

**Voces:** DERECHO PENAL ~ RESPONSABILIDAD PENAL ~ DELITO ~ PROSTITUCION ~ PROMOCION DE LA PROSTITUCION ~ MENOR ~ HIJO ~ ERROR ~ ERROR DE PROHIBICION ~ CULPABILIDAD ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ INTERPRETACION RESTRICTIVA

**Título:** Error de prohibición a partir de un caso concreto

**Autor:** Leguizamón, Facundo M. Leguizamón, Lara Cristina

**Publicado en:** LLLitoral 01/01/2008, 1184

**Fallo comentado:** [Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala II \(CPenalRosario\)\(SalaII\) CPenal, Rosario, sala II ~ 2008/04/18 ~ S. D. A.](#)

En la sentencia que comentamos se analiza la responsabilidad penal de una madre por los delitos de promoción y facilitación de la prostitución de su hija menor de edad, en concurso con el delito de lesiones leves. La particular situación en la que se desenvuelven los hechos, dada la indigencia, promiscuidad, el contexto social y cultural de las personas involucradas, así como los antecedentes familiares de la acusada — hija y nieta de mujeres dedicadas al mismo oficio— llevan al Tribunal a considerar la existencia de un error de prohibición, entendiendo en el caso que, por sus especiales condiciones, la autora no consideraba su proceder como penalmente prohibido.

La decisión de la minoría.

El magistrado votante en primer término, considera al error en el que se encontraba la acusada — respecto al delito de promoción y facilitación de la prostitución— como un error de prohibición vencible o evitable y propone, en consecuencia, reducir la pena impuesta de 10 a 5 años de prisión, pues plantea que en el caso el monto mínimo de 10 años previsto por la ley penal sigue siendo desproporcionado a la culpabilidad del autor (1).

La decisión de la mayoría.

Por su parte, el voto mayoritario considera al error como invencible por entender que existen "razonables dudas sobre que la imputada haya obrado con el dolo típico, y ... sobre que su error ... deba considerarse vencible en su particular caso", en consecuencia dispone la absolución respecto del delito de promoción y facilitación de la prostitución (2).

El fallo en estudio plantea diversas cuestiones y nos demuestra, una vez más, que en materia de derecho, una decisión en uno u otro sentido puede generar consecuencias sustancialmente distintas con repercusión en derechos fundamentales de las personas sometidas al poder punitivo del Estado. Este distinto tratamiento — que se traduce justamente en la punibilidad o no del autor— nos lleva a ahondar los esfuerzos en la determinación de la existencia de un error de prohibición y las cuestiones que deben considerarse para admitir su inevitabilidad.

Entendemos que, en primer termino, corresponde distinguir conceptualmente entre error de tipo y error de prohibición.

En el primero, la problemática se centra en la tipicidad. El error, o falso conocimiento, recae sobre los elementos del aspecto objetivo del tipo penal y, en todos los casos — sea vencible o invencible—, actúa eliminando el dolo, quedando solo la posibilidad de analizar, eventualmente, una tipicidad culposa si se trata de un error vencible. De no estar previsto el correspondiente tipo imprudente el comportamiento será atípico.

En tanto, el error de prohibición es aquél en virtud del cual el sujeto no puede comprender la criminalidad de su comportamiento, distinguiéndose entre: error de prohibición directo: es decir, aquel que recae sobre la existencia de la norma, relativo a la prohibición del hecho, pues el autor desconoce la relevancia penal de su accionar (por ejemplo, el autor por error piensa que el aborto no está incriminado como delito); sobre la vigencia o validez de la norma: conociendo la existencia de una ley penal, piensa que su conducta ha sido desincriminada (por ejemplo, en conocimiento de recientes decisiones jurisprudenciales que declararon inconstitucional la tenencia de estupefacientes para consumo personal, el sujeto cree que su conducta está permitida); sobre el alcance de la prohibición: conociendo la vigencia de la ley penal, cree que su conducta no está comprendida en la prohibición (por ejemplo, sabe que está prohibido matar pero cree que la norma no alcanza a los supuestos de eutanasia).

En tanto que el error de prohibición indirecto es aquel que recae sobre la justificación, relativo a la permisión, el sujeto sabiendo que realiza una acción penal típica supone erróneamente que la misma está justificada. El error puede provenir de la falsa suposición de una causa de justificación no reconocida por la ley (verbigracia, el padre cree que en el ejercicio de la patria potestad como deber de corrección, puede causar lesiones a su hijo); también puede tratarse de un caso de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: por ejemplo una persona cree ser agredida antijurídicamente cuando en realidad se trataba de la broma de un amigo y reacciona en legítima defensa.

El error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, mientras que el error vencible solo tendrá efectos al momento de cuantificar la pena, correspondiendo atenuar la escala penal establecida para el delito.

La doctrina entiende que el error de prohibición solo puede ser considerado en una sentencia cuando el acusado lo ha alegado expresamente en su defensa o, cuando al menos, existan dudas fundadas acerca de su existencia (3), ya que la regla es presumir que el autor obró con plena conciencia del injusto.

Las cuestiones planteadas en torno a la ubicación de la conciencia de la antijuridicidad entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad han sido resueltas a favor de esta última, en el sentido de considerarla como elemento autónomo de la culpabilidad (4). Tomando lo expuesto como punto de partida, el conocimiento que se requiere de la antijuridicidad de un comportamiento es solo un conocimiento potencial, que se distingue del conocimiento actual y efectivo exigido para la configuración del dolo. Así, para afirmar la culpabilidad, la ley no exige al autor la comprensión sino solo la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, ello exige internalizar y aceptar como regla de conducta que determinado comportamiento es contrario a la ley penal.

En palabras de Roxin "Conciencia de la antijuridicidad significa que el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido" (...). Según eso, para la conciencia de la antijuridicidad no basta la conciencia de la dañosidad social o de la contrariedad a la moral de la propia de la conducta; pero, por otro lado, y según la opinión dominante, tampoco es necesaria la conciencia de la punibilidad (5)".

A su vez, la posibilidad de comprender la antijuridicidad debe ser valorada y considerada en el caso conforme al sujeto concreto y a sus posibilidades.

Traduciendo lo expuesto al caso, conforme lo consideró la mayoría, no surge del relato de los hechos analizados en la sentencia que la acusada haya tenido razones para pensar que su comportamiento era reprochable penalmente, es decir, que estaba cometiendo un delito, mas aun si consideramos, como se analiza en uno de los votos, que el ejercicio en sí de la prostitución no es punible pues, tratándose de personas mayores de edad y capaces, existe el derecho a disponer sobre el propio cuerpo ya que estamos frente a bienes jurídicos disponibles (6).

Sin embargo, los criterios que permiten distinguir el error de prohibición vencible del invencible son grises y son variadas las posiciones en doctrina (7).

Las reiteradas veces en las que la acusada había llamado a la policía sin recibir en ninguna de esas oportunidades reproche o sanción no fueron suficientes para despejar su error sobre la ilicitud de su comportamiento, pues el conocimiento de la antijuridicidad exige conocer la relevancia penal de su conducta de modo que no hubiera sido suficiente, a los fines de la culpabilidad, que la autora haya pensado que cometía una contravención o un ilícito civil por ejemplo.

En el caso, parecería que la autora no era consciente de que con su acción estaba ocasionando un daño a su hija ya que en su modo de ver estaba transmitiendo lo que consideraba valido como medio de vida para ella misma y lo que a su vez le había sido inculcado.

Sin embargo, la exclusión de la responsabilidad penal, a partir de la admisión de un error de prohibición invencible, debe ser valorada prudencialmente y considerando los bienes jurídicos en juego, así la mayoría de la doctrina entiende que no es posible invocarlo cuando se trata de la lesión a bienes jurídicos fundamentales. En este sentido, afirma Zaffaroni que "cuando se trata de la vida o de la integridad física de la persona no es sencillo resolver los casos que puedan presentarse, pero tampoco la regla en cuestión puede sostenerse con valor absoluto"(8).

Lo expuesto es así cuando se trata de casos de error de prohibición directo. Sin embargo, en los casos de error de prohibición indirecto, el ejemplo mas sencillo de la admisión del error frente a bienes jurídicos fundamentales se da en la aceptación de los casos de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación o legítima defensa putativa, como el comentado al inicio (cuando el sujeto se defiende frente a lo que erradamente considera una agresión ilegítima). De todas formas, la regla de la limitación o consideración prudencial para la admisión de errores de esta naturaleza es razonable (9), pues frente a bienes jurídicos fundamentales la conciencia de la antijuridicidad será evidente ya que todos los ciudadanos reconocerán como prohibido el daño a estos bienes, salvo que se trate de sujetos que pertenecen a socializaciones exóticas, de ahí su admisión en estos supuestos.

Conforme expusiéramos, la consideración sobre la existencia de un error de prohibición frente a un hecho concreto es de interpretación restrictiva. En el caso, además de las argumentos realizados en torno a la situación personal y el contexto en el que ocurrieron los hechos, la mayoría debió además valorar la conciencia que la imputada pudo haber tenido del daño que ha causado a terceros así como el carácter disvalioso o inmoral de su comportamiento, pues tales datos operan como elementos a valorarse a los fines de determinar la existencia del error y su vencibilidad o no. Aun así consideramos adecuado el criterio de la mayoría por entender que encajan dentro de los parámetros expuestos.

(1) En otro orden que escapa al presente comentario, resulta interesante el análisis que realiza el magistrado sobre la posibilidad de aplicar una pena por debajo de los límites legales establecidos.

(2) Es lo que surge del voto del doctor Mestres al que adhiere el doctor Prunotto Laborde.

(3) JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de derecho Penal, parte general, Bosch, 1981, p. 626. (4) La teoría del dolo, exigía junto al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal que el autor haya tenido un conocimiento actual de la ilicitud del hecho. Las consecuencias prácticas de la adopción de una u otra teoría operaban en el ámbito del error, por lo que para los partidarios de la teoría del dolo todo error sobre la ilicitud operaba como excluyente este.

(5) ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte general, Traducción de la Segunda edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 866.

(6) La Corte Suprema ha convalidado el derecho a disponer del propio cuerpo incluso cuando está en juego la vida siempre y cuando estemos en presencia de una persona mayor y capaz. Lo hizo en el caso "Bahamondez" con apoyo en el art. 19 de la CN y en la ley 17.732 del ejercicio de la medicina (Fallos 316: 479).

(7) BACIGALUPO, Enrique, "La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición", en El Derecho penal hoy, Homenaje al profesor David Baigun, Editores del Puerto, 1995, p. 133.

(8) Citado por el magistrado votante en último término, ver al respecto ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro, SLOKAR Alejandro, Derecho Penal-Parte General, Ediar, Bs.As., 2000, p. 706.

(9) Así, en materia de delitos de lesa humanidad el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su art. 32 excluye la posibilidad de que su autor pueda invocar error de prohibición, estableciendo que el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente.