

# El Error sobre la Antijuridicidad (Error de Prohibición) y su Desarrollo en el Derecho Penal Argentino. Algunas Consideraciones

Por

Dr. Juan Paulo Gardinetti

## Sumario

I. Nota introductoria. Concepto. II. Bases constitucionales y legales del error sobre la antijuridicidad (error de prohibición). III. Clasificación de los casos más frecuentes de error de prohibición. IV. El error sobre la punibilidad ¿excluye la culpabilidad? V. Pautas para la determinación de la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad. VI. Conclusiones.

### I. Nota introductoria. Concepto

El presente trabajo intenta abordar un problema complejo de la dogmática penal, el cual es referido al error sobre la antijuridicidad (error de prohibición) y su recepción en la jurisprudencia y doctrina penal argentina, recepción traumática habida cuenta de la sostenida oposición que formularan autores de la talla de Ricardo C. Núñez, defensores de la vigencia, en el derecho penal, del principio error iuris nocet.

Contra esta opinión ha reaccionado

un amplio sector de la doctrina, encabezado por Enrique Bacigalupo.

Se intentará efectuar una síntesis de los distintos conceptos ensayados y las clasificaciones propuestas, como asimismo de las bases constitucionales y legales (si las hay), del error de prohibición, para finalmente focalizar nuestra atención en dos puntos que han generado particular debate: la posibilidad de que el error sobre la punibilidad excluya la culpabilidad, y los criterios para la determinación de la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad.

Se ha evitado –a efectos de lograr un mejor tratamiento de los temas que merecen especial consideración– la exposición de las distintas teorías generales del error elaboradas por la dogmática penal moderna, por lo cual nos remitimos a las principales obras de consulta sobre la materia que se indican.

Ante todo, pues, debemos intentar una definición del mencionado error, que

puede conceptualizarse así: se presenta el mencionado error cuando el agente desconoce la existencia del mandato prohibitivo, cuando analiza mal o de modo defectuoso sus implicancias, o cuando yerra sobre la aplicación al caso de una causal de justificación o su basamento fáctico.

Siguiendo a Donna, también podemos decir que: el autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada.<sup>1</sup>

Resulta claro, pues, que si el sujeto no pudo conocer el mandato prohibitivo o erró inevitablemente sobre sus alcances, entonces no pudo motivarse en la norma y actuar conforme a ella. Como expresara Kaufmann: A la capacidad de una motivación adecuada a la norma es el elemento constitutivo del reproche de culpabilidad de carácter decisivo.<sup>2</sup>

## II. Bases constitucionales y legales del error sobre la antijuridicidad (error de prohibición)

En cuanto a la fundamentación constitucional de la impunidad por error de prohibición, la podemos encontrar, como dice Schiffrin<sup>3</sup>, no sólo en el art. 18 de la Constitución Nacional (argumento elaborado por el profesor Norberto Spolsansky), sino también en las previsiones de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos incorporados a la Carta Magna por el art. 75 inciso 22 de la misma.<sup>4</sup>

Creemos, del mismo modo, que el error de prohibición no se haya regulado en el Código Penal argentino, más allá de los esfuerzos de Bacigalupo por encontrarle un basamento normativo en el art. 35 del ordenamiento represivo.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Donna, Edgardo Alberto, *Teoría de delito y de la pena*, t. 2, Imputación delictiva, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, pag. 266.

<sup>2</sup> Kaufmann, Armin, en Fest. f. Schimdt, 1961, pp. 319 y sts (321), citado en Bacigalupo, Enrique, *La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición*, en Maier, Julio B. J.-Binder, Alberto. (comps.), *El derecho penal hoy, Homenaje al Profesor Dr. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, págs. 133 y siguientes.

<sup>3</sup> Caso A. Ramírez, Carlos Luján@, del 19 de diciembre de 2000, expediente n° 1025 del registro de la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.

<sup>4</sup> Véase, en idéntico sentido, Donna, ob. cit. pag. 278.

<sup>5</sup> Ello originó un arduo debate entre Bacigalupo y Ricardo C. Núñez, el que puede consultarse en Sancinetti, Marcelo Agustín, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, págs. 27 y sig. Véase, con sumo provecho, el trabajo de Enrique Bacigalupo, *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código penal*, publicado en revista *Nuevo Pensamiento Penal* N°1, enero-abril de 1972, Editorial Astrea, Buenos Aires, pág. 45 y sig. También Donna parece deslizar que al error de prohibición se lo puede encontrar en el art. 35 del C.P.

Distinta es la situación en el derecho penal español, donde el error de prohibición ha recibido tratamiento específico en el art. 14.3 del Código de 1995, permitiendo superar las críticas que se habían formulado a la antigua previsión del art. 6 bis a) del Código Penal de 1973.<sup>6</sup>

### III. Clasificación de los casos más frecuentes de error de prohibición

El concepto esbozado nos permite, en el siguiente paso analítico, clasificar los casos de error de prohibición. Habrá error de prohibición directo cuando el sujeto desconoce la existencia del mandato o sus alcances, e indirecto cuando cree contar con una causa de justificación (y en realidad no cuenta) o yerra sobre el sustrato fáctico de la misma.

Para Jescheck, hay error de prohibición directo cuando el autor no conoce la existencia de la prohibición. A su turno, habrá error indirecto cuando el autor supone un precepto permisivo, el cual no existe.<sup>7</sup>

Para Zipf, también citado en la obra de Donna, nos podemos encontrar con error directo abstracto (sobre la existencia de la norma), error concreto o indirecto (el autor supone que su accionar está permitido) y el error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho.<sup>8</sup>

Bacigalupo sistematiza los distintos casos de error sobre la antijuridicidad en: a) error sobre la existencia de la norma abstracta (casos en que el autor desconoce que el ordenamiento jurídico prohíbe determinado hecho); b) error sobre la existencia de una causa de justificación (el autor supone que el ordenamiento jurídico contiene una permisión determinada, que en realidad no contiene); c) error sobre los presupuestos de una causa de justificación (se trata del error que versa sobre circunstancias en las que el ordenamiento jurídico otorga una autorización para obrar); y d) error sobre los límites de la necesidad (en este caso el autor ha obrado en la creencia de que su acción era necesaria para la defensa de un bien jurídico determinado, cuando objetivamente no lo era).<sup>9</sup>

<sup>6</sup> El nuevo art. 14.3 reza: *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.*

Una reseña de las observaciones formuladas al antiguo texto legal sobre el punto, puede verse en Bacigalupo, Enrique, ob. cit. pág. 138.

<sup>7</sup> Citado en Donna, ob. cit. pág. 284.

<sup>8</sup> Citado en Donna, ob. cit., págs. 285/286.

<sup>9</sup> Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, págs. 90 y siguientes.

#### IV. El error sobre la punibilidad, ¿excluye la culpabilidad?

Establecida la precedente clasificación, pasemos a los casos más discutidos sobre error de prohibición, lo cual ya fue adelantado en el voto que comentamos.

En primer término, la conocida posición de Enrique Bacigalupo, respecto a extender la exclusión de punibilidad a aquellos casos en que se erró o no se conoció acabadamente la amenaza de pena con que se castiga determinada conducta.

Dicha postura, sostenida casi en soledad por el profesor hispano-argentino, no ha sido aceptada por el resto de la doctrina, en el entendimiento de que el sujeto no necesita saber exactamente que su conducta está castigada con determinada pena, ya que alcanza con que en su esfera cognitiva se represente el mandato de prohibición. De acuerdo con aquella idea, se podría llegar al extremo de sostener que un sujeto que ha errado en la especie de la pena que acarrea determinado hecho delictivo podría llegar a verse beneficiado con la impunidad, lo cual no parece ni lógico ni mucho menos justo.

De todos modos, aceptemos que como bien dice Krumpelman, "El desconoci-

miento de la sanción penal puede ser indicio del desconocimiento de la prohibición, por lo cual puede tener relevancia".

Para Zaffaroni, que sostiene la irrelevancia del error sobre la punibilidad, sí asigna importancia, en cambio, al error sobre la gravedad o entidad penal de la conducta ilícita: La culpabilidad requiere la comprensión potencial de la antijuridicidad con relevancia penal, lo que demanda que el autor tenga la posibilidad de comprender la naturaleza y entidad del carácter injusto de su acto.

**Cuando por cualquier error invencible al autor no pueda exigírsele la comprensión de que su injusto tenía entidad penal por más que comprendiera su simple antijuridicidad, no habrá culpabilidad.** Así, quien cree que su injusto es contravencional cuando es penal, mediando un error invencible al respecto, no será culpable, porque no habrá podido comprender la "criminalidad", sin que importe si fue o no un "error de subsunción", porque la culpabilidad desaparece sólo porque es un error de prohibición, porque no pudo comprender que su conducta estaba prohibida con relevancia penal (la negrita nos pertenece).<sup>10</sup> Esta línea argumentativa fue seguida por cierta jurisprudencia capitalina.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1982, t. IV, pag. 186.

<sup>11</sup> Causa ACLínica Bazterrica@, sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 7 de septiembre de 1983, publicada en JA del 12 de diciembre de 1984, con nota de Ricardo J. Cavallero. Puede verse una reseña de los principales puntos del fallo -y su crítica- en Sancinetti, ob. cit., págs. 57 y siguientes.

Nos permitimos discrepar con el profesor Zaffaroni. Tomemos el caso que el mencionado tratadista propone, del agente que obra creyendo que el hecho configura una contravención y, en realidad, se trata de un delito.

En nuestra opinión, es evidente que el sujeto desconoce la real magnitud ilícita de su conducta, ***aunque sabe que es contraria a derecho, es decir, la valora como antijurídica.***

Como acertadamente expresa el profesor Sancinetti:

“Esta “clase” de error no impide, propiamente comprender el carácter antijurídico de la acción (la relación de oposición entre una acción y el ordenamiento jurídico); y, por ende, le permite al autor contramotivarse “conforme al derecho”. Por consiguiente, el autor es *culpable* por la realización del *injusto penal* cometido”.<sup>12</sup> Y más adelante, contestando a Zaffaroni, dice: “Por el momento debe quedar clara esta consecuencia: que un error sobre la gravedad de la acción antijurídica, reconocida como tal, no excluye la reprochabilidad [la culpabilidad]”.<sup>13</sup>

En nuestro criterio, la cuestión habrá

de resolverse, como acota Donna, no excluyendo la culpabilidad, sino tan sólo teniendo en cuenta la circunstancia a la hora de mensurar la pena.<sup>14</sup>

#### **V. Pautas para la determinación de la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad**

El otro punto álgido de la cuestión es el referente a la determinación de los criterios con los cuales se ha de definir la evitabilidad en el error de prohibición.<sup>15</sup> Y la importancia de ello radica en que –más allá de la teoría que se adopte–, la solución que se dé al caso necesariamente impone establecer si, cuando el agente obró con error, éste era evitable o no.

A fin de delimitar ambas esferas, los autores han propuesto diversas pautas, no exentas –como dice Sancinetti– de controversia como tales.<sup>16</sup>

Al respecto, Zaffaroni –advirtiendo previamente sobre la imposibilidad de establecer una regla de validez general– admite tres aspectos que se deben analizar: a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; b) si el

<sup>12</sup> Sancinetti, ob. cit., págs. 62/63.

<sup>13</sup> Sancinetti, ob. cit. pág. 75.

<sup>14</sup> Donna, ob. cit. págs. 288/289.

<sup>15</sup> Bacigalupo utiliza los términos Avencibilidad@ y Aevitabilidad@ de modo indistinto. V. autor y obra citada, pág. 133 y siguientes.

<sup>16</sup> Sancinetti, ob. cit., pág. 20.

sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del tiempo de que disponga para la decisión, reflexión, etc.; y c) si al autor le era exigible que concibiese la antijuridicidad de su conducta, lo que no acontece cuando, cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar la antijuridicidad.<sup>17</sup>

Por su parte, Bacigalupo sostiene el siguiente esquema progresivo de análisis:

El acusado alega haber desconocido la antijuridicidad de su acción (ignoraba, dice, que el hecho estaba prohibido, que era punible, que era delito, etc.) y el Tribunal estima creíbles sus dichos.

¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

a) ¿Tuvo razones para pensar en la antijuridicidad?

Las tuvo:

- si tuvo dudas sobre la antijuridicidad;  
- si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad; si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales;

b) ¿Tuvo posibilidades de despejar su error?

Las tuvo:

- si pudo despejar el error mediante la autorreflexión;

- si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada.<sup>18</sup>

El modelo analítico de Bacigalupo nos ofrece importantes parámetros para fundamentar un juicio acerca de la evitabilidad o vencibilidad del error sobre la antijuridicidad en el que ha caído nuestro sujeto.

***Sobre todo, el conocimiento o sospecha acerca de la producción de un daño a otro o a la sociedad en su conjunto. Esta es una reflexión que invade la mente de cualquier sujeto con capacidad intelectual mínima e internalización de valores sociales básicos.***

También es importante señalar que, en el análisis de la evitabilidad, debemos considerar si el sujeto actuaba –como dice el autor citado– en un ámbito regido por regulaciones especiales.

Por ejemplo, podría darse el caso de que, en un país cuyo ordenamiento jurídico penal reprime la violación de bancos de datos<sup>19</sup>, un joven que, ocasionalmente, utiliza la red informática universal Internet y logra introducirse

---

<sup>17</sup> Zaffaroni, ob. cit. pág. 219.

<sup>18</sup> Bacigalupo, ob. cit. pág. 151/152.

<sup>19</sup> Como v. gr. el art. 157 bis de nuestro Código Penal, incorporado por ley 25.326 (B.O. 2-11-2000).

en una base de datos reservados, del carácter que fueran (financieros, personales, de seguridad, etc.). Podría argüir nuestro sujeto que desconocía absolutamente la prohibición penal de indagar en estas bases de datos. Más aún, en su círculo de amistades es una práctica común entrometerse en estos sitios vedados, lo cual es un signo de habilidad en el manejo de las herramientas informáticas.

Parece plausible, pues, que nuestro sujeto realmente desconociera la norma prohibitiva, y también que con su conducta pudiera ocasionar algún daño o pusiera en peligro a alguna persona o a la sociedad en general.

Veamos cuán distinta sería la situación si nuestro joven fuera un experto en temas informáticos y trabajara en una empresa de diseño de sitios de alta confidencialidad. Es claro que este sujeto conoce (o inexcusablemente debe conocer) la prohibición, por lo que su alegación de haber actuado bajo error no sería atendible.

## VI. Conclusiones

A modo de síntesis final, podemos extraer las siguientes conclusiones:

El error sobre la antijuridicidad de la conducta (error de prohibición) es una consecuencia de la aceptación del principio de culpabilidad, el cual se desprende del art. 18 de la Constitución Nacional.

Dicho error no se encuentra regulado en el ordenamiento represivo, ni en el art. 34 inciso 1º, ni en el art. 35 CP.

No parece aceptable que el error del agente sobre la punibilidad también excluya la culpabilidad. A lo sumo, puede valorarse esta circunstancia a la hora de graduar la pena a aplicar.

c) El criterio más conveniente para determinar la evitabilidad (vencibilidad) del error sobre la antijuridicidad exige indagar en el autor si creyó –o tuvo que creer– que con su conducta ocasionaba un daño a otro o a la sociedad.