

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
N°2 – Septiembre 2015
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 02/02/2015
FECHA DE ACEPTACIÓN: 17/05/2015

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES
DEL “ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

HERNÁN DARÍO GRBAVAC

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE LA CUENCA DEL PLATA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar las consecuencias morales del instituto penal del “error de tipo psíquicamente condicionado”, a partir de un ejemplo tomado de un cuento de Horacio Quiroga. Dicho análisis permitirá además visualizar los peligros que pueden derivarse del método dogmático de análisis, peligros que ya eran advertidos por Carlos S. Nino, lo que torna indispensable recordar algunas de sus enseñanzas.

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

PALABRAS CLAVE

Dogmática – delito - error de tipo psíquicamente condicionado – moralidad.

ABSTRACT

This paper analyzes the moral consequences of the criminal institute “*insanity defense*” from a sample taken from a story written by Horacio Quiroga. This analysis also lets you visualize the dangers that can arise from the *doctrinaire* method of analysis, dangers already warned by Carlos S. Nino, which make it essential remember some of his teachings.

KEYWORDS

Doctrine¹- crime- insanity defense²- morality.

¹ El término “dogmática” como se lo conoce en los sistemas continentales europeos de Derecho no tiene una traducción directa al inglés. Se ha escogido el término *doctrine*, porque es el que más se asemeja al trabajo efectuado por los autores de Derecho en los países del *common law*, siguiendo, por ejemplo, la traducción que efectuara al respecto George P. Fletcher (2008). Sin embargo, debe quedar claro que la expresión “dogmática”, en los países herederos del sistema continental europeo, denota la actividad realizada por los autores y académicos del derecho, de interpretar el derecho positivo y sistematizarlo de acuerdo con principios generales. Esa actividad, en cambio, es realizada en los países del *common law*, por los jueces al dictar sus respectivas sentencias, siendo la actividad de los autores, *doctrine* –por fuera de los estudiosos de filosofía jurídica-, secundaria.

² La expresión “error de tipo psíquicamente condicionado” es una alocución ideada por Eugenio R. Zaffaroni, que pretende abarcar un aspecto específico del “error de tipo”, y encuentra sentido en el contexto de un sistema tripartito de Derecho Penal, es decir, un sistema en que el delito es definido como una conducta típica, antijurídica y culpable. El término “error de tipo” no encuentra una traducción directa al inglés, ni puede ser reconducido automáticamente a un sistema bipartito, como el de los países del *common law*, estructurado a partir del binomio *actus reus– mens rea*-véase por ejemplo Fletcher (2008)-. En este trabajo se ha escogido la expresión *insanitydefense*, que abarca la defensa por insanidad mental (inimputabilidad) de la que puede valerse el acusado, en virtud de que, además de ser la solución

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene su origen en el cuento “La gallina degollada”, de Horacio Quiroga (2011), que hace un tiempo oí relatar a Alberto Laiseca, en su programa *Cuentos de Terror* que se emitiera por el canal I- Sat (Laiseca, 2002). Así es cómo este escrito, que nace de una manera poco habitual para la academia penal, pretenderá, tomando como ejemplo el cuento citado, examinar la consistencia del instituto conocido, en el marco de la teoría del delito, como “error de tipo psíquicamente condicionado”. Y como aquellos *filmes*, en los que lo importante de la trama no es tanto el desenlace como el relato mismo y la manera en que transcurre la historia, comenzaré develando el resultado de aquella “sentencia”, porque lo trascendente serán los argumentos, las razones por las cuales se puede afirmar que el “error de tipo psíquicamente condicionado” es injustificable desde el punto de vista moral. En esta tarea, será muy útil recordar las consideraciones que expusiera Carlos S. Nino en el contexto de su teoría penal.

que adoptaría la mayoría de la doctrina de los países del sistema continental europeo, refleja la circunstancia de que en el *commonlaw* los elementos subjetivos de un delito eliminan la culpabilidad (*mens rea*) del agente (excepción hecha de ciertos casos de responsabilidad objetiva), quedando intacta la existencia del *actus reus*, término que guardaría alguna semejanza con la noción correspondiente, en el sistema continental, de tipo penal. De todas maneras si se quisiera aludir a la situación que intenta referir Zaffaroni, con su expresión citada, se podría decir que los hermanos actuaron bajo un *mistake of fact* (error de hecho), es decir “*without intent*” de matar, pero ello no permitiría abarcar completamente la noción de “error de tipo psíquicamente condicionado”, que no afecta a la (categoría) de la culpabilidad sino al hecho prohibido mismo (sin contar con el hecho de que en el *common law* no existe un caso específico (como categoría técnica) de *mistake of fact* condicionado por una patología psíquica. Al respecto puede consultarse Oxman, N. (2013) *Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el Derecho Penal anglosajón* en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n1/art05.pdf>.

2. “LA GALLINA DEGOLLADA”

En *La gallina degollada* Horacio Quiroga (2011) cuenta la historia de los cuatro hijos del matrimonio Mazzini-Ferráz, aquejados por el mal del idiotismo. Todos ellos habían nacido sin complicaciones, sanos en salud, pero a poco de andar todos ellos (el primero de ellos a los veinte meses; el segundo a los dieciocho meses; los restantes, que eran mellizos, también antes de los dos años) sufrirían convulsiones y ataques dramáticos, que los dejarían postrados y con severas secuelas psíquicas. Los niños, desde entonces, sólo mostraban algún entusiasmo cuando comían y cuando veían colores fuertes; el resto de las horas la pasaban sentados en un banco en el patio, mirando un cerco de ladrillos, y el sol rojo que se escondía en los atardeceres.

Bajo ese contexto de impotencia desesperante y de explicaciones no encontradas, transcurría la vida del matrimonio, hasta que un buen día nace un quinto hijo, una niña, “Bertita”, también sin ninguna enfermedad y con la particularidad de que ella a diferencia de sus hermanos no sufriría luego ninguna perturbación mental.

Sin embargo, la tragedia máxima tiene lugar cuando un día los cuatros hijos discapacitados vieron, hipnotizados por el rojo de la sangre, cómo la Señora que trabajaba en su casa degollaba una gallina para la cena. Ese mismo día, más tarde, Bertita se le escaparía a su madre para ir al patio, trepar el cerco de ladrillos y ver lo que veían sus hermanos,

pero la mirada de los idiotas se había animado; una misma luz insistente estaba fija en sus pupilas. No apartaban los ojos de su hermana, mientras creciente sensación de gula bestial iba cambiando cada línea de sus rostros. Lentamente avanzaron hacia el cerco. La pequeña...sintióse cogida de la pierna. Debajo de ella, los ocho ojos clavados en los suyos le dieron miedo.

- ¡Soltame! ¡dejame! –gritó sacudiendo la pierna. Pero fue atraída.
- ¡Mamá! ¡Ay, mamá! ¡Mamá, papá! –lloró imperiosamente. Trató aún de sujetarse del borde, pero sintióse arrancada y cayó.
- Mamá, ¡ay! Ma... -no pudo gritar más. Uno de ellos le apretó el cuello, apartando los bucles como si fueran plumas, y los otros la arrastraron de una sola pierna hasta la cocina, donde esa mañana se había desangrado a la gallina, bien sujeta, arrancándole la vida segundo por segundo... (Quiroga, 2011)

Este cuento de Quiroga puede ser interpretado de dos maneras. Puede entenderse, por un lado, que los hermanos sabían que agredían a su hermana, pero pensando que podían hacer con ella lo que se había hecho con la gallina (en este caso no serían culpables por ser inimputables, aunque habrían cometido un hecho ilícito). O bien, puede pensarse que en verdad los hermanos *confundieron* a su hermana con una gallina, y que por eso procedieron a realizar contra ella los mismos actos que había sufrido el animal. En este caso ni siquiera habrían sabido que tenían delante de ellos a su hermana. A los fines del presente trabajo tomaré esta segunda interpretación. De este modo, si efectivamente los hermanos confundieron a su hermana con una gallina, podría afirmarse que el cuento de Quiroga narra lo que en doctrina penal Zaffaroni denomina “error de tipo psíquicamente condicionado”³, y lo que para la mayoría de los autores no es sino un supuesto de inculpabilidad por inimputabilidad de los agentes.

³ Es cierto que podría afirmarse que los hermanos son inimputables, con independencia de su estado mental, porque son menores de edad. Sin embargo ello presupondría la afirmación de que cometieron una acción típica y antijurídica. Y es justamente eso lo que niega Zaffaroni al equiparar el accionar de ellos con un error sobre las circunstancias fácticas, sobre el *hecho*. En el presente trabajo me detendré, por tanto, a analizar las consecuencias de la afirmación: “los hermanos no cometieron una acción típica”, que es lo que se denota al decir que actuaron bajo un “error de tipo psíquicamente condicionado”.

ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL “ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”

Las líneas que siguen se detendrán en cuestionar el instituto creado por Zaffaroni enfatizando las consecuencias morales que traería aparejado.

3. EL LLAMADO “ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO” Y LOS PROBLEMAS QUE GENERA SU ACEPTACIÓN

Como se dijo, el “error de tipo psíquicamente condicionado” es una construcción doctrinaria efectuada por Zaffaroni, quien junto a Alagia y Slokar afirma:

El error de tipo puede estar determinado por incapacidad psíquica permanente o transitoria. Cuando por razones patológicas o por cualquier otra alteración grave de la consciencia el agente no puede reconocer los elementos del tipo objetivo que son necesarios para configurar el dolo, nos hallamos ante un error de tipo psíquicamente condicionado; el autista que no reconoce que tiene a una persona delante, el alucinado que percibe un árbol donde hay una persona. Estas situaciones no deben confundirse con las alteraciones de la sensopercepción que dan lugar a ilusionar o alucinar circunstancias objetivas de justificación, o con las del juicio crítico que llevan a interpretar erróneamente hechos reales, como suele suceder en delirios paranoides y persecutorios en general. Estos son *errores de prohibición indirectos patológicamente condicionados* y, por ende, dan lugar a la inimputabilidad (inculpabilidad). Una cosa es que un sujeto perciba un mar donde hay una vidriera y se arroje a través de ella (sin duda no puede tener fin de cometer un daño) y otra que rompa la vidriera porque oye voces y cree que el dueño del comercio lo insulta. (2010, pp. 414-415)

Obsérvese cómo el argumento de Zaffaroni es coherente con los postulados lógicos de los que parte. Dicho de otro modo, si el dolo se encuentra en el tipo penal, en su aspecto subjetivo, como sostiene Zaffaroni y la doctrina moderna (Bacigalupo, 2012 y Roxin, 1997), un sujeto que no sabe la identidad de lo que tiene en frente, y confunde,

p. ej., una vidriera con un mar, o una persona con un muñeco, no tendría, en el primer caso, dolo de daño, y en el segundo, dolo de homicidio, toda vez que su finalidad no se dirigiría a destruir una vidriera, sino a arrojarse al mar para nadar, del mismo modo que no perseguiría matar a un semejante, sino destruir a un muñeco (ni siquiera tenía el conocimiento de que estaba ante una vidriera ni ante un muñeco). Por lo tanto su conducta de ningún modo podría ser típica (sin necesidad de avanzarse en el análisis hasta la categoría de la culpabilidad).

En este sentido, las consideraciones de Zaffaroni demostrarían cierta inconsistencia lógica de la postura ampliamente mayoritaria, que no obstante ubicar el dolo en el tipo penal, juzga casos, como éstos, o ejemplificados en la historia narrada por Quiroga, como supuestos en que existe dolo pero el sujeto no es culpable por inimputabilidad.

Sin embargo, la tesis de Zaffaroni, creo, no puede sostenerse por las consecuencias contraintuitivas que trae consigo, y que considero no son advertidas suficientemente, atento a la confusión y al enmarañamiento que cae sobre la cuestión, producto del método dogmático de análisis. Por otra parte, creo, el llamado “error de tipo psíquicamente condicionado” permite visualizar claramente los peligros que Carlos S. Nino veía en el análisis de la dogmática penal. En efecto, este autor consideraba que la dogmática, entre otros problemas, sustraía del debate lo más importante a la hora de decidir adscribir o no responsabilidad penal a un sujeto, bajo el ropaje de un análisis científico y neutralmente valorativo. En otro lugar, he recordado los problemas del análisis dogmático (Grbavac, 2014).

Recordemos que la teoría del delito, desde los estudios de Beling, en los países influenciados por el sistema continental europeo, concibe –en su amplia mayoría- a

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

aquél como una “conducta típica antijurídica y culpable”. Desde luego, esta definición no reproduce una determinada realidad natural, sino que es de carácter prescriptiva (Nino, 2006, pp. 76 y ss; 2008, pp. 187-204), es decir, contiene todos los elementos y las características que *deben* estar presentes para que se pueda considerar legítimamente que una conducta determinada es delictiva, independientemente de que muchos preceptos penales no observen tales presupuestos -en este último caso, tales preceptos, se considera, incumplirían ciertas premisas básicas, y por lo tanto, deberían ser modificados-. Pero además dicha definición se estructura como un conjunto de filtros y categorías, cada uno de los cuales presuponen la existencia del anterior, y son precedentes del siguiente. Así una conducta para ser antijurídica debe ser previamente típica, y para ser culpable, debe antes reunir las notas de tipicidad y antijuridicidad (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2010; Roxin, 1997).

En consecuencia, si el dolo se ubica –siempre⁴- en la tipicidad, Zaffaroni brindaría un argumento muy poderoso contra la tesis que sostiene que el sujeto, en tales condiciones, sólo sería inculpable por ser inimputable (lo que equivale a decir que cometió un acto ilícito -conducta típica y antijurídica-).

Sin embargo, la teoría de Zaffaroni tiene el inconveniente de, en términos metafóricos, colocar “el carro delante de los caballos”, toda vez que llega a la conclusión de que la conducta es atípica, y consecuentemente no es antijurídica para el Derecho Penal, porque el sujeto no realiza ningún tipo penal debido a que no tiene dolo, pero como, además, se trata de un error de tipo condicionado psíquicamente, dicho error sería de naturaleza invencible -lo que equivale a decir que el agente ni siquiera habría

⁴ Tesis que considero inconveniente. Al respecto véanse los fundamentos de ello en (Grbavac, 2014: Cap. II).

actuado imprudentemente⁵. Es decir, su conducta no constituiría una “agresión ilegítima”, que habilitaría una legítima defensa en contrario⁶. Tal conclusión se impone así desentendiéndose de las consecuencias que se acarrearán.

El concepto de “agresión ilegítima” –indispensable para que el destinatario de la acción pueda defenderse legítimamente- consiste para Zaffaroni (2010) en:

...una conducta *agresiva*, lo que indica la necesidad de una *dirección de la voluntad* hacia la producción de una lesión: en castellano *agredir es acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle cualquier daño*. La agresión ilegítima no requiere ser típica y, por ende, no cabe hablar de *dolo* cuando no hay tipicidad, por lo cual es correcto requerir meramente una *voluntad lesiva* y excluir del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes. En una interpretación de estricta legalidad del texto argentino, si un sujeto no se ha percatado del peligro que causa con su acción imprudente, no mediará agresión (por falta de voluntad lesiva) y, por ende, sólo cabe obrar contra él en los límites del estado de necesidad; por el contrario, si lo sabe, se le ha advertido o se ha percatado y, no obstante, continúa con su conducta, ésta deviene agresiva, porque está voluntariamente dirigida a afectar otros bienes jurídicos defendibles, como es la tranquilidad o la libertad de la persona agredida. (p. 482)

Luego agrega que “*no es una agresión la conducta del que actúa por error vencible o invencible, que excluya la dirección lesiva de la conducta*” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2010, p. 483)⁷, aclarando además que la conducta agresiva debe ser, además, *ilegítima*, lo que es sinónimo de *antijurídica*, es decir, toda conducta que afecta bienes

⁵ Sobre el error de tipo y sus consecuencias véase (Bacigalupo, 2012, pp. 325 y ss.; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2010, pp. 411 y ss.; Roxin, 1997, pp. 456 y ss.).

⁶ Véase Código Penal, artículo 34 inciso 6 punto a).

⁷ Sin cursiva en el original.

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

jurídicos (lesiva) sin derecho. Por ello se sostiene que no puede defenderse legítimamente quien es víctima de una tentativa inidónea “salvo que se trate de bienes jurídicos protegidos por fuera del Derecho Penal” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2010, pp. 483-484).

Por el contrario considero que el análisis de un problema como el representado en el ejemplo debe seguir el camino inverso. Es decir, deberían indagarse las cualidades valorativas o de justicia que hacen que una conducta sea antijurídica (si una conducta no carga consigo con esa característica es que ella está permitida, o por lo menos, no puede ser interferida legítimamente por terceros), para luego determinarse el lugar del dolo en cada caso.

Si se toma el ejemplo del cuento de Quiroga, la tesis de Zaffaroni implica afirmar que la niña muerta, de hecho, no tenía ningún derecho a la vida o a la integridad corporal, puesto que la conducta que significó su muerte no era antijurídica, que exige como condición necesaria la lesión de un derecho ajeno. Además ella implica una agresión ilegítima, que no existe cuando el sujeto actúa bajo error de tipo, como fue el caso de sus hermanos, inmersos en un “error de tipo psíquicamente condicionado”. Así la hipotética acción de matar dirigida a los hermanos enfermos nunca podría configurar un supuesto de legítima defensa; ergo, la niña no podría lícitamente defender su vida, porque no interferiría una agresión⁸ ilegítima pudiendo sólo ser exculpada, lo que a su vez traería aparejado –en el análisis dogmático- el problema de que otros sujetos a su

⁸ En el fondo esta tesis, además, equipara fácticamente a los hermanos con los animales, lo que moralmente no puede tolerarse, porque ello implicaría habilitar (casi) cualquier tipo de daño contra aquéllos, puesto que el mismo quedaría cubierto bajo el supuesto de estado de necesidad justificante. Por otro lado, esa conclusión se desprendería de la premisa máxima de este razonamiento que indicaría que al no haber realizado los hermanos una *agresión*, ellos, en un cierto sentido, estarían fuera de la sociedad.

vez podrían interferir con esta última -defendiendo a los hermanos-, toda vez que sería una agresión ilegítima. Todo ello implica decir, en consecuencia, que la acción de los hermanos, que causan la muerte de la menor de ellos, no es antijurídica.

En consecuencia, como no hay agresión no hay tampoco “agresión ilegítima” - supuesto *sine qua non* para que la reacción defensiva constituya un caso de legítima defensa, y por lo tanto esté justificada-, habría sido ilícita toda conducta dirigida a salvarle la vida a la víctima, que a su vez no pueda estar inmersa en un caso de estado de necesidad justificante (en el análisis dogmático no pueden enfrentarse dos conductas “antijurídicas”; ello sería una contradicción en sí misma; por tanto no puede existir, p. ej., “legítima defensa” contra “legítima defensa”) (Soler, 1963; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2010; Roxin, 1997).

Como puede observarse tal solución no puede ser aceptada bajo ningún punto de vista. Como decía Carlos S. Nino (2007), tener un derecho implica, entre otras cosas, que su titular tiene derecho a que no se le hagan ciertas cosas: “estos derechos incluyen tanto una inmunidad contra actos lesivos de los bienes en cuestión por parte de las autoridades, como una pretensión de que las autoridades dispongan medidas preventivas contra actos similares de los particulares”. Esta sola circunstancia general permite negarle validez a la teoría que aquí se cuestiona: ¿qué derecho entonces tendría la niña agredida por sus hermanos, si la conducta de éstos no es antijurídica y la defensa eventual de aquélla sí? Que una persona sea titular de un derecho implica decir que es *incorrecto o injusto* privarla de aquella ventaja, al tiempo que afirmar que para la persona en cuestión el derecho constituye un beneficio (Nino, 2007, pp. 25-40; 2005,

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

pp. 80-84). Dirá entonces Carlos S. Nino (2007), partiendo de la propuesta sugerida por MacCormick⁹:

Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso^{10 11}.

En el caso de la legítima defensa ésta presupone como mínimo que se la ejerza “sobre un derecho que es correlativo a un deber de los demás” (Nino, 2005, p. 84 y 182). Este deber que pesa sobre los demás es lo que torna la eventual conducta de éstos en una “agresión ilegítima”.

Nino (2005) decía que:

...cuando una acción está moralmente justificada ello implica que el estado de cosas que genera es deseable o valioso, o, por lo menos, no indeseable ni disvalioso. Justificar una conducta implica asumir el juicio de que cualquiera que estuviera en las mismas circunstancias relevantes podría, e incluso en algunos casos, debería ejecutar la conducta en cuestión. La conducta justificada tiene el mismo *status* moral que cualquier otra acción moralmente lícita a la que nadie pensaría en hacer objeto de reproche... Cuando una conducta está moralmente justificada no corresponde que su

⁹ Este autor (cit. por Nino, 2007) propone una caracterización de derechos morales afirmando:

adscribir a todos los miembros de la clase C un derecho al tratamiento T es presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para cada miembro C, y que T es un bien de tal importancia que sería erróneo o incorrecto (wrong) que le sea negado o quitado a cualquier miembro C. (pp. 36-37)

¹⁰ Con cursiva en el original.

¹¹ Recuérdese aquí lo dicho en Nota N° 8.

autor ofrezca algún tipo de disculpa o desagravio, aunque la justificabilidad de la acción puede estar condicionada al cumplimiento de alguna obligación... Por otra parte, impedir la ejecución de una acción justificada es, en principio, moralmente incorrecto, y, por el contrario, contribuir a la realización de esa acción es moralmente lícito. (pp. 32-33)

Al fin y al cabo, en un Derecho como el argentino, comprometido con los principios del liberalismo político y social, el delito debe estipularse a partir de los derechos que resulten agredidos por la acción en cuestión (en este caso, el derecho a la vida). Como dice George Fletcher (2008):

...la gran ventaja de la concepción basada en el daño es que destaca la importancia de la víctima como una figura central en la teoría del delito y de la pena. Un sistema basado en el deber centra su atención exclusivamente en el autor del delito, en su vínculo personal con la fuente del deber. En cambio el sistema basado en el daño comienza con el sufrimiento de la víctima. Convertir el daño en el centro de la construcción del Derecho penal exige una respuesta a la concreta víctima y a la tragedia irreversible que le ha ocurrido. (p. 80)

En segundo lugar, y relacionado con lo remarcado por Fletcher, no deja de sorprender la solución que propugna Zaffaroni, puesto que la misma implicaría la expropiación por completo de la víctima, en el análisis y conceptualización de la situación, expropiación que es denunciada por el mismo Zaffaroni en otros pasajes de su obra (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2010). Habría dos extremos entonces: el Estado y el sujeto que padece la alienación, excluyéndose del análisis la figura de la víctima, de cuya existencia Zaffaroni hace depender la existencia de un tipo penal (un pragma conflictivo, generado a partir de la lesión de un bien jurídico). Así existiría una contradicción, entre afirmar que la víctima es necesaria para que exista un conflicto

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

captado por un tipo penal, y su prescindencia por completo, en un caso concreto, a los fines de afirmar el mismo extremo. Eso sí, la tesis guarda coherencia con la tendencia cada vez más dominante en doctrina penal (consecuencia de ubicar siempre el dolo en el tipo penal) de hipertrofiar la extensión del concepto de tipo penal, en perjuicio de otras categorías cada vez más “saqueadas” conceptualmente, como sucede con la noción de antijuridicidad.

En tercer lugar, la acción de matar puede interpretarse tranquilamente a partir de su resultado, a diferencia de acciones como, p. ej., las de injuriar o abusar sexualmente, que requieren ciertas intenciones en el sujeto para su realización (Garzón Valdéz, Spolansky, Nino et al., 2007; Nino, 2008). Así no hay ningún inconveniente en considerar que en el caso del ejemplo, que recordamos en la pluma de Quiroga, la antijuridicidad de la conducta se mida sólo por su aspecto objetivo, analizándose el dolo en el plano de la culpabilidad (los hermanos serían exculpados). Lo mismo se aplicaría para quien comete la conducta antijurídica de daño, creyendo que la ventana que rompe era un mar¹².

De este modo la solución variaría notablemente trayendo aparejado resultados más justos, al interpretar el injusto de homicidio de manera objetiva exclusivamente. Así, por ejemplo, en una concepción como la de Soler (1963), la legítima defensa era “*la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada*” (p.359), entendiendo por agresión ilegítima toda “*acción emprendida sin derecho*” (Soler, 1963, p. 362), como “*la acometida de un hombre que se sirve de un animal...o la agresión de*

¹² En otro lugar he sugerido una interpretación que “coloque” el dolo, unas veces en el tipo penal, y otras veces en la culpabilidad, a los fines de asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales en cada caso. Al respecto véase: (Grbavac, 2014: Cap. II).

un loco. El hecho de este último es una acción, *objetivamente* ilícita, aun cuando el sujeto no sea culpable y por ello no merezca pena” (Soler, 1963, p. 363)¹³.

Por su parte, Carlos Nino (2005) interpretaba la expresión “agresión ilegítima” no como equivalente a acción emprendida sin derecho -que era la tesis de Soler-, sino como significante de una conducta que implicara,

como mínimo, la violación de un deber”, debido a que “no es necesariamente ilegítima la perturbación o el impedimento de una conducta o situación no prohibida o positivamente autorizada, pero, en cambio, sí lo es cuando hay un deber jurídico de no impedir o de facilitar la conducta o situación... En otras palabras, sólo estaríamos autorizados a ejercer una acción defensiva cuando la agresión consiste en la violación de un deber jurídico hacia el agredido. (pp. 84-85 y 182)

En consecuencia, amparándonos en exigencias de justicia, podríamos afirmar:

- a) El comportamiento de los hermanos fue ilegítimo, toda vez que dañó, sin derecho (Soler) y violando un deber (Nino), derechos de terceros;
- b) La niña podría defenderse legítimamente o los terceros que acudan en su auxilio no cometerían ninguna ilicitud, que, como tal, justificara la interferencia contra éstos por parte de otras personas (a diferencia de la tesis de Zaffaroni que sólo justificaría la conducta de ellos en los límites del estado de necesidad);
- c) El análisis de la antijuridicidad de una conducta se rige partiendo de la existencia de una víctima; y
- d) No caeríamos en el absurdo de afirmar que los hermanos no realizaron la acción típica (prohibida) de matar.

¹³ Sin cursiva en el original.

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

Para finalizar quiero recordar aquí las reflexiones de Carlos S. Nino (2005) al fundamentar la legítima defensa, porque permite vislumbrar el nudo de la crítica al instituto del “error de tipo psíquicamente condicionado” a la luz del cuento de Quiroga.

Nino (2005) afirmaba que la legítima defensa sólo podía justificarse a través de una concepción compleja que incluyera los aspectos positivos de las distintas teorías que se habían esbozado con ese cometido. Así:

...la fundamentación de la legitimidad de la defensa debe partir de la idea de que si se reconoce que los individuos¹⁴ gozan de ciertos derechos básicos que no están sometidos a consideraciones relativas al bienestar colectivo, en muchos casos ese reconocimiento se frustraría si no se concede la libertad o el privilegio (o sea la ausencia del deber de abstenerse) de defender por sí mismos los bienes que son objetos de tales derechos, aun a costa de afectar a intereses más valiosos y de perjudicar de este modo, el bienestar del conjunto social. Si asociamos la justificación del poder estatal con alguna forma de cesión de derechos individuales, no parece haber razones para suponer que esa cesión incluya la renuncia a defender privadamente ciertos bienes cuando ellos no pueden ser preservados a través de los mecanismos institucionales. (p. 62)

Ahora bien, esta circunstancia también está presente respecto a los derechos básicos del agresor, a menos que se sostenga la tesis de Rousseau (2003), de que el agresor al realizar la agresión rompía el pacto social, pasando a convertirse en un extraño de la sociedad, en su enemigo, lo que no puede moralmente justificarse. En consecuencia, ¿cómo resolver la situación de los hermanos –su derecho a la vida-, frente

¹⁴ Piénsese en el caso de la niña muerta del cuento de Quiroga, donde los hermanos afectan un derecho básico de la víctima, como el derecho a la vida, un bien fundamental, que, como tal, se erige en una barrera contra la persecución por parte de terceros de objetivos colectivos (Nino, 2005).

a las eventuales acciones defensivas emprendidas en protección de la hermana de aquéllos? Aquí “parecería que no hay más solución que admitir que son legítimas, tanto esa acción defensiva como cualquier acción de su destinatario que se oponga a ella en protección de sus propios derechos” (Nino, 2005, p. 68), siempre y cuando (Nino, 2005), los agresores no supieran lo que hacen (como en el caso del ejemplo), por error, inimputabilidad, coacción, etc., puesto que si son culpables o no están afectados por ninguna causa de exculpación, *consienten* al emprender la agresión las consecuencias normativas que se desprenden de su acto, es decir, asumen las consecuencias de legítima defensa que el agredido puede interponer contra ellos -esto último es parasitario, a su vez, del argumento de que la legítima defensa cumple una función preventiva (Nino, 2005)¹⁵. Entonces sólo cuando se trata de agresores no culpables, excepcionalmente, puede jugar el supuesto de “legítima defensa” contra “legítima defensa”, y dentro de ese contexto, como derivación de la máxima kantiana que reza que los hombres son fines en sí mismos y no medios. Negar que cualquiera de los contendientes puedan hacer uso de “la legítima defensa”, implicaría afirmar que cada uno de ellos está obligado a soportar –porque su acción sería antijurídica-, sin haber prestado su consentimiento, una lesión a sus derechos más fundamentales e insustituibles, a partir de argumentos “sociales”. En cambio, cuando el agresor es culpable, bajo ciertas condiciones, p. ej., en los márgenes de la proporcionalidad, es legítimo decir que la defensa que luego puede interponer contra el agredido sería sólo una excusa.

¹⁵ Sobre el carácter preventivo de la legítima defensa, también: Roxin, 1997, pp. 618.

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

Pero este argumento dejaría perplejo a los partidarios de la dogmática penal, al afirmar que es posible la coexistencia justificada de “dos opuestos” (las “legítimas defensas” del agredido y del agresor¹⁶).

No obstante, permite demostrar las razones últimas que creo están presentes en la construcción de Zaffaroni, esto es, que resulta contraintuitivo dejar sin defensa justificada a un alienado (los hermanos de la víctima, en el cuento). Dicho de otro modo, no parece plausible sostener que “deban morir eventualmente”, en el sentido de que si se defienden los harían fuera de los límites de la juridicidad.

Los inconvenientes que pretende remendar Zaffaroni son ciertos pero muestran en última instancia los problemas del método dogmático de análisis, propio del sistema continental europeo, que para emparchar este inconveniente comete otro, como es el de dejar a su vez sin defensa legítima a la niña del ejemplo.

¹⁶ Carlos S. Nino afirmaría incluso que esta hipótesis encuentra reconocimiento en el texto del artículo 34 inciso 6 del Código Penal, toda vez que para él el requisito de “falta de provocación suficiente” -inciso c-, debía ser concebido en el sentido de ausencia de lo que Zaffaroni denominaría “agresión ilegítima” (véase *supra*), esto es, que el concepto “provocación suficiente” incluiría los supuestos de “agresión ilegítima” (determinados por la violación objetiva de un deber de dañar derechos ajenos), pero exigiéndose además la concreta voluntad de actuar en tal sentido.

No es del todo superfluo el párrafo tercero del texto legal, puesto que si bien `provocación` debe incluir... el concepto de agresión ilegítima no se superpone totalmente con este concepto: `provocación` alude más definidamente que `agresión` a una actitud consciente que es imputable a alguien que tiene suficiente dominio de sus actos (o, por lo menos así conviene que sea interpretada esa expresión, dado que no hay obstáculo lingüístico para ello y sí... razones valorativas en ese sentido). De este modo... la agresión de un niño o de un loco, aunque sea suficiente para justificar una reacción del agredido, no constituye una *provocación* que excluya la legítima defensa del agresor. En consecuencia, si bien el apartado tercero se superpondría en parte al primero, lo calificaría en un aspecto fundamental, al admitir, *a contrario*, que podría haber legítima defensa aun frente a una agresión no ilegítima sino justificada, si ella es en respuesta a un ataque inicial de quien se defiende que no llega a constituir una provocación por provenir de un inimputable o de quien actuó bajo error o coacción. (Nino, 2005, pp. 138-139)

Éste es un caso testigo, entonces, de cómo el estudio del Derecho Penal debería seguir los pasos inversos: argumentar cuál es la solución más justa (porque satisface de la mejor manera posible los principios de justicia y constitucionales que están en juego), y recién luego servirnos del material teórico dogmático de la teoría del delito, que al fin y al cabo, aunque muchas veces ello se olvida, es parasitario de aquéllos.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bacigalupo, E. (2012). *Derecho Penal Parte General* (2ª ed.). Bs. As.: Hammurabi.
- Fletcher, G. P. (2008). *Gramática del Derecho Penal*. (F. M. Conde, trad.) Bs. As.: Hammurabi.
- Garzón Valdéz, E., Spolansky, N. E., Nino, C. S. y Urquijo, M. E. (2007). *Lenguaje y acción humana*. Bs. As.: Ad - Hoc.
- Grbavac, H. D. (2014). *Hacia una teoría alternativa de la responsabilidad penal*. Resistencia: Contexto.
- Laiseca, A. (2002). *Cuentos de Terror*. Bs. As. I- Sat. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=BeatD1AiRfo>
- Nino, C. S. (2005). *La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*. Bs. As.: Astrea.
- Nino, C. S. (2006). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Bs. As.: Astrea.
- Nino, C. S. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (2ª ed.). Bs. As.: Astrea.
- Nino, C. S. (2008). *Los Escritos de Carlos S. Nino*. Vol. III: Fundamentos de Derecho Penal. (G. Maurino, Ed.) Bs. As.: Gedisa.

**ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS MORALES DEL
“ERROR DE TIPO PSÍQUICAMENTE CONDICIONADO”**

- Quiroga, H. (2011). La gallina degollada. En Quiroga, H., *Cuentos esenciales* (pp. 45-53). Bs. As.: Ediciones Lea.
- Rousseau, J. J. (2003). *El contrato social o principios de derecho político*. (L. H. Donghi, trad.) Bs. As.: Página/12 - Losada.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General* (2ª ed., tomo 1). (D. M. Peña, M. D. Conlledo, & y. J. Remesal, trads.) Madrid: Civitas.
- Soler, S. (1963). *Derecho Penal Argentino. Parte General* (3ª ed., tomo 1). Bs. As.: Tea.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2010). *Manual de Derecho Penal* (2ª ed.). Bs. As.: Ediar.

CURRICULUM VITAE

Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste), Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas (Universidad de la Cuenca del Plata) y Especialista en Derecho Penal (Universidad de la Cuenca del Plata). Profesor Adjunto de Derecho Penal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata (año 2014 a la fecha).

Correo electrónico: hernangrbavac@hotmail.com