

ADMISIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICION EN NUESTRO DERECHO(*)

por

JOSE ANTONIO PETITO

I. ERROR DE TIPO, ERROR DE PROHIBICION

El objeto temático que nos hemos propuesto abordar, obliga a un necesario y previo análisis teórico acerca del llamado error de prohibición. Pero con esta categoría no es susceptible de ser concebida aisladamente del error de tipo -más aún se incurriría en una grave incongruencia dogmático- sistemática y aún política, si así se procediera-, trataremos en forma breve y unitaria el concepto de "error de tipo y error de prohibición".

La doctrina alemana a impulsos de Alexander Graf Zu Dohna, superó la vieja distinción romanista "error iuris" "error facti" cuya crisis fuera señalada por diversos autores, sustituyéndola por la de "error de tipo" y "error de prohibición". Esta concepción desarrollada particularmente por los autores finalistas, en sus orígenes, logró su consagración doctrinaria entre los germanos en la década del 50 y luego en la legislación de ese país al ser recibida en los arts. 16 y 17 del Código Federal de 1975⁽¹⁾.

Esta concepción ha tenido amplia difusión en la doctrina hispanoamericana y al igual que en Alemania, puede afirmarse que se ha desvinculado de sus orígenes finalistas, y en general, es admitida por quienes sustentan una concepción compleja de la tipicidad (tipo objetivo - tipo subjetivo) y una concepción normativa de la culpabilidad que se nutre entre sus contenidos con la "posibilidad de comprensión de la antijuridicidad" como uno de sus elementos.

Es así que nos encontramos frente a un error de tipo, cuando verificándose la tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo⁽²⁾.

(*) El presente trabajo recoge en lo fundamental, la ponencia hecha por el autor en el "III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA" realizado en Montevideo, entre el 16 y el 18 de noviembre de 1994.

(1) WESSELS, J. Derecho Penal P.G: Depalma B.A. 1980. p. 129.

(2) ZAFFARONI, E.R., Manual de Derecho Penal, P.G., EDIAR, B.A. 1988 p. 411.

MUÑOZ CONDE enseña sobre el particular que el: "...error debe... referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una "valoración paralela a la esfera del profano", para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo." Y proseguía luego: "El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad) carece de relevancia a efectos de tipicidad. Solo el error sobre elementos del tipo excluye el dolo"⁽³⁾.

En cuanto a los efectos de este tipo de error, verificado el mismo se excluye la tipicidad dolosa en cualquier caso, y cuando reviste la calidad de inevitable o invencible, elimina también la tipicidad culposa.

Por su parte, de un modo muy general puede decirse que el error de prohibición, es el que recae sobre el conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de la conducta, teniendo por efecto la eliminación de la culpabilidad -en caso de revestir la característica de error invencible- o de reducir la culpabilidad y consecuentemente atenuar la pena si se tratara de un error vencible, o de dejarla intacta si nos enfrentamos ante un error craso.

II. NATURALEZA DOGMÁTICA DEL ERROR DE PROHIBICION

Es necesario abordar la problemática del error de prohibición, desde la óptica del llamado conocimiento o comprensión de la antijuridicidad, como elemento de la culpabilidad, que posibilite la reprochabilidad por el hecho a su autor.

Ciertamente, los autores están de acuerdo en requerir para la presencia del delito, que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. Esto es, que no basta que quién actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. En otros términos es necesario el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho⁽⁴⁾.

Precisamente cuando tal conocimiento falta se hable de error de prohibición en contraposición al error de tipo. También se admite en forma pacífica que este tipo de error puede ser vencible, invencible o craso con las consecuencias que venimos de apuntar líneas arriba.

⁽³⁾ MUÑOZ CONDE, F. Teoría General del Delito, TEMIS, Bogotá, 1990, p. 61.

⁽⁴⁾ MIR PUIG, S., Derecho Penal, P.G., Promociones y Publicaciones Universitarias, Segunda Edición, Barcelona 1985, p. 536.

Empero, las opiniones dejan de ser pacíficas cuando se trata de precisar la naturaleza dogmática del error de prohibición y la fundamentación y alcance preciso de su tratamiento jurídico penal. En efecto:

II.1. El causalismo clásico considera al conocimiento de la antijuridicidad del hecho como necesario para que concurra el dolo, que se contempla en la culpabilidad. El dolo es concebido por los causalistas como “*dolus malus*”, o dolo valorado, esto es como voluntad consciente no sólo del hecho sino también de su significado antijurídico⁽⁵⁾.

En consecuencia, el error de prohibición -en puridad error iuris para el causalismo- hace desaparecer el dolo al privarle una de sus partes integrantes. Esta es la llamada teoría del dolo porque según ella, el error de prohibición excluye el dolo, elemento que contiene, -concebido como conocimiento efectivo- el llamado conocimiento de la antijuridicidad.

En el causalismo pues, la naturaleza dogmática del error de prohibición es coincidente con la del error de tipo, lo que conduce a un mismo tratamiento para ambas clases de error, pues si éste es invencible exculpa por falta de dolo e imprudencia, y si es vencible da lugar a responsabilidad a título culposo.

II.2. El finalismo por su parte, redujo el dolo al conocer y querer de los elementos de la situación típica, excluyendo de él el conocimiento de su significación antijurídica. Se concibió entonces como dolo natural, emigrando de la culpabilidad para instalarse en el injusto. Pero en su nueva ubicación, no pasó con él, el conocimiento de la antijuridicidad, que en cambio permaneció en la culpabilidad, separado del dolo natural⁽⁶⁾.

El error de prohibición, ya no puede excluir el dolo formulándose el siguiente tratamiento jurídico de su eficacia: el conocimiento de la antijuridicidad del hecho debe valorarse en sentido potencial, como requisito autónomo de la culpabilidad, y su ausencia, el error de prohibición, no elimina la existencia del injusto doloso, sino que enerva la culpabilidad de su autor⁽⁷⁾.

De ahí que esta doctrina lleve el nombre de “teoría de la culpabilidad” lo que se inscribe en la concepción general de la culpabilidad sustentada por el finalismo. En efecto, si la culpabilidad según las enseñanzas de WELZEL, se hace depender del “*poder actuar de otra manera*” cabe fundamentar la relevancia del error de prohibición diciendo que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no tiene razones para actuar de otro modo.

⁽⁵⁾ MIR PUIG, ob. cit. p. 537.

⁽⁶⁾ MIR PUIG, ob. cit. p. 537

⁽⁷⁾ MIR PUIG, Ib. idem p. 538.

De ahí que el error invencible o inculpable determine la ausencia de culpabilidad. En suma: para que se configure la culpabilidad se precisa la posibilidad de conocer la prohibición del hecho. Si dicha posibilidad falta, lo que ocurre en el error invencible, se excluye la culpabilidad y toda pena; en caso de error vencible no queda excluída la culpabilidad porque no desaparece la posibilidad de conocer la prohibición, pero sí disminuye o atenúa la reprochabilidad, lo cual no sucede cuando el error es burdo o craso⁽⁸⁾.

En suma: el error invencible, el error vencible y el craso son las tres categorías que maneja el finalismo para -respectivamente- excluir la culpabilidad, atenuarla o mantenerla plenamente.

II.3. También responden en forma distinta el causalismo clásico y el finalismo ortodoxo a la cuestión de si el error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye o no un error de prohibición y cuál ha de ser su tratamiento jurídico. Por ejemplo alguien cree equivocadamente que está siendo objeto de una agresión y por tanto se siente autorizado a defenderse legítimamente, lesionando o aún matando a su agresor imaginario, quien sólo le estaba jugando una broma.

Según la teoría del dolo sustentado por el causalismo clásico, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación, constituye un error que excluye el dolo. En esta postura dogmática se da un planteamiento unitario al error, que en todo caso excluye el dolo ya sea designado como error de hecho, de derecho, de tipo o de prohibición. En efecto, si es invencible habrá falta de responsabilidad por falta de dolo y culpa y si es vencible habrá responsabilidad por imprudencia. Carece entonces de relevancia discutir si este error es de tipo o de prohibición⁽⁹⁾.

Por otro lado el finalismo ortodoxo, ha entendido que la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de prohibición, o mejor aún precisando los términos, un error de permisión. En tal supuesto si el sujeto cree en forma inculpable que el hecho está permitido no será responsable por falta de reproche.

Esta postura suele denominarse *teoría estricta de la culpabilidad*, porque extiende el régimen de la teoría de la culpabilidad que viene de relacionarse, incluso al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. En tales situaciones el injusto doloso permanece inmodificado y se excluye, atenúa o mantiene la culpabilidad, según el error sea invencible, vencible o craso⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ MIR PUIG, cit. p. 538-539.

⁽⁹⁾ MIR PUIG, ob. cit. p. 539.

⁽¹⁰⁾ MIR PUIG, ib. idem.

Entre las posiciones que acaban de reseñarse -*teoría del dolo y teoría estricta de la culpabilidad*- se encuentra la doctrina denominada *teoría restringida de la culpabilidad* que aparece como una posición mixta. Según ella puede admitirse la teoría de la culpabilidad para el error de prohibición consistente en el creer que una conducta no está tipificada por la ley, pero no para la suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación. Aquí sería aplicable el tratamiento que propugna la teoría del dolo, pues en todo caso se desvanece el tipo doloso.

La teoría llamada de los *elementos negativos del tipo*, consigue fundamentar bien esta solución (aunque no es la única que sostiene esta postura dogmática). En efecto, si la ausencia de uno de los presupuestos de una causa de justificación es necesaria para que concurra el tipo negativo y ésta a su vez para que se dé el tipo total de injusto la suposición errónea de que ocurren aquellos presupuestos supone un error sobre el tipo negativo, y por tanto, relativo al tipo total de injusto; es en suma un error de tipo. Será, en cambio, un error de prohibición el de quién, sin errar sobre la situación, cree equivocadamente que le asiste una causa de justificación que el derecho no admite o cuyos límites legales sobrepasa⁽¹¹⁾.

Un par de ejemplos aclararán cuanto viene de verse. Quien cree erróneamente estar siendo agredido y se trata en realidad de un amigo que simula un ataque con "animus iocandi", y dispara y mata a su agresor imaginario, cae en un error de tipo que versa sobre su parte negativa. En cambio, incurre en un error de prohibición el arrendador que cree estar legítimamente autorizado a disponer por sí el desalojo "manu militari" del inquilino que le adeuda varias mensualidades de renta.

III. ADMISIBILIDAD DEL ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION EN EL DERECHO URUGUAYO

¿Es posible trasladar el precedente esquema dogmático al derecho uruguayo? En verdad no se trata de una tarea fácil.

La estructura del Capítulo III del Libro I del C. Penal, desarrollado bajo la rúbrica "*De la culpabilidad*", que da nombre al capítulo, y la lectura tradicional que de sus disposiciones ha hecho la doctrina nacional, en forma unánime, parecerían signar el fracaso de todo intento a ese respecto.

Ciertamente, la ley uruguaya parece haber dado estructura unitaria al "*régimen de la culpabilidad*" en los arts. 18 a 25 del mencionado capítulo. La culpabilidad, integrada por el dolo y la culpa y una forma mixta, la ultraintención consagra el aspecto positivo de este elemento esencial del delito, concebido en tesis sicologista.

(11) MIR PUIG, ob. cit. p. 540.

Por su parte, los arts. 22 y 24 refieren al aspecto negativo de la culpabilidad, a través del tratamiento unitario del error. Se acoge la clásica distinción romanística “*error facti*”, “*error iuris*” al par que la máxima de igual origen “*error vel ignorantia ius non sensit*” que a decir del propio codificador, aplicada estrictamente en materia penal, resulta draconiana. El error tanto de hecho como de derecho, cuando es admisible, elimina el dolo, y si es inculpable la culpabilidad. Cuando no reviste tal calidad, deja subsistente la culpa, si la ley castigare el delito a ese título.

Ahora bien. En el entendido de que la dogmática no se construye sobre la base de la mera exégesis de los cuerpos legales, ni a partir del pensamiento del legislador, o de las doctrinas que tuvo en miras al tiempo de la elaboración de la ley, sino que se edifica conforme a las exigencias de la conciencia jurídica contemporánea, se intentará una lectura renovadora de esos textos legales, adelantando desde ya, que como suele suceder en estos casos, este modesto aporte ha de quedar abierto a la crítica -siempre enriquecedora por cierto- de nuestros compañeros de labor.

La evolución que ha experimentado nuestra doctrina desde la sanción del C. Penal de 1934, alienta dicho propósito.

Así por ejemplo, a pesar que el C. Penal de Irureta Goyena desconoce la tipicidad, la doctrina vernácula ha elaborado dicho concepto⁽¹²⁾ y lo ha aplicado a aquel cuerpo de leyes sin dificultades. Sin duda la gran difusión que ha tenido en el Río de la Plata la obra de Beling, a través del pensamiento de Jiménez de Asúa y de Soler, han contribuido a ello.

Actualmente, es cuestión fuera de discusión la de que la tentativa puede encararse como un problema de estructura típica. Idéntica solución puede darse al problema de la coparticipación criminal. Y parece claro hoy día, a 60 años de la sanción del Código, que Irureta Goyena seguramente no concibió al redactar los arts. 58, 60 y ss. del C. Penal, y algunos otros, que estaban creando “dispositivos amplificadores de los tipos penales”.

A partir entonces de algunas referencias que el C. Penal hace a la “ley penal” o “previsto en la ley como delito”, por ejemplo, en los art. 1, 3, 18 etc., nuestra doctrina ha elaborado sistemáticamente una verdadera teoría de la adecuación

(12) v. BAYARDO BENGOA, F. Derecho Penal Uruguayo, C.E.D., Montevideo, 1968, T. I p. 163, 166, T. II, p. 179-199; RETA, A. La doctrina de la acción finalista, Rev. del C.E.D., T. XX N° 87 Montevideo, 1959, p. 87 y ss.; CAMAÑO ROSA, A. Estudios Penales y Procesales, T. III, Montevideo, 1973, p. 321; GREZZI, O. Protección penal del cheque, Montevideo 1967, p. 206-207; CAIROLI MARTINEZ, M. Teoría del delito, ed. 1984 p. 141 a 153, La estructura de los tipos penales en el Código Penal uruguayo, en Rev. JUDICATURA, N° 15, Dic. 85, p. 6-12, Curso de Derecho Penal Uruguayo, T. I, F.C.U., Segunda Edición, Montevideo, 1988, p. 144. y 191 a 215; LANGON CUÑARRO, M. Límites al poder sancionador de un Estado Democrático, en L.J.U. T. 89, P. 37.

típica. En este orden de ideas, reina acuerdo en la doctrina uruguaya en cuanto a que, cuando el art. 57 refiere a “dos o más leyes penales” alude en puridad a dos o más figuras delictivas. De igual forma cuando en el art. 58 refiere a una “misma ley penal” está aludiendo a un mismo tipo básico.

Lo mismo ocurre en otros planos teóricos, como por ejemplo el de la admisión de la culpabilidad normativa. O en la idea de que es la cuantía del reproche, lo que fundamenta y limita la punibilidad, malgrado el texto del art. 86 del C. Penal de cuya exégesis parece no desprenderse tal temperamento⁽¹³⁾.

III.1. Admisibilidad del error de tipo

La doctrina nacional⁽¹⁴⁾ ha sostenido que esta moderna elaboración acerca del error de tipo y el error de prohibición, basada en el derecho positivo extranjero, no es asimilable al C. Penal uruguayo.

Esta opinión se fundamenta en el propio pensamiento de WELZEL quien se preocupó por subrayar la total diferencia conceptual de esta nueva clasificación respecto de la tradicional. Dice el maestro alemán: “Hay errores de derecho que son errores de tipo; por ejemplo el error sobre las circunstancias normativas del hecho, como la ajenidad de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación”⁽¹⁵⁾.

A juicio del exponente empero, el error de tipo puede construirse sin mayores inconvenientes a partir del art. 22 y 24 inc. 2 del C. Penal.

La expresión de la ley es clara: “*error ...sobre las circunstancias del delito...*” lo que debe asimilarse a “*tipicidad objetiva*”. Esto es, no sólo la que refiere a la materialidad de la conducta, es decir, al verbo nuclear, las referencias de medio, de lugar o de tiempo, sino también a las llamadas referencias normativas. Nuestra cátedra ha sido especialmente certera al comentar este artículo en cuanto ha dicho: “No significa esto que el error deba versar sobre el delito mismo, sino sobre el hecho, sobre la conducta, *sobre el acto que se adecua al modelo legal o tipo*”⁽¹⁶⁾.

(13) v. CAIROLI, ob cit. Edición 1987 T. II p. 151 a 153.

(14) BAYARDO BENGEOA ob. cit. T. II, p. 147, CAIROLI, ob. cit. T. I. p. 341.

(15) WELZEL, H, Derecho Penal Alemán ed. J. de Chile 1987 p. 234.

(16) CAIROLI, Curso T. I p. 330-331, los subrayados no están en el original.

Los ejemplos que los autores uruguayos manejan a propósito de este tipo de error⁽¹⁷⁾, incluso el propio codificador en la nota al art. 22, demuestran que se incluyen en el mismo los llamados errores de subsunción, esto es, los que refieren a las circunstancias normativas del tipo objetivo. Por tanto, más allá de que algún sector doctrinario pueda calificar a este tipo de error como “de derecho”, nuestra doctrina le ha dado tratamiento de “error de hecho” (rectius de tipo) al quedar abarcados por el art. 22.

Más aún, ontológicamente es punto discutible que quien, confunde la cosa ajena con la propia, quién yace con mujer menor de 15 años creyéndola mayor, quién destruye un documento público en la creencia errónea de que se trata de un papel sin valor, quién confunde a una persona desconociendo su calidad de funcionario público, creyendo que se trata de un ciudadano común, etc., padezca un verdadero error de derecho. Por el contrario, la naturaleza de las cosas parece abonar la idea de que en la mayoría de los casos, nos encontramos ante un error de hecho. Ello más allá, claro está, de la “estimativa” que el legislador haya hecho de esas circunstancias fácticas, erigiéndolas en auténticos requisitos normativos del tipo de injusto.

Otras veces podrá incurrirse en un error de hecho a consecuencia de un falso juicio sobre una ley extrapenal, en cuyo caso por virtud de la remisión hecha por el inc. 2 del art. 24 del C. Penal, la situación debe regirse también por el art. 22 de dicho cuerpo de leyes.

Quiere ello decir, que para la ley uruguaya no importa que a partir de un error de derecho extrapenal, se incurra en un error de hecho. Más allá de toda discusión acerca del origen de dicho error, o de su naturaleza, la ley ha dado tratamiento unitario al mismo rigiéndose por el art. 22, por ello la situación prevista en el inc. 2 del art. 24 es también un error de tipo.

Los ejemplos que ha manejado la doctrina en este supuesto son escasos y se reducen prácticamente al de la bigamia utilizado por MAGGIORE⁽¹⁸⁾, quien entiende que en tal supuesto el agente sufre a la vez, un error de hecho y de derecho. El sistema es coherente y demuestra la exactitud de incluir en el art. 22 el llamado error de subsunción. En su esencia, el error de derecho extrapenal en que incurre el agente en el ejemplo manejado, se traduce del punto de vista histórico en un error de hecho (de tipo en el esquema que pretendemos trazar). Ciertamente, el sujeto creará estar divorciado, cuando en puridad el vínculo matrimonial no ha sido disuelto.

⁽¹⁷⁾ BAYARDO, ob. cit. p. 154; CAIROLI, ob. cit. p. 331.

⁽¹⁸⁾ MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Vol I, Temis, Bogotá, p. 541.

Es posible preguntarse cual es la solución dogmática que merecen aquellas situaciones en las que el error sobre una ley extrapenal, no se concreta en un elemento constitutivo del tipo objetivo. Los ejemplos a considerar son en verdad escasos. Podría citarse el del arrendador que se entiende legitimado a materializar de mano propia el lanzamiento de su inquilino incumplidor, según se ha hecho referencia más arriba. ZAFFARONI, maneja también algunos ejemplos⁽¹⁹⁾. Así, un sujeto cree que si alguien le deja un objeto a reparar y no lo retira dentro de cierto plazo, se encuentra habilitado para venderlo por su cuenta y disponer del precio de la reparación. O el del obrero que cree que le está permitido vender mercadería de su patrono para cobrarse los salarios impagos.

Todas estas situaciones deben resolverse a nuestro juicio como hipótesis de “error de prohibición” y no de “error de tipo”.

En efecto. Si bien en todos los ejemplos manejados el error nace en un falso juicio respecto de una ley no penal (sea procesal, civil o laboral), éste se traducirá en suma, en la estimativa hecha por el agente acerca del carácter prohibido o permitido del acto.

El sujeto cree erróneamente que está actuando la ley (art. 28 del C. Penal). En definitiva, el falso juicio recae sobre la supuesta existencia de un tipo permisivo que en puridad no es tal. Por eso el tratamiento dogmático que merecen estas situaciones es el del error de prohibición.

Si se compara nuestro art. 22 con el párrafo 16 del C. Penal alemán, que es el que legisla sobre el error de tipo, se advertirá que existen claros puntos de encuentro entre ambas disposiciones. Así, el código alemán, refiere en el “nomen iuris” de la disposición a “*Error sobre circunstancias de hecho*”, el código uruguayo alude por su parte a “...*error de hecho que versare sobre las circunstancias constitutivas del delito...*”. Una lectura “renovadora” de la disposición del código patrio, podría autorizar a cambiar el rótulo de la misma. En vez de “*error de hecho*” podría referir al “*error sobre el hecho*”, tomando esta expresión como tipo o figura delictiva.

En cuanto a la eficacia del error de tipo, tanto en el código alemán, cuanto en el uruguayo, tiene virtualidad de enervar el dolo esto es, el tipo doloso, dejando subsistente la culpa si es que se persiguere es misma figura a título de culpa, y el error hubiera sido vencible.

Finalmente, según se expondrá en el capítulo siguiente, el error sobre las circunstancias objetivas configurativas de una causal de justificación putativa, no

(19) v. Manual... cit. p. 544.

constituye a nuestro entender un error de hecho o sí se quiere un error de tipo. Por tanto, no deben entenderse abarcados por el art. 22, que en todo caso refiere a "circunstancias constitutivas del delito". Y no lo son los supuestos de hecho mencionados, que en todo caso conllevan a la configuración de un error de prohibición.

III.2. Admisibilidad del error de prohibición

Aquí las cosas no resultan ser tan sencillas. Como es sabido el error de prohibición, cuando tiene la cualidad de ser invencible elimina la culpabilidad. Es decir que configura uno de los aspectos negativos de la culpabilidad en tanto el agente no ha podido comprender la antijuridicidad del hecho y por ello no resulta posible el reproche al autor. Por su parte, según quedó dicho, el error de tipo elimina la tipicidad dolosa. De modo tal que elementales razones de coherencia dogmática, llevan a concluir que sólo tendrá sentido admitir el error de prohibición en un esquema de tipicidad compleja en el que el dolo y la culpa yacen en el injusto, como formas especiales de estructura típicas.

Nuestra doctrina por su parte, ha concebido a la culpabilidad en teoría psiconormativa y compleja, siguiendo en grandes líneas el esquema mezgeriano⁽²⁰⁾. En efecto, si bien la culpabilidad es reproche al autor por su injusto doloso o culposo, parte del objeto del reproche, es decir el dolo y la culpa, siguen perteneciendo a la culpabilidad. A su vez este elemento tiene para algunos como presupuesto a la imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad⁽²¹⁾ aunque para otra parte de la doctrina la imputabilidad forma parte de la culpabilidad⁽²²⁾. Igualmente, el dolo es concebido como dolo malo, o dolo valorado, pues su componente intelectual se concibe no sólo referido a la representación de la situación típica, sino que conlleva también el conocimiento de la situación antijurídica⁽²³⁾. Para RETA en cambio, la conciencia de la antijuridicidad se aprecia en la culpabilidad, es decir, en los tres grados de la misma: dolo, culpa y ultraintención y no sólo en el dolo⁽²⁴⁾. En suma, en tesis mayoritaria para nuestra doctrina culpabilidad es reprochabilidad, dolo, culpa, ultraintención, imputabilidad, y conciencia de la antijuridicidad al mismo tiempo.

⁽²⁰⁾ v. BAYARDO, ob. cit., T. II, p. 69-71, CAIROLI, ob. cit. T. I, p. 274-275.

⁽²¹⁾ BAYARDO, cit. p. 8 y 21.

⁽²²⁾ CAIROLI, cit. N° 226, p. 278-281.

⁽²³⁾ así BAYARDO, ob. cit. T. II, p. 84 y 96; CAIROLI, T.I, cit. p. 306-307.

⁽²⁴⁾ Cfrm., RETA, A. El conocimiento de la antijuridicidad en el Derecho Penal Uruguayo, Rev. de la Fac. de D. y C. S., Año XVII, abril-diciembre de 1966, N° 2-3-4, p. 449-450.

¿Es posible cambiar este esquema? Vamos a intentar una lectura del código que posibilite la doble función del error, eliminando el dolo o la culpabilidad, según se trate de error de tipo o error de prohibición. Es decir a intentar descubrir en el código, un esquema de “tipicidad compleja”.

Como se ha visto precedentemente, nuestro código alude a la tipicidad utilizando la expresión “*previsto en la ley como delito*”.

Precisamente ello ocurre en el acápite del art. 18 que reza: “Nadie puede ser castigado por un *hecho previsto en la ley como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo*, cometido además con conciencia y voluntad”.

Es posible concebir entonces, en esta nueva lectura de las disposiciones del código, que el régimen de la culpabilidad está expresado en forma sintética en el primer inciso del art. 18. La culpabilidad, cuya base radica en la conciencia y voluntad del hecho es reprochabilidad por el injusto doloso, culposo o ultraintencional, formas de estructuras típicas éstas, que se describen en los incisos 2º y 3º del art. 18.

A esta interpretación coadyuva el propio pensamiento del codificador, plasmado en la glosa al art. 30 del proyecto. Allí expresa IRURETA GOYENA: “Lo que en esta disposición se denomina incapacidad, para apreciar el carácter ilícito del acto, y para determinarse según su verdadera apreciación, se llama en aquélla, (refiere evidentemente al art. 18) conciencia y voluntad.”

Culpabilidad es pues imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad del hecho, elementos sin los cuales no puede fundarse válidamente el juicio de reprochabilidad. En esta línea de pensamiento pues, la expresión “*cometido además con conciencia y voluntad*”, permite fundamentar que la conciencia del disvalor de la conducta no es requisito exclusivo del dolo (teoría del dolo) sino que yace en la culpabilidad (teoría de la culpabilidad) y así se desprende del acápite del art. 18 y del art. 30 del C. Penal.

La culpabilidad entonces, se conforma con la imputabilidad, consagrada a contrario sensu en el art. 30, como posibilidad de apreciación del disvalor de la conducta y de la libre realización de la misma. Pero no tendría sentido exigir sólo esa capacidad potencial si no se exigiera, y así lo exige a nuestro juicio la frase final del acápite del art. 18, que esa capacidad se actualice en el acto concreto cumplido por el agente.

El Capítulo III, del Libro I del C. Penal uruguayo tendría entonces un triple contenido. En el acápite del art. 18, se describe sintéticamente el régimen de la culpabilidad. En los incisos 2º y 3º del art. 18, al igual que en los arts. 19, 20 y 21, se estructura la tipicidad dolosa, culposa y ultraintencional, es decir se sienta

el presupuesto y objeto del juicio de reproche, pues éste ha de recaer respecto de un injusto doloso, culposo o ultraintencional. Finalmente, los arts. 22 y 24 estructuran la teoría del error. En el 22 y en el inc. 2º del 24, se legisla respecto del error de tipo que elimina el tipo doloso y en su caso el tipo culposo, si el error fuere invencible y la ley previera la forma culposa para ese delito. Por su parte, el inc. 1º del art. 24 legisla sobre el error de derecho que se admite sólo en materia de faltas, y que de verificarse elimina la culpabilidad imposibilitando toda suerte de reproche al autor del hecho.

Ahora bien, sentadas estas bases y puesto que el código uruguayo legisla en forma limitada sobre el error de derecho cabe preguntarse ¿de qué forma puede tener cabida en nuestra legislación el llamado error de prohibición?

Como quedó dicho más arriba, error de derecho y error de prohibición no suponen términos, ni mucho menos conceptos equivalentes. El propio WELZEL se encargó de dejarlo establecido. En consecuencia resultará ardua la tarea tendiente a demostrar que de "lege lata" pueda tener cabida el error de prohibición.

Aún así, propondremos el siguiente planteo.

A nuestro juicio existe coincidencia conceptual entre error de derecho y error de prohibición directo. La coincidencia también existe, respecto del error indirecto de prohibición, que no proviniere de la creencia errónea de una situación de justificación. Estos supuestos parecen ciertamente obedecer, -todos- a un puro error de derecho.

En efecto, en el error de derecho la ignorancia o el falso juicio recae sobre u precepto penal. Ya sea por puro desconocimiento del mismo, o por que se erra acerca de su alcance o interpretación.

El error de derecho, empero, nunca es un puro error intelectual; sino que trasciende al hecho. En consecuencia, siempre debe entenderse referido al hecho concreto cumplido por el agente, quien como consecuencia de su falso juicio proyecta su yerro respecto de la significación antijurídica de su conducta. Así las cosas, quien cae en error de derecho realiza un acto ilícito en la creencia de que es indiferente para el derecho. En suma, erra acerca de la significación antijurídica del hecho ya sea porque lo cree no prohibido, o lo estima expresamente autorizado.

En su mérito, se perfila la coincidencia apuntada por cuanto, en el error directo de prohibición, que no provenga de la falsa suposición de una situación de justificación, el falso juicio acerca de la significación del hecho, se origina en un puro error de derecho.

Ello quiere decir entonces que el grueso del error de prohibición debe entenderse de recibo en nuestro derecho por vía del art. 24, más allá de la forma por cierto limitada con que se acoge en el C. Penal, el error de derecho.

La situación difiere en cambio, en lo que respecta al error indirecto de prohibición, derivado de la falsa suposición de una situación objetiva de justificación. Aquí el error tiene un origen diverso pues si bien se traduce en un falso juicio acerca de la significación antijurídica del hecho, no tiene por causa un error en la norma jurídica.

Por el contrario, puede decirse que en este supuesto el agente no desconoce el derecho, ni lo malinterpreta. Simplemente, cree encontrarse ante un supuesto objetivo de justificación, es decir, erra respecto de una situación fáctica. En suma, cae en un error acerca de la significación antijurídica de su conducta, que se origina en un error de hecho. Se trataría entonces de un error mixto, que se origina en un error de hecho y que culmina en un error de derecho. Aunque en puridad, el agente no erra respecto del derecho sino de la significación antijurídica de la conducta cumplida.

Ello significa que no puede darse entrada a este tipo de error indirecto de prohibición, por la vía del art. 24 del C. Penal.

Pero nada impide que pueda ser de recibo de lege ferenda y aún de lege lata, en nuestro derecho, en virtud de que no existe texto alguno que lo prohíba. Ni siguiera la proscrición puede entenderse derivada del principio "error iuris nocet" acogido por el art. 24 del C. Penal. En efecto, como ha quedado dicho en el error indirecto de prohibición derivado de la falsa suposición de una situación objetiva de justificación (-justificación putativa-) el agente no erra respecto de la norma. Por el contrario, su conocimiento acerca de la norma permisiva o de su alcance es en puridad certero. El yerro entonces si bien se proyecta respecto de la significación antijurídica del hecho no encuentra origen en un falso juicio o conocimiento del derecho sino en una interpretación equivocada de una situación de hecho.

En nuestra doctrina, RETA ha entendido que en razón de la naturaleza objetiva de las causas de justificación, cuando no tiene existencia real el conflicto de intereses por hallarnos precisamente ante un caso de las llamadas eximentes putativas, no puede hablarse de legítima defensa incompleta (lo mismo ocurriría frente a otra causa de justificación putativa), ni regirse, en consecuencia por la atenuante prevista en el art. 46. Se trata en cambio de un caso de inculpabilidad. Concluye entonces nuestra ex Catedrática que aún sin aplicar la exigencia de la conciencia del desvalor de la conducta que surge del art. 30, la expresión "circunstancias constitutivas del delito" abarca tanto las circunstancias que integran la figura como las que la limitan. Dentro de esta última hipótesis figura el error sobre una circunstancia permisiva que será también esencial⁽²⁵⁾.

Comparte esta tesis el Dr. CAIROLI⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ RETA, Legítima defensa putativa en Secc. Jurisprudencia comentada, Anuario de Derecho Penal Uruguayo T. I. ps. 167 y ss.

⁽²⁶⁾ Curso... T. I. ps. 207-208 y 303.

A nuestro entender en cambio, si bien la solución resulta políticamente compartible, no nos parece congruente desde una óptica jurídico-dogmática.

En primer lugar, merece la crítica de toda solución que incluye el dolo dentro de la culpabilidad. En puridad, parece difícil concluir que quien se defiende de su agresor putativo, lesionándolo o aún matándolo, por creerse ilegítimamente agredido, actúe sin dolo de lesionar o de dar muerte.

Como se ha visto, el art. 22 del C. Penal legisla a nuestro entender acerca del error de tipo. Pero el error consistente en la creencia equivocada de la existencia de una situación de justificación no se proyecta en verdad sobre el tipo objetivo. Estrictamente entonces, solo podría darse tratamiento de error de tipo a estas situaciones, en el entendido de que las causas de justificación constituyan causas de atipicidad. Es decir, que habría que afiliarse para poder regular esta situación por el art. 22 a la *teoría de los elementos negativos del tipo* por entender que aquí el error se proyecta sobre el tipo negativo, eliminando el tipo total de injusto.

Pero dejando esta suerte de elucubraciones teóricas, la lectura más tradicional que pueda hacerse del art. 22 entendido como regulador del error de hecho, tampoco autoriza a incluir en aquél, las situaciones de justificación putativa. En efecto, no parece sensato concluir que la expresión “circunstancias constitutivas del delito” pueda comprender aquéllos supuestos de hecho que lejos de “constituir” sirven para “excluir” el delito.

¿Cuál es la solución entonces?

A nuestro juicio la solución dogmática y política más congruente consiste en la admisión del error indirecto de prohibición proveniente de la falsa suposición de una situación de justificación, pues en nada colide con nuestro ordenamiento jurídico. Como se ha visto, en tales supuestos, el conocimiento de la norma por parte del agente permanece intacto puesto que aquél erra respecto de la significación antijurídica de la conducta, como consecuencia de la falsa apreciación de una situación fáctica.

La solución por tanto no puede entenderse proscripta por la vía de la aplicación del principio “*error velt ignorantia jus non sensat*”, consagrado a modo de presunción indestructible por el inc. 1º del art. 24, por cuanto el agente no ha errado sobre la norma.

Si el error es invencible entonces, el agente habrá obrado sin conciencia del desvalor de la conducta, según lo exigen el art. 30 y el acápite del art. 18 de nuestro C. Penal. Se desvanece así toda posibilidad de reproche al autor, configurándose una hipótesis de inculpabilidad.

Si el error fuere vencible existirá responsabilidad atenuada, disminuyendo la reprochabilidad. La solución es congruente en la sistemática del código uruguayo que autoriza a computar en tales supuestos, las alteratorias genéricas plasmadas en el art. 46 n° 3, y las analógicas que resulten de la aplicación del n° 12, apreciadas en relación a los supuestos previstos en los n° 1, 2 y 3 de dicho artículo. Como es obvio, finalmente, si el error en la apreciación de un supuesto fáctico de justificación es burdo, la responsabilidad del agente se mantendrá incambiada.

IV. EL ERROR DE PROHIBICION, Y LA PRESUNCION DEL ART. 24 INC. 1° DEL CODIGO PENAL

Como podrá inferirse de cuanto quedó dicho, el grueso del error de prohibición en nuestro derecho, encuentra ingreso por la vía del art. 24 del C. Penal. Como es obvio entonces, no se trata de una entrada triunfal sino, por el contrario, grandemente limitada pues queda reducida al caso de las contravenciones.

Como se ha visto, en efecto, la esencia del error directo de prohibición y la del indirecto no proveniente de la suposición de una situación de justificación (justificación putativa), aparece consustanciada con supuestos de error de derecho. Por tanto, resultan alcanzados, y con ellos el error de prohibición recortadamente admitido, por la máxima "ignorantia juris non excusat" consagrada por el art. 24 del C. Penal.

El exponente ya tiene opinión formada sobre el punto y a ella corresponde remitirse⁽²⁷⁾.

En efecto, la presunción de voluntariedad edificada como indestructible por el artículo reiteradamente aludido en punto a la ignorancia o el error de derecho, aunque se conciba como una valla meramente adjetiva de proscripción de prueba, tiene consecuencias ineludibles sobre los aspectos de fondo. No parece admisible sostener como lo hacen algunos autores, que la proscripción de prueba funcione para la configuración de alguno de los aspectos o elementos del delito, pero no corra en sede de culpabilidad.

La solución que vive nuestro derecho entonces, es similar a la que atravesó el derecho español antes de la reforma de 1983. Más aún, del punto de vista legislativo puede decirse que la situación en el derecho español era más propicia al acogimiento del error de prohibición por cuanto el C. Penal de ese país, no

⁽²⁷⁾ v. PETITO, J. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 24 del Código Penal uruguayo, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales año XXXI, enero-junio de 1990, Nos. 1-2, p. 199 y ss.

contenía una disposición similar a la del art. 24 de nuestro código. Sin embargo, el principio concebido en el aforismo "error velt ignorantia jus non sensat" se infería del Título Preliminar del Código Civil cuyo art. 2, posteriormente reformado por Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1984 declaraba: "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento"⁽²⁸⁾.

La única solución a nuestro juicio, es la que provenga de la reforma legislativa del art. 24. Y podrá servir de fuente inspiradora a tal fin, el texto del art. 6 bis a) del Código Español introducido en la aludida reforma de 1983 cuyo inc. 3º reza: "La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66." (responsabilidad atenuada).

Es ésta a nuestro entender, la única manera de respetar a ultranzas el principio de la culpabilidad tal como es concebido modernamente en un Estado Democrático de Derecho.

⁽²⁸⁾ MIR PUIG, ob cit. p. 544.