o datos de cuyo estudio el que cultiva la ciencia puede descubrir ciertos principios y relaciones, exactamente como el físico descubre las leyes naturales mediante el estudio de datos físicos...La ciencia jurídica es también altamente sistemática. Los principios derivados de un estudio científico de los datos jurídicos se hacen casar entre sí de una manera muy intrincada. Según se descubren nuevos principios deben ser integrados dentro del sistema. **Si los nuevos datos no casan, o el sistema debe ser modificada para darles cabida o los datos deben ser modificados para que se ajusten al sistema**”<sup>9</sup>

Así, entonces, por la vía del proceso de “expansión lógica” de la materia prima (“la ley”) al que alude el autor, se deducen sucesivamente, conceptos cada vez más generales y principios cada vez más abstractos hasta construir el sistema<sup>10</sup>.

Merryman expone también que, por fuera de la pureza proclamada por “...quienes cultivan la ciencia jurídica...” y su consecuente exclusión de datos sociales, los fundadores de la tradición del derecho civil fueron cautivos de la ideología de su tiempo (liberalismo del siglo XIX), que al tiempo que pretendió proteger al individuo en su libertad y propiedad contra los abusos estatales, fue funcional a la instauración del modo de producción capitalista, transformándose bajo la “fachada de neutralidad ideológica” en uno de sus pilares fundamentales.

En línea con este pensamiento, Julio César Cueto Rúa sintetiza adecuadamente las reflexiones de Merryman respecto al rol de jueces y abogados en la tradición del derecho civil, al destacar que “...Para neutralizar el elemento subjetivo presente (la psicología del juez), se hace necesario utilizar procedimientos metódicos que no den cabida a la discreción o la valoración judicial. De la mano de la lógica, las normas jurídicas generales se colocan más allá de las peculiaridades de los casos, incluido el psiquismo del juez. La sentencia se

---

de aparatos conceptuales originados en esa zona del mundo. En prieta síntesis, Positivismo Criminológico, Sistema Liszt-Beling, Finalismo, Funcionalismo Sistémico, etc.

<sup>8</sup> Merryman, John. op. cit. pág. 102.

<sup>9</sup> Merryman, John. op. cit. pág. 112/113. Lo destacado me pertenece y señala que, más allá de que se compartan o no las consecuencias que los dogmáticos penales extraen de sus sistemas explicativos, las características del método empleado inclinan a modificar –por reinterpretación– el “dato legal” antes que reformular el sistema.

<sup>10</sup> Parece una buena descripción del modo en que los dogmáticos penales construyen la teoría del delito. Allí donde el “dato legal”, sea insuficiente o incómodo, siempre podrá echarse mano a un principio que lo “ajuste” a la teoría.

hace previsible porque ella viene a ser la consecuencia inevitable de un desarrollo silogístico...”<sup>11</sup>

Cueto Rúa extrae consecuencias de este principismo conceptualista tanto en la tarea de jueces como en la de los abogados, desde que –para su entrenamiento y formación– bastaría con introducirlos en la lógica del razonamiento deductivo para subsumir lo particular en lo general, desplazando el plano de las valoraciones en la construcción del caso, en la selección de los hechos relevantes, en la búsqueda y elección de la aplicación de la norma a ese caso “construido” y, sin pretender ser taxativos, en la selección de los significados atribuidos a las palabras de la ley. Así entonces, las preferencias que –en cada estamento– se efectúan en base a valoraciones queda encubierta por esta “Gran Ilusión” metodológica, supuestamente “inmune” a impurezas axiológicas.

Carlos Santiago Nino, por su parte, problematiza el carácter científico de la tarea dogmática y considera que la atribución de tal carácter a esas elaboraciones conceptuales parte de una definición convenida de ciencia que incluya a la dogmática en su denotación y que se explicaría en virtud del significado emotivo favorable de la palabra “ciencia” por el prestigio que la sociedad moderna le acuerda a las actividades así rotuladas.

Para no reiterar ideas ya expuestas por Merryman y Cueto Rúa, me interesa destacar aquí<sup>12</sup> que la adjudicación al “legislador” de facultades sobrenaturales (singular, imperecedero, omnisciente, operativo, justo, coherente, preciso en su voluntad y proveedor de regulaciones para todos los casos pensables) es la que permite a la dogmática, por la vía de la sistematización del orden jurídico, la formulación de teorías y la búsqueda de naturalezas jurídicas, la reconstrucción del supuesto dato al que subordinaría su labor (la ley), encubriendo esta función al partir de la idea de perfección del lenguaje jurídico. Los principios que se construyen, y que se presentan como una derivación del texto legal, permiten dar prácticamente cualquier solución y presentarla como “extraída” de la ley, cuando en verdad es el resultado de la propia labor reestructora del dogmático, sin explicitar los criterios axiológicos que inclinaron la preferencia por determinada significación de las palabras de la ley, por la construcción de determinado modelo conceptual en lugar de otro, etc.

En este sentido, Nino destaca que “...La *descripción* que la dogmática jurídica hace del derecho no constituye generalmente, una reproducción fiel de su objeto de estudio, puesto que no se suelen poner de manifiesto claramente las diferentes alternativas que pueden presentarse en la interpretación de las normas jurídicas (tendiéndose a presentar a una de ellas como la única interpretación posible) y se hace aparecer como parte del

---

<sup>11</sup> Cueto Rúa, J.C. “La Justicia, los jueces y los abogados”. Disertación. Universidad Nacional de Tucumán.

<sup>12</sup> Domenech, Ernesto. op. cit. pág. 5 y ssgtes.

sistema jurídico que se describe ciertos principios, distinciones conceptuales, teorías, etc. que son en realidad el producto de la elaboración de la propia dogmática. Por otro lado, la labor de reconstrucción del sistema también es insatisfactoria, ya que, al no presentársela como tal, sino como descripción de lo que está implícito en el sistema positivo, no se articulan los principios valorativos en que se basan las soluciones originales que propone la dogmática. Esto determina, en primer término, que no haya una discusión exhaustiva y abierta acerca de la justificación de tales principios y, en segundo lugar, que no haya un intento serio por formular un sistema coherente de los principios que están detrás de las soluciones que la dogmática propone para reconstruir el sistema....”<sup>13</sup>

Así, entonces, las sucesivas deducciones de conceptos generales y de principios abstractos conducen a que sea lo dado –la ley- lo que se modifica en pos de la coherencia interna del sistema, soslayando otra vía pensable, “mejor” o “peor” en sus consecuencias, pero radicalmente distinta en su método, que sería la reconstrucción de la ley a partir de la (re)construcción del caso. Frente a esta objeción, el dogmático sostendrá que, de ese modo, se impugna cualquier sistematización y que se pretende una singularidad de respuesta pragmática frente a cada caso particular. En tal sentido, se ha señalado que “...La solución de los casos ubicados en la zona periférica semántica de los términos de la ley (la “penumbra”) no sólo requiere respetar dicha ley, sino una teoría de la pena estatal explícita, o al menos explicable, que el juez, como vamos a dar por supuesto en principio, pueda deducir, posiblemente con razón, de consideraciones referidas al caso concreto que se hallen en conexión con la adscripción a una determinada concepción político-criminal. Sin embargo, desde el momento en que se adopte más de una decisión de este tipo, debe existir un instrumento de control y de crítica con cuya ayuda pueda comprobarse la consistencia de la decisión individual, en el sentido de su compatibilidad lógica....”<sup>14</sup>. Este tipo de razonamiento cierra la posibilidad, por reducción a un único paradigma explicativo, de otras alternativas de abordaje de la ley diversas a la tarea dogmática propia del derecho continental europeo<sup>15</sup>, desde que –en definitiva- intenta evidenciar que sea por la vía de las conceptualizaciones y reconstrucciones del dato legal o por el análisis de una serie de decisiones jurisprudenciales, sería imposible escapar del sino clasificador y conceptualizador.

Analizaré en particular la posición de Zaffaroni respecto de la dogmática penal expuesta en su última obra. Creo que, respecto de Sebastián Soler, no cabe otra consideración que inscribirlo como uno de los más conspicuos representantes de una clásica dogmática penal, con las características señaladas por Nino, Merryman y Cueto Rúa.

---

<sup>13</sup> Nino, Carlos Santiago, “Introducción al análisis del derecho”, Ed. Astrea, Bs. As., 1988, pág. 340

<sup>14</sup> Schunemann, Bernd. “La función de la delimitación de injusto y culpabilidad” en “Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal”. Págs. 211/212. José María Bosch Editor. Barcelona. 1995.

Basta para ello una breve cita: “Ante los eventuales desacuerdos entre un derecho positivo y una opinión particular, generalmente presentada como derecho ideal, la dogmática se atiene al prudente consejo de Beling: es hermoso por cierto, que el derecho se mantenga en armonía con los demás reguladores de la vida ‘pero si así no ocurre, a la validez jurídica de los preceptos no puede quitársele una coma’.”<sup>16</sup>

En cuanto a Enrique Bacigalupo, debe destacarse su crítica a la concepción dogmática tradicional que expone en su artículo “Sobre Dogmas y Dogmática Penal” y la “degradación” de los axiomas al nivel de hipótesis. Así, menciona como hipótesis de partida de la tarea del dogmático, que no pueden quedar exentas de crítica: a) una serie de decisiones y elecciones teóricas en base a las cuales se inicia la cadena de argumentativa – puntos de partida “extra-legales”- (Ejs: criterios relativos a la “esencia” de la pena, los métodos de interpretación posibles con independencia de que el texto legal los establezca, etc.). b) las definiciones de los criterios de selección de los distintos axiomas que resulten compatibles con el derecho positivo, destacando que el conflicto entre tales criterios de selección no tiene solución alguna y c) la definición de las propiedades de una teoría para ser admisible.

De tal modo, propone una superación de la concepción tradicional que incorpore a la tarea “dogmática” la explicitación de las razones (intra y extrasistemáticas) que fundamenten las diferentes teorías, para abrir la discusión sobre “...cuestiones mantenidas frecuentemente en la sombra...”, destacándose la necesidad de conciliar la supuesta contradicción entre conocimiento y decisión, dotando de racionalidad a estas últimas.

### **3. La dogmática según Zaffaroni.**

Caracteriza a la dogmática jurídica como un metalenguaje manifiesto que descompone el texto legal en elementos simples (dogmas) para luego construir una teoría interpretativa. Según este autor<sup>17</sup>, esta teoría debe responder a tres reglas básicas: a) completitud lógica (no ser interiormente contradictoria) b) compatibilidad legal (o sea que no puede postular decisiones contrarias a las normas, que no son exclusivamente las leyes penales, sino –en especial- la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos que deben prevalecer frente a las normas de grada inferior) y c) armonía jurídica, según la cual debe ser simétrica, no artificiosa.

---

<sup>15</sup> La tradición jurídica romano-canónica descrita por John Henry Merryman.

<sup>16</sup> Soler, Sebastián. Derecho Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”. Ed. Tea. Bs. As. Ed. Actualizada por Guillermo Fierro. Tomo I pág. 29.

<sup>17</sup> Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Stokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar. 2ª Ed. Bs. As. Argentina. Año 2002, Págs. 79/80

Destaca<sup>18</sup> que la tarea dogmática necesita de un punto de partida extralegal<sup>19</sup>, desde que el camino que se inicia con la tarea dogmática no puede ser pensado sin un destino al que quiera llegarse. Zaffaroni presenta como posibles destinos del saber penal, en términos sintéticos: 1) ser garantizador (acotante del poder punitivo) ó 2) autoritario (supresor de límites del poder punitivo). Esta decisión, ineludible, por un objetivo político extrasistemático, se explica en cuenta de su particular concepción de la pena y del saber penal. Muy simplificada, podría señalarse que –según Zaffaroni- la pena es irracionalidad y el saber penal es una herramienta que los operadores de la agencia judicial deben utilizar para poner límites a esa irracionalidad<sup>20</sup>.

En este contexto es que este autor distingue entre “sistemas de comprensión” teleológicos o clasificatorios. Los primeros se elaboran presuponiendo una funcionalidad política y social en tanto que los segundos se limitan a ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes omitiendo toda referencia al objetivo que persigue el saber penal.

Expresamente, conforme lo hasta aquí dicho, Zaffaroni propone una sistemática teleológica con sentido acotante.

Considero pertinente destacar que es un elemento clave en el planteo de Zaffaroni la inclusión de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos como “datos” normativos fundamentales para la labor del juez al permitirle tender hacia un Estado Constitucional de Derecho por la vía del control de constitucionalidad en la tensión permanente que se afirma existente entre “estado constitucional de derecho” y “estado de policía”. Ello así por cuanto expande el campo de referencia de la segunda regla enunciada para la construcción teórica (compatibilidad con las normas) y permite al operador que adhiera a la función política acotante, despejar los obstáculos que la formulación de las reglas penales (con jerarquía infraconstitucional) pudieran presentar al logro de ese objetivo.

El señalamiento permanente que Zaffaroni efectúa del control de constitucionalidad jurisdiccional difuso como herramienta jurídica para alcanzar ese fin se ve favorecida por las características propias de las normas constitucionales y de los tratados de derechos humanos. (a las que, en el transcurso del tiempo, se les asignan distintos contenidos de conformidad con la situación histórica y social, interpretación dinámica mediante).

En cuanto a la Constitución Nacional, los múltiples techos ideológicos que la informan, como producto histórico, en sus diversas etapas hasta nuestros días (constitucionalismo clásico –1853/1860 y la reforma de 1898; constitucionalismo social,

---

<sup>18</sup> Y en este punto es novedoso respecto a la “dogmática tradicional”

<sup>19</sup> Coincide en esto con Bacigalupo.

<sup>20</sup> No se pretende aquí un desarrollo exhaustivo de las razones que presenta el autor citado para arribar a esta conclusión. Esta premisa, que aparece de modo recurrente en toda la obra, se encuentra apuntalada en una serie de consideraciones históricas, sociológicas y políticas como datos

iniciado con la sanción de la Constitución de 1949, luego derogada y, en definitiva, por la inclusión del art. 14 bis en 1957, acentuado por la reforma de 1994; y el constitucionalismo de tercera generación –derechos de incidencia colectiva–, inscriptos en el texto constitucional en la última reforma, ej: art. 41) le permiten a este autor darle una significación acorde al objetivo político planteado, haciendo pié en reglas tan generales que son susceptibles de ser interpretadas en cualquiera de las claves políticas posibles. Así, a mero título ejemplificativo, cuando se deriva del sistema republicano de gobierno la obligación de racionalidad de los actos de gobierno se le da un significado a esta “racionalidad” acorde al planteo general que, inmediatamente, sirve para fundar en ese principio constitucional reinterpretado, la legitimidad de la función acotante de los jueces (que aportan racionalidad) frente a la afirmada irracionalidad intolerable de la criminalización primaria y/o secundaria.

Similares reflexiones pueden señalarse en torno a los tratados de derechos humanos<sup>21</sup>. Cuando Zaffaroni se encuentra con una disposición como la contenida en el párrafo 6º del art. 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que establece que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad es la reforma y readaptación social de los condenados, presentándose como un obstáculo<sup>22</sup> a su teoría agnóstica de la pena, acude a datos de las ciencias sociales para reinterpretar ese texto como compatible con su concepción aludiendo a que “...si un conocimiento científico técnico demuestra que la ley previa a éste imponía algo de imposible realización, la ley no pierde vigencia, sino que lo adecuado es que el intérprete la entienda como imponiendo lo más cercano posible a lo que aspiraba dentro de lo que el nuevo conocimiento admite como posible. En tal sentido debe interpretarse que obliga a extremar los cuidados para evitar que la prisionización acentúe sus estructurales caracteres deteriorantes y a ofrecer (no imponer) la posibilidad de que los prisionizados aumenten sus niveles de invulnerabilidad al poder punitivo...”<sup>23</sup>

Hay, en definitiva, un mecanismo de desplazamiento y disolución de los datos normativos con posibles significaciones incompatibles con la postura predogmática asumida, que se mueve en un doble ámbito. El estrictamente normativo en los casos de que reglas de grado inferior, por la vía del control de constitucionalidad o de reinterpretación compatible. O

---

del “ser” que, según Zaffaroni, no pueden obviarse bajo el simple pretexto de que “contaminarían” la lógica del “deber ser”

<sup>21</sup> Sin olvidar que, en general, en la génesis de los tratados confluyen diversidad de tradiciones jurídicas que alejan –todavía más– la idea de un Legislador Único en materia de DD.HH. Es cierto que este tipo de tratados no supone un pacto entre Estados (a modo de sinalagma), sino el reconocimiento de derechos y la obligación de los Estados Partes de garantizarlos, pero –al menos en su gestación– también están alcanzados –como las leyes nacionales– por la multiplicidad de voces que culmina en redacciones transaccionales.

<sup>22</sup> Bautizado como “argumento exegético contra la teoría negativa” y que descalifica por no superar el contenido semántico inmediato de las palabras, por cerrar el discurso a todo dato de realidad, por ser refractario a la problematización de los conceptos y por pretender que el derecho penal no debe asentarse sobre ninguna decisión política ni ocuparse de su funcionalidad.

<sup>23</sup> Zaffaroni. op .cit. pág. 55

bien, una contraposición entre los datos de realidad y las reglas, que conducen al mismo resultado corroborante de la opción acotante.

Debe reconocerse la singular honestidad intelectual de esta explicitación de un objetivo político en la tarea dogmática. Sin embargo, por fuera de que tales reflexiones pudieran compartirse y aún cuando se consideraran corroboradas las hipótesis que plantea en torno a la ausencia de datos de realidad que permitan cohonestar legitimación alguna a la pena, lo cierto es que, en clave epistemológica, ese criterio se alza como una especie de tribunal de última instancia<sup>24</sup> de todas las posturas doctrinarias pensables. Aparece así una suerte de sistema binario (acotante-no acotante, tributario del estado de policía – reforzador del estado de derecho, autoritario-liberal, etc.) en que podrían clasificarse y etiquetarse todas las reflexiones acerca del tema penal, sin que sobre señalar que la vaguedad y ambigüedad de los términos que distinguirían a unas y otras posturas no pueden proporcionar un criterio de respuesta unívoco, puesto que lo que para algunos puede resultar una decisión que acote racionalmente el poder punitivo, puede ser considerado insuficiente –en términos de reducción del poder punitivo- para otros.

La instauración de este baremo epistemológico que valida saber<sup>25</sup> puede pensarse no sólo como una consecuencia de la apertura a los datos de realidad, sino también como la derivación de plantear la discusión en el marco de la teoría del Estado y las bases fundantes de la legitimidad del poder político. El debate y la disputa por ese baremo de validación sólo es posible a este nivel desde que una vez aceptadas las premisas de las que parte el autor, cualquier desarrollo de dogmática penal no puede escapar de esa lógica binaria – paradójicamente “insegura”- a la que ya he referido.

De alguna forma, Zaffaroni permeabiliza la dogmática penal, posibilitando el ingreso de datos de realidad, asigna un significado a esos datos para corroborar su opción política predogmática acotante y clausura inmediatamente otros significados posibles de tales datos, instituyendo un esquema binario de validación que no puede evitarse sin problematizar y cuestionar, en todo o en parte, la opción predogmática.

Sobre este punto cabe señalar que Zaffaroni sostiene que “...la funcionalidad política de los conceptos jurídicos no es más que un dato óntico; el sistema puede asumirla y expresarla, en cuyo caso la hace manifiesta, pero cuando no lo hace, lo único que logra es dejarla latente...”<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Una peculiar “Norma Hipotética Fundamental” Kelseniana (sin pretender por esto emparentar filosóficamente la “Teoría Pura del Derecho” con la “Teoría Agnóstica de la Pena”).

<sup>25</sup> O lo condena al rol de legitimador de irracionalidad punitiva, agitando en algunas oportunidades un incómodo parentesco de esas voces discrepante con posiciones totalitarias (nacionalsocialismo alemán, stalinismo, doctrina de la seguridad nacional, etc.). Este esquema podría ser utilizado, también, para administrar “prestigio académico”.

<sup>26</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 82.

No hay, entonces, neutralidad política ni ideológica en el saber dogmático, pues el método y el objeto de la dogmática dependen de una decisión política previa

Y estas reflexiones no demuestran, ni mucho menos, que la opción epistemológica de Zaffaroni sea incorrecta o inadecuada. Apenas, advierten la dialéctica constante en su obra entre “datos normativos” y “datos sociales” y la irrupción de una opción política previa que no se resume a meras concesiones que la dogmática debiera hacer a criterios de política criminal, sino a un aspecto fundante como es el ejercicio mismo del poder punitivo y su reinterpretación como irracionalidad que –en más o en menos- pugna por expandirse.

Con sagacidad, Zaffaroni no abjura de las sistematizaciones propias de la dogmática sino que las subordina al objetivo reductor, justificando la construcción del sistema en la necesidad de brindar a los jueces un modelo racional que permita reducir con inteligencia –a través de decisiones fundadas- los desbordes punitivos irracionales de las agencias políticas (en particular, de la ejecutiva y la legislativa).

Estas consideraciones ponen en el centro del escenario la discusión acerca del fundamento y legitimidad misma de la coacción estatal en forma de pena que tradicionalmente se silenció, en pos de mantener la “pureza” dogmática.

Es que, más allá de que se considere que el poder punitivo pueda o no legitimarse, la particular intensidad que en la vida del ser humano supone la intervención estatal penal, pone de manifiesto que se trata de un fenómeno de poder, de subordinación de unos a la coacción de otros. Esta realidad es la que –por detrás de las filigranas conceptuales- emerge en la obra de Zaffaroni como objeto de discusión y de debate<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> En este punto señalaré algunas inquietudes que, admito, no he podido resolver satisfactoriamente. (En las siguientes consideraciones prescindiré de citas normativas y doctrinarias porque son el resultado de reflexiones que no las necesitan y aludiré –especulativamente- a mecanismos de participación ciudadana que, acaso, podrían considerarse vedados por el texto constitucional –art. 39-). Si este debate es político y si admitimos que uno de los criterios dirimientes de ese tipo de discusiones es el de la relativa preeminencia de la decisión mayoritaria de los ciudadanos con derecho a participar en la formación de la voluntad política del estado (partiendo de una idea de democracia representativa, con sufragio libre, igual, universal, secreto, etc.) ¿es posible pensar en someter a uno o a una serie de periódicos plebiscitos la elección por una teoría legitimante o una teoría agnóstica de la pena que venga precedido de un amplio debate público en que el Estado garantice un mínimo de “reglas de juego” que incluya, por supuesto y entre otras cosas, una razonable igualdad de acceso a los medios de comunicación masiva de los sostenedores de ambas posiciones? ¿Y si esto es pensable, cuál debe ser el margen de acatamiento de la “agencia jurídica” a esa voluntad mayoritaria, cualquiera sea su sentido, si advertimos que el reconocimiento de derechos y garantías en las constituciones y los Tratados Internacionales se han considerado irrenunciables frenos a la “dictadura del número” que deben ser operativizados por los jueces en el clásico sistema de “check and balances” del constitucionalismo liberal? Por otra parte, ¿hasta qué punto es sustentable un sistema político que ponga en pugna a las decisiones mayoritarias y a alguno de los poderes del Estado? Peor aún, si considerásemos que –por múltiples y atendibles razones- ciertas cuestiones no pueden ser decididas por el criterio de las mayorías ¿cuál es el límite a partir del cual se podrá poner en cuestión la legitimidad democrática del ejercicio del poder político por desconocer un, claro está, “dogma fundante” como lo es el principio de soberanía popular? ¿Estas preguntas sólo evidenciarían una alucinada y anacrónica ilusión contractualista que no responde a los datos de la realidad política que niegan –en los hechos- la operatividad del “dogma fundante” de la democracia? Los interrogantes podrían multiplicarse y ensayar las respuestas no haría otra cosa que negarse a

#### 4. El error sobre la “criminalidad del acto” en la dogmática argentina

Liminarmente, cabe destacar que utilizaremos algunas definiciones operativas que nos permitan avanzar en el tema, sin que ello implique adoptar rígidamente una posición teórica determinada. Esta elección aparece como necesaria frente a la profusa bibliografía existente sobre el tema y la diversa terminología con que se menta el problema. Asimismo, adoptaremos una definición analítica del delito (acción típica, antijurídica y culpable<sup>28</sup>) sin problematizar todos y cada uno de sus componentes pues ello resultaría una tarea que excedería notoriamente los límites de este trabajo.

La inquietud epistemológica que suscitan estas consideraciones deriva, en primer lugar, de las múltiples y variadas construcciones conceptuales que se han ensayado sobre el tema, pese a que el texto legal argentino es muy austero al regular la temática del error.

El art. 34 inc. 1º del C.P. establece que:

**“No son punibles:**

1. **El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones....”**

#### **Art. 35 del C.P.<sup>29</sup>**

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

#### 5. Causalismo y Finalismo frente a la justificante putativa o error de prohibición.

En términos generales<sup>30</sup>, causalismo y finalismo clásico<sup>31</sup> abordan de modo diferente la problemática relativa al denominado “error de prohibición” en virtud de partir de conceptos distintos de acción<sup>32</sup> y de dolo.

seguir pensando, sin perjuicio de lo cual una herramienta conceptual que sería útil para reflexionar sobre este tema podría ser la idea del “velo de la ignorancia” propuesto por John Rawls en su Teoría de la Justicia, para dar contenido al “contrato social” (Principio de Libertad – Graduación de igualdades y desigualdades tolerables – Principio de Rectificación – Principio de Justo Ahorro).

<sup>28</sup> Analizar aquí si la punibilidad forma parte de esta definición nos alejaría del tema propuesto.

<sup>29</sup> Se incluye en virtud de la propuesta de Bacigalupo que veremos más adelante.

<sup>30</sup> La generalización, aunque pueda desdibujar matices, es imprescindible para avanzar en el desarrollo del tema y prescinde –conscientemente– de ingresar en el análisis de la teoría de la acción humana, que es la divisoria de aguas entre las dos corrientes.

<sup>31</sup> En “La pequeña historia del dolo y el tipo”, L.L. 1972 T 148 págs. 1063/1076 Carlos Santiago Nino plantea que muchas de las discrepancias entre ambas corrientes se derivan de partir de bases dogmáticas y definiciones distintas de conceptos que se mencionan con las mismas palabras.

<sup>32</sup> Una síntesis de la polémica en Zaffaroni, op. cit. 399/410.

La primera de tales corrientes doctrinarias, que construye el concepto de dolo a partir del art. 34 inc. 1º del C.P., sostiene que la comprensión de la “criminalidad” es un elemento del dolo analizándolo al nivel de la culpabilidad. Se ha denominado “dolo malus” al concepto resultante de este abordaje en virtud de que conllevaría una valoración negativa de la conciencia no sólo del hecho sino de su significado antijurídico. Un error que afecte la comprensión de la “criminalidad” excluye el dolo al eliminar una de sus partes integrantes. De este modo, las consecuencias sistemáticas que se asignan a esta clase de error son idénticas a las que se derivan de un error acerca de los elementos del tipo (“error de tipo”). Así, entonces, si el error es invencible conduce a la impunidad por falta de dolo y culpa, en tanto que si es vencible da lugar a responsabilidad culposa.

El finalismo redujo el dolo a conocer y querer los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación jurídica. El dolo se convirtió en “avalorado” o “dolo natural”. El dolo, entonces, se ubica a nivel típico pero sin abarcar la comprensión de la antijuridicidad que permaneció en la culpabilidad separada del dolo. En consecuencia, un error de prohibición no puede excluir el dolo, basándose en la idea de que la comprensión potencial de la antijuridicidad se erige en un requisito de la culpabilidad. La falta de esta comprensión –por vía de error- no afecta el dolo avalorado que se afirmó a nivel de tipicidad (subjetiva).

Estas afirmaciones requieren algunas explicaciones complementarias. En el esquema finalista welzeniano, la culpabilidad se hace depender del “poder actuar de otro modo” (concepción normativa de la culpabilidad), con lo que el error de prohibición es relevante en cuenta de que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo.

Si ese desconocimiento de la prohibición es inevitable o invencible no cabe juicio de reproche alguno. En cambio, si ese desconocimiento es evitable porque el sujeto pudo conocer la prohibición, actúa culpablemente, aunque con menor intensidad en la medida en que ese desconocimiento reduzca la reprochabilidad. Para limitar las consecuencias lógicas de este esquema, el finalismo sostiene que el error burdo (ej: un ciudadano medio, sin socializaciones exóticas ni patologías mentales, que alegue creer que matar no está prohibido) no puede siquiera disminuir la reprochabilidad del hecho.

En lo que aquí nos interesa, las diferencias conceptuales de una y otra corriente conducen a soluciones diversas en los casos de errores vencibles que recaigan sobre los supuestos de hecho de una causa de justificación. (Ej: alguien cree equivocadamente, y por un defecto de atención o prudencia, que es objeto de una agresión).

La teoría estricta del dolo respondería que, en ese caso, el error excluye el dolo, en virtud –claro está- de la definición de la que se parte de este concepto en el que se incluye el conocimiento de la antijuridicidad.

La teoría limitada del dolo, corrige la definición de dolo o los alcances del error, señalando que la impunidad por falta de dolo no sería invocable si el supuesto error fuera incompatible con una sana intuición sobre lo justo y lo injusto, solucionando el vacío de punibilidad que, de asumir la teoría estricta del dolo, aparecería en los casos de error vencible, si no existe un tipo culposo que releve lo “imputable” del error.

La teoría de la culpabilidad estricta, entiende subsistente el dolo (también por definición, pues se lo conceptúa avalorado, carente de conocimiento cierto acerca de la antijuridicidad) con lo cual la repercusión del error sólo se verificaría a nivel de culpabilidad que podría excluirse, atenuarse o mantenerse sin modificación alguna, según el error sea invencible, vencible o burdo.

La teoría de la culpabilidad restringida se diferencia de la estricta en la solución que brinda para los casos de suposición errónea de supuestos de hecho de una causa de justificación. Propicia que se resuelvan tales casos conforme la respuesta que brinda la “teoría del dolo” (impunidad o imprudencia, según que el error sea vencible o invencible).

Como vemos, a la inicial distinción entre error de tipo<sup>33</sup> y error de prohibición<sup>34</sup>, se agrega otra que diferencia la invencibilidad o vencibilidad del error que, es la que presenta mayores consecuencias. Centrando la atención en el error de prohibición, para distinguir su vencibilidad o invencibilidad, la doctrina hecha mano a una serie de pautas vinculadas a: a) diferenciar delitos naturales de delitos de creación política, siendo excusable sólo la ignorancia de las leyes referidas a los segundos, b) distinguir el error de normas centrales o fundamentales y el que recaiga sobre normas disponibles, admitiéndose el error sobre las primeras sólo en los casos de socialización exótica, c) en el caso de error sobre supuestos de hecho justificantes, establecer la exigencia de un deber de información por la “función de llamada” que se generaría en el sujeto, el saber que realiza un tipo doloso (ej: que mata a otra persona), sugiriéndole que –en principio- no debe realizar esa conducta.

## **6. Reconstrucciones dogmáticas de los preceptos penales en cuestión con relación al error.**

Zaffaroni efectúa un análisis de la temática del error como elemento negativo del dolo –error de tipo- (ubicado en la tipicidad) y como un aspecto de la teoría de la culpabilidad –error de prohibición-.

---

<sup>33</sup> Que recae en elementos del tipo objetivo y que elimina el dolo en cualquier caso, restando una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible

<sup>34</sup> Que recae sobre la antijuridicidad de la acción y que Zaffaroni subclasifica en error de prohibición en sentido estricto (el sujeto no sabe que la acción abarcada por el tipo está prohibida) y error de permisón (el sujeto cree que está justificada). Estos errores, si son invencibles, eliminan la culpabilidad, en tanto que si son vencibles sólo atenúan el injusto doloso.

Empero, antes de desarrollar sus conceptos en torno a esta terminología, intenta hacer pié en el texto legal para cumplir con la segunda regla de toda teoría por él definidas (compatibilidad con las normas).

A estos efectos, comienza por señalar la oscuridad de la distinción entre error de hecho y error de derecho y la incompatibilidad de la irrelevancia del “error juris” con el principio de culpabilidad.

Asimismo, niega que el art. 20 del Código Civil se refiera a la ley penal, señalando que el título primero de ese código se refiere a la legislación en general siempre que sea compatible con la rama del derecho de que se trate. Que, entonces, si el art. 16 que prescribe la analogía, no puede aplicarse al derecho penal (por los principios de ley previa, escrita y estricta), entonces el art. 20 tampoco lo sería, haciendo pié –también– en un argumento histórico relativo a que Vélez no citó –en la nota del precepto civil– la Partida referente a la ley penal.

En cuanto a la expresión “de hecho” del art. 34 inc. 1º, Zaffaroni señala que puede referirse tanto al “error” como a la “ignorancia” interpretando la disyunción “o” de modo inclusivo o bien sólo a la “ignorancia” (dándole a “o” un significado exclusivo: uno u otro). Hasta aquí encontramos que el autor detecta y nos informa de una ambigüedad en la regla derivada de la equivocidad de la conexión sintáctica.

Inmediatamente, el autor “resuelve” el problema optando por vincular la expresión “de hecho”, únicamente a la “ignorancia”, por resultar “...la interpretación más restrictiva de punibilidad y también por su compatibilidad con la Constitución y el derecho internacional...”<sup>35</sup>, con lo que nos expone un criterio de actuación que puede compartirse o no, pero del cual no puede predicarse, en rigor, verdad o falsedad.

Otros autores<sup>36</sup> ni siquiera apuntan este problema y directamente asignan el mismo significado a “error” e “ignorancia” vinculando a ambos como referidos a “hecho”. Zaffaroni, como vimos, efectúa un procedimiento contrario, aludiendo a que sólo la ignorancia se vincula a “hecho” en tanto que el error podría referirse tanto a lo fáctico como a lo jurídico.

Unos y otros, una vez que hacen pié –de alguna u otra manera– en el texto legal, despliegan una serie de conceptualizaciones que no vienen mentadas en la ley relativas a la vencibilidad e invencibilidad, la esencialidad o accidentalidad que –en rigor– son el resultado de otros desarrollos de la teoría del delito (causalistas, finalistas, etc.) en las que la problemática del error es sólo un capítulo que debe ser incardinado coherentemente en esa matriz explicativa.

---

<sup>35</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 532. Se observa, en este caso, un ejemplo de lo que referíamos antes en cuanto a que la opción política predogmática por acotar el poder punitivo es un baremo epistemológico para validar la elección de una interpretación frente a otras posibles.

<sup>36</sup> Soler, Sebastián. Derecho Soler, Sebastián “Derecho Penal Argentino”. Ed. Tea. Bs. As. Ed. Actualizada por Guillermo Fierro. Pág. 98 y ssgtes.

No sorprende entonces que lejos de identificarse los problemas propios del texto legal, se salteen esos obstáculos para sumergirse de lleno en el ámbito de las definiciones<sup>37</sup> y las abstracciones en las que los dogmáticos se desenvuelven –conforme su tradición y entrenamiento- con mucha mayor soltura, habilitándose –asimismo- una importación directa (sin ninguna “barrera arancelaria”<sup>38</sup>) de las producciones dogmáticas foráneas (en particular alemanas), que hasta repercute en la organización expositiva de obras nacionales que parecen seguir el orden de tratamiento del problema del error en ese Código Penal. Con ese esquema, las soluciones a las que se arriba atienden a la dinámica propia de esas explicaciones que, a su vez, pueden ser reformuladas por la vía de nuevas distinciones y clasificaciones ante el “caso problemático” cuya solución sistemática no convence, por razones que –explicitadas o no- son extrasistemáticas y que se presentan bajo diferentes rótulos (solución injusta, inconveniencia político criminal, etc.)

Zaffaroni postula un criterio particular para verificar la evitabilidad del error de prohibición, partiendo de la premisa de que debe valorarse siempre “...en relación al sujeto en concreto y sus posibilidades...” y en base a los siguientes criterios: a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información, b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del período de que disponga para la toma de decisión y c) si al autor le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo cual no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento, y con un estándar mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla.<sup>39</sup>, señalando en definitiva que la estimación del error debe tener en cuenta las condiciones personales del agente sin que pueda acudirse a ninguna figura imaginaria con pretendida objetividad.

En materia de error de prohibición indirecto, Zaffaroni se inscribe como tributario de la teoría de la culpabilidad estricta, señalando que “...no es posible sostener que la justificación putativa elimine el dolo, puesto que éste queda afirmado en el nivel de la tipicidad...”<sup>40</sup> Explica que los intentos doctrinarios por excluir esta solución en los casos de error vencible (falsa suposición de una situación objetiva de justificación) se sustentan en

---

<sup>37</sup> Mutándose hasta el rótulo de la temática de la “clásica” distinción “error de hecho-error de derecho” a la más “moderna” diferenciación entre “error de tipo-error de prohibición”. Las comillas pretenden neutralizar el efecto emotivo que cargan las palabras “clásica” y “moderna”.

<sup>38</sup> La ironía se justifica en tanto que, una vez que se unifican las terminologías, es irrelevante que los textos legales y los problemas suscitados en torno al error en nuestro país y en Alemania puedan presentar diferencias. Ocultadas las lejanías y extrañezas derivadas no sólo del lenguaje natural (mediatización de las traducciones) sino de los demás elementos contextuales (históricos, políticos, económicos, sociales, etc.), el lenguaje técnico común legitima la reedición de todas las disputas y de todas las soluciones propuestas.

<sup>39</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 728

<sup>40</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 732

razones político-criminales poco claras, especialmente porque “...quienes pueden beneficiarse de con estas penas del delito culposo son, por regla general, los agentes del propio estado...”<sup>41</sup>.

Esta toma de postura con relación al supuesto de justificante putativa o error de prohibición indirecto vencible creo que no es consistente con el planteo general de acotar el poder punitivo. Es que tanto la teoría del dolo, como la teoría de la culpabilidad limitada constituyen racionalizaciones mejor o peor fundadas, pero que no pueden considerarse puro decisionismo (incompatible con la racionalidad que el propio Zaffaroni exige en el esfuerzo acotante). De otra parte, la simple argumentación de que la ley positiva argentina no recepta tal supuesto no puede ser obstáculo, desde que –en rigor- la ley positiva no es un argumento dirimente para sustentar ninguna de tales teorías, construidas sobre la base de otros textos legales.<sup>42</sup>

En cuanto al argumento político criminal relativo a que las penas del delito culposo beneficiarían, por regla general a “...agentes del propio estado...”, estimo que es fragmentario y parcializado. Este supuesto dato de realidad, amén de no demostrado, inadvierte que son pensables casos cotidianos en los que –en contextos sociales de aprehensión excesiva por la supuesta “inseguridad reinante”- los propios agentes del estado (que no por eso dejan de ser ciudadanos) y “simples” habitantes supongan, errónea y apresuradamente, agresiones ilegítimas y actúen en consecuencia.

Más allá de la valoración particular que pueda merecer cada caso<sup>43</sup>, lo cierto es que si el criterio de validez de saber penal es aquel que acote el poder punitivo, bajo la condición

<sup>41</sup> Zaffaroni, op cit. pág. 733

<sup>42</sup> El art. 16 del Código Penal Alemán establece que “Error sobre los elementos del hecho (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Esto no afecta a la punibilidad por comisión imprudente (2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta ley más beneficiosa.” El art. 17 dispone: “Error de prohibición Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el & 49, párrafo 1º”. De todas maneras, la dogmática alemana no es pacífica en la interpretación de este precepto y su “fuerza vinculante” para seguir una u otra teoría del error. Al respecto, es ilustrativa la reseña que aparece en Eser, Albin y Burkhardt, Bjorn “Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias”. Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Ed. Colex 1995. Madrid. En especial “Caso del castigo corporal”. Págs. 319/333 El art. 14 del Código Español de 1995 establece que: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”. Tampoco la doctrina española es conteste en la significación de este artículo, reeditando, con matices, el debate germano. De tales polémicas informa la obra de Santiago Mir Puig. “Derecho Penal. Parte General” 7ª Ed. Julio César Faira-Editor. 2004. Lección 21. Error de Prohibición. Págs. 548/553.

<sup>43</sup> Más adelante presentaremos un caso real con interesantes aristas sobre este tema.

de ser racional y no contradictorio con la ley penal, ninguna objeción habría para adherir a la teoría del dolo o a la teoría limitada de la culpabilidad.

En todo caso, parecería que –en verdad– estos criterios son excepcionados por Zaffaroni en los casos en los que pretende privilegiar ciertas posiciones doctrinarias en pos de la armonía jurídica<sup>44</sup>. Es que, con respecto de la terminología finalista, una vez afirmado el dolo (avalorado) a nivel de tipicidad, ningún error de prohibición (que incide sobre la culpabilidad) podría afectar ese juicio de tipicidad (sistemático) ya concluido. De todos modos, debe reconocerse que la concepción del autor respecto a los mínimos de las escalas penales “...que no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad...”<sup>45</sup>, es un eficaz “comodín” al que puede echarse mano para remediar estas contradicciones axiológicas ante las particularidades de los casos concretos<sup>46</sup>.

En cuanto al art. 35 del C.P., Zaffaroni considera que “...se trata de la previsión de una hipótesis de menor contenido injusto, toda vez que es menos antijurídica la conducta que comienza siendo justificada...”, fundada en que “...existe una mayor carga de antijuridicidad en la conducta que se inicia y agota como antijurídica que en otra que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y sólo se agota antijurídicamente...”<sup>47</sup>. Agrega como supuestos de disminución de antijuridicidad, los casos en los que –por ejemplo– una conducta que comenzó siendo defensiva, se continúa una vez cesada la agresión o la amenaza (exceso extensivo) y también cuando el agresor sigue agrediendo, pero con un medio menos lesivo, y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (exceso intensivo).

Vale destacar que este autor no comparte la idea de Bacigalupo, que desarrollaremos más adelante, en cuanto a que el art. 35 del C.P. releva un error vencible

## **7. La posición de Sebastián Soler en materia de “justificante putativa”**

Debe advertirse que Soler parte de una teoría del delito en la que el dolo no pertenece al tipo, sino que se analiza al nivel de la culpabilidad.

---

<sup>44</sup> De este criterio de armonía jurídica parece apartarse al momento de negar, contra el finalismo ortodoxo, la necesidad de elementos subjetivos en la justificación. Zaffaroni, op. cit. págs. 600/605 en cuyo transcurso se cita la opinión de Nino, contraria a tales elementos subjetivos.

<sup>45</sup> Zaffaroni, op. cit. 133

<sup>46</sup> Siempre olvidados en cualquier abordaje dogmático (teleológico o clasificatorio)

<sup>47</sup> Zaffaroni, op. cit. pág. 645

En la reconstrucción dogmática del art. 34 inc. 1º del C.P. que aquí analizamos, parte de restarle importancia a la distinción entre error e ignorancia, quitándole ambigüedad a la disyuntiva “o”, por carecer –en su criterio- de consecuencias jurídicas.

Soler no es tajante en la distinción entre la clásica diferenciación entre el error de hecho (excusante) y error de derecho (irrelevante) por detectar que mantener ese criterio podría entrar en conflicto con el principio “nulla poena sine culpa”<sup>48</sup>

Centra su atención en la esencialidad e inesencialidad del error y pese a reconocer que la ley argentina no dice cuáles son las circunstancias de la figura delictiva sobre las que debe recaer para tener eficacia excusante, propone tener en cuenta la distinción alemana entre el error sobre elementos esenciales de la figura (Tatbestand) y los que recaen sobre los restantes. Agrega que es también esencial el error que recae sobre la antijuridicidad del hecho. Propone como criterio rector para establecer el poder excusante del error, la determinación de su fuerza para destruir subjetivamente la criminalidad del acto. Remite, además, al análisis de cada figura en particular para establecer la esencialidad de cada uno sus elementos. Señala, a título ejemplificativo, que en una figura preterintencional, la criminalidad del hecho no se ve suprimida por la circunstancia de que el autor no tuviese en cuenta o se equivocara acerca del evento que “...ya la ley colocaba más allá de su intención...”.

En cuanto a la evitabilidad o inevitabilidad del error, Soler brinda como único criterio distintivo una referencia a la negligencia atribuible a quien lo sufre en comparación con la diligencia común (hombre medio), mencionando, al pasar, el “dato” legal<sup>49</sup>

Soler establece como requisitos del error excusante: su esencialidad y su inculpabilidad. Reunidas ambas condiciones se suprime la culpabilidad en todas sus formas.

En cuanto al tema central de nuestras reflexiones, Soler señala que la justificación putativa deriva de que todas las figuras delictivas presuponen su comisión antijurídica. Así, entonces, el error será también esencial cuando el sujeto crea encontrarse en una situación amparada por una causa de justificación. Explica que si bien el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura, se determina porque –además- erróneamente cree que existen otras circunstancias que le autorizan o le obligan a proceder y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que, si realmente hubieran existido, habrían justificado la conducta. La exclusión plena de la culpabilidad o la exclusión del dolo y la subsistencia de la culpa, dependerá de la concurrencia plena o no de los restantes requisitos del error excusante (esencial e inculpable, en la terminología empleada por Soler).

Como se aprecia, aunque Soler no emplea las mismas palabras, podemos adscribirlo, por las consecuencias que extrae, a la teoría del dolo.

---

<sup>48</sup> Soler. op cit. Tomo II. pág. 101

En cuanto al art. 35 del C.P., Soler entiende<sup>50</sup>, igual que Zaffaroni, que la condición esencial para que exista el exceso es la preexistencia de una situación objetiva de justificación. Así, entonces, el exceso se refiere a los límites de la acción<sup>51</sup>, no a su inicial licitud.

Este autor admite otra variante del exceso (en la causa) en los casos en que existe cierta desproporción relativa ente el bien defendido y el mal causado. Entiende que este tipo de exceso es relevante frente al problema que se presenta en los casos de “legítima defensa imperfecta”, en los que exista cierto grado de provocación de parte del que se defiende. En este punto, Soler efectúa algunas consideraciones que lo acercan a la posición de Bacigalupo –aunque utilizando otra terminología claro está- en cuanto a que “...la acción del sujeto, si bien coacta por la situación de apremio en que se encuentra aquél, no puede decirse que no sea voluntaria...”

Sin embargo, cuando analiza en particular el carácter del exceso, no es tan clara su opinión, desde que, en virtud de la remisión a las figuras culposas del art. 35 del C.P., lo fundamenta en “...el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra, fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, porque...esos afectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no se producen o suprimen a voluntad...”, para –finalmente- propiciar, de lege ferenda, que un exceso originado en este tipo de perturbaciones fuese impune<sup>52</sup>.

Partiendo de una supuesta “unanimitad de opiniones” en el sentido de rechazar la plena imputación del hecho como doloso, Soler propone receptar ambos supuestos de exceso (intensivo y en la causa) relacionando la segunda variante con la legítima defensa en los casos en que concurra imperfectamente el tercer requisito, cuando quien invoca la justificante es culpable en alguna medida (leve y no maliciosa<sup>53</sup>) de la situación necesitada en que después se encontró, aludiendo también a criterios de “justicia” (sin explicitar el significado que se asigna a este valor) que –en su criterio- hacen preferible esta solución.

Remite en ambos casos a la escala del delito culposo y señala que el exceso será punible en los casos en que exista la correspondiente figura culposa.

---

<sup>49</sup> “La ley dice error inimputable” (En rigor, “...no imputables...”)

<sup>50</sup> Soler, Sebastián. op. cit. Tomo I. págs. 473/480

<sup>51</sup> Intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada (exceso intensivo).

<sup>52</sup> En el mismo sentido parece expedirse Esteban Righi en “Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del código penal argentino”, contenido en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 9”. Bs. As. Ad-Hoc. 1999. págs. 353/365.

<sup>53</sup> En particular, que no se trate de un mero “pretexto de legítima defensa”, perseguido para colocarse en la necesidad de responder a una agresión provocada.

**8. Bacigalupo: su aporte original en materia de error evitable acerca de los supuestos fácticos de una causa de justificación. El art. 35 del C.P.<sup>54</sup>.**

Bacigalupo puede ser enrolado como tributario de la sistemática de la teoría del delito finalista inaugurada por Hans Welzel, incorporando el análisis de la finalidad de la acción al tipo penal, diferenciando tipos dolosos y culposos y sosteniendo en consecuencia un concepto puramente normativo de la culpabilidad.

Con este marco teórico, Bacigalupo entiende que el art. 35 del C.P. regula un error evitable cuya atenuación se configura a partir de una falta de consciencia del exceso sobre los límites de la necesidad de la lesión. Ejemplificando, este autor sostiene que el que se excede hace lo que quiere hacer (quiere matar y mata, quiere lesionar y lesiona) y que – entonces- esa acción se inscribe en la familia de los hechos dolosos<sup>55</sup>.

Niega, entonces, que se esté frente a un delito culposo<sup>56</sup>, argumentando que considerar que estos hechos pertenecen al ámbito de aquellos en que es base esencial que el autor no haya querido el resultado inadvierte que se trata de supuestos en los que el sujeto activo obra en la creencia de que concurren ciertas circunstancias –que de darse justificarían su acto- y que se trata de casos en los que el autor produce un resultado querido.

Añade que el objeto del error recae sobre los límites de la necesidad, sobre la significación de un hecho típico, que el agente supone que no está en relación de contradicción con el orden jurídico –antijuridicidad- por estar justificado al concurrir un “permiso” –causa de justificación.

Propone, en síntesis, que el sistema del Código Penal en materia de error sobre la antijuridicidad se regule sobre la base del art. 35 del C.P., en tanto que el error de tipo encontraría su régimen en el art. 34 inc. 1º, cuidándose de destacar que esta clasificación nada tiene que ver con la antigua distinción entre error de hecho y de derecho (pues el error de tipo puede recaer sobre elementos normativos, en tanto que el de prohibición puede vincularse con circunstancias fácticas).

Clasifica tres formas de error sobre la antijuridicidad:

a) el que se funda en el desconocimiento de la norma que fundamenta la antijuridicidad (que alcanza también el error sobre la existencia de una causa de justificación)

---

<sup>54</sup> A los efectos de este trabajo, resulta innecesario efectuar una exhaustiva reseña de los fundamentos en virtud de los cuales Bacigalupo arriba a sus conclusiones. Remito, a tales fines, al Capítulo I “Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina”, en el que polemiza con Nuñez y Soler en “Tipo y Error”. 2º Ed. ampliada, págs. 17/43. Empero, efectuaré algunas referencias a segmentos de su argumentación, en los aspectos más relevantes de la temática objeto de este trabajo.

<sup>55</sup> Claro está, con respeto de la definición finalista de “dolo” a la que ya hemos aludido.

<sup>56</sup> Polemizando con Ricardo Nuñez, que llegaba a esa conclusión.

b) el error sobre el límite de una causa de justificación (exceso) reconocida por el ordenamiento jurídico.

**c) El error sobre circunstancias de hecho que de concurrir justificarían según el Derecho vigente la realización del tipo (eximentes putativas)<sup>57</sup>.**

En cuanto a las consecuencias sistemáticas, sostiene que debe distinguirse si se trata de errores evitables o inevitables:

a) el error sobre la antijuridicidad inevitable excluye totalmente la culpabilidad, pero deja subsistente el dolo.

b) el error sobre la antijuridicidad evitable, atenúa la culpabilidad, dejando subsistente el dolo (principio del art. 35 del C.P.). En este caso deben distinguirse dos posibilidades:

1. Si existe delito culposo tipificado, el margen de atenuación estará dado directamente por la pena fijada para ese delito, que no implica –claro está– transformar un tipo doloso en culposo, sino extraer una consecuencia sistemática del error.
2. Si no existe 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) en especial las del art. 44 del C.P.

No se trata aquí de incursionar en una crítica dogmática de cada uno de los argumentos que Bacigalupo expone, sino de detectar el abordaje epistemológico del autor que –como el mismo reconoce en el prólogo a la tercera edición, que escribe en julio del 2002– parte de la idea de “...las categorías del pensamiento jurídico sólo relativamente dependen de la ley...”, atribuyendo además “...Una cierta ingenuidad científica a la generación del positivismo jurídico que ellos<sup>58</sup> representaron (que) les permitió creer que sus propias opiniones eran las opiniones de la ley. Soler y Nuñez nunca criticaron la racionalidad ni el método de las propuestas alternativas...<sup>59</sup>

En mi criterio, y retomando una idea ya sugerida al analizar la concepción de la dogmática de Zaffaroni, Soler y Bacigalupo, este último está en una posición intermedia entre ambos, desde que si bien admite que existen opciones predogmáticas, no parece que incluya entre los factores que inciden en esa opción los aspectos teleológicos, en clave política, a los que alude Zaffaroni al distinguir entre quienes reconocen un fin a la tarea dogmática y aquellos que no lo explicitan.

**9. La relativización de las teorías del error. La emergencia del factor verdaderamente decisivo: la vencibilidad o invencibilidad del error.**

---

<sup>57</sup> Lo destacado me pertenece.

<sup>58</sup> En referencia a Nuñez y Soler

<sup>59</sup> Bacigalupo, Enrique “Tipo y Error”. 3ª ed. ampliada. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2002. pág. 8/9.

En este punto, destacaré las reflexiones de Marcelo A. Sancinetti<sup>60</sup> acerca de las consecuencias sistemáticas de las distintas teorías del error antes enunciadas. Poner el acento en este punto se explica en virtud de que, al momento de efectuar las reflexiones finales, utilizaré un caso real para fundamentar mis conclusiones.

Sancinetti detecta que las diferencias prácticas de decidirse por la teoría del dolo o la teoría de la culpabilidad sólo se manifiestan en el error de prohibición evitable, porque los efectos del error de tipo son idénticos en las dos teorías, y el error de prohibición inevitable conduce a la impunidad, aunque –en cada caso- por razones diferentes que se vinculan con que –en su origen- la distinción se vincula con una diversa sistemática de la teoría del delito (causalismo-finalismo).

Empero, lo más relevante de su aporte es detectar las ambigüedades de los términos conceptuales empleados por tales teorías, poniendo el acento en que “...Dado que no hay ninguna seguridad sobre el modo en que cada teoría tratará a un caso como de error, o cuándo calificará a éste como de prohibición, y no de tipo o, sobre todo, cuándo lo llamará evitable, **cualquiera de las dos teorías básicamente enfrentadas –así como también cualquiera de las dos modalidades derivadas de cada una de aquéllas: las llamadas teoría limitada del dolo y teoría limitada de la culpabilidad- puede llegar a las consecuencias de la teoría opuesta, utilizando la falsilla más adecuada para llegar a eso en el caso concreto...**”<sup>61</sup> (lo resaltado me pertenece).

Respecto a la teoría del dolo, se señala que –en principio- parecería que en los casos de error de prohibición evitable, en los casos de los delitos que carecen de tipo culposos, no quedaría otra alternativa que la impunidad<sup>62</sup>.

Sin embargo, Sancinetti destaca que un partidario de la teoría del dolo siempre podría evitarla, o bien negando el error y afirmando una consciencia incierta de la antijuridicidad suficiente para el dolo eventual, o bien –ante una hipótesis de error indiscutible-, limitando la teoría y excepcionando los supuestos en que el supuesto error fuere incompatible con una sana intuición de lo justo y de lo injusto.

En los casos en los que la “intuición valorativa” motivara a los operadores jurídicos hacia la impunidad, la cuestión se resolvería con facilidad y se aplicaría la “teoría estricta del dolo”, aún cuando para ello fuera necesario transformar los errores “de derecho” en errores de derecho “extrapenal” y analogarlos a los errores de “hecho”.

---

<sup>60</sup> Sancinetti, Marcelo A. op. cit. págs. 1/23

<sup>61</sup> Sancinetti, Marcelo A. op. cit. pág. 7

<sup>62</sup> Para evitar esas consecuencias es que propone un sistema de “numerus clausus” de delitos imprudentes en el ámbito del error de tipo y “numerus apertus” para el error sobre presupuestos justificantes. Sancinetti M. A. op. cit. pág. 22, con mención de su tesis doctoral “Teoría del delito y disvalor de la acción”.

El caso inverso, "...el salto dogmático...no desde la teoría del dolo hacia la punición, sino desde la teoría de la culpabilidad hacia la impunidad...", haría pié, según Sancinetti, por una parte, en la creación de zonas de penumbra entre el error de prohibición y el error de tipo y, cuando el error de prohibición no pudiera discutirse, manipulando los parámetros en virtud de los cuales se lo considerará evitable (punible) o inevitable (que conduce a la impunidad).

El autor señala varios caminos trazados por la dogmática para dar ese "salto" hacia la impunidad o la atenuación de la pena en la medida prevista para los tipos culposos, si es que están previstos:

1) La teoría de los elementos negativos del tipo: parte de la idea de que el tipo se compone no sólo de elementos "positivos" comunes (matar a otro –art. 79 del C.P., apoderarse de una cosa mueble ajena, art. 162 del mismo texto legal), sino también "negativamente" de las condiciones de la justificación. Entonces, todo error sobre los elementos del tipo objetivo de una norma "permisiva" son errores de tipo excluyentes del dolo.

2) La tesis del tratamiento analógico: es la sostenida por la teoría limitada de la culpabilidad que formula analogías entre el error sobre presupuestos justificantes tanto con el error de prohibición como con el error de tipo. La analogía con el primero surgiría de que el autor al saber que realiza un tipo penal ya conoce algo que para el derecho no es indiferente y que le sugiere que no debe cometer esa conducta. Y con el segundo, porque la motivación que ha conducido a la formación del dolo no se basa en una falta de actitud jurídica sino en un examen descuidado de la situación.

3) La teoría de la exclusión del ilícito doloso, a pesar del error: es la derivada de la teoría del "injusto personal" construida de un modo absolutamente subjetivista por Dieter Zielinski. Parte de una concepción muy particular que se fundamenta en la punibilidad de la tentativa inidónea, y sostiene que la voluntad de realizar el tipo basta para la realización del respectivo tipo doloso, aunque el autor sólo por un grosero error haya creído que concurrían las circunstancias del tipo. Que, entonces, la voluntad de actuar sobre la base de los presupuestos de una causa de justificación tiene que hacer operar el precepto permisivo, con toda la fuerza que tiene la representación de los elementos de la norma prohibitiva, por más evitable que fuera el error. Sin embargo, este autor relativiza los efectos de este postulado al imponer un análisis acerca de si el autor cumplió o no con el "deber de examen"<sup>63</sup>. Si lo hizo, no queda remanente para el ilícito. Si no lo hizo, subsiste una infracción al deber de examen que conduce a las reglas del delito imprudente.

---

<sup>63</sup> Comprobación cuidadosa acerca de la concurrencia de circunstancias justificantes, que conduce al error inevitable. Si no lo hizo, el error es evitable.

En síntesis, tal como lo señala Sancinetti, se llega a las mismas consecuencias prácticas que en la teoría de los elementos negativos del tipo y a la teoría de la culpabilidad limitada.<sup>64</sup>

Y volviendo sobre la relatividad de las teorías del error, este autor destaca que “...en cuanto la consecuencia de la impunidad o la pena del delito culposo aparezcan como una **solución demasiado benigna**, el autor difícilmente habrá actuado –según el “juez” de nuestro caso- sin abrigar alguna “duda” de que, acaso, la víctima no estaba por agredirlo de verdad, como a él le parecía; entonces, **esta duda ya fundaría de nuevo, si hace falta**, las consecuencias correspondientes al tratamiento por dolo eventual...Si, en cambio, nuestro juez imaginario sostiene la teoría de la culpabilidad “estricta” y, por eso, el (hipotético) error no puede ser tratado como de tipo, la alternativa será ésta: **si “hace falta” condenar, no hay problema, hay error (de prohibición) evitable, si esta consecuencia le parece muy grave, seguramente encontrará este error como inevitable...**”<sup>65</sup>

Por otra parte, la penumbra entre la distinción de elementos “normativos” del tipo y el error sobre la valoración de la circunstancia de hecho que es fundamento del tipo conduce a dificultades en la diferenciación entre errores de tipo y errores de prohibición. Una vez más, la conceptualización dependerá de la solución que pretenda dársele al caso. Un sostenedor de la teoría de la culpabilidad podrá considerar que al autor le faltó la voluntad de realización del sentido o significación del supuesto de hecho típico necesario para el dolo y transformará un error de prohibición en error de tipo, dando la solución que la teoría prevé para tales errores (exclusión del dolo si es evitable, exclusión del dolo y la culpa si es inevitable).

---

<sup>64</sup> Un aporte interesante sobre este tema por parte de Francisco Muñoz Conde “¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación” que propone –sintéticamente- tratar los casos de error “razonable y fundado” relativo a los presupuestos objetivos de una causa de justificación como casos auténticos de justificación y las observaciones que a esa ponencia efectuara María de Conceicao S. Valdagua en torno al tratamiento que debería merecer –en esos casos- la reacción defensiva del supuesto agresor (que no lo es en realidad), contenidas en “Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal”. Ed. José María Bosch. Barcelona 1995. Págs. 183/204. En doctrina nacional, son interesantes las ideas de Maximiliano Adolfo Rusconi en “Lo objetivo y lo subjetivo en el ámbito de la justificación. Algunas reflexiones” en Nueva Doctrina Penal 1999-B. Bs. As. Del Puerto. Págs. 497/517, que parecen ir en el mismo camino que Muñoz Conde, proponiendo que las causas de justificación concurren cuando aparezca: a) sólo lo objetivo, b) sólo lo subjetivo y c) lo objetivo más lo subjetivo. Sobre el punto es relevante también la discusión relativa a la exigencia o no de un elemento subjetivo en las causas de justificación que, de no concurrir, podría fundar la punición en un desvalor de acción, aún cuando no se presente un desvalor de resultado. En ese sentido, y contra la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación, Zaffaroni. op cit. págs. 600/606

<sup>65</sup> Los destacados me pertenecen y, adelantando algunas de las conclusiones, evidencias que tras las “falsillas” de cada teoría se escudan criterios de valoración que se encubren detrás de conceptualizaciones abstractas de las que deriva que la condena por delito doloso, culposo o la absolución –en cada caso- se presentan como consecuencias de teorías que “permiten” silenciar las valoraciones, tanto en la solución como en la construcción del caso (a partir de la selección por el juez, y también de las partes, de los “hechos relevantes” le que dan sustento material)

Por último, y no menos relevante, nos encontramos con la vaguedad del juicio de evitabilidad del error que permite fundar prácticamente cualquier solución que se desee desde cualquier teoría.

Sintéticamente, puede señalarse que si se parte de un “deber de información” general, el error de prohibición sería siempre evitable. En cambio, si se requiere algún estímulo al autor –alguna oscura sospecha sobre el carácter posiblemente ilícito del hecho, el error sería siempre inevitable, a menos que se dé una situación de duda o de consciencia insegura<sup>66</sup>, con lo que el error evitable sería idéntico a lo que la teoría del dolo estricta trataría como dolo eventual<sup>67</sup>.

En definitiva, Sancinetti sostiene, creo que con gran acierto, que “...las “teorías del error”, como tales, no ofrecen ninguna solución final. Sólo constituyen una confrontación en la que predominan diferencias de formulación más que de resolución de conflictos reales. Detrás del enrolamiento en una teoría o en otra existe sólo una fórmula de solución “lingüística” sin que exista la menor seguridad acerca del contenido real de la fórmula, es decir –en el caso-, la expresión “error de prohibición evitable...” Asimismo, poniendo el acento en la función de encubrimiento de la dogmática penal, y proponiendo una investigación exhaustiva de la jurisprudencia que indique qué situación de hecho merece la impunidad ante cierto déficit de conocimiento y cuál merece el castigo, ante un autor en una situación cultural específica, señala que “...Urge investigar pues, más allá de esto, cuáles son aquellos criterios más concretos que deciden la solución final...”<sup>68</sup>

#### **10. Un caso real<sup>69</sup>: una posible respuesta dogmática y su valor ante “la relatividad de las teorías del error.” Algunas conclusiones preliminares.**

Presentaré un caso real en el que emerge la problemática del error sobre la concurrencia de los supuestos fácticos de la legítima defensa, aún cuando la reconstrucción particular que efectuara el tribunal que sentenció desplazó esa temática, dándole un tratamiento casi periférico y –en algún punto- contradictorio, sin explicitar ningún criterio valorativo para fundar la solución normativa alcanzada.

La Sala III de la Excma. Cámara de Apelación del Departamento Judicial San Martín condenó a L. A. M. a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para ocupar cargos en fuerzas o instituciones de seguridad, públicas o privadas, y para tener o portar

<sup>66</sup> Que impondría abstenerse de actuar.

<sup>67</sup> Aunque merezca que reparos que, una vez convenida una terminología común, se “universalizan” los problemas dogmáticos, son interesantes las “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad” de Jesús María Silva Sánchez en “Consideraciones sobre la teoría del delito”. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998. Págs. 259/281.

<sup>68</sup> Sancinetti. M. A. op. cit. págs. 21/23

armas por el plazo de diez años, con más las costas del proceso, por el delito de **homicidio culposo** (art. 84 del C.P., texto anterior a la ley 25.189).

Según la reconstrucción del episodio efectuada por el Juzgador de mérito<sup>70</sup>, ocurrió que en el marco de un procedimiento efectuado en horas de la madrugada en un asentamiento precario, en cumplimiento de una orden de allanamiento y detención emanada de un juez competente –con habilitación de horas inhábiles- contra una persona imputada de haber participado en un robo del que resultó un homicidio, un integrante de las fuerzas policiales comisionadas a esos efectos, conocía que la situación estaba completamente controlada por la fuerza de seguridad –puesto que sabía que la única salida posible, (un pasillito que comunicaba a la calle), estaba fuertemente custodiado. En ese escenario fáctico, sin anunciar eficientemente la orden de allanamiento ni intentar iluminar el lugar, el imputado M. ingresó armado al domicilio del individuo R. Aduciendo que se le había efectuado un disparo, M. accionó su arma reglamentaria en reiteradas oportunidades y le ocasionó la muerte al sujeto R cuya aprehensión se procuraba.

Ante esta alegación, el Juzgador consideró que “...M se apresuró, entrando cuando no estaban dadas las condiciones para hacerlo, pues no se había dado correctamente el anuncio de la medida ni impartido orden de detención...” y que “...su presencia dentro de la habitación devenía ilícita, lo que podía dar lugar a un acto defensivo de parte de los moradores de la finca, contra lo cual no cabía legítima defensa...”.

Sin embargo, pese a rechazar categóricamente la concurrencia de legítima defensa, con lo que le pronunciamiento parecía encaminarse hacia una condena por homicidio simple (art. 79 del C.P), al momento de calificarse el hecho atribuido a M. el Juzgador estimó que éste no respetó el trámite previsto en el Código ritual vigente en la época (según ley 3589 y modificatorias) para proceder a la realización de un allanamiento, pues conociendo la peligrosidad del sospechoso y la zona en que se ejecutaba la medida no se le comunicó a R. la diligencia que se estaba practicando de modo adecuado y que en base a tales transgresiones “...M. violó el deber de cuidado al obligar a R. a que se defendiera de algo que no conocía, lo que implicaba un peligro serio para su vida...” concluyendo en que el aquí

---

<sup>69</sup> Sala II del Tribunal de Casación de la Pcia. de Bs. As. C. N° 2346 "Recurso de Casación del Ministerio Público Fiscal en causa 20300 y su acumulada N° 2358 "M. s/ recurso de casación" Sent. 30/12/03 (Reg. 907). El recurso fiscal fue desistido y el de la defensa fue rechazado.

<sup>70</sup> Esto de la “reconstrucción” –que es ineludible en cualquier proceso penal- adquiere relevancia en este caso particular desde que, de la lectura del expediente principal, surge que se siguió una línea investigativa en el sumario que pretendía demostrar que el accionar del imputado M. constituyó una “ejecución extrajudicial”. Uno de los factores que abonaban esa tesis consistía en que la víctima mortal del ilícito atribuido a R. era un oficial de policía retirado. En definitiva, esa hipótesis no fue receptada en el juicio, con lo que aquello de la preferencia y selección de los hechos relevantes por el Juez y las partes a la que hacía mención Cueto Rúa adquiere suma importancia desde que –en rigor- los desarrollos “dogmáticos” de las sentencias -por muy pulidos que puedan presentarse- pasan a un segundo plano en comparación con el carácter dirimente que presenta la determinación de los hechos que, en verdad, son los que posibilitan esas elucubraciones.

imputado "...debe responder por la muerte de la víctima en virtud de que, en la especie, ella fue el producto de un riesgo no permitido creado por aquél...". Se citó a Soler en el sentido de que "...si el que provocó lo hizo previendo una reacción desmedida, se nos presenta la figura del pretexto de legítima defensa: esa reacción era esperada para fingir que se mataba en legítima defensa. Pero si dicha reacción, aunque posible incluso con su exceso, no estaba presente actualmente en el pensamiento del que sólo entendió provocar, la acción ulterior no puede juzgarse como consecuencia de una actuación dolosa, sino temeraria, imprudente, reprensible...".

Una primera observación, desde un punto estrictamente "dogmático": En mi criterio, la cita doctrinaria en la que se basa este tramo del fallo, que alude al tercer requisito previsto en el art. 34 inc. 6º del C.P. (falta de provocación suficiente) y que supone la existencia de una agresión ilegítima contra quien se defiende, no es compatible con el tramo del decisorio en que el que se afirmó que –objetivamente– M. fue el agresor y R. quien se defendió. Hay aquí, entonces, una contradicción que seguramente encubrió valoraciones extradogmáticas vinculadas a razones de "justicia material" por la que se pretendió atenuar la responsabilidad del imputado M. Y aquí no se trata de criticar el sentido de esa decisión, sino que fuera el resultado de una ponderación que ni siquiera mínimamente viene explicitada en el fallo. En lugar de ello, un argumento de autoridad (la cita de Soler), incorrecta –en mi criterio– permitió eludirla, como también cualquier reflexión acerca de hipotéticos errores relevantes en la apreciación de la situación por parte de M.<sup>71</sup>.

Ensayemos ahora una respuesta judicial posible desde una óptica "dogmática" de terminología finalista, que parta de la misma base fáctica y que, adelante, presentará los mismo defectos de "encubrimiento" de valoraciones.

*En primer lugar, el ingreso de M. al domicilio de R. constituiría, desde una concepción meramente objetiva de la tipicidad, el delito de allanamiento ilegal, previsto en el art. 151 del C.P.*

*Por fuera de que el encuadre de ese accionar en la figura de mención podría abortarse al nivel del elemento subjetivo exigido por esa figura legal, pues las formalidades del allanamiento no se cumplieron en virtud de falta de debida diligencia por parte de M., y que –por lo demás– razones de índole procesal impiden achacarle ese delito al encartado, puesto que no fue oportunamente indagado ni acusado por este tramo del hecho, tales precisiones resultan útiles al momento de analizar el encapsulamiento de la conducta homicida de M..*

---

<sup>71</sup> De hecho o de derecho, de tipo o de prohibición. El punto siquiera viene tangencialmente aludido.

*Si –por hipótesis- se admite que R. efectuó un disparo ante el ingreso de M., el análisis de la culpabilidad del segundo debe efectuarse en relación con la acción de disparar contra una persona ubicada en el interior de la vivienda.*

*No parece adecuado atribuir esa conducta a título de culpa por negligencias o imprudencias que –en rigor- se produjeron con anterioridad (al practicarse irregularmente el allanamiento).*

*En este sentido, si M. ingresó ilegítimamente -y armado- a la vivienda de R. y éste se defendió –aún privilegiadamente podría sostenerse- (en los términos de los incs. 6º y 7º del art. 34 del C.P.), no cabe sino la imputación a título de dolo de la reiterada y mortal repulsa armada de M. contra el disparo legítimo de R..*

*Teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon al caso -los déficits de actuación atribuidos al imputado M en el transcurso del procedimiento-, se abren otras perspectivas en el análisis de la culpabilidad del encartado.*

*En efecto, las contingencias que rodearon el episodio pueden considerarse como suficientes para que M. incurriera en una apreciación equivocada de la situación en la que se encontraba. En primer lugar, admitido, aunque sea por el principio de la duda beneficiante, que M. pudo haberse identificado como policía y haber advertido que se trataba de un allanamiento –aunque sin cerciorarse de que tal anuncio fuera escuchado por los moradores, de ahí la falta al deber de cuidado que se le atribuyó- el ingreso -objetivamente ilegal- al domicilio puede considerarse como resultado de un error de tipo en que incurrió M. al considerar que había cumplido con las “...formalidades prescriptas por la ley...” (elemento normativo de la figura del art. 151 del C.P. que debe vincularse con el art. 196 del C.P.P. (según ley 3589).*

*No resulta necesario extraer consecuencias desde la dogmática penal, de este error de tipo vencible (que excluiría el dolo y convertiría en atípica la conducta, al no preverse una modalidad culposa de la figura en cuestión), pues M. no fue intimado ni acusado por este delito.*

*Sin embargo, la referencia no es baladí. El ingreso al domicilio de R. con ese deficiente conocimiento de las circunstancias pudo llevar a M. a creer que actuaba justificadamente y que el disparo –que, al menos, hipotéticamente- se admite que R. efectuó, constituía una agresión ilegítima que lo habilitaba a repelerla con los medios con los que contaba en la emergencia (su arma de fuego).*

*Y aquí resultan relevantes las consecuencias dogmáticas a las que puede conducir la existencia de un error de prohibición indirecto. En primer término, y conforme lo que se tuvo por cierto, este error deviene vencible pues M. se colocó en esa situación de peligro para sí y para R por su negligencia e imprudencia en el desarrollo de la diligencia de allanamiento y detención, que pudo haber evitado de haber obrado con mayor cuidado.*

*Ahora bien.*

*La cuestión a la que hemos arribado nos coloca ante una tema que se ha debatido arduamente en el campo doctrinario.*

(Aquí una rápida y, seguramente criticable, toma de posición, en línea con el planteo de Bacigalupo)

*Mediando error de prohibición indirecto de carácter vencible que se vincula –en este caso concreto- con la creencia equivocada de ser agredido, cuando objetivamente se era agresor, debe aplicarse el precepto contenido en el art. 35 del C.P.*

*Pero ello no importa que una conducta que difícilmente puede extrañarse del dolo (como la desplegada por M. al accionar reiteradamente su arma de fuego en un ámbito de reducidas dimensiones sabiendo que había una persona que –al menos hipotéticamente- le había disparado, a la que le acertó 9 disparos), se transforme en culposa por la falta al deber de cuidado anterior. En cambio, supone que se aplica la escala prevista para el delito culposo, solución que –evidentemente- no es idéntica a una directa subsunción en el art. 84 del C.P.*

*Si por dolo se entiende la consciente y voluntaria realización del tipo objetivo (en el caso, el matar a otro, previsto en el art. 79 del C.P.), no puede negarse que M. actuó con dolo. Pero lo hizo a consecuencia de un error que, recayendo inicialmente sobre la situación de hecho, lo condujo a considerarse amparado por la ley, es decir, en error de prohibición, y éste, que en nada afecta al dolo, justifica una culpabilidad menor, dado que el error en que incurrió M., como lo establecimos, era vencible. La medida de esa menor culpabilidad no es otra que la determinada por el art. 35 del C.P. cuya referencia al tipo culposo se vincula a la pena y no a que la conducta se vuelva en sí misma culposa. Es que, en estos casos, la disminución de pena se justifica porque, en las circunstancias que rodearon el accionar de M., una conducta de acuerdo a la norma no le era completamente exigible, en cuenta del error de prohibición (indirecto) vencible al que antes aludiéramos.*

*En definitiva, la calificación legal que corresponde al hecho atribuido a M. es la de homicidio simple cometido en exceso de la legítima defensa.*

Este es sólo una de las posibles respuestas puramente “dogmáticas”<sup>72</sup>. Es perfectamente imaginable que, aún con otra terminología (causalista) y con otra teoría del error (por ejemplo, del dolo), se llegara la misma solución o a otra (condena por homicidio simple) con el auxilio de las “falsillas” a las que alude Sancinetti y que ya he reseñado.

Téngase en cuenta, además, que si es la reconstrucción de los hechos del fallo efectuados por el Juez de mérito el que le proporciona la “materia prima” para aplicar los conceptos teóricos (en cualquiera de sus variantes) el control que el Tribunal de Casación

efectuará de tal pronunciamiento será muy limitada, en virtud de la reiterada doctrina que – salvo absurdo o arbitrariedad- ha establecido que las cuestiones probatorias son ajenas al recurso casatorio<sup>73</sup>.

¿Qué es lo que se silencia con cualquiera de estas posturas? La respuesta ya ha sido adelantada más arriba y destacaré sólo los aspectos principales.

1) Las particularidades del caso: con esta batería de teorías que –prácticamente- permiten fundar cualquier solución, carecerían de relevancia el entrenamiento recibido por M. en su formación como policía en materia de utilización de medios letales, los antecedentes de M. en otros procedimientos similares, la existencia o no de vínculos de amistad o afinidad de M. con la víctima del hecho imputado a R, etc.

2) La explicitación de un criterio valorativo del juez frente a la actuación policial. Esto es, si debe emplearse un criterio más rígido para evaluar la utilización de armas de fuego por parte de las fuerzas de seguridad, con qué fundamentos, con qué límites, cuáles son los criterios axiológicos que permiten receptar la alegación de un error y su evitabilidad o inevitabilidad.

3) La remisión a la postura doctrinaria que se seleccione permite invisibilizar la responsabilidad del Juez. Aunque suene exagerado, y generalizando, parecería que quien condena a homicidio doloso o culposo o bien absuelve no es el magistrado de carne y hueso, sino, la teoría de la culpabilidad estricta o la limitada, etc. Esta “invisibilidad” del juez

---

<sup>72</sup> Valiéndome de la ambigüedad de la palabra “dogmática”, en sentido técnico y en sentido corriente como una serie de afirmaciones insusceptibles de crítica.

<sup>73</sup> El análisis de lo que se ha dicho en torno a distinciones entre cuestiones de “hecho” y cuestiones de “derecho”, haría menester otro trabajo. Señalo aquí que, detrás de esa distinción, se encubren probablemente criterios de decisión para ingresar o no “al tratamiento del fondo del planteo casatorio” que no se explicitan. Más aún cuando la doctrina del “absurdo” y la “arbitrariedad” es una creación pretoriana cuyos contornos nunca han superado las generalidades maleables a cada caso en particular. De otra parte, como la diferenciación entre cuestiones “de hecho” y “de derecho” tiene una “zona de penumbra” en expansión, siempre es posible transformar mágicamente lo “facti” en “juris” y viceversa, según que –respectivamente- pretendamos clausurar o abrir la vía, puesto que es la propia instancia casatoria la que “separa las aguas de lo inescrutable jurídico”, como un posmoderno Moisés, y traza fronteras –siempre en movimiento- entre la “cuestión de hecho” y “la cuestión de derecho”.

Así las cosas, si se considerara que la afirmación o negación de la concurrencia de un error, constituye una cuestión de hecho, clausuraríamos su reexamen. Si pretendiéramos abrir la instancia casatoria, se procedería a “normativizar” la cuestión o acudir a la doctrina excepcionante del principio que veda el ingreso a cuestiones fácticas, afirmando que media absurdo o arbitrariedad. También en materia del recurso de casación, son pensables “falsillas” que transformen las cuestiones de “hecho” en cuestiones de “derecho”. Un desarrollo resumido de su propuesta de “renovación” de la casación tradicional puede encontrarse en Pastor Daniel R. “Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada? A propósito del caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 4. Ad-Hoc. Bs. As. 2004. págs. 257/269

Un ejemplo de “parquedad” por parte de un Tribunal Superior respecto a una alegación de error en materia de tenencia ilegítima de arma de guerra, en el marco del carácter extraordinario del recurso de inaplicabilidad de ley puede encontrarse en P. 57.234, “París, Néstor Osvaldo. Infracción art. 189 bis, Código Penal” de la S.C.B.A.

no se supera, por supuesto, con normas tales como las que –en Italia- prohibían citas doctrinarias en los fallos judiciales<sup>74</sup>.

Ahora bien. Si se trata –básicamente- de que se expliciten los criterios axiológicos en las preferencias por los datos relevantes en la reconstrucción del hecho, en la interpretación de las normas, en la “sujeción” a determinada teoría del delito, etc. resulta imprescindible hacer una mínima referencia de las dificultades que se encontrarán al emprender ese camino.

Siguiendo a Farrell, respecto a la legítima defensa pueden intentarse, al menos, dos abordajes desde la filosofía moral: justificarla (el acto es correcto o al menos, no es incorrecto) o excusarla (el acto es incorrecto, pero hay motivos para que su autor no sea castigado). De ello se sigue que, en términos éticos, un tercero<sup>75</sup> puede intervenir para contribuir a llevar a cabo un acto justificado, pero no a un acto excusado y que no puede oponerse resistencia a un acto justificado, pero sí a uno excusado.<sup>76</sup>

Farrell<sup>77</sup> menciona varias maneras posibles de entender la ética.

El intuicionismo consiste en sostener dos tesis. La ontológica dice que existe una pluralidad de valores y que ellos no están ordenados jerárquicamente. La epistemológica dice que esos valores se conocen mediante la intuición

La idea del intuicionista es que –frente a conflictos entre valores (todos ellos de igual jerarquía)- sólo las particularidades del caso determinan cuál debe prevalecer.

Otra manera posible de entender la ética es rechazar el valor supremo de las intuiciones y hacer teoría ética, esto es, proporcionar argumentos a favor de una determinada doctrina moral.

Se señalan dos teorías éticas como las más reconocidas:

El consecuencialismo sostiene que lo bueno tiene prioridad sobre lo correcto y lo correcto no se define de modo independiente de lo bueno, pues consiste en maximizar lo bueno. La variedad más difundida del consecuencialismo postula que lo bueno es la “felicidad general”. Lo correcto consiste en maximizar la felicidad general. Así, entonces, si me enfrento con dos estados de cosas posibles y en uno hay más felicidad que en otro, lo correcto es hacer aquello que logre que el primero se lleve a cabo. De ello se deriva que sólo cuentan los estados de cosas y no quién los lleva a cabo, sin conceder ningún privilegio a los participantes en la actividad moral

---

<sup>74</sup> Merryman, John Henry. op. cit. pág. 107 “...Esta pueril estratagema de la orden del Parlamento italiano es solamente otro ejemplo de la futilidad de los intentos legislativos para eliminar o al menor reducir la influencia del juriconsulto en el mundo del derecho civil...”

<sup>75</sup> Definido como alguien que no tiene vinculación con ninguna de las partes y que actuaría en base a consideraciones imparciales.

<sup>76</sup> En consecuencia, las dos partes (agresor y agredido) no pueden estar justificadas, aunque sí excusadas.

<sup>77</sup> Farrell, Martín D. “Sobre la ética de la autodefensa”. Nueva Doctrina Penal. T-2002-B. Bs. As. Del Puerto. 2003. págs. 443/465

El deontologismo, en cambio, define lo correcto con independencia de lo bueno y tiene prioridad sobre lo bueno. La felicidad general podrá ser algo bueno, pero no puede ser perseguido –desde esta teoría moral- de cualquier manera, con lo que resultan decisivas las relaciones de los sujetos con los estados de cosas.

Por otra parte, se señala la existencia de éticas monistas que postulan la existencia de un solo valor y de éticas pluralistas que postulan la existencia de más de uno (ordenadas o no jerárquicamente).

La doctrina del doble efecto tiene relevancia al distinguir los efectos que se persiguen (intentan) y aquellos que –aunque se prevén- no son perseguidos (intentados) como medio para lograr el fin. Se cita como ejemplo académico, para evaluar éticamente decisiones militares, la distinción entre el “bombardeo táctico” (moralmente admisible) porque el mal efecto –la destrucción de la población civil- no es algo intentado como medio sino como algo meramente previsto para destruir una fábrica de municiones. Si el pueblo fuera evacuado, igualmente el bombardeo se produciría. El “bombardeo terrorista” no es moralmente admisible en cuenta de que se intenta deliberadamente bombardear la población civil, con el objeto de desmoralizar al enemigo; si el pueblo fuera evacuado, se suspendería el bombardeo.

Estas reflexiones sobre teoría ética vienen a cuento en virtud de que si partimos del intuicionismo al momento de resolver conflictos penales, las soluciones posibles son tan diversas que resultarían inútiles si es que se pretende obtener una cierta certeza en la respuesta, aunque darían cuenta de la singularidad del caso<sup>78</sup>.

Ensayaré, brevemente, un análisis desde la teoría ética, de la conducta de M.

Desde el consecuencialismo utilitarista, creo que la clave estará dada por el contenido que se dé a la “felicidad general”. Si se considerara que dejar con vida a M. produce un estado de cosas peor que dejar con vida a R. (porque M. sería capaz de reproducir su conducta agresiva en el futuro), entonces la conducta de R. –si es que disparó- estaría justificada y la de M. no.

En cambio, si se consideraran –desde la misma teoría- las características de las personas afectadas, podría sostenerse<sup>79</sup> que el agredido R. carece de méritos, con lo que se alteraría el cálculo de consecuencias, llegándose a la conclusión de que la conducta de M. está éticamente justificada porque su supervivencia es un estado de cosas “mejor” que la supervivencia de R.

---

<sup>78</sup> En el artículo que cito, se mencionan las diferentes soluciones a las que arriban –desde el intuicionismo- varios filósofos morales frente a una serie de “casos de laboratorio”.

<sup>79</sup> Aunque me parezca reprochable desde el intuicionismo, no explicitar este análisis no implica que este tipo de ponderaciones no existan al momento de definir un conflicto penal como el que adopté como ejemplo. Que no se escriban en las sentencias no demuestra nada....

Desde el deontologismo, la solución sería más sencilla porque no se efectúan cálculos de consecuencias, sino que se trata de un juicio del valor de la conducta de los protagonistas con independencia de resultados transpersonalistas (“felicidad general”, etc.). R. se defendería legítimamente (por fuera de los méritos o deméritos de su vida previa) en tanto que M. en el mejor de los casos, podría ser excusado de su acto incorrecto si se pensara que actuó en error sobre la situación fáctica.

En definitiva, aún cuando se permeabilizaran las respuestas jurisdiccionales a criterios éticos explicitados, las soluciones (consecuencialistas o deontológicas) también podrían entrar en conflicto con las “intuiciones” de justicia, dignidad de la persona humana, igualdad, etc.

### **11. Reflexiones finales**

He caracterizado a la dogmática penal “clásica” y puntualizado las funciones de encubrimiento que cumple.

He señalado, también, las consideraciones que dogmáticos y no dogmáticos efectúan acerca de esta tarea.

Sin que sea necesario reiterar aquí lo expuesto en el transcurso del trabajo, deseo destacar lo siguiente:

- La explicitación de una opción política predogmática constituye un primer paso relevante en el “sinceramiento” del modo en que se opera con las normas. El silencio sobre este punto no significa que tal preferencia no se ejerza, sino que queda disimulada bajo el ropaje de una “interpretación científica” del dato normativo.

- La clasificación de los sistemas explicativos en clasificatorios y teleológicos es útil para detectar el nivel de “sinceridad” del autor de que se trate. Empero, la adopción de una determinada finalidad en la tarea dogmática no cierra en modo alguno la discusión, sino que la inscribe en otro nivel (político).

- La conceptualización y sistematización del error en materia penal es uno de los aspectos de la teoría del delito que evidencian con nitidez que las condiciones de punibilidad que establece la dogmática son, en gran parte, hipótesis no verificables que pueden utilizarse para fundar cualquier solución, desplazando de las decisiones jurisdiccionales los aspectos valorativos que intervienen, sin pretender ser taxativos, en la construcción del caso (preferencia por los hechos “relevantes”) y en la asignación de significado de las reglas positivas (preferencia por un sentido de las normas frente a otros posibles).

- Las “convenciones terminológicas” permiten importar sistematizaciones y doctrinas de otros ordenamientos jurídicos y aplicarlas o no (según las preferencias del intérprete) en

---

nuestro derecho, transformando la mención del “dato legal” autóctono en una suerte de episodio necesario pero no dirimente en ese proceso.

- En cuanto a los abordajes del tema del error de prohibición indirecto o justificante putativa por parte de cada uno de los autores seleccionados, remito a las consideraciones efectuadas en el curso de este trabajo. Sin perjuicio de ello, creo que es relevante destacar que en la obra de Zaffaroni no sólo se presenta a los desarrollos dogmáticos como propuestas de solución dirigida a los jueces (“agencia judicial”) –que es una función admitida por todos los autores- sino que le adiciona una tarea acotante del poder punitivo que parte de la idea de que cualquier discurso legitimante de la pena .es insostenible. Evidentemente, Sebastián Soler no adhiere a esta postura, en tanto que Bacigalupo –si bien reconoce que los puntos de partida del discurso dogmático son predogmáticos- no llega a definir con tanta nitidez una opción política del mismo sentido, aludiendo a que su posición respecto del error respeta el “principio de culpabilidad” (lo cual, indirectamente, parece imponer la concurrencia de más condiciones para habilitar la punición).

- Por último, destaco que estas reflexiones no apuntan a reducir la dogmática a mera descripción de la ley, pues se quedaría en mera reiteración inútil de información. Empero, se trata de advertir que las construcciones dogmáticas no son asépticas ni impuestas por la ley y que los valores, las actitudes y prácticas de los operadores judiciales, aunque no se “formalicen” por escrito, son un factor muy relevante al momento en que se da una respuesta a los conflictos con relevancia penal.

“Cuando a veces los juristas distinguen entre la solución *jurídica* de un caso controvertido (a la que asignan, sin embargo, fuerza obligatoria moral) y la que sería la solución *moral* de ese mismo caso, están en realidad distinguiendo entre las conclusiones de *dos tipos de razonamiento moral*: el que tiene en cuenta la existencia de normas jurídicas positivas que se presuponen moralmente justificadas, y el que procede como si esas normas no existieran. Por supuesto, este último es un razonamiento moral deficiente, porque las normas en cuestión existen y sólo podemos dejarlas de lado si concluimos que carecen de fuerza obligatoria moral. **No hay, en consecuencia, una genuina oposición entre razones jurídicas que justifican una decisión y razones morales**” Nino, Carlos Santiago “Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito”. Ed. Astrea. pág.346

### Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique “Tipo y Error”. 3ª ed. ampliada. Ed. Hammurabi. Bs. As. 2002
- Cueto Rúa, J.C. “La Justicia, los jueces y los abogados”. Disertación. Universidad Nacional de Tucumán
- Domenech, Ernesto *Dogmática penal. Funciones y prácticas*, U.N.L.P., 1998

Eser, Albin y Burkhardt, Bjorn "Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias". Traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Ed. Colex 1995. Madrid.

Farrell, Martín D. "Sobre la ética de la autodefensa". Nueva Doctrina Penal. T-2002-B. Bs. As. Del Puerto. 2003. págs. 443/465

Klimovsky, Gregorio. "Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología". Ed. A-Z editora. 2ª ed. Bs. As. 1995

Merryman, John Henry, "La tradición jurídica romano-canónica", Editorial F.C.E., México, 1979

Mir Puig. Santiago. "Derecho Penal. Parte General" 7ª Ed. Julio César Faira- Editor. 2004

Muñoz Conde, Francisco "¿Legítima defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación" en "Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal" .Ed. José María Bosch. Barcelona 1995. Págs. 183/204.

Nino, Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", Ed. Astrea, Bs. As., 1988

Nino Carlos Santiago "La pequeña historia del dolo y el tipo", L.L. 1972 T 148 págs. 1063/1076

Pastor Daniel R. "Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada? A propósito del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal 4. Ad-Hoc. Bs. As. 2004. págs. 257/269

Righi, Esteban, "Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa, en el sistema del código penal argentino", contenido en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal Nª 9". Bs. As. Ad-Hoc. 1999. págs. 353/365.

Rusconi, Maximiliano Adolfo en "Lo objetivo y lo subjetivo en el ámbito de la justificación. Algunas reflexiones" en Nueva Doctrina Penal 1999-B. Bs. As. Del Puerto. Págs. 497/517

Sancinetti, Marcelo A. "Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino". Ed. Hammurabi. Bs. As. 1990

Schunemann, Bernd. "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad" en "Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal". Págs. 211/212. José María Bosch Editor. Barcelona. 1995

Silva Sánchez, Jesús María "Consideraciones sobre la teoría del delito". Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998

Soler, Sebastián. Derecho Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino". Ed. Tea. Bs. As. Ed. Actualizada por Guillermo Fierro. Tomo I y II

Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General. Ed. Ediar. 2ª Ed. Bs. As. Argentina. Año 2002