

RELEVANCIA DEL ERROR DE PUNIBILIDAD*

SANTIAGO FELGUERAS

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es el de efectuar algunas consideraciones acerca de la necesidad o conveniencia de otorgarle relevancia al llamado "error de punibilidad". Creemos conveniente definir aquí qué es lo que se quiere decir cuando se habla de la relevancia de determinado tipo de error. Al sostenerse que un error es relevante se está afirmando que el autor debe tener conocimiento —a veces sólo potencial— de los elementos sobre los cuales puede recaer ese error relevante.

Actualmente no se discute acerca de la relevancia de dos tipos de errores en los que puede incurrir el autor de una acción: éstos son los errores de tipo y los errores de prohibición. A los primeros se les atribuye el efecto de excluir el dolo; a los segundos, el de disminuir o excluir la reprochabilidad (según que el error sea evitable o inevitable). Si bien es cierto que está en discusión cuál debe ser la consecuencia del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación —ya que se discute si se trata de un error de prohibición más, o si debe ser tratado como un error de tipo—, también lo es que su relevancia no está en discusión.

* Trabajo presentado en el seminario sobre la Teoría del error en la dogmática penal dictado por el profesor Marcelo Sancinetti durante los ciclos lectivos de 1984 y 1985 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos la orientación y las enriquecedoras discusiones que mantuvimos con el profesor Sancinetti, sin cuya colaboración no habríamos llegado a realizar este trabajo.

De lo dicho hasta aquí surge que al asignarle relevancia al error de tipo, se está afirmando que el autor debe conocer los elementos del tipo (dolo), y al asignarle relevancia al error de prohibición, se está afirmando que el autor debe tener conocimiento –al menos potencial– de la antijuridicidad de su acción (culpabilidad).

En consecuencia, si se afirmase que los únicos errores relevantes son los errores de tipo y los de prohibición, se estaría diciendo que el único conocimiento que es necesario que tenga el autor es el referente a los elementos del tipo y a la antijuridicidad de la acción, es decir, al injusto penal, y, por lo tanto, su conocimiento o desconocimiento de cualquier presupuesto de la pena ajeno al injusto es indiferente. Si, en cambio, se reconoce que junto a aquellos dos errores hay un tercer error que tiene relevancia –el de punibilidad–, el autor tendrá que tener conocimiento –a veces sólo potencial– de todos los presupuestos de la pena, pertenezcan o no al injusto¹.

2. CONCEPTO DE ERROR DE PUNIBILIDAD

En un sentido amplio podría decirse que el error de punibilidad concurre cuando el autor cree erróneamente que la acción que realiza no es merecedora de pena, o cuando yerra acerca de cuál será la pena que se le impondrá por su acción. Sin embargo, la primera parte de esta definición es demasiado amplia, ya que incluye dentro del concepto de error de punibilidad tanto al error de tipo como al de prohibición. Esto es así porque quien obra con error de tipo, es decir, quien no sabe lo que hace, tampoco podría saber que su acción es merecedora de pena; en igual situación se encuentra quien cree que su acción no está prohibida o quien cree que está permitida (errores de prohibición). Es evidente, entonces, que es necesario delimitar cuáles son aquellos errores a los que se alude cuando se habla de error de punibilidad.

Podría decirse, al menos en forma provisoria, que errores de punibilidad son aquellos que recaen sobre la concurrencia de un presupuesto de la pena que no integra el in-

¹ No se consideran aquí los presupuestos procesales necesarios para la imposición de una pena, que exceden el tema de este trabajo. Con esta salvedad debe ser interpretado el texto principal.

justo que se le reprocha al autor; es decir, que el autor sabe que realiza una acción típica y antijurídica, pero cree que no es punible.

Serán errores de punibilidad, entonces, aquellos que recaigan sobre la concurrencia de un presupuesto de la pena ajeno al injusto culpable, y aquellos que versen acerca de cuál será la pena que se impondrá al autor por su acción.

3. EL ERROR DE PUNIBILIDAD EN LA DOGNÁTICA PENAL

La relevancia del error de punibilidad es un tema que prácticamente no ha sido discutido por los autores del derecho penal. En general se ha aceptado, sin fundamentar esta decisión, que el error de punibilidad es irrelevante. Esta máxima fue formulada y fundamentada por Binding y ha perdurado a través de las distintas teorías que se han sustentado desde aquel autor hasta nuestros días.

La solución que postula Binding surge como una inferencia lógica posible de sus puntos de partida. Pero no ocurre lo mismo con los autores actuales, que han criticado y desechado aquellos puntos de partida, y sin embargo, siguen sosteniendo la solución de aquel autor acerca de la relevancia del error de punibilidad, sin fundamento alguno.

Por lo tanto, para encontrar los fundamentos de la posición que sostiene que el error de punibilidad es irrelevante, será conveniente retrotraerse a la teoría de Binding y a su concepción de la pena.

4. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA Y EL ERROR DE PUNIBILIDAD

Respecto de este tema², en la teoría de las normas de Binding, la norma³ era un mandato dirigido a los súbditos

² En el estudio del tema de este trabajo, ha sido determinante de muchas de nuestras opiniones el libro de Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1982.

³ En este trabajo, al referirnos a la norma, incluímos dentro de ella a las causas de justificación; es decir, que sólo será contraria a la norma la conducta típica y antijurídica. Sin embargo, sólo adoptamos este criterio por razones de practicidad, sin que implique la adhesión a ninguna de las teorías que se sostienen al respecto.

del Estado; un imperativo que debía ser obedecido sin tomar en cuenta que a la desobediencia le siguiera una pena, es decir, un imperativo categórico.

La pena era una retribución de la acción realizada; era el castigo que se le imponía a quien desobedecía los mandatos del Estado.

Para esta concepción, la pena no podía ser motivadora del individuo, porque esto lesionaría la dignidad humana. Hegel se refería a las concepciones utilitaristas de la pena de la siguiente manera: "Con esta fundamentación de la pena, que es similar a la amenaza que hace a un perro un hombre con un bastón, el hombre resulta tratado como un perro y ello no corresponde a su honor y libertad"⁴.

Por lo tanto, la ley penal contenía dos mandatos: uno dirigido a los súbditos, que era el que prohibía la realización de determinadas conductas; otro, que sólo podría dirigirse al Estado, que ordenaba la imposición de una pena al súbdito que desobedeciera algún mandato.

De esta diferenciación surgía la irrelevancia del error de punibilidad: como el autor sólo podía motivarse en la norma, su conocimiento de todo presupuesto para la aplicación de la pena ajeno a la norma (mandato) era absolutamente irrelevante y, por lo tanto, también lo era un error al respecto. Sería ilógico pensar que se eximiría de pena al autor, porque tenía un error acerca de un mandato que no iba dirigido a él, y que de ningún modo podía afectar su capacidad de motivarse en la norma.

Un concepto de la pena similar al de Binding es el que ha sostenido E. Kant, luego seguido por Hegel. Para Kant la pena es un imperativo categórico; un imperativo de justicia. Debe aplicarse al delincuente "por la sola razón de que ha delinquido".

Así, Kant sostenía que "la pena jurídica... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe serlo siempre contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido... El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico... Hay más: es que si la sociedad civil se disolviera por el consentimiento de todos

⁴ Bacigalupo, Delito y punibilidad, p. 163.

sus miembros... el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esa disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado cómplice de esta violación pública de justicia"³.

Si bien Kant no trató específicamente el tema del error de punibilidad, su justificación de la pena es esencialmente coincidente con la de Binding: ambos se enrolaron en la llamada teoría retribucionista y consideraban que la norma debía ser obedecida por el mero hecho de que representaba un mandato para los súbditos, y no por el temor que infundía la pena que se aplicaba a quien no obedecía ese mandato. Creemos oportuno señalar que no parece posible que Kant aceptase la existencia de circunstancias que eximieran de pena al autor de un injusto culpable, pero de todas formas, es útil recurrir a él para estudiar los fundamentos últimos de la concepción de la pena que adoptó Binding.

Resumiendo: para esta teoría las normas eran mandatos que debían ser obedecidos sin tomar en cuenta si a su desobediencia la seguía una pena; por lo tanto, cualquier error sobre un presupuesto de la pena ajeno a la norma o sobre la pena misma⁴ (errores de punibilidad) era irrelevante.

a) Consecuencias de las teorías absolutas de la pena

Como ya se ha visto, una teoría absoluta de la pena como la de Kant y Binding conduce a afirmar la irrelevancia del error de punibilidad. Es necesario analizar, entonces, si es posible sostener una concepción absoluta de la pena en

³ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*. Bs. As., Astrea, 1980, p. 439.

⁴ En nuestra opinión, aquel que adoptase la teoría kantiana no podría aceptar que quien viola una norma (es decir, realiza un injusto culpable) no sea penado por la concurrencia de un elemento ajeno a la norma (v.g., una excusa absolutoria). O bien ese elemento forma parte de la norma y, por lo tanto, cuando concurre, el autor no violó la norma; o bien es ajeno a la norma, y, en consecuencia, su concurrencia en nada afecta a la violación a la norma; en este caso la pena debe ser aplicada ya que, según Kant, aplicar la pena es un deber de justicia y aquella sociedad que no pensase a un delincuente sería "cómplice de esta violación pública de justicia" (ver nota 4). Si esto fuese así, los únicos errores de punibilidad posibles serían los referentes a la pena misma, y obviamente para esta concepción serían irrelevantes.

el estadio actual del derecho penal. Si se concluyera que no es sostenible, el paso siguiente debe ser determinar cuál es la justificación de la pena que se sustentará y cuáles son sus consecuencias en el ámbito del error de punibilidad.

Nos parece conveniente adelantar aquí que la determinación de una adecuada justificación de la pena excede los límites de este trabajo⁷, por lo que nos limitaremos a estudiar si es sostenible una teoría absoluta de la pena y a analizar las consecuencias de las restantes justificaciones de la pena en materia de error de punibilidad.

b) Críticas a las teorías absolutas de la pena

Esta teoría sostiene –sintéticamente– que la pena sólo puede aplicarse para castigar al delincuente, ya que cualquier otra fundamentación sería lesiva de “la libertad y la dignidad humana”⁸. Ésta es, en nuestra opinión, la idea central, el fundamento último de esta teoría.

Esta afirmación de los sustentadores de las teorías absolutas de la pena es cuestionada por Bacigalupo. Al respecto dice este autor que “no parece sostenible afirmar que la pena deba aplicarse sin tener en consideración el conocimiento de la amenaza penal, porque de esta manera se respetaría al hombre en su ‘honor y libertad’. En realidad, proceder de esa manera implicaría más que respeto, lesión de la dignidad humana, ya que no sería sino obligar al ciudadano a compartir íntimamente aquello que el Estado considera como valores elementales de la vida en común. Sólo de esta manera, es decir obligando al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado piensa sobre los valores elementales de la vida común, podría justificarse un deber emergente del orden jurídico en forma ‘pura’, o sea, sin referirlo a la existencia de amenazas penales. Pero si además de la circunstancia de que tal obligación sería difícilmente compatible con los imperativos constitucionales que protegen la dignidad de la persona humana, se toma en cuenta

⁷ Quizá incluso pueda afirmarse que no es posible una definición sobre el tema. Así lo hace Bacigalupo cuando dice que “una decisión en favor de una de las teorías o variantes de las teorías que hemos presentado no es posible, pues... los argumentos contradictorios ‘proviene de campos que no resultan comparables’” (*Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984, p. 16).

⁸ Ya que, como diría Hegel, justificar la pena de esta forma sería como considerar al hombre como un perro.

que "la selección de comportamientos estigmatizados como desviados, tiene lugar en base a criterios poco claros, tanto como la selección de las personas a las que el comportamiento desviado convierte en objeto de una pena"⁹ parece no quedar ningún punto de apoyo para sostener que el derecho penal debe renunciar a considerar al conocimiento de la amenaza como presupuesto de la pena por respeto al honor y a la libertad de la persona...

En otras palabras, si se quiere respetar verdaderamente el honor y la libertad, es preciso que no se convierta en delincuente a quien se ha guiado por su intuición y ésta no ha coincidido con la del Estado. Al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber sólo se apoya en la conciencia del mismo o en la fuerza coactiva de una amenaza"¹⁰.

Binding, que concebía a las normas como mandatos, se preguntaba por el destinatario de esos mandatos¹¹. El destinatario del mandato que contenía la norma era el súbdito del Estado, pero el del que mandaba imponer una pena al infractor, no podía ser otro que el Estado, ya que el primero era un mandato categórico¹². El súbdito no debía motivarse en la pena y, por lo tanto, el mandato de imponer una pena era ajeno a él.

Binding, entonces, se vio obligado a diferenciar entre el destinatario de la norma y el de la ley penal. Pero esta distinción implica la existencia de dos ámbitos de juzgamiento distintos: en uno de ellos se debe juzgar si el autor violó la norma, y en el otro, si se le aplicará la pena. Este doble ámbito de juzgamiento es el que origina la distinción entre injusto-culpable y punibilidad.

El juzgamiento que versa sobre la aplicación de una pena al autor, lo hará el derecho, y el que versa sobre la violación de la norma por parte del autor, tendrá que ser un juicio moral —ya que el derecho no puede realizar también este

⁹ Bacigalupo cita aquí a Stratenwerth, Günter, *Strafrecht*, I, 3ª ed., 1981, nº 17.

¹⁰ Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 164.

¹¹ Distinta hubiera sido su respuesta si se hubiese preguntado por el destinatario de la amenaza penal, pero esta pregunta no podía ser formulada por Binding, ya que para él la pena siempre era un castigo, y tomarla como una amenaza sería lesivo de la dignidad humana (cfr. Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 30).

¹² Es decir, que los súbditos del Estado no debían, por ejemplo, matar a otro, por la simple razón de que la ley lo prohibía, sin que en esto tuviera algo que ver la pena que seguía al homicidio.

segundo juicio, porque si ambos juicios fueran jurídicos necesariamente tendrían que ser coincidentes, y, en realidad, se trataría de un único juicio¹³. Esto implica que el Estado, al dictar una ley penal, necesariamente está imponiendo una moral; y que los súbditos deben acatar esa ley por la única razón de que crea para ellos un deber moral, que debe ser obedecido sin considerar si se impondrá una pena a la desobediencia¹⁴.

Para evitar esta necesaria referencia del derecho a la moral, Binding sostenía que los mandatos no creaban en los súbditos deberes morales, sino deberes jurídicos. Este argumento es refutado por Julius Binder cuando dice que no es difícil comprender "que la mera voluntad de la comunidad jurídica, que se presenta como exigencia frente al individuo (de un 'deber' de significación empírica, pero no trascendental) no puede surgir una obligación del individuo; de manera que aunque tuviéramos que admitir tal obligación frente a la voluntad de la comunidad, ella no sería resultante de dicha voluntad ni de su exteriorización, sino de la conciencia moral del sujeto de derecho"¹⁵.

Esta refutación de Binder, al cuestionar la existencia de deberes jurídicos —en el sentido de Binding—, reduce mucho la acción preventiva del derecho penal en la teoría de este último.

Considerando que la pena no tiene otra función que la de castigar a los culpables, ella está referida al pasado, y no cumple ninguna función de prevención. Pero como el individuo no tiene otros deberes que los morales —ya que los deberes jurídicos puros no existen—, si la norma coincide con los deberes morales que surgen de la propia conciencia mo-

¹³ Cuando, por ejemplo, concurre una excusa absolutoria, la acción es antijurídica, pero no es punible. Esto demuestra que el juicio en el que se determina si una acción es antijurídica, no puede hacerlo el mismo ordenamiento que determina que la acción no es merecedora de pena. Por lo tanto, el derecho no podrá realizar ambos juicios.

¹⁴ Cfr. Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 102 y siguientes. Este planteo de Bacigalupo parecería conducir a la inexistencia de presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable. Sin embargo, este autor sólo se limita a destacar la dificultad que hay para determinar un criterio para distinguir entre los elementos del injusto y los de la punibilidad, pero no cuestiona la existencia misma de los elementos de la punibilidad. Este tema será tratado más adelante, y sólo queremos destacar que las posiciones que se adoptan en él parecen depender en gran parte de los resultados que se quieren lograr en materia de participación.

¹⁵ Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 81.

ral del individuo, su existencia es superflua, ya que el deber existía independientemente de ella; si, en cambio, el mandato no coincide con los mandatos de la conciencia moral del individuo, estos mandatos son inoperantes desde el punto de vista preventivo, ya que son de por sí inaptos para originar deberes morales. En ambos casos el derecho penal no cumpliría función de prevención alguna. La única acción preventiva que tendría sería con respecto a aquellas personas que se sintieran moralmente obligadas a obedecer lo que manda el derecho, por considerar a éste un medio idóneo para reglar la vida en sociedad, aun cuando no compartan el contenido material de sus mandatos¹⁸. Por lo tanto, en la teoría de Binding, la ley penal tendría todavía una función preventiva, al menos con respecto a los súbditos que pensasen así. Pero es claro que no podría sostenerse que la ley penal cumple una función preventiva efectiva, basándose en la suposición utópica de que todos los ciudadanos deben tener esa concepción moral.

Otra crítica, que se le ha formulado a la teoría retribucionista, es que no se ve qué ventaja puede obtenerse causándole un mal a quien ya ha causado un mal. Así, Carlos S. Nino, al analizar el tema, plantea las ventajas y los problemas que acarrea el retribucionismo. Sus críticas apuntan más bien a los fundamentos filosóficos de la concepción absoluta de la pena brindados por Kant y Hegel que a la articulación jurídica realizada por Binding. Dice que "el retribucionismo, por un lado, parece satisfacer casi todas las convicciones intuitivas de justicia: excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, determina que un acto intencional sea más severamente penado que uno negligente (ya que la reprochabilidad por el hecho es mayor), etcétera. Pero, por el otro lado, el retribucionismo requiere de nosotros una intuición ética básica que muy pocos compartimos: que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Qué sino el resentimiento y el deseo de venganza—uno puede preguntarse— explica una preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien? ¿No es acaso la demostración más clara del fetichismo ante las reglas propias del formalismo moral, toda esta idea de que los criminales deben

¹⁸ Esta idea parece aproximarse mucho a la concepción de Hegel.

ser penados cualesquiera que sean las consecuencias? ('aunque perezca el pueblo', como decía Kant)¹⁷.

Esta crítica ya había sido contestada por Hegel de la siguiente forma: "Si el delito y su anulación, lo que se define como pena se considera como un mal, parecerá posiblemente irracional, querer un mal simplemente porque ya existe otro mal¹⁸. Este carácter superficial de un mal es presupuesto como lo primero en las diversas teorías de la pena, de la intimidación, amenaza, mejoramiento, etc.; y lo que de allí resulta se define con la misma superficialidad como un bien. Pero, sin embargo, no se trata ni de un mal ni de un bien, sino de lo injusto (*Unrecht*) y la justicia (*Gerechtigkeit*). Aquellos puntos de vista superficiales dejan de lado una consideración objetiva de la justicia, que es el primer y más sustancial punto de vista en lo referente al delito, y se sigue por sí mismo, que el punto de vista moral, la parte subjetiva del delito, se convierte en esencial... Los distintos puntos de vista que pertenecen a la pena como fenómeno y su relación con la conciencia individual, así como las consecuencias sobre la representación (intimidación, mejoramiento, etc.), en su lugar, y ciertamente sólo en relación a las modalidades de la pena, son probablemente de consideración esencial, pero presuponen la fundamentación de que sancionar es en sí justo.

En esta discusión sólo se trata de que el delito, y no ya como producción de un mal, sino como lesión del derecho como tal, debe anularse, es decir, debe anularse aquello que da al delito su existencia; esta lesión es el verdadero mal que hay que eliminar y aquello en que ella consiste es el punto fundamental"¹⁹.

Si bien Hegel contesta adecuadamente las críticas de Nino, en su argumentación refiere necesariamente las exigencias del derecho penal a las de la ética. Esta referencia, en la que se apoya Hegel, es incompatible con la ideología del derecho penal actual.

¹⁷ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 430. Este tema lo trata más extensamente en su libro *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1960.

¹⁸ Hegel cita aquí a Klein, *Gründsatze des positiven Rechts*, I 2 y siguientes.

¹⁹ Bacigalupo, *loc. cit.*, p. 162-163.

c) Conclusiones acerca de las teorías absolutas de la pena

En nuestra opinión, no es posible sostener que una teoría absoluta de la pena —como la de Kant y Binding— es compatible con la ideología del derecho penal actual.

En primer lugar, porque esta teoría lleva inevitablemente a que el Estado imponga una moral a través del derecho penal. Esto es así porque, como ya fue expuesto, al originar un doble ámbito de juzgamiento, uno de ellos debe ser hecho necesariamente por la ética. En segundo lugar, y en estrecha relación con la primera objeción, el derecho penal tiene —en esta teoría— una reducida acción preventiva, y ésta surge de la propia conciencia moral de los individuos, y no del derecho penal mismo. En tercer lugar, es criticable el punto de partida del retribucionismo, según el cual no puede considerarse que el hombre se motiva en la pena, porque esto lesionaría su dignidad (ver, al respecto, las críticas de Bacigalupo ya citadas).

Quizá podrían sumarse a éstas, algunas otras críticas a la teoría retribucionista, pero consideramos que son suficientes para demostrar que una concepción absoluta de la pena no es sostenible actualmente.

Antes de pasar a analizar las teorías utilitaristas, y para concluir con el análisis de la teoría retribucionista, es conveniente citar aquí la opinión de Stratenwerth al respecto. Este autor dice que "la teoría de la pena tiene que afirmar que, si la función retributiva de la pena resulta teóricamente más que dudosa, fácticamente no es sino una realidad. La necesidad de retribución, como se ve en el caso de delitos conmovedores de la opinión pública, no podrá eliminarse sin más. Si estas necesidades no son satisfechas, es decir, si fracasa aunque sólo sea supuestamente la administración de justicia penal, estaremos siempre ante la amenaza de la recaída en el derecho de propia mano en la justicia de Lynch. Precisamente el origen histórico de la pena pública se corresponde en forma total con tales exigencias... Por lo tanto, el derecho penal estatal puede y tiene que ser entendido como una institución tendiente a controlar la confrontación del delito y el delincuente, no sólo en lo que concierne a los presupuestos y a la medida de la sanción, sino también en lo referente al proceso de terminación y de castigo del delito. Permítasenos agregar expresamente que, de ninguna manera esto significa una justificación de la idea real de la retribución ni del ámbito en el que el comportamiento

desviado resulta de facto penalizado. Principalmente debe quedar claro que el intento de separar la pena, mediante otras formas de elaboración de los conflictos, sólo puede tener éxito en la medida en que sea posible reducir las emociones que dominan el derecho penal"²⁶.

Consideramos acertada la opinión de Stratenwerth, pero, si bien puede ser cierto que el retribucionismo "fácticamente no es sino una realidad", esto no implica que se deban sostener las consecuencias que tiene esta concepción de la pena en cuanto al error de punibilidad, ya que esta teoría no parece ser teóricamente sostenible en el marco actual del derecho penal.

5. LAS TEORÍAS UTILITARIAS Y EL ERROR DE PUNIBILIDAD

Como ya adelantamos, no nos adheriremos en este trabajo a alguna de las justificaciones de la pena que postulan los distintos autores, sino que sólo nos limitaremos a determinar las consecuencias que la adopción de cada una de ellas acarrearía en cuanto al error de punibilidad.

a) Teoría de la prevención general

Si se adopta la teoría de la prevención general, podría sostenerse tanto la relevancia como la irrelevancia del error de punibilidad ya que ambas soluciones son compatibles con ella. Bacigalupo dice al respecto que "la prevención general no se vería afectada si el Estado sancionara a pesar de no tenerse en cuenta la conciencia de la punibilidad: en la medida en que con la pena amenazada se procura la adecuación de los mecanismos de autocontrol del autor potencial, es evidente que esta finalidad puede alcanzarse también aplicando penas inclusive a quienes nada supieron de la amenaza. Este hecho, podría sostenerse, serviría para estimular los esfuerzos de los ciudadanos no sólo por no sufrir la pena, sino también por informarse activamente de los comportamientos prohibidos bajo amenaza penal"²⁷.

"Contra esa afirmación no podría invocarse que un Estado que procediera de esta manera provocaría gran confu-

²⁶ Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, t. I, p. 18, § 45.

²⁷ Con este argumento podría dejarse de lado totalmente el principio de culpabilidad; este tema será tratado más adelante.

sión en los destinatarios del sistema penal. Si la prevención general se centra en operar sobre los mecanismos de control, no cabe duda de que tal punto de vista es falso. La amenaza intimidada por sí misma y con independencia de otras circunstancias"²².

Si bien es cierto que podría afirmarse que el error de punibilidad es irrelevante y sostener al mismo tiempo la teoría de la prevención general, también lo es que se podría afirmar la relevancia de dicho error sosteniendo aquella teoría. En consecuencia, la decisión acerca de la relevancia del error de punibilidad quedaría sujeta a criterios ajenos a la función de la pena adoptada.

La teoría de la prevención general podría llevar a dejar de lado el principio de culpabilidad. Es decir, que no sería necesario que aquellos a los que se les imponga una pena sean culpables de las acciones en virtud de las cuales se les impone esa pena, porque si se logra un alto grado de efectividad en la imposición de penas a los autores de conductas penadas, aun dejando de lado el principio de culpabilidad, el sistema penal funcionaría como estímulo de los sistemas de autocontrol. Es decir, los ciudadanos se cuidarían de no realizar acciones penadas, e inclusive actuarían con excesiva prudencia para evitar realizar una de esas acciones, aunque sea sin culpa de su parte.

Esta idea de que quien sostenga la teoría de la prevención general podría dejar de lado el principio de culpabilidad nos parece sostenible. Pero lo que no parece posible en el marco actual del derecho penal es dejar de lado el principio de culpabilidad.

Si se concluye que, aunque no surge de la teoría de la prevención general, no puede dejarse de lado el principio de culpabilidad, debería afirmarse que el autor debe conocer todos los presupuestos de la pena (pasando a ser este conocimiento un presupuesto más de la pena). Solamente podría afirmarse que no es necesario que el autor conozca algún presupuesto de la pena, si se tiene alguna razón teórica válida para sostener esa afirmación. En nuestra opinión, no existe ninguna razón para hacer esa diferenciación²³.

²² Bacigalupo, loc. cit., p. 189. La opinión contraria sostenía este mismo autor (El error sobre las excusas absolutivas, en "Cuadernos de política criminal", Madrid, 1979, n.º 5, p. 3 y siguientes).

²³ No pueden alegarse aquí las razones que podría dar Binding, ya que su teoría no puede sostenerse en la actualidad. Por otro lado, no se

b) Teoría de la prevención especial

Si, en cambio, se adopta la teoría de la prevención especial, tendría que afirmarse que el error de punibilidad es relevante. Esto es así porque cuando el autor de una acción obra con un error de punibilidad, cree que su conducta no será penada y por lo tanto puede inferir que, si bien violó la norma, no es una transgresión que el orden jurídico considere insoportable. Así como no es necesario resocializar a quienes quebrantan normas no penales, tampoco es necesario resocializar a quienes actúan en la convicción de que su acción no es insoportable para el derecho, sino que es sólo una transgresión a la norma, pero no penada. Como el autor no puede distinguir cuáles normas son fundamentales y cuáles no lo son, debe remitirse para ello a la punibilidad de su transgresión, de manera tal que si cree que no será penado, creerá infringir una norma que no es fundamental y no tendría que ser resocializado²⁴.

Bacigalupo sostiene que, para determinar la relevancia que debe dársele al error de punibilidad, se debe optar por las consecuencias de la teoría de la prevención especial porque "carecemos de conocimientos empíricos suficientemente seguros sobre el funcionamiento de los mecanismos de la prevención general"²⁵. Este criterio lleva al autor citado a afirmar la relevancia del error de punibilidad, ya que considera que la teoría de la prevención general es compatible tanto con la relevancia como con la irrelevancia de dicho error. Consideramos que éste no es un fundamento suficiente para optar por la teoría de la prevención especial.

Las llamadas "teorías de la unión", son teorías que combinan los principios legitimantes de las teorías absolutas y utilitaristas de la pena. La pena será legítima, "en la medida en que sea a la vez justa y útil"²⁶. Estas teorías no traen consecuencias distintas a las vistas, porque como admiten la función motivadora de la pena, no implican lo que implicaban las teorías absolutas de la pena (ni siquiera la orientación que da preponderancia a la justicia sobre la utilidad)²⁷.

trata aquí de un criterio para distinguir los elementos del injuato de los de la culpabilidad, sino de encontrar un fundamento para realizar esa distinción, y que ésta sea relevante.

²⁴ Cfr. el artículo citado en la nota 22.

²⁵ Bacigalupo, *loc. cit.*, p. 170.

²⁶ Bacigalupo, *ob. cit.* en nota 7, p. 16.

²⁷ *Ibidem*.

Analizaremos, por último, la justificación de la pena que propone Carlos S. Nino.

c) *La teoría consensualista propuesta por Nino*

Sostiene Nino que el hecho de reconocerle algún fin a una pena (prevención general, prevención especial, etc.) no es suficiente como para justificar la aplicación de esa pena. Es decir, que no es suficiente con que el mal que se le causa a una persona —al aplicarle una pena— sea menor que el que se evita con la aplicación de ella.

Nino le formula a las teorías utilitaristas dos críticas. En primer lugar, señala que estas teorías no garantizan de ningún modo la exigencia de "actitudes subjetivas" en el autor, de manera tal que podría llegar a justificarse que se pene a un inocente. Según este autor, esta crítica no llevaría por sí misma a descalificar dichas teorías, por lo que le formula una segunda crítica. Dice que "el problema no está sólo en la posibilidad de penar a inocentes sino también en el castigo de los culpables. Porque, como según el utilitarismo, esa culpabilidad es irrelevante (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían legítimamente protestar: ¿Por qué hemos de ser sacrificados nosotros en aras del mayor beneficio del resto de la sociedad, o sea, en definitiva, de otros hombres? No nos digan que porque hemos cometido delitos, porque eso, según ustedes es tan moralmente irrelevante como nuestro color de piel. Ustedes nos están usando sólo como medios en beneficio de otros"²⁸. El problema, entonces, sería que el utilitarismo origina una injusta distribución de las cargas y los beneficios en la sociedad.

Plantea Nino que si el autor del delito diese su consentimiento para que se aplique la pena, esto haría desaparecer el problema de la distribución injusta, ya que la pena no le ha sido impuesta, sino que ha sido libremente aceptada por el delincuente.

Ahora bien: "es razonable decir que una persona consciente lo que sabe que son consecuencias necesarias de su conducta voluntaria... Si alguien ejecuta libre y conscientemente un acto sabiendo que éste tiene como consecuencia normativa necesaria... la pérdida de inmunidad contra la pena de que los ciudadanos normalmente gozan, él consien-

²⁸ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 430.

te en perder tal inmunidad, o sea en contraer responsabilidad penal"²⁹.

"El consentimiento que es aquí relevante es, por lo tanto, el consentimiento referente a las consecuencias normativas del acto, o sea, en el caso de la pena, el consentimiento a asumir una sujeción jurídica a ella. Este consentimiento está presente cuando la acción es voluntaria y el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción"³⁰.

Esta teoría, en nuestra opinión, conduce a afirmar que el error de punibilidad es relevante. Esto es así porque si es preciso que el autor preste su consentimiento, y éste "está presente cuando la acción es voluntaria y el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción" no parece posible sostener que el autor que, por un error de punibilidad, pensaba que no se le aplicaría una pena, al realizar su acción prestó su consentimiento para que se le aplique una pena.

A pesar de esto, Nino llega a la solución contraria. Así, sostiene este autor que "el consentimiento de cometer una acción enantiotética³¹ no se excluye cuando el agente se equivoca acerca de la presencia de una cierta condición de la pena que no es parte del antecedente de la responsabilidad penal, sino sólo una condición para su ejecución. El test acerca de cuándo alguna condición de la pena es de una u otra clase es su incidencia en la enantiotelidad de la acción; en la medida en que cierta circunstancia sea relevante para el objetivo de prevenir una clase de acciones por medio de la atribución a ellas de responsabilidad penal, esa circunstancia será parte del antecedente de la responsabilidad en cuestión. Esta calificación se toma en cuenta cuando se dice que la actitud subjetiva requerida es el consentimiento de realizar una acción enantiotética, ya que, por definición, la ausencia de una condición para la ejecución de cierta res-

²⁹ *Ibidem*, p. 431.

³⁰ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 234. Luego, en p. 239, Nino explicita aún más el concepto de consentimiento; dice que "el agente consiente en asumir una responsabilidad penal cuando, o bien sabe que tal responsabilidad es una consecuencia necesaria de su actividad voluntaria, o, aunque cree que no es más que una posible consecuencia de su conducta, habría realizado la misma conducta si hubiera advertido que la responsabilidad penal era una consecuencia necesaria de ella".

³¹ La enantiotelidad es un concepto similar al de antijuridicidad, aunque no se identifica totalmente con él.

pensabilidad penal no obsta a la enantiotelidad de la acción"²².

Este párrafo de Nino trae aparejados por los menos dos problemas. En primer lugar, no queda claro con qué criterio se determina cuáles son las condiciones que inciden en la enantiotelidad de la acción, y, en segundo lugar, el párrafo citado parece estar en franca contradicción con lo que expone Nino cuando dice que "ésta no es, claro está, la primera vez que la justificación de la pena ha sido conectada con el requerimiento de actitudes subjetivas. Sin embargo, me gustaría diferenciar esta propuesta de algunas otras. En primer lugar, lo que ella requiere es más que una cierta actitud subjetiva respecto del acto delictivo cometido: requiere una actitud subjetiva respecto de la pena misma"²³.

Dejando de lado las contradicciones en que pudo haber incurrido Nino, nos interesa destacar aquí que su teoría conduce a afirmar que el error de punibilidad es relevante.

6. CONCLUSIONES

Del análisis hecho de la relación entre las distintas teorías de la pena sostenibles actualmente y el error de punibilidad, surge la conveniencia de que dicho error sea relevante.

La única teoría de la pena que implica que el error de punibilidad debe ser irrelevante es la teoría retribucionista, que no puede sostenerse en el marco del derecho penal actual.

Si, en cambio, se adopta la teoría de la prevención especial o la teoría consensual de Nino, habrá que afirmar que el error de punibilidad es relevante.

Si se adopta la teoría de la prevención general, estimamos que debe considerarse al error de punibilidad como un error relevante, aunque en este caso los fundamentos no sean tan sólidos como los que sustentan la afirmación anterior.

Por lo tanto, cualquiera de las teorías de la pena que son compatibles con la ideología actual del derecho penal llevan a la conclusión de que debe considerarse relevante el error de punibilidad.

²² Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 339.

²³ *Ibidem*, p. 350.

7. OBSERVACIONES FINALES

Afirmada la relevancia del error de punibilidad, es conveniente hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar, consideramos que es discutible que se pueda sostener que existen presupuestos de la pena ajenos al injusto-culpable (v.gr., excusas absolutorias) sin que esto origine un doble ámbito de juzgamiento similar al ya citado y criticado (esto sucedería si se dice que los elementos del injusto son los que componen la norma y los de la punibilidad, los que son ajenos a ella). Parece ser que el único criterio posible de distinción entre los elementos del injusto y los de la punibilidad podría surgir de la idea de que la antijuridicidad es la contrariedad al conjunto del ordenamiento jurídico. Partiendo de esta idea, podría afirmarse que en la medida en que la no concurrencia de un presupuesto de la pena exima de la imposición de esa pena, pero no le quite el carácter de ilícito a la acción en cuestión para otras ramas del ordenamiento jurídico, este presupuesto no pertenecerá al injusto sino a la punibilidad. De todas formas, creemos que esta solución es discutible, y que quizá no haya ningún criterio para determinar que un presupuesto de la pena es ajeno al injusto²⁴.

De todas formas, aceptada (o supuesta) la existencia de presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable, un error sobre ellos debe ser relevante.

En segundo lugar, con respecto al tratamiento específico que deben recibir los distintos errores de punibilidad, sólo nos limitaremos a dar algunos lineamientos globales.

Con respecto a los errores sobre los elementos de la punibilidad (suponiendo que se afirmase su existencia) deben

²⁴ Este criterio podría originar contradicciones insalvables. Por ejemplo, en causas de justificación tradicionales como la legítima defensa y el estado de necesidad, no siempre concuerdan los juicios de los civilistas y de los penalistas acerca de si el agente estaba justificado. Si se adopta este criterio, esta disidencia llevaría a considerar conductas antijurídicas a algunas conductas que la dogmática penal considera justificadas casi sin discusión. Sólo quisimos aquí apuntar algunos problemas ya que este tema debe ser tratado con más detenimiento. Por otra parte, queremos aclarar aquí que el tratamiento que se les da en la dogmática a los presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable parece estar destinado, sobre todo, a lograr las consecuencias que se desean en materia de participación.

ser tratados de igual manera que los errores de prohibición (por lo tanto, existirán tres tipos de errores de punibilidad en forma análoga a lo que ocurre con los de prohibición)²⁵.

Con respecto a los errores sobre la pena, su tratamiento debe ser estudiado cuidadosamente, ya que pueden suscitarse problemas con el principio de legalidad²⁶. En esencia, parecería que los errores sobre la naturaleza de la pena y sobre la escala penal aplicable (gravedad del injusto)²⁷ deben ser relevantes.

Por último, es necesario determinar si un error sobre la punibilidad repercute sobre la culpabilidad, o si la relevancia de este error implica la existencia de una categoría en la cual se analice la concurrencia de los posibles errores de punibilidad (es decir, la conciencia de la punibilidad).

Si se sostiene que no existen presupuestos de la pena ajenos al injusto culpable, el error de punibilidad siempre repercutirá sobre la culpabilidad, incluso en el caso de un error sobre la pena, ya que su efecto debería ser el de atenuar la reprochabilidad.

Si se sustenta la opinión contraria, es decir, que existen elementos propios de la punibilidad, podrían sostenerse ambas soluciones, pero nos parece preferible apoyar aquella que crea una nueva categoría, distinta de la culpabilidad, de manera tal que los errores de punibilidad no repercutan sobre la culpabilidad, sino sobre la conciencia de la punibilidad²⁸.

²⁵ Así, podrían darse errores sobre los presupuestos objetivos, sobre la existencia o sobre la extensión de una excusa absolutoria.

²⁶ Por ejemplo, si el autor, por un error inevitable, cree que su acción tiene pena de multa, cuando en realidad tiene pena de prisión. En este caso habría que ver si es posible aplicarle una pena de multa sin contradecir el principio de legalidad.

²⁷ Zaffaroni opina que este error es un error de subsunción. Nos parece que esta opinión del autor es equivocada, ya que se trata de un error acerca de la escala penal aplicable. La afirmación de que es un error sobre la cantidad de antijuridicidad, en primer lugar, supone que ella sea graduable (lo que no es posible si se la define como la condición de ser contrario a derecho, como lo hace el propio Zaffaroni), y en segundo lugar, deja ver un juicio iusnaturalista similar al de Binding.

²⁸ Pero es claro que si se adopta esta última solución, no podría sostenerse que un error inevitable sobre la punibilidad excluye la culpabilidad, como lo hace Bacigalupo en su *Manual* (ob. cit. en nota 7, p. 155). Es discutible la posición de Stratenwerth, que sostiene que el error de punibilidad es irrelevante, pero que debe ser tomado en cuenta al mensurar la pena (ob. cit., p. 99 y 162).

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1963.

— *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984.

— *El error sobre las excusas absolutorias*, en "Cuaderno de política criminal", Madrid, 1978, n° 6, p. 3 y siguientes.

Jescheck, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1961.

Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980.

— *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.

Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, t. I.

Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 1982.