

Propuesta alternativa a la realizada por el Prof. De la Fuente respecto de la regulación del error en el Código Penal

1. El objetivo de esta propuesta es fomentar una regulación del error que no adolezca de los defectos de la teoría de la culpabilidad que –sobre todo en los últimos años– se han hecho patentes en el derecho comparado: su rigidez, su prescindencia de lo único relevante: la excusabilidad del desconocimiento que se alega, su enorme complejidad justo cuando se requieren soluciones claras y las grandes diferencias punitivas que asocia a distinciones extraordinariamente sutiles y, a veces, imposibles.

2. La propuesta del Prof. De la Fuente es un avance respecto de la teoría tradicional de la culpabilidad: aspira a reconocer que hay desconocimientos no justificados (“se equivoca”) e incluye en el régimen del error de tipo el error sobre contravención de normas extrapenales. Sin embargo, a mi juicio no es suficiente, pues mantiene lo esencial, que es la diferencia de tratamiento según el supuesto objeto del error, sumado a una vinculación automática o rígida entre el error y el binomio dolo/culpa.

3. Con respecto a este último aspecto, después de ensayar distintas fórmulas llegué a la conclusión de que sería muy difícil hacer “digerible”, a nivel de texto legal, una separación entre el problema del error y el problema de la evitabilidad individual (dolo/culpa). Por eso la fórmula propuesta conserva el vínculo, pero al mismo tiempo intenta romper el automatismo.¹

¹ Expresado con un ejemplo, la propuesta apunta a lo siguiente: un sujeto está en la playa leyendo un diario, pero advierte que junto al grupo de personas que está un poco más allá hay una revista que parece muy atractiva. Aprovechando que estas personas se fueron a bañar, toma la revista y se la lleva a su casa. Este sujeto podría decir luego que pensaba que podía llevarse la revista, ya que nadie la estaba leyendo. O bien que no puede ser delito llevarse una cosa de tan escaso valor como una revista. O también que no era claro que la revista fuera de las otras personas o, incluso, que supuso que la habían abandonado. Lo importante en un caso así no es tratar de dilucidar si el sujeto ha desconocido un elemento de la tipicidad o de la antijuridicidad del hecho, sino si es aceptable la explicación que da sobre el desconocimiento. Supongamos que el sujeto dice que (i) a su juicio no puede ser delito apropiarse de una cosa tan nimia (pero según la ley sí lo es) ya que, por ejemplo, él estuvo dispuesto a pagar en cualquier momento su valor; y además agrega que (ii) pensaba que uno se puede quedar con las revistas que otros ya no están leyendo, lo que él ya había hecho y visto hacer muchas veces sin que hubiera problemas. El análisis que debe hacer el juez versará sobre la “aceptabilidad” de estas explicaciones. Supongamos ahora que el juez rechaza la segunda y acepta la primera. Ahora, en una segunda etapa, habrá que evaluar si el desconocimiento del sujeto relativo al valor del objeto material –el cual ha sido aceptado, lo que obliga a realizar todo el análisis posterior sin imputar al sujeto dicho conocimiento– impide o no considerar el hecho como evitable dolosa o imprudentemente. Como el hurto no admite imprudencia, el sujeto no ha cometido delito, pues un cierto valor del objeto material es contenido del dolo del hurto.

4. Esta fórmula probablemente debería ir a continuación de la regulación del *numerus clausus*.

La propuesta quedaría entonces de la siguiente manera, siempre como idea regulativa sujeta a modificaciones en la redacción de detalle:

Artículo A. Para establecer si un hecho puede considerarse doloso o imprudente, se tomarán en cuenta las alegaciones de desconocimiento de los elementos fácticos o jurídicos que determinan la ilicitud de ese hecho. El tribunal atenderá para ello a la medida en que al sujeto le haya sido exigible superar tal desconocimiento que alega o, en su defecto, abstenerse de realizar la conducta.

Lo dispuesto precedentemente se aplica asimismo, según corresponda, respecto de quien supone erróneamente circunstancias que, de haber concurrido en realidad, habrían excluido la ilicitud en el caso concreto.

El desconocimiento de los elementos o circunstancias que realizan un delito menos grave no impedirá que el hecho se juzgue conforme a él, cualquiera sea la causa de dicho desconocimiento.

Alex van Weezel
29 de abril de 2013