

Tema III.- “Proyecto integral de reforma del Código Penal”

“Comentario sobre la regulación de los errores de tipo y de prohibición en

el Anteproyecto de reforma del Código Penal”

Por Marina V. Soberano (UBA)

Tels: 011-4342-1528//011-15-4979-0608

Piedras 469, piso 1º, dpto. “2”, Cdad. de Bs. As., C.P.: 1070

msoberano@hotmail.com

“Comentario sobre la regulación de los errores de tipo y de prohibición en el Anteproyecto de reforma del Código Penal”

I) Introducción

Este trabajo tiene por objeto la descripción y comentario sobre la regulación que, en materia de *errores de tipo y de prohibición*, contempla, en los artículos 34 y 35, el Anteproyecto de reforma del Código Penal argentino, realizado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal” (cf. Resolución M.J. y D.H. N° 303 del 14 de diciembre de 2004, modificada por su similar N° 136 del 4 de octubre de 2005).

A los efectos de lograr una exposición ordenada del tema, se describirán someramente cada uno de los incisos del artículo 34 del Anteproyecto –donde se establecen los supuestos de no punibilidad de una conducta-, para luego pasar al tratamiento más puntual del tema objeto del presente trabajo.

II.- Análisis de la regulación

A.- Causales de falta de acción, exclusión de la tipicidad, causas de justificación y de inculpabilidad.

El inciso a) del Anteproyecto¹ permite diferenciar, con claridad, los supuestos de falta de acción o, más correctamente, de falta de conducta. Debe tenerse en cuenta que el art. 34 inc. 1°, del Código Penal vigente, hace mención al estado de inconsciencia mientras que el inciso 2° alude a la fuerza física irresistible y que dichas causales de exclusión de la conducta se encuentran juntamente con los errores y con el estado de necesidad exculpante.

El haber mantenido la redacción prácticamente similar a la actual, es valorable en la medida en que, por ejemplo, no habría resultado conveniente el cambio del vocablo

“fuerza” por “violencia”, dado que este último parece hacer referencia a una acción humana, mientras que aquél, ampara tanto las conductas humanas como las fuerzas que provienen de la naturaleza².

Asimismo, el concepto de fuerza física irresistible, incluye la interna, más conocida como actos reflejos, y la externa (proveniente de un tercero y/o de fuerzas de la naturaleza).

De tal modo, el Anteproyecto recepta una “*distinción ésta ya consolidada en doctrina y jurisprudencia*” y ello no merece mayores comentarios.

El inciso c)³ regula el obrar en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, autoridad o cargo. La ubicación previa a las causales de justificación clásicas y la aclaración obrante en los fundamentos del Anteproyecto, de que *el ejercicio de un derecho* constituye una causa de justificación, dejan abierta la posibilidad de considerar a la actuación en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una autoridad o cargo (del cual, claro está, emanan deberes), como una causal de atipicidad. Esta solución es aceptada por gran parte de la doctrina (Zaffaroni, etc).

Por su parte, los incisos d), e) y f)⁴ contemplan, las siguientes causas de justificación: defensa necesaria, defensa de un tercero o de sus derechos y estado de necesidad justificante, respectivamente. En lo sustancial se mantiene una redacción similar a la actual aún cuando se incorporan elementos que ya tienen amplia aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Ya en torno a la categoría dogmática conocida como culpabilidad, el inciso g)⁵ alude al estado de necesidad disculpante y el inciso l) al exceso en los límites de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante, sujetando la causal de exclusión de la pena, a la concurrencia de un *miedo insuperable*.

Por último, el inciso h)⁶ se refiere a las causales de inimputabilidad propiamente dichas, pues menciona las anomalías o alteraciones psíquicas (permanentes o transitorias) que hayan impedido, al momento del hecho, comprender la criminalidad de la conducta o dirigir sus acciones conforme a dicha comprensión y el inciso ll)⁷ regula el límite de edad (18 años) a partir del cual se es responsable penalmente, en plenitud. Por su parte, el inc. e) del artículo 35 complementa al inciso h) ya citado, por cuanto establece una morigeración de la pena en

los supuestos de *considerable disminución de la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión.*

B.- *Errores de tipo y de prohibición.*

Art. 34. Eximentes. No es punible: “Inciso b) El que obrare en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal;”

El Anteproyecto parece no distinguir entre errores invencibles *al derecho o al revés*⁸, esto es, entre aquellos que implican un desconocimiento de los elementos objetivos del tipo objetivo (sujeto, objeto, medios, etc.), y los que tienen lugar ante una falsa o errónea suposición sobre la concurrencia de algún elemento objetivo. En efecto, trata ambos supuestos de errores invencibles de tipo, como excluyentes de la tipicidad y generadores, en consecuencia, de la no punibilidad del hecho.

Como ejemplo del error de tipo *al derecho* podría citarse el caso de quien toma un tapado ajeno, creyéndolo suyo a causa de un error invencible motivado en su desconocimiento de que otro invitado había colgado, junto al suyo, un tapado de idénticas características. En este caso, el sujeto activo desconoce que está sustrayendo un objeto *ajeno*. Al tratarse de un error, invencible, se descarta la figura dolosa del hurto (y, aún cuando dicho delito no posea forma culposa, cabe aclarar que tampoco se aplicaría la forma culposa). Esta es la solución que tiene más amplia aceptación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁹.

Como ejemplo del error de tipo *al revés*, podría mencionarse el caso de quien supone que comete el delito de hurto, llevándose en su cartera el pan que sobró de la comida que le fue servida en el restaurante donde acaba de almorzar, saldando la correspondiente cuenta. En ese caso, el supuesto sujeto activo, considera que está sustrayendo algo ajeno cuando en verdad el *pan* se encuentra incluido en el servicio que acaba de abonar. La solución adoptada por la Comisión es la correcta, en tanto también considera a este supuesto como una causal de atipicidad, descartando de plano que la pura voluntad del sujeto sea suficiente para transformar en típica una conducta totalmente intrascendente para el derecho penal. Lo contrario implicaría llevar el terreno de lo moralmente reprochable (*en el sentido de que el sujeto actuó creyendo que cometía una conducta típica*) al campo del derecho penal, vulnerando, de tal modo, el principio de reserva (art. 19, CN) y sus derivaciones: principio de exteriorización de la conducta y principio de lesividad.

Ahora bien, la falta de aclaración de la clase de error de que se trata (*al derecho* o *al revés*) podría generar una consecuencia que aparece como indeseable: la impunidad de la tentativa. En efecto, toda tentativa no es más que un error de tipo *al revés* que recae sobre el nexo de causalidad¹⁰. Es evidente que esa no ha sido la intención de los redactores del Anteproyecto en la medida en que la tentativa posee su regulación propia en los artículos 36 a 38 y que, para el caso, en los supuestos de delitos imposibles se prevé la reducción de la pena al mínimo legal o su exención, “...según el peligro corrido por el bien jurídico tutelado”.

Inciso i) El que obrare por error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación.

Inciso k) El que obrare por error invencible sobre las circunstancias que, conforme al inciso g) anterior¹¹, lo hubiesen exculpado.

Nuevamente, la Comisión, de manera consecuente con la regulación para los errores de tipo, no ha efectuado distinción entre los errores de prohibición sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una causal de inculpabilidad, *al derecho* o *al revés*, pues en ambos casos, tratándose de errores invencibles, se excluye la culpabilidad. Se hará mención solamente al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pues idénticos comentarios merece el error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad disculpante.

A través del primero (error *al derecho*), el sujeto supone falsamente que concurren todas las circunstancias objetivas de una causa de justificación cuando en verdad falta alguno de esos elementos. Es decir que, subjetivamente, actúa de manera justificada mientras que objetivamente, falta alguno de los elementos que conformarían la causa de justificación. En este caso, tratándose de un error inevitable la solución es la compartida casi por unanimidad en los ambientes académicos y judiciales: se excluye la culpabilidad. Incluso, los integrantes de la Comisión redactora aclaran que han seguido la teoría estricta de la culpabilidad¹² para el tratamiento de los errores.

Inciso j) El que obrare por error invencible que le impida comprender la criminalidad del hecho.

Este inciso contempla al error conocido como “directo”, es decir, aquél que recae sobre la existencia misma de la norma prohibitiva, imperativa o permisiva y de ahí que correctamente se haya resumido la extensión del error, en las palabras: “*que le impida*

comprender la criminalidad del hecho”. Dicha criminalidad puede no comprenderse, no sólo cuando no se sabe si una conducta está prohibida o mandada, sino también, cuando determinada actuación constituye un supuesto subsumible en una norma permisiva.

Tampoco han efectuado una separación entre errores *al derecho o al revés*. En este caso, el error *al derecho* implica el desconocimiento sobre la existencia de una norma prohibitiva, imperativa o permisiva, mientras que error *al revés*, se advierte ante la falsa suposición de que una conducta es delictiva, cuando en verdad no se encuentra siquiera tipificada (sea como norma prohibitiva o imperativa) o cuando el autor cree que la conducta que realiza no está permitida. Como ejemplos, se pueden citar, respectivamente: 1) quien cree que el adulterio o la homosexualidad están prohibidos como delitos penales, 2) aquél que considera que la conducta que omite está ordenada bajo pena (ej: no denunciar el conocimiento de un hecho delictivo, cuando se carece de cualquier elemento especial en el sujeto activo, que lo torne en un obligado a hacerlo) y 3) quien entiende que constituye un ilícito el romper un vidrio de una vivienda, aún cuando haya sido realizado para salvar a la persona que se encuentra allí desmayada ante un escape de gas.

Tratándose de errores inevitables se ha dado una idéntica solución que es la exención de pena, estableciéndose una regulación propia para los supuestos de errores vencibles, que se describirán, a continuación.

Art. 35 Disminución de la pena. Se disminuirá la pena:

a) Al que obrare con error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal. La pena será la del delito por imprudencia o negligencia correspondiente.

No puede negarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia han fluctuado en las soluciones más diversas al momento de tratar a los errores vencibles. La regulación que se efectúa en el Anteproyecto otorga seguridad jurídica al responder a un esquema previsible de resolución de los casos. Así, se trata con meridiana claridad el modo en que la pena debe disminuirse, evitando la vaguedad que existía sobre el tema que generaba importantes y gravosas consecuencias para los justiciables.

Se receptó la solución que otorga la teoría estricta de la culpabilidad. En efecto, frente al desconocimiento (error de tipo *al derecho*), superable o vencible, sobre la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo penal, se optó por la fijación de la pena correspondiente para el delito imprudente o negligente siempre y cuando, la figura dolosa de

la que se trate, halle su referente culposo. Por ello es que se estableció “*la pena será la del delito por imprudencia o negligencia correspondiente*”. De lo contrario, la solución es obvia: la atipicidad de la conducta. Debe destacarse que, haciendo uso de una buena técnica legislativa, en el art. 33, titulado *Hechos dolosos y culposos*, se aclaró que: *Sólo son punibles las acciones y omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas.*

Por su parte, y si bien no se hace referencia al error de tipo *al revés* (falsa suposición de la concurrencia de un elemento del tipo objetivo), la solución de estos casos por parte de la doctrina y de la jurisprudencia nos demuestra que se está frente a la estructura típica de la tentativa, que posee regulación propia en el Anteproyecto. En consecuencia, es de destacar que la falta de aclaración puede llegar a generar algún conflicto interpretativo frente a un error de tipo al revés evitable: *la pena que corresponde, será la de la tentativa o la del delito culposo correspondiente?*.

Inciso b) Al que obrare con error vencible que le impida comprender la criminalidad del acto. La pena será la prevista para la tentativa.

Ya se ha adelantado, al analizar el error invencible, que no se ha realizado distinción entre errores *al derecho o al revés*. La diferenciación cobra relevancia pues las respuestas que la doctrina y la jurisprudencia otorgan a estos casos, van desde la impunidad hasta la aplicación de la pena para el delito consumado. Veamos:

Como se dijo, el error *al derecho* implica el desconocimiento sobre la existencia de una norma prohibitiva, imperativa o permisiva, mientras que error *al revés*, se advierte ante la falsa suposición de que una conducta es delictiva, cuando en verdad no se encuentra siquiera tipificada (sea como norma prohibitiva o imperativa) o cuando el autor cree que la conducta que realiza no está permitida. Volviendo a los ejemplos dados, respectivamente: 1) quien cree que el adulterio o la homosexualidad están prohibidos como delitos penales, 2) aquél que considera que la conducta que omite está ordenada bajo pena (ej: no denunciar el conocimiento de un hecho delictivo, cuando se carece de cualquier elemento especial en el sujeto activo, que lo torne en un obligado a hacerlo¹³) y 3) quien entiende que constituye un ilícito el romper un vidrio de una vivienda, aún cuando haya sido realizado para salvar a la persona que se encuentra allí desmayada ante un escape de gas¹⁴.

Con relación al error de prohibición (directo) *al derecho*, la Comisión, al seguir la teoría estricta de la culpabilidad, otorga al error evitable el efecto de disminuir la pena en la

escala de la tentativa. La solución viene a traer seguridad sobre la materia, dado que actualmente estos supuestos quedan librados al arbitrio del juez que puede fijar la pena con la amplia libertad que le otorgan los arts. 40 y 41, CP pero sin que exista un tope máximo (el de la tentativa) como lo prevé el Anteproyecto.

Por su parte, en estos tres supuestos de errores de prohibición directos *al revés*, la solución es unánime, pues se trata de casos de delitos putativos¹⁵: el elemento subjetivo no puede configurar *per se* la existencia misma de una conducta como ilícita, sin vulnerar el principio de reserva y sus corolarios: el principio de exteriorización de la conducta y de lesividad. Además, claramente, la cláusula de cierre del sistema que concluye al art. 19, CN (*todo lo que no está prohibido, está permitido*) viene a completar al principio de legalidad sustantivo contemplado en el art. 18, CN (*ley previa, estricta, cierta y escrita*). De ahí que la solución sea tan evidente.

No sucede lo mismo, con el inciso siguiente:

Inciso c) Al que obrare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante. La pena será la prevista para la tentativa;

Aquí, en el error (indirecto) *al derecho*, el sujeto supone bajo error que concurren circunstancias objetivas de una causa de justificación que, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, cobra el nombre de legítima defensa putativa (vrg.: quien lesiona corporalmente a otro pues se cree agredido). En estos casos, conforme a la teoría de la culpabilidad estricta, el error vencible atenuaría la culpabilidad, y hasta ahora, la medida de la pena había sido dejada librada al juzgador. El Anteproyecto, fija la medida de la pena, en la tentativa del delito de que se trate¹⁶. La otra opción reconocida doctrinariamente, era la de establecer como pena atenuada, la correspondiente a los delitos culposos pero aquí podían generarse graves lagunas de punibilidad¹⁷, en vistas a la regulación *numerus clausus* de esta clase de delitos. Es que, evidentemente, la inexistencia de una situación de justificación no puede suplirse con la imaginación del sujeto activo, pero sí cabe otorgarle cierto valor al elemento subjetivo que atenúe la pena en la medida de la culpabilidad del sujeto que, en vistas al error, se encontraba disminuida o afectada. Este modelo responde al concepto complejo del injusto (objetivo - subjetivo), en virtud del cual no puede obrar justificadamente quien cree erróneamente que obra justificadamente como tampoco puede hacerlo, quien desconoce que objetivamente, concurre una causa de justificación¹⁸.

Por su parte, en cuanto al error (indirecto) *al revés*, debe decirse que el modo de tabular la culpabilidad por el hecho, ante su concurrencia, provoca respuestas de las más disímiles. Recuérdese que se trata, por ejemplo, de quien no sabe que se encuentra en una situación de defensa necesaria (el autor no sabe que a quien está por agredir, tiene un arma empuñada debajo de su saco y está apunto de dispararle, o sea, de lesionarlo).

Según ciertos autores clásicos, sostenedores de la teoría estricta de la culpabilidad: el autor realiza un hecho antijurídico consumado y punible. Ello pues para que la conducta sea considerada permitida (la defensa, por ejemplo) el autor tiene que conocer la situación de necesidad, sólo en este caso el derecho ampara una conducta típica. Dicho en pocas palabras, el autor tiene que conocer el tipo objetivo de la justificación y al no conocerlo, su conducta no puede ser ni justificada, ni disculpada, ni atenuada su pena¹⁹.

Según la teoría limitada de la culpabilidad, que trata este caso como un error de tipo, estaremos en presencia de una tentativa (inidónea), pues el disvalor del resultado desaparece (porque el derecho ampara las situaciones objetivas de defensa o necesidad) y solo resta la mera intención de realizar una conducta antijurídica²⁰. Otros autores, que consideran a la tentativa inidónea como un caso de ausencia de tipo, ven en este ejemplo, una acción que debe quedar impune²¹.

Así como la autoridad del principio romano *error juris nocet*, poco a poco, ha ido cediendo para dar lugar al reconocimiento del principio de culpabilidad por el hecho, en virtud del cual, y dentro de las muchas derivaciones y explicaciones de dicho principio, el reproche penal carece de sentido en la medida en que el sujeto no haya podido comprender o tener conciencia de la criminalidad de su conducta, el Anteproyecto parece otorgarle un poder bastante amplio al elemento subjetivo de las causas de justificación.

Como se ha consignado, la presencia del elemento subjetivo de una causa de justificación ha sido utilizada, por la Comisión, para morigerar la pena (supuesto de error de prohibición sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación, *al derecho*).

Ahora bien, en el caso del error *al revés* se ha optado por una solución que otorga al elemento subjetivo de una causa de justificación un valor fundante de la punibilidad de la conducta, en contraposición con corrientes actuales²² por las que la justificación se satisface con la mera concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación.

Es de destacar que la opción tomada por la Comisión es, efectivamente, la que mayor consenso posee. Sin embargo, en vistas a los principios que fueron incorporados en el art. 1° del Anteproyecto (legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad), podría ser objeto de críticas, en especial si se tiene en cuenta que en sus fundamentos se ha consignado que dichos principios “*sirven tanto como regla para la validez como de criterios para la interpretación y aplicación de la disposiciones del Código Penal y de las leyes especiales*”. En efecto, podría sostenerse que la conducta típica que objetivamente se encuentra justificada parece no ser una conducta lesiva, en los términos del art. 19, CN. Así, en palabras de Zaffaroni, Alagia y Slokar: “*La única posibilidad de requerir los elementos subjetivos de la justificación es hacer recaer el desvalor de la antijuridicidad sobre el animus desobediente a la voluntad del estado: por esta vía se llega a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la voluntad estatal o, lo que es lo mismo, el consiguiente derecho a exigir obediencia del súbdito*”²³.

Siguiendo esta línea de razonamiento, Nino ha sostenido: “*el estado de necesidad, la legítima defensa y cualquier otro ejercicio de derecho, justifican la respectiva acción con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente. Esta conclusión está impuesta para la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una autodegradación moral del agente, sino situaciones socialmente indeseables. El que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión, no da lugar a una situación indeseable que el derecho trate de prevenir, cualquiera sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral.*”²⁴

Inciso d) Al que obrare con error sobre circunstancias que hubiesen configurado el supuesto de una infracción atenuada. La pena se determinará conforme a esta.

Con relación a este inciso, la Comisión ha explicado que se trata de los casos donde el sujeto ha actuado creyendo que su ilícito era de menor entidad. Se establece, en consecuencia, una única solución sea que el error sea vencible o invencible. Si el error es invencible, la solución es evidente y unánime: se aplicará la pena del ilícito de menor entidad (es decir, aquél que creyó estar cometiendo). Pero tratándose de un error evitable, en virtud del cual el autor pudo haberse cerciorado sobre la corrección de su entendimiento o haberse esforzado para salir de su error, se ha optado por no computar ese plus (de falta de diligencia) en contra del autor, beneficiándolo al otorgarle idéntica pena que a aquél que obró con error

inevitable. Ejemplo: el autor cree que abusa sexualmente de una persona mayor de dieciocho años (art. 119, inc. f, CP) cuando en verdad, posee quince²⁵.

En la praxis no parece que la decisión que se propone pueda generar consecuencias injustas. Sea un supuesto de error evitable o inevitable las dificultades serán siempre las mismas y girarán en torno de la prueba de la existencia misma del error y, en definitiva, será el juez quien dentro de la escala del delito de menor entidad fije la pena, teniendo en cuenta la diferenciación entre los distintos tipos de error.

III.- Consideraciones finales

El tema abordado en este trabajo constituye una de las cuestiones más discutidas y complicadas de la dogmática penal. Lejos está de mi alcance su agotamiento y mucho más aún, la posibilidad de criticar la encomiable labor de la Comisión en la redacción del proyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal.

Por ello es que, en el contexto de las limitaciones apuntadas, puedo decir que el tratamiento que ha merecido los errores de prohibición se advierte como tendiente a reducir los espacios de arbitrariedad. Asimismo, ha receptado las opiniones mayoritarias de la doctrina como de la jurisprudencia y ha dotado de una excelente sistematización de las causales de exclusión de la acción, de la tipicidad y de las causas de justificación y disculpas, constituyendo un avance en el mejoramiento de nuestro Código Penal. Fuera de ello, considero que debería evaluarse la posibilidad de que el texto distinga los errores *al derecho* y *al revés*, pues ello puede generar consecuencias indeseables en los montos de pena a aplicar o bien conflictos interpretativos.

BIBLIOGRAFÍA

- Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2ª Ed. corregida, Madrid, 1997.
- Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal. Una Teoría liberal del Delito*, Buenos Aires, 1980.
- Núñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1976.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 4ª edición castellana, 1993.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, comentario al artículo 34 inc. 1º, en AA.VV, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dir. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Coord.. Terragni, Marco A., Tomo I, Parte General, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Notas

¹ “Art. 34. Eximentes. No es punible: a) el que obrare violentado por fuerza física irresistible o estado de inconsciencia absoluta;...”

² Núñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, Ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1976, Tomo I, p. 233.

³ “Art. 34. Eximentes. No es punible:...c) El que obrare en cumplimiento de un deber jurídico o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo;...”

⁴ “Art. 34. Eximentes. No es punible:...d) El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurran las siguientes circunstancias...; e) el que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias...; f) El que causare un mal por evitar otro mayor e inminente, siempre que...”

⁵ “Art. 34. Eximentes. No es punible:...g) el que obrare para evitar un mal grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la vida, no evitable de otro modo, siempre que; l) El que cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante por miedo insuperable;...”

⁶ “Art. 34. Eximentes. No es punible:...h) El que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión;...”

⁷ “Art. 34. Eximentes. No es punible:...ll) El menor de dieciocho (18) años. Una ley especial establecerá el régimen de los menores en conflicto con la ley penal”.

⁸ Permítaseme una licencia en el modo de llamar a estos errores. Ella se afinca en la necesidad de evitar todo tipo de confusión con otras nomenclaturas que refieren al error de tipo *al derecho*, como error directo, y al error de tipo *al revés*, como error inverso. Este modo de llamar a los errores, será el utilizado en el resto del presente trabajo.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, comentario al artículo 34 inc. 1º, en AA.VV., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dir. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R., Coord. Terragni, Marco A., Tomo I, Parte General, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 547 y ss.

¹⁰ Este supuesto es considerado como un caso de tentativa inidónea o delito imposible, según Zaffaroni (cf. comentario..., *op. cit.*, p. 559).

¹¹ El inciso g) se refiere al estado de necesidad disculpante.

¹² “El concepto de culpabilidad de la teoría de la culpabilidad descansa sobre el principio de la responsabilidad, según el cual toda persona es portadora de la responsabilidad pro al conformidad al derecho de sus decisiones, dentro de los límites de su capacidad de comprensión ético social.” (Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 4ª edición castellana, 1993, p. 192.

¹³ Se trata de un error de prohibición pues recae sobre la extensión o existencia de un deber, de una norma imperativa (Cf. Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 198).

¹⁴ Se pueden consultar los innumerables ejemplos que otorga Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 187, § 22.

¹⁵ También denominados como delitos imaginarios (cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, comentario al artículo 34 inc. 1º, CP, *op. cit.*, p. 559).

¹⁶ Dicha pena es la que correspondería, según, por ejemplo, Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 200.

¹⁷ Así lo ha entendido Welzel, *op. cit.*, p. 201.

¹⁸ Cf. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp.596 y ss. Consular también citas efectuadas en Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p.573, nota 70. Al respecto, dichos autores consideran que: “...la tendencia a etizar la relevancia de la justificación mediante la exigencia de estos elementos, es anterior e independiente de la concepción compleja del injusto. Esta conclusión, además de ser una comprobación histórica, se impone pro vía lógica: no existe razón para sostener que el concepto complejo del injusto obligue a admitir los elementos subjetivos de la justificación” (*op. cit.*, p. 573, pto. 5).

¹⁹ Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 100, entre otros. Al respecto cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. Cit.*, p. 575, nota 80.

²⁰ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2ª Ed. corregida, Madrid, 1997, p. 433/435, entre otros. Al respecto cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. Cit.*, p. 575, nota 79.

²¹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. cit.*, p. 574.

²² Idem.

²³ *Op. cit.*, p. 574, pto. 6.

²⁴ Nino, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal. Una Teoría liberal del Delito*, Buenos Aires, 1980, pp. 168, 332, 335 y 470 y ss.

²⁵ Sobre error sobre las agravantes y los atenuantes, cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pp. 544/5 y 557.