

**EL ERROR SOBRE
LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO:
ENTRE LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD FINAL
Y LA COHERENCIA DOGMÁTICA**

GUSTAVO BRUZZONE

I. La elaboración de una investigación en el ámbito de la dogmática jurídico penal necesariamente debe partir de algún "fin". Aunque parezca paradójico la meta se antepone y, en cierta medida, determina toda la tarea en diferentes niveles.

Uno, específico, que intenta demostrar una tesis en particular y, dentro de lo posible, con pretensiones de ser lógica y cerrada respecto del sistema de la teoría general que se acepta como válido, y otro con la aspiración de otorgar soluciones más seguras, justas y efectivas para todos los actores del Derecho penal.

Teniendo claro esto, se pueden arriesgar diferentes tesis particulares para saber hasta qué punto son sistemáticamente consistentes y adecuadas a los criterios antes mencionados de seguridad, justicia y efectividad.

Las soluciones propuestas para los supuestos de error sobre elementos normativos del tipo se enmarcan, también, dentro de esta problemática.

II. En primer lugar se debe señalar que carecemos de una definición operativa para dar respuesta al problema del error sobre los elementos normativos que el legislador utiliza en la redacción de los tipos penales.

Para distinguir entre elementos descriptivos de los normativos del tipo penal, la caracterización realizada hasta el momento se podría describir de la siguiente manera: las cir-

cunstancias de hecho descriptas en los tipos penales pueden ser captables en forma, más o menos, directa por medio de los sentidos (empírica) o requerir una exigencia comprensiva que supera el estadio sensorial por constituir referencias valorativas jurídicas o prejurídicas, que suponen, para su captación, de la elaboración intelectual de un mayor cúmulo de información que la obtenida exclusivamente por la vía sensorial.

Pero, por otra parte, la interpretación del texto y contexto de las palabras con que el legislador construye las circunstancias de hecho de los tipos penales, constituye un punto de referencia ineludible para poder establecer su sentido y, en consecuencia, las exigencias y posibilidades de captación.

Si partimos de la afirmación de que el autor debe conocer las circunstancias de hecho descriptas en los tipos penales para que se le pueda reprochar la realización de una conducta delictiva, no resulta claro cuál es el objeto de ese conocimiento: si exclusivamente la base empírica de las circunstancias de hecho, su sentido o significado social, una forma intermedia, o ambas a la vez.

Pareciera que el mero conocimiento empírico de las circunstancias de hecho no es suficiente para poder reprochar al autor. Por ejemplo: el conocimiento de un papel escrito con tinta no constituye el conocimiento de que ese papel es, jurídicamente, un cheque.

También pareciera que no sería necesario para reprochar al autor que éste tuviera que conocer con la precisión de un jurista qué es un cheque. Bastaría con la valoración paralela a la jurídica que tiene el autor en concreto o incluso se puede hacer referencia a la valoración paralela que entendemos debe existir en cabeza de los que no son juristas. En este segundo sentido, por el proceso de internalización de pautas culturales podemos afirmar que existe un nivel de conocimiento al que cualquier persona mínimamente socializada pudo acceder.

Con ello quedan establecidos tres niveles diferentes de conocimiento:

- a) el del jurista;
- b) el del lego como nivel mínimo;
- c) el del autor en concreto.

A los efectos de la imputación del hecho criminal el tercero es el más importante, mientras que el segundo marca el límite de tolerancia posible sobre las posibilidades de error.

Esta es, en líneas generales, la posición de la doctrina desde que en 1968 el discípulo de Welzel, Karl Heinz Kunert¹, se ocupara del tema por expresa indicación de su maestro a efectos de dar por concluida la querrela que mantenía con los partidarios de la teoría del dolo, quienes insistentemente le señalaban que ante el yerro sobre elementos normativos del tipo era imposible distinguir entre error de tipo y de prohibición. Ello pone de manifiesto que lo que se está discutiendo en realidad son las cuestiones relativas al conocimiento que fundamenta el dolo; por ello, y a efectos de defender su concepto de *dolo natural*, los finalistas debían desentenderse en forma tajante del problema. Pero los elementos normativos siguieron allí marcando la inconsistencia de la ficción que sostiene que el autor puede conocer acabadamente los elementos del tipo sin conocer la antijuridicidad de lo que hace.

III. Por ello, a mi criterio, en el marco de este trabajo la tesis particular que ofrece una mejor hipótesis de trabajo es la más polémica; es decir, aquella que se oponga a una teoría a punto de situarse fuera del sistema.

En efecto, si se afirmara que el objetivo de esta investigación es intentar corroborar la siguiente tesis: *el error sobre un elemento normativo mencionado en el tipo debe ser tratado con las reglas del error de prohibición y no con las del error de tipo*. En relación a esta tesis se podrían efectuar diferentes observaciones según se atiende a la cuestión desde la teoría del dolo o desde la de la culpabilidad —en este punto, tanto en su versión estricta como limitada—. Parece claro que el mayor número de objeciones provendrían de los partidarios de la segunda. De todos los argumentos posibles, quizás el más contundente esté dado por la afirmación de que tratándose de un elemento considerado como integrante del supuesto de hecho típico, las reglas del error que se le deben aplicar sólo pueden ser las del error de tipo, toda vez que el dolo se constituye por el conocimiento y la voluntad de realizar todos aquellos elementos que integran el tipo.

¹ *Die Normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin, 1968, W. de G., p. 1; para diferenciar, ante los casos polémicos, unos casos de otros, proporia ya al iniciar su trabajo una regla por exclusión basada en la constatación general de que los elementos descriptivos del tipo conciernen circunstancias cuya apreciación de fondo puede ser constatada y tener sentido sin un mayor esfuerzo de interpretación; todos los demás elementos son de clase normativa.

Si el elemento normativo es un elemento más del tipo, la tesis, en principio, y siempre desde la teoría de la culpabilidad, no se podría sostener. Una solución posible sería revisar la definición y función que les otorgamos, o efectuar alguna aclaración respecto de la especie de conocimiento exigido por el dolo. Es decir, sólo situando a los elementos normativos fuera del tipo y con una función diversa a la que hoy se le reconoce, la tesis podría aspirar a ser aceptada. Ocorre, sin embargo, que la fundamentación que en este sentido podrían dar los partidarios de tal teoría podría llevarlos a incurrir en contradicciones o a inconsecuencias con sus puntos de partida².

La razón por la cual no es posible llegar a una fácil comprobación de la tesis expuesta, sin embargo, reside en que, en el paradigma hoy vigente en la ciencia jurídico penal, el lugar sistemático que ocupa un elemento determina las consecuencias que se producen tanto en materia de error, como en lo relativo a la tentativa y la participación³.

Los elementos normativos, pese a sus especiales características, siempre han sido considerados como una circunstancia integrante del supuesto de hecho típico (del tipo) y, por ello, objeto de conocimiento del dolo (natural), ámbito en el cual, para la teoría de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad es irrelevante. Esto es importante para comprender de qué manera los partidarios de la teoría de la culpabilidad se vieron obligados a analizar esta clase de elementos, en donde, por regla general, encontramos expresado el *sentido social total de un suceso*, o dicho con otras palabras, *qué es lo que expresa el sentido antisocial total de un comportamiento*. La tajante separación entre dolo y conciencia de la antijuridicidad debía ser mantenida pese a advertirse la existencia de circunstancias de hecho que parecían estar referidas directamente a la antijuridicidad⁴.

² Ver en este sentido Bruzzone, Gustavo, "¿Un regreso a la distinción error de hecho y de derecho?", en *D.P.*, 1992, nros. 57 y 58.

³ Así, como lo expone Claus Roxin en *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupe, Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 29 y sigs.; al mencionar que la significación práctica de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico reside, ante todo, en el ámbito de la teoría del error, en la tentativa y en la teoría de la participación, ello, obviamente, en el marco de las estructuras lógico-objetivas elaboradas por Welzel.

⁴ El "descubrimiento" de los elementos normativos del tipo es atribuido a Max Ernst Mayer, quien ya planteaba lo expresado. Cfr. Roxin, Claus, op. cit., ps. 60 y sigs. Asimismo, ver nota 45 del presente trabajo.

Los elementos normativos del tipo han planteado problemas dogmáticos desde la aparición del tipo penal de *Belang* en 1906⁵. Entre esa fecha y 1930, en que se publica *Die Lehre von Tatbestände*, se producen varios trabajos de importancia referidos a cuestionar la neutralidad valorativa que se le atribuye al tipo penal. Quizás, el más importante de ellos sea el *Lehrbuch* de Max Ernst Mayer, en 1915⁶, donde se describe por primera vez la categoría de los elementos normativos del tipo y se dedica especial atención a los elementos subjetivos del tipo. Las circunstancias normativas rompió la relación tipicidad/descriptiva, antijuridicidad/valorativa, y los elementos subjetivos, a su vez, la relación injusto/objetivo, culpabilidad/subjetiva. Con estos factores el carácter neutral y objetivo del tipo se conmovió y, en cierta medida, nunca se pudo recuperar, salvo en la posterior elaboración que hiciera el finalismo desde los elementos subjetivos, trasladando lo objetivo y lo subjetivo dentro del tipo, y por los claros límites que le otorgó a los elementos normativos, mediante la utilización de la teoría estricta de la culpabilidad que, desde el error, fijó los límites de lo descriptivo y valorativo en la teoría del delito.

El especial significado que los elementos normativos tienen para la teoría del tipo penal surge en cuanto estos elementos estorban la claridad de las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad y, con ello, afectan la columna vertebral sobre la que se asienta la distinción entre el error de tipo y el de prohibición⁷.

IV. Pero ese no es el único problema que han planteado. Saliendo del tipo del error y tipo sistemático, vistos desde el tipo garantiza los problemas que se advierten son diferentes y, en principio, no guardan conexión con aquéllos.

Desde esta perspectiva los elementos normativos que el legislador utiliza en la construcción de los tipos penales han sido vistos como una violación al mandato de certeza que se desprende del principio de legalidad. La aclaración de qué entendemos por concepto indeterminado y hasta qué punto pueden los jueces integrar un concepto en el momento de fa-

⁵ *Die Lehre von Verbrechen*.

⁶ *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, 2ª ed. de 1928.

⁷ Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado*, T. III, p. 385.

llar, nos puede ofrecer una vía para diferenciar el género normativo de la categoría especial de elementos indeterminados.

La vaguedad y la ambigüedad, que son de la esencia del lenguaje, impiden que exista plena vigencia del mandato de certeza. De allí que la concreción de los conceptos, en general, deba buscarse en su universo de referencia.

La afirmación genérica de que los elementos normativos del tipo constituyen un ataque al mandato de certeza es falsa. Desde la óptica del tipo-garantía los únicos elementos normativos que implican una vulneración al principio de legalidad, más allá de lo tolerable, son los de valoración cultural.

La indeterminación de los elementos normativos de valoración cultural viene dada por dejar absolutamente librado al criterio judicial su integración, en base a consideraciones morales y éticas, que exceden su función.

Si bien el ideal sería su erradicación definitiva, por la índole de lo que se pretende castigar, pareciera, por el momento, que no podemos prescindir de ellos. La tendencia legislativa tiene que dirigirse a determinar cuáles son, en particular, las conductas que se quiere sancionar por medio del Derecho penal material.

La tendencia debe orientarse a frenar el activismo judicial moralizante. Para ello la sanción de leyes que prevean "órganos más adecuados" para la determinación de cuál es el alcance de un elemento normativo de valoración cultural es perfectamente viable. En esta cuestión se debe actuar con suma cautela ante la posibilidad de afectar conductas que no sólo son lícitas, sino que son necesarias para el progreso y desarrollo cultural de una sociedad.

Los elementos normativos extra-jurídicos referidos a alguna ciencia auxiliar del Derecho penal no constituyen un ataque al mandato de certeza más allá de lo tolerable. Son adecuados para delimitar las conductas punibles. No obstante, pueden presentar algunos reparos en lo tocante a la delimitación de conceptos como "enajenado", "privado de razón", etcétera, por la arbitraria clasificación que hacemos de la locura.

Los elementos normativos jurídicos contienen un alto grado de determinación y, por ello, se presentan como indispensables para:

a) la descripción de tipos penales y reglas de la parte general del Derecho penal, ante el nivel de especialización alcanzado por su dogmática;

b) para la delimitación de conflictos provenientes de nuevas (o viejas) formas de conducta que hoy se consideran disvaliosas.

En este punto vemos, una vez más, de qué manera un Derecho penal que aspire a contribuir en facilitar soluciones racionales a los conflictos sociales debe anteponer los fines a las construcciones dogmáticas, tendiendo a integrar todas las disciplinas que operan sobre un hecho criminal.

La problemática aquí esbozada no ofrece grandes dificultades dogmáticas.

La aproximación hecha de los problemas que los elementos normativos presentan para el tipo-garantía nos permite ingresar, con algunos elementos de base, en el ámbito donde verdaderamente han ocupado a los dogmáticos. El terreno donde los elementos normativos del tipo han planteado la mayor cantidad de problemas, desde su aparición.

Pero evidentemente la aclaración de los conceptos que se intenta realizar desde el tipo-garantía fue indispensable para, luego, poder extraer consecuencias en los ámbitos mencionados. En este punto puede anticiparse que no puede tener la misma regulación un error sobre un elemento normativo jurídico que uno extra-jurídico de valoración cultural. Como vemos, las generalizaciones no son apropiadas en ningún caso.

V. Volviendo sobre el actual esquema de la teoría del delito, y muy especialmente desde la elaboración de la teoría de la culpabilidad, el actual paradigma existente en el ámbito de discusión jurídico penal determina que la posición sistemática que ocupa un elemento impone las consecuencias que se van a producir en materia de error. De allí que los dogmáticos se ocupen de delimitar claramente cuál es la ubicación sistemática de los elementos con los que opera.

No obstante, actualmente esta afirmación puede ser puesta en duda. Los siguientes problemas pueden servir como ejemplos:

a) Los denominados *elementos del deber jurídico* o *especiales elementos de la antijuridicidad*, pese a encontrarse mencionados en la descripción del hecho punible, no se rigen por las reglas del error de tipo sino por las del error de prohibición. Esta postura es sostenida por los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, enrolados en lo que puede denominarse finalismo ortodoxo. El argumento que utilizan

para llegar a esta conclusión es dogmático: la antijuridicidad, por más que se encuentre mencionada en la descripción típica, no pierde su carácter, debiendo distinguirse, por otra parte, tipo penal de descripción legal⁸.

b) Saliendo del marco de la teoría estricta de la culpabilidad, su versión limitada entiende que al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación se les deben aplicar las reglas del error de tipo⁹.

c) El axioma según el cual el error de punibilidad carece de relevancia penal ha intentado ser sorteado por la incorporación de elementos de esa categoría en otra para hacerlo relevante. Pero se ha indicado a este respecto que, en definitiva, lo que determinará que un error sobre la punibilidad sea relevante no provendrá de la ubicación del elemento sino de la vigencia del axioma que le reconoce relevancia o no¹⁰.

Estos ejemplos se pueden unir a muchos otros en donde los dogmáticos han intentado, por partir del paradigma mencionado, ubicar elementos en uno u otro nivel de análisis con la finalidad de extender o limitar la punibilidad.

Estos intentos pretenden mantener con la coherencia interna del sistema dogmático del que parten. Actualmente, inclusive, se está abriendo camino la opinión que estima conveniente incorporar, en la teoría del delito, una nueva categoría, para responder satisfactoriamente a la solución de casos que ofrecen serias dudas a la hora de intentar ser ubicados sistemáticamente¹¹.

⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Tipo y Error*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 88; asimismo, Sancinetti, Marcelo en el comentario bibliográfico al libro mencionado en N.P.P., año 3, 1974, número único de homenaje a Hans Welzel, ps. 427 y sigs.

⁹ Joshi Jubert, Ujala, "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo", A.D.P.C.P., 1987, ps. 697 a 720.

¹⁰ Bacigalupo, Enrique, *Delito y Punibilidad*, Civitas, Madrid, 1983.

¹¹ Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtswürdigkeit: Studien zur Rechtswidrigkeit als Strafmerkmal und zur Funktion des Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Colonia, 1983. Asimismo, Bacigalupo, Enrique, quien justifica la adopción de la categoría de la "responsabilidad por el hecho" (que en su Monografía llama "atribuibilidad") poniendo en duda el tratamiento sistemático de los siguientes problemas: estado de necesidad exculpante, los agrupados por Lenckner bajo la denominación de "meras autorizaciones de acción", las situaciones análogas a la legítima defensa y el estado de necesidad y las causas materiales de exclusión de la pena, situaciones que entiende deben justificar la incorporación de ese nuevo nivel de análisis entre el injusto y la culpabilidad.

En general, la forma en que se comprueba la coherencia interna de una teoría se realiza mediante la constatación de sus consecuencias desde el error, la tentativa y la participación. Las soluciones discordantes son, en general, rechazadas, aunque existen ejemplos en los que se mantienen soluciones como excepciones a la regla pero recalcando en todos los casos su carácter excepcional.

VI. Sin embargo, hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, se sostiene que la lógica interna de los sistemas dogmáticos va quedando de lado y la aceptación de las soluciones dogmáticas viene dada exclusivamente por sus "consecuencias". Se afirma, en este sentido que (con cierta gravitación de las teorías de la prevención general positiva) nos encontramos ante un proceso de cambio en la fundamentación del Derecho penal, que exige de la *racionalidad final* (*Zweckrationalität*), como parámetro de legitimación¹².

Esta afirmación, en principio, no representa ninguna novedad. Lo que no se puede presentar como novedoso pareciera ser, a mi criterio, lo que siempre agitó la discusión jurídica, con especial repercusión sobre la labor dogmática. Incluso en los momentos del más puro conceptualismo. Por ejemplo, en materia de error: en los tiempos en que regía el principio de que el *error iuris nocet*, los dogmáticos admitieron el denominado error de Derecho extra penal, que en sí mismo era una total contradicción, para limitar los efectos injustos del principio, especialmente cuando se reconocía vigencia al principio de culpabilidad¹³.

Los partidarios de la teoría del dolo, por su parte, limitaron, por razones político criminales, los márgenes de impu-

¹² Vid. Pérez Manzana, Mercedes, "Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva", tesis doctoral, inédita, presentada en la Universidad Autónoma de Madrid en mayo de 1988.

¹³ Cfr. v. Weber, Hellmuth, "Sobre el error iuris en las más modernas tendencias jurídicas alemanas", tr. de Quintano Ripollés en A.D.P.C.P., 1965, pá. 9 a 21; dice: "La falta de fundamento lógico de la teoría discriminatoria entre el error penal y extrapenal no entró, sin embargo, consecuencias penales en la práctica. En ella el *Reinckengericht* se limitó a optar por una u otra especie de error, según la relevancia que se le otorgara en un caso determinado y concreto, con lo que la misma indeterminación del concepto vino a posibilitar justas decisiones jurisprudenciales, que, por sus concretos resultados, han merecido la aprobación de la doctrina, incluso la más reciente", p. 14.

nidad a los que conducían sus planteamientos originarios mediante la reelaboración del alcance de la conciencia de antijuridicidad, que de formal pasó sólo a requerir conciencia en la antijuridicidad material, es decir, de la dañosidad social de la acción.

A su vez, como ya señalé, dentro de los partidarios de la teoría de la culpabilidad, la versión limitada propone para los supuestos de error sobre eximentes, el tratamiento más benigno del error de tipo. Independientemente de las actuales fundamentaciones de esa solución¹⁴, esta teoría, en su origen, reconoce la de los elementos negativos del tipo que, como ha señalado Graf zu Dohna, se originó exclusivamente en el intento de que ciertos errores, considerados irrelevantes, fueran alcanzado por el § 59 del StGB de 1871¹⁵.

Atrás de todos estos ejemplos siempre hay motivos de justicia material o, mejor dicho, razones que influyen para que se reviertan situaciones que el sentimiento jurídico de una comunidad considera inapropiadas o injustas, por ello la cuestión no es nueva, ni mucho menos.

El origen mismo del finalismo, aunque luego se convirtiera en una de las muestras más acabadas del conceptualismo jurídico, debe buscarse en esa dirección; es decir: con esa "finalidad". Las estructuras lógico objetivas de Welzel dieron "un nuevo ropaje, más admisible, a las viejas tesis iusnaturalistas, subrayando la fecundidad y sobresaliente importancia que para los cultivadores del Derecho tienen los criterios éticos en una época que amenaza sucumbir al más extremado positivismo jurídico"¹⁶. El clima que se vivió en la Alemania de post-guerra, la vuelta al iusnaturalismo, esta vez anclado en la

¹⁴ Sobre el estado actual de la discusión cfr. Paeflgen, Hans-Ulrich, "Anmerkungen zum Erlaubnisstatbestandsirrtum", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pá. 299 y sigs. En España, especialmente en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. Joshi Jaber, Ujela, loc. cit.

¹⁵ La estructura de la teoría del delito, tr. de Fontán Balestra con E. Priker de la 2ª ed. alemana de 1941, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, donde se dice: "Para fundamentar la subeunción teóricamente defectuosa de esa variante (creencia errónea de la existencia de una situación de hecho que, por haber existido, excluiría la antijuridicidad) en el § 59 (StGB de 1871), se *instituyó expresamente* la teoría de las circunstancias de hecho negativas" (lo subrayado me pertenece), p. 79.

¹⁶ Vid. la introducción de José María Rodríguez Devesa, pág. X a La doctrina de la acción finalista de José Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª ed., Valencia, 1978.

"naturalidad de las cosas", ha sido puesto de manifiesto en importantes trabajos¹⁷. Las corrientes filosóficas que se generan en ese momento o, mejor dicho, que cobran fuerza no obstante reconocer puntos de partida diferentes y ser, incluso, opuestas, "tenían en común la preocupación por buscar vías de superación del positivismo jurídico al que se atribuía la responsabilidad directa de la situación de arbitrariedad legal que padeciera Alemania a partir de 1933". Radbruch, Ballweg, Fechner, Maibhofer, Schambeck, Stratenwerth y Weizel fueron algunos de los autores que se enmarcaron en esa dirección.

La tesis sostenida por Garzón consiste, precisamente, en lo contrario. Para él "la explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacional socialista a través de la actitud iuspositivista es histórica y conceptualmente falsa". Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalidad en conjunción con un decisionismo que vota en el Führer al "único legislador", de quien dependía en última instancia la validez de las normas se presenta cada vez más claramente como candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del Derecho entre 1933 y 1945 en Alemania¹⁸. En realidad, siguiendo los argumentos de Garzón se puede agregar apelando a Nino, que "al lado del iusnaturalismo abierto que descalifica como Derecho el orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos"¹⁹. Esta actitud ha sido calificada de "pseudopositivista" (Roca) o "cuasipositivista" (Carrió). En realidad el nazismo utilizó el argumento positivista *ex-post*, es decir, al momento de ser juzgados pero no antes²⁰.

Lo que se puede advertir es que, actualmente, lo que antes se hacía de manera inconsciente o encubierta en una pre-

¹⁷ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho y "Naturalidad de las Cosas". Análisis de una Nueva Visión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Penal Contemporáneo*, Universidad Nacional de Córdoba, 1970; especialmente en la introducción que realiza al libro del que es compilador *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona, 1988, pp. 5 a 41.

¹⁸ *Derecho y Filosofía*, cit., p. 7.

¹⁹ *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencias particular a la dogmática penal)*, UNAM, México, 1974, p. 29.

²⁰ Sobre el marco ideológico, histórico y cultural en que se gestó la teoría final de la acción de Weizel, cfr. "Los orígenes filosóficos de la teoría final de la acción" de Monika Frommel, en A.D.P.C.P., 1989, pp. 621 a 632.

tendida pureza dogmática hoy se hace expresamente y con una clara intención de limitar el protagonismo alcanzado por la dogmática penal frente a otras disciplinas que se ocupan del análisis del delito desde otras perspectivas, en un intento por obtener, quizás, una ciencia global como pretendía von Liszt.

Esta tendencia, dirigida a la obtención de soluciones más racionales en su constatación con la realidad, viene propugnada modernamente, entre otros, por Roxin²¹ desde los fines de la pena en función de política criminal, por Hassemer²², apelando a la orientación de las consecuencias desde un enfoque multidisciplinario y, por Jakobs²³, atendiendo a la funcionalidad de las soluciones.

Evidentemente, el tratamiento dogmático de los elementos normativos del tipo también se ha visto conmovido por esa forma de razonar que aspira a obtener soluciones más justas. Por las soluciones propuestas para el error sobre esta clase de elementos por algunos dogmáticos españoles podemos tener una idea de la forma en que las actuales tendencias vienen influyendo sobre la discusión dogmática²⁴, pudiendo afirmarse que cuando se proponen esas soluciones se está pensando más en un cierto conjunto de delitos que en una regulación general²⁵.

Sobre esta cuestión, y desde una perspectiva global, Roxin sostiene, sobre los problemas del error, que "no es posible medir el valor de una teoría sólo respecto a si ella es en sí misma y en el sistema que representa, lógica y cerrada. La corrección de una teoría debe verificarse con respecto a un patrón exterior a ella. El juez superior sobre una teoría juri-

²¹ Cfr. especialmente, en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

²² *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1982.

²³ *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, y *Strafrecht, AT, Grundlagentext und die Zurechnungslehre*, W. de G., Berlín, Nueva York, 1983.

²⁴ Cfr., en particular, Bacigalupo, Enrique, "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuridicidad y la prohibición", en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V, Vol. 1.º, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1985, pp. 69 y 70, donde propone una solución más "adecuada a una mejor distribución de los riesgos de la vida social", y, en general todo el libro de Muñoz Conde, Francisco, *El Error en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

²⁵ En el caso de Muñoz Conde parece claro en el tratamiento que propone para los delitos económicos, *loc. cit.*, p. 103.

dica será siempre la idea del Derecho⁷⁶. Para él "el hecho de que se quiera fundamentar la solución de los problemas del error" a partir del resultado "sancionatorio al que se llega, no justifica reproche alguno. Una regulación del error debe ser en lo posible justa. Este objetivo sólo puede alcanzarse en la medida en que de su aplicación se deriven resultados razonables y merecedores de aprobación. Si se quisiera tratar al error sin consideración de los resultados, haciendo depender a estos de consideraciones abstractas sobre la posición sistemática y la naturaleza dogmática del concepto de tipo, se partiría de un método falso. Los problemas del error tienen que resolverse en primera línea a partir de ellos mismos"⁷⁷.

Ahora bien, y no obstante compartir estos argumentos en general, pareciera que una solución a estos problemas atendiendo exclusivamente a los resultados, pero sin hacerlos gravitar como factores que permitan alterar el sistema, es, en principio, peligrosa. Si es cierto que los jueces se motivan solamente atendiendo a criterios de punibilidad del hecho —si éste es o no merecedor de castigo—, entonces hay algo que falla dentro del sistema y nos impide dar una solución justa a ciertos casos. De lo que se trata, en consecuencia, es de realizar, ante cada caso injusto, un nuevo esfuerzo de corrección de la teoría. Por inciertos que sean algunos conjuntos de casos ello no debe llevar aparejado una renuncia total al sistema dejando todo librado a la solución, que en una apariencia de mayor justicia, mejor se adapte al caso particular. Aquí es donde la labor dogmática debe ponderar entre el fortalecimiento por renovación del sistema o la implementación de un método tópico.

Entre nosotros los esfuerzos de Zaffaroni y Sancinetti para dar una respuesta a la cuestión nos pueden servir de ejemplo.

Al momento de escribir su *Tratado* Zaffaroni se ocupaba de la cuestión en los siguientes términos: "La tendencia a destruir el sistema no ha prosperado en el campo penal, donde importaría un serio retroceso en detrimento de la seguridad jurídica. Una tendencia jurídica a resolver las cosas particulares sin derivar la solución de premisas generales, sino de los factores reales que concurren al problema, fue ensayada par-

⁷⁶ *Teoría del Tipo Penal, Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico*, trad. de Enrique Bacigalupo, Depalma, Bs. As., 1979, p. 160.

⁷⁷ *Razin, Teoría del Tipo*..., cit., p. 176.

tiendo de la tónica de Aristóteles y Cicerón por Viehweg, lo que causó cierto revuelo en el pensamiento jurídico de hace algunos años, pero sin mayor consecuencia en el terreno de nuestra ciencia²⁸. Hoy se refiere a esta cuestión en forma mucha más relativa, llegando a justificar la apelación a soluciones "tópicas" por parte de la *agencia judicial* a la hora de evaluar la culpabilidad por la vulnerabilidad²⁹. Concededor de la labor judicial y sincerándose llega a sostener que "es usual que algunos jueces —los menos burocratizados o los que no se han deteriorado canalizando su agresividad contra los criminales— fuercen un tanto los argumentos o extremen el cuidado para evitar la imposición de una pena o por imponer la más leve posible"³⁰.

Como se puede advertir, y aunque él pretenda defender la necesidad de coherencia del sistema, los puntos de partida tendrán validez sólo en función de las consecuencias que, en su caso, implican, genéricamente, la *no utilización del Derecho penal o la no aplicación de penas para resolver conflictos sociales*. Todo ello lo debe conducir necesariamente a dejar de lado el sistema. Entre ello y dejar de lado absolutamente el discurso dogmático hay un camino muy corto.

El caso de Sancinetti, por el contrario, constituye un esfuerzo notable por ser coherente con sus puntos de partida pero evitando caer en los peligros a los que puede conducir un Derecho penal exclusivamente subjetivo, sobre todo en materia de tentativa irreal o supersticiosa.

Sobre los aspectos generales de las consecuencias a las que conduce su postura dice:

"En este sentido, la teoría del ilícito necesita hoy, más que una investigación vertical, que analice la fundamentación teórica normativa del concepto de ilícito —y de la exclusión del ilícito (justificación)—, de una investigación horizontal, que demuestre qué es lo que debe suceder, en cada aspecto del

²⁸ T. III, p. 133. El Tratado de Zaffaroni es de 1961.

²⁹ Cfr. *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimización y Dogmático Jurídico-Penal*, Ediar, 1989, Bs. As., p. 284 y sigs. Expressamente se pregunta si se pretende una nueva "tópica"? Aquí también se cita a Viehweg, pero evidentemente la influencia de Louk Hulsman —a quien le dedica el libro citado— que se menciona en el Tratado (p. 133) en relación a este tema se acentúa desde una visión crítica de la dogmática y deslegitimante del sistema penal en general.

³⁰ *Las Penas...*, cit., p. 285.

sistema de la teoría del delito, si se acepta un punto de vista que circunscribe verdaderamente el concepto de injusto al ilícito personal. Mucho más cuando el modelo de investigación dogmática de obras como las que produjo la escuela de Bonn, no es ya el estilo de la dogmática actual, mucho más preocupada que antes por su relación con las ciencias empíricas y por su 'orientación a las consecuencias' en lugar de atender al continuo mejoramiento de la formulación de los fundamentos teóricos del sistema"²¹

Y agrega:

"Este último aspecto, el de determinar las consecuencias horizontales del ilícito personal, constituye, en realidad, el objetivo más deseado de esta investigación. Y lo es, justamente porque sólo después de conocer las consecuencias de un determinado concepto de ilícito, o de delito, se puede decir si él es más 'autoritario' que 'liberal', más 'correcto' o no, o, mejor: más justo. Es decir, únicamente gracias a ello se puede resolver y corroborar el acierto del punto de partida mismo. Pues los resultados valorativos funcionan, en la ciencia del Derecho, de una manera similar a como las experiencias en las ciencias empíricas. Una determinada teoría jurídica es 'falsada' —adoptando, *mutatis mutandis*, esta idea propia de la filosofía de la ciencia (de la ciencia empírica)— cuando los resultados valorativos de la teoría no se corresponden con una solución razonable, al menos queda falsada si eso sucede inclusive desde el punto de partida valorativo del defensor de la teoría misma"²².

Concluyendo a este respecto de la siguiente manera:

"Naturalmente, la teoría se muestra lisa y llanamente como falsa, si encierra contradicciones, si principios opuestos son aplicados conjuntamente, es decir si los puntos de partida son abandonados al resolver los casos concretos"²³.

Ahora bien, en el acápite que le dedica al arrepentimiento activo en la tentativa acabada dice:

"El punto de partida tiene que ser aquí el de la irrelevancia del arrepentimiento activo ineficaz. ¿Por qué puede decidir ahora el desenlace efectivo? Porque el ilícito como tal, está absolutamente completo y sería político-criminalmente irrazonable que todo autor que hubiese llevado a cabo la me-

²¹ *Teoría del Delito y Discador de Acción*, Hammurabi, Bs. As., 1991, ps. 11 y sigs.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

*por acción de salvamento posible que estuviera a su alcance tras la última decisión de afectación del objeto de bien jurídico, quedará impune por haber hecho todo lo posible desde el punto de vista del 'valor de acción' contenido ciertamente en el arrepentimiento activo*³⁴.

Como se puede advertir, la necesidad de dar una respuesta político-criminalmente razonable lo conduce a efectuar una renuncia de coherencia sistemática. El impacto, como vemos, también se produce en él, pero sin llegar a tener las consecuencias que tienen en Zaffaroni.

Asimismo, en punto a la fundamentación se deben tener muy presentes las actuales investigaciones de Sancinetti. Como se ha señalado³⁵, la propuesta teórica de Welzel tuvo dos grandes postulados. El más difundido de ellos fue el que se refirió casi exclusivamente al aspecto subjetivo como principio rector del Derecho penal que dio claramente origen el finalismo. El otro, poco trabajado hasta el momento entre nosotros, se ubica en el componente social del sistema de Welzel y se enfoca primordialmente a la consideración de las relaciones sociales.

Los factores que determinaron el desarrollo del primer postulado se deben, entre otros, a que el propio Welzel puso mayor énfasis en la intencionalidad como elemento básico de su sistema, en que los críticos se concentraron casi exclusivamente en este aspecto y al hecho determinante de que sus discípulos continuaran su obra centrando sus esfuerzos en el perfeccionamiento del aspecto subjetivo del ilícito.

Entre esos discípulos se encuentra Enrique Bacigalupo, maestro de Sancinetti. Si bien él nunca llegó a sostener una posición tan extrema como la que hoy sostiene su discípulo, es el responsable inmediato, con su magisterio y su obra, de haber generado sus ideas subjetivistas. Con el impulso inicial y directo de Bacigalupo e indirecto de Armin Kaufmann y Diethard Zielinski, se puede afirmar que Sancinetti constituye, en lo atinente a las consecuencias dogmáticas, la posición más extrema y coherente del postulado subjetivista de Welzel.

Aunque no se acepte hablar de una "escuela de Bonn", esas ideas se vienen discutiendo en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn desde los tiempos en

³⁴ *Ibidem*, p. 394.

³⁵ Reyes Alvarado, Yeid, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en Z.S.t.W. n° 1, 1993.

que lo dirigía Welzel. Bacigalupo y Sancinetti forman parte del grupo de argentinos que trabajaron y trabajan allí. Por ello no es casual que Sancinetti, desde el subjetivismo, se ocupe ahora de la postura —del actual director de ese seminario— Günther Jakobs, también discípulo de Welzel, pero que contrariamente al resto de sus discípulos, enfocó sus trabajos desde el componente social de la teoría de su maestro con consecuencias, hasta hoy, sumamente discutidas respecto de todos los aspectos y consecuencias que se derivan de las diferentes variantes e implementaciones de la teoría de la *imputación objetiva*.

Determinar hasta qué punto el subjetivismo sigue presente en la obra de Jakobs es la excusa de su actual investigación que se sigue desarrollando en el mismo marco físico e intelectual. Determinar las consecuencias es el verdadero tema de análisis pero manteniéndose siempre del más estricto discurso dogmático, incluso al proponer, referido a cuestiones de error, que se sacrifique una cuota del principio de culpabilidad (!). Ha dicho en este sentido: . . .

"Ninguna sociedad podría condicionar la eficacia de sus normas fundamentales a una duda bien concreta sobre la posibilidad de su infracción; pero sí, a su vez, el juicio es nada más que abstracto renacerá de nuevo el principio *error iuris nocet*. O se sacrifica una cuota del principio de culpabilidad en beneficio de la prevención general o se sacrifica la eficacia de la norma en beneficio del principio de culpabilidad: una alternativa que los juristas penales de cualquier teoría sólo hemos resuelto en apariencia"²⁶.

Las influencias de Jakobs —*prevención general positiva* mediante— aquí ya comenzaban a notarse de la misma forma que en la manera relativa de aproximarse a cuestiones de *fundamentación "correcta"* para la resolución de problemas. Ello antes le preocupaba más que la *solución*. De allí, por ejemplo, que criticara las soluciones —que consideraba adecuadas— de los fallos judiciales que se habían ocupado del error sobre la edad de la víctima en el delito de estupro por haber carecido, a su juicio, de una "*correcta fundamentación*"²⁷. Hoy reconoce este extremo y lo destaca en una nota agregada al texto original donde se puede advertir el giro

²⁶ *Sistema de la Teoría del Error en el Código Penal Argentino*, Hammurabi, Bs. As., 1990, p. 21.

²⁷ *Sistema...*, cit., p. 148.

operado de una posición que privilegia la lógica interna del sistema a otra que atiende a las consecuencias. Al ocuparse de la solución dada al caso por el entonces juez de sentencia Zaffaroni, sostenía "que un tipo penal sea calificado (agravado o atenuado) en relación a otro, es decir, que tenga un mejor derecho a ser aplicado por razón de especialidad, es una cuestión que responde a reglas, no a un mero arbitrio"³⁸. Y agregaba: "...no sería acertado creer que es factible (...) decidir libremente cuál es el tipo penal básico y cuál el calificado"³⁹. En el agregado que se realiza reconoce que "...la construcción como 'tipo atenuado' de uno, o 'agravado' del otro, se halla más condicionada por la plausibilidad de las soluciones a que se llegue en un caso, y en otro, en materia de error, que por el objeto mismo"⁴⁰.

Por ello incluso lo atinente al error, al ser relativo, puede ser pensado desde las consecuencias político criminales como expresamente se reconoce afectando exclusivamente la regla del *numerus clausus* de delitos imprudentes⁴¹.

Como se advierte, todo lo expuesto de ninguna manera conduce a delimitaciones conceptuales como hace Zaffaroni o, por ejemplo, Muñoz Conde, para quien es posible, en materia de error, elegir entre las disponibilidades dogmáticas atendiendo, desde los efectos, a la ubicación sistemática de los elementos⁴².

Pareciera, entonces, que lejos de tener que realizarse una renuncia a delimitaciones conceptuales, de lo que se trata es de analizarlas hasta el límite en que den por satisfechos aquellos requisitos, pero no aceptar las soluciones sistemáticas inconsecuentes con los patrones exteriores de justicia y seguridad jurídica para utilizar, inmediatamente, criterios orientados, supuestamente a una finalidad racional y que, quizá, respondan sólo a prejuicios o a consideraciones intuitivas. Si lo que se quiere defender es el principio de legalidad y una supuesta pureza dogmática⁴³ de la que se parte, la revisión debe

³⁸ Sistema..., cit., p. 118.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Nota agregada, Sistema... cit., p. 118 (sin bastardilla en el texto), el original publicado en D.P., año 1 (1978), nº 2, ps. 335 a 424.

⁴¹ Sistema..., cit., p. 22.

⁴² *El Error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 103.

⁴³ Dogmática que, pese a sus detractores, sólo ha traído una mayor seguridad a la hora de extraer conclusiones y ha supuesto un freno en la

darse dentro del sistema. De esta forma, a mi criterio, se evitara el *caso* y la *arbitrariedad*.

La pregunta referida a cuáles deben ser las consecuencias en materia de error sobre los elementos normativos del tipo, viene condicionada desde diferentes ángulos, y muy especialmente por la constatación de que el uso de elementos normativos se ha vuelto especialmente común para el legislador a la hora de describir las formas de criminalidad.

En España, por ejemplo, la aplicación de las reglas de los apartados primero y segundo del artículo 6º bis a) del Código Penal, especialmente el apartado segundo, conducirían a dejar impunes una enorme cantidad de casos, con lo que el efecto político criminal buscado por la incriminación de esas conductas correría el riesgo de perderse.

Por otra parte, una solución que atendiera al problema exclusivamente desde la óptica de las nuevas formas de criminalidad sería sumamente injusta para otros casos.

En consecuencia, la solución que se pretende dar al error sobre elementos normativos y que quiera mantenerse dentro de una teoría que la enmarque, debe contar con todas estas variables, para no incurrir en soluciones injustas o en inconsistencias sistemáticas.

Un buen punto de partida para iniciar esta investigación se encuentra en delimitar, dentro de lo posible, las categorías en análisis y el impacto que suponen para la tipicidad, o más precisamente, para el tipo en sus diferentes acepciones.

La aclaración de conceptos es indispensable para poder obtener algún resultado válido.

actividad discrecional de los jueces. Cfr. Nino, *op. cit.*, p. 32. En forma por demás elocuente en defensa del discurso dogmático aclarando su finalidad ver Ruseconi, Maximiliano, "El pensamiento dogmático en el banquillo: la falsa antinomia 'justicia material o sistema', *No hay Derecho*, nº 8, XII-92, Bs. As., p. 15.