

CONSCIENCIA DEL ILÍCITO Y OFENSIVIDAD SOCIAL

CONSCIENCE OF THE ILLICIT AND SOCIAL OFENSIVENESS

Agustín Francisco Dannenberg Broccardo
Empleado
Ministerio Público Fiscal (Argentina)

Fecha de recepción: 1 de abril de 2020.

Fecha de aceptación: 1 de junio de 2020.

RESUMEN

Mucho se ha debatido en la dogmática penal qué es la consciencia del ilícito y cuál es su objeto. Innumerables fueron las teorías que trataron la cuestión e inmensos los esfuerzos tendientes a consolidar un pensamiento penal que sea capaz de abordar de manera objetiva y utilizando los mismos puntos de apoyo, un tema tan problemático como lo es la determinación de la consciencia del ilícito en el caso concreto. En síntesis, aquí se propone otro punto de apoyo, un criterio que denomino “ofensividad social”, que será esencial a la hora de determinar si, frente a una afectación de bienes jurídicos fundamentales (la vida, la integridad y la libertad –física y sexual-), el sujeto tuvo o no consciencia del ilícito al momento del hecho, y si –en consecuencia- se le podía exigir que se comporte de otro modo.

ABSTRACT

A lot has been debated in criminal dogma on what is the conscience of the illicit and which is the objective. Countless theories went through this topic and tried to consolidate a unique criminal thought that can approach objectively a topic so controversial such as the determination of the conscience on the concrete illicit act. To summarize, this proposal has a different approach, the criteria that I called “social offensiveness” will be essential when determining if the impairment of essential legal assets (Life, integrity and liberty -physical and sexual-), the person will have the conscience or not of the illicit at the moment of the fact and as consequence it can be demand to behave on another way.

PALABRAS CLAVE

Consciencia – ilícito - antijuridicidad – error – prohibición

KEYWORDS

Conscience – illicit – unlawfulness – error – prohibition

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTUDIO. 2. LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES. 3. LA EXIGIBILIDAD Y LA NOCIÓN DE “HOMBRE MEDIO” COMO MEDIDA DEL JUICIO DE CULPABILIDAD. 4. LA CONSCIENCIA DEL ILÍCITO (O DE LA ANTIJURIDICIDAD). 5. OFENSIVIDAD SOCIAL Y EXIGIBILIDAD. 6. PALABRAS FINALES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. SUBJECT OF STUDY. 2. FUNDAMENTAL LEGAL ASSETS. 3. ENFORCEABILITY AND THE NOTION OF THE “AVERAGE PERSON” AS A MEASURE OF THE TRIAL OF CULPABILITY. 4. THE CONSCIENCE OF THE ILICIT. 5. SOCIAL OFFENSIVENESS AND ENFORCEABILITY. 6. CONCLUDING WORDS. 7. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN. OBJETO DE ESTUDIO.

A poco de incursionar en la lectura de cualquier manual de derecho penal, encontraremos la afirmación que, explicitada con unas u otras palabras, puede resumirse de la siguiente manera: difícilmente pueda existir un error de prohibición en casos donde se ven afectados derechos naturales, tales como la vida, la integridad y la libertad (física y sexual), salvo que se verifique un supuesto de “socialización exótica”. Esta opinión, aunque con matizaciones diversas, es unánime y parecería ser indiscutible, o mejor dicho, irrefutable, pues toda persona que supere los niveles básicos de socialización, es decir, que haya experimentado parte de los intercambios sociales de nuestro medio, conocería el carácter prohibido de una transgresión a derechos semejantes.

Esto sería –entonces- lo mismo que decir que seguramente el sujeto tuvo consciencia del ilícito (contracara del error de prohibición) al momento del hecho. Pero si es así, ¿cómo la determinamos? ¿Debemos utilizar, a tal efecto, los mismos presupuestos que en los demás casos, es decir, en aquellos donde se verifican afectaciones a bienes jurídicos que podrían denominarse “accesorios”? Y, finalmente

¿cuál es, en estos casos, la medida adecuada de exigibilidad de una conducta conforme a Derecho?

2. LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES.

Como bien explica ROXIN, “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”, entendiéndose que estas “circunstancias” abarcan “tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas”¹.

Cuál es la misión del derecho penal, si la de proteger estos bienes², resguardar la vigencia de la norma penal³, o cualquier otra teoría innovadora⁴, no será tratado aquí. Particularmente, creo que la teoría del bien jurídico fue un gran paso en la historia de la dogmática penal, que sentó las bases del injusto penal tal como es concebido hoy en día, es decir, como desvalor del resultado expresado en términos de lesión a un bien jurídico⁵, y que no tiene ningún sentido volver sobre estas cuestiones, ya ampliamente superadas.

Estoy convencido que el derecho penal es la última herramienta de la que dispone un Estado de Derecho para consolidar el orden social, y de allí su legitimación: garantiza el libre desarrollo personal de los ciudadanos dentro de la sociedad, o dicho con otras palabras “una existencia pacífica, libre y socialmente segura”⁶. ¿De qué manera lo hace? A través de la protección de ciertos bienes que representan la identidad jurídica de una sociedad, que pueden ser individuales o supraindividuales, y que hacen al “desarrollo del individuo, en el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo [normativo]”⁷.

En este sentido, dejando a un lado el problema de la determinación concreta de cuál es la función del derecho penal, entendido como un sistema legitimador del poder punitivo del Estado, hay algo que es seguro, y que merece especial atención: éste sirve a la convivencia en sociedad, garantizando el desarrollo pleno del ciudadano en su faz individual y en comunidad.

¹ ROXIN, Claus, “Derecho Penal Parte General Tomo 1. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

² *Ídem*, pp. 55 y stes; KINDHÄUSER, Urs, “Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996, pp.67 y stes.

³ Cfr. JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 43 y stes.

⁴ Ver por ejemplo la teoría general de las competencias de PAWLIK, Michael, en “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, InDret, Barcelona, 2016.

⁵ Cfr. ROXIN, Claus, “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal”, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5 (2004), pp. 307/323.

⁶ ROXIN, Claus, “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?”, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5 (2004), pp. 287/305.

⁷ KINDHÄUSER, *op. cit.*, p. 68.

Para llevar a cabo esta tarea, a través de la norma penal protege bienes, que llamamos bienes jurídicos, prohibiendo ciertas conductas y obligando a realizar otras consideradas indispensables para la vida en sociedad (delitos omisivos), con el fin de consolidar la seguridad jurídica en los intercambios sociales.

Podemos decir entonces que existen valores básicos de la comunidad o –valga la pena reiterar- bienes jurídicos que merecen la protección del derecho penal en pos de asegurar la convivencia humana en sociedad. Ahora bien –y aquí subyace el punto de inflexión que dará pie a las líneas que siguen- es a todas luces evidente que existen bienes que son más importantes que otros, sin los cuales la convivencia social no sería ni remotamente posible. Estos bienes son aquellos que enaltecen la dignidad misma del ser humano en sentido amplio, y constituyen la piedra angular del derecho penal, a saber: la vida, la integridad y la libertad (física y sexual).

Ciertamente, todos coincidiríamos en lo absurdo que sería imaginar una vida sin ellos, o incluso en pensar un mundo donde la protección que garantiza el Estado no distinguiera en grados de relevancia, es decir, que protegiera a todos los bienes jurídicos por igual, sin importar su valor natural, ni que hagan a la dignidad humana o a los vértices más lejanos del ordenamiento social; en otras palabras, sería absurdo concebir un Estado que equipare los bienes que son accesorios a la convivencia social con aquellos que son esenciales a ésta, llamados bienes jurídicos fundamentales.

Es evidente que estos bienes ameritan una primordial protección estatal, y más allá de esta obligada afirmación, también lo es que su origen se remonta –al menos- a tiempos anteriores a la materialización de esta protección mediante la norma penal, pues su respeto, que se traduce en las normas sociales o de comportamiento, define uno de los rasgos distintivos de la sociedad moderna.

En efecto, existe un principio básico de comportamiento humano, que podría definirse en términos tales como “respetar al prójimo”, o bien, en prohibiciones como “no dañar al otro” o “no causar sufrimiento en el otro”. Y no es el Estado, con sus leyes, el constructor de esta idea o principio básico de adecuación comportamental, sino la propia comunidad, que mediante normas sociales, lo integra a la realidad que aprehendemos día a día por razón de la experiencia de vivir dentro de ella.

Detrás de este principio básico de comportamiento que nos compele a respetar la vida, la integridad y la libertad del prójimo, se encuentra la dignidad humana, objeto y fin de todo ordenamiento jurídico que se interese por garantizar una convivencia pacífica. Explica YACOBUCCI que existe en la persona humana un sentido de trascendencia que supera de algún modo las propiedades que constituyen la vida social –entiéndase relaciones de producción, sociales y políticas- y que su horizonte se expande por sobre éstas. De allí que estos aspectos no puedan ser obviados por el derecho, en especial el derecho penal, que junto al principio de bien común político, cimentará en sus bases legitimantes el principio material de la dignidad humana⁸.

⁸ Cfr. YACOBUCCI, Guillermo J. “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires, p. 205.

Por ello, cuando aquí hablamos de dignidad humana –que, dicho sea de paso, en el orden legal argentino se encuentra receptada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ambas con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la ley fundamental- es importante identificarla con el valor trascendente del ser humano por el mero hecho de serlo, que obliga a reconocernos y respetarnos recíprocamente como iguales, es decir, como principio material del Derecho, y no tanto como una prescripción normativa, cuyos efectos emergen de la norma.

La noción de dignidad humana que aquí se imparte es la dignidad como principio, que, como tal, es previa al orden jurídico y no depende de normas que la convaliden. De ella nacen determinados bienes (vida, integridad y libertad) que son intrínsecos a la persona humana por su condición de tal. Estos bienes, que tampoco requieren de normas que los consagren, son fundamentales para la vida en comunidad, para la convivencia, y reciben el nombre de derechos (humanos) “que no son creados ni construidos propiamente por las instancias del poder político, sino, antes bien, que deben ser reconocidos por este como primer nivel de legitimación en la toma de decisiones”⁹.

En definitiva, estos bienes, llamados bienes jurídicos fundamentales, constituyen derechos naturales a la humanidad (a *contrario sensu*, deberes naturales) que –valga la redundancia- son objeto de protección por parte de todas las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Llegado a este punto, la distinción entre estos y “el resto” deviene obligatoria. Como dice SILVA SÁNCHEZ, necesariamente debe distinguirse entre los delitos que pueden considerarse infracciones de deberes naturales, consistentes en “la realización de actos violentos o intimidatorios contra otra persona (homicidios, lesiones, robos, agresiones sexuales, coacciones)”, que él denomina “*mala in se*” (violentos), y los demás (infracciones de obligaciones adquiridas: *mala in se* no violentos y *mala quiaprohibita*)¹⁰. Retomando –una vez más- la derivación lógica de su razonamiento es la siguiente: existen bienes jurídicos que son más importantes que otros, porque sus fundamentos los encontramos en los pilares más firmes de la convivencia en sociedad, y no tanto –por decirlo de algún modo- en aquellos que sostienen exclusivamente el dinamismo propio de un sistema aceitado de intercambio social, es decir, las raíces del derecho penal accesorio.

Vale la pena remarcar en este punto que la diferenciación mencionada, y sus consecuencias –primordial protección de los bienes jurídicos fundamentales-, se mantiene en todos los casos, aún cuando se verifica en el agente un *status* inferior de ciudadanía en razón, v. gr., de pobreza e indigencia¹¹, ya que, a pesar de esta grave situación de desprotección, el Estado conservaría legitimidad para formular sobre éste

⁹ *Ídem*, p. 210.

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal”, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 68 y stes.

¹¹ *Ídem*, pp. 88 y stes.

un juicio de responsabilidad penal, aunque lo haría de forma vicarial, “en nombre de toda la comunidad humana”¹².

Siguiendo esta misma línea, sobre la base de la noción de ciudadano, CIGÜELA SOLA sostiene que “el Estado retiene por lo general un residuo de legitimidad para hacer responder a quien infrinja las normas básicas que la protegen [a la sociedad], aquellas que no están conectadas a la idea de ciudadanía sino más bien a la de dignidad”, y continúa: “[l]a razón principal para hacer resistir la vigencia de estas normas básicas es que respecto a ellas el principio de autolegislación se da por supuesto. Esto es, la prohibición general de matar, violar o lesionar dolosamente a un tercero no se somete a deliberación política, digamos que va de suyo que el potencial destinatario reconoce que esa norma merece respeto y que subyace a ella una motivación racional”¹³. Motivación racional que se deriva del principio de dignidad humana.

Existen, entonces, bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social (vida, integridad y libertad), que nacen del principio de dignidad humana y que son previos a la conformación del ordenamiento jurídico. La experiencia de vivir dentro de la sociedad nos aporta el conocimiento necesario para reconocerlos. Su respeto se presume y el Estado tiene el deber primordial de protegerlos con la norma penal.

3. LA EXIGIBILIDAD Y LA NOCIÓN DE “HOMBRE MEDIO” COMO MEDIDA DEL JUICIO DE CULPABILIDAD.

En primer lugar, conviene destacar que la culpabilidad en derecho penal es una culpabilidad jurídica o normativa, y no moral. Esta opinión es absolutamente dominante¹⁴ y remite a la idea que para determinar la culpabilidad deben tomarse en consideración las normas jurídicas y no valoraciones abstractas de moralidad; en otras palabras, para medirla deben utilizarse parámetros conforme a normas receptadas en el ordenamiento jurídico, y no a valores o normas morales presentes únicamente en el espíritu de la sociedad o en la mente del juzgador.

A grandes rasgos, es posible atribuir culpabilidad a una persona y –en consecuencia– efectuar el juicio de reproche correspondiente, cuando en la concreta situación de hecho se le habría podido exigir al autor que se comporte de otro modo, que siga la norma penal. Cómo y bajo qué parámetros determinar la exigibilidad fue la gran pregunta que la ciencia penal estuvo obligada a responder.

Así, como bien explicó recientemente YACOBUCCI en su discurso¹⁵, la mitad del Siglo XX tomó, en derecho penal, como centro de la discusión la afirmación de que el

¹² *Ídem*, p. 111.

¹³ CIGÜELA SOLA, Javier, “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, InDret, Barcelona, 2017.

¹⁴ Por todos, JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares, Granada, 2002, pp. 448 y stes.

¹⁵ Las consideraciones que siguen fueron desarrolladas por el Dr. Guillermo YACOBUCCI en la disertación pronunciada en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 6/12/18, titulada, “La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual”.

juicio de culpabilidad suponía que el sujeto “pudo haber actuado de otro modo al momento del hecho”¹⁶. Ahora, cómo demostrar ello era un gran problema que parecía no tener solución, pues verificar que el sujeto al momento del hecho era efectivamente libre en sus actos (libertad de voluntad) como para poder haber “actuado de otro modo” no era empíricamente constatable, ya que este tipo de comprobación reclamaba que lo vivido en el hecho pudiera “reproducirse con idéntica regularidad en la audiencia judicial”¹⁷. En efecto, la comprobación experimental de la libertad que tenía el sujeto al momento del hecho no sólo era absurda, sino “inaplicable en el proceso de imputación propio de la jurisdicción”¹⁸: no podemos repetir lo sucedido en el ilícito, sino sólo de su reconstrucción inferir aquello que legitimaría la atribución de responsabilidad¹⁹.

No obstante, esta imposibilidad de verificación empírica no restaría significación a la cuestión de la libertad o libre arbitrio, al que YACOBUCCI caracteriza como “el reconocimiento de la capacidad básica del sujeto de orientarse conforme a sentido, de ser el punto de partida de sus propios comportamientos y por eso expresarse autónomamente”. En consecuencia -continúa- desde tal entendimiento, que alcanza a toda persona psicossomáticamente normal, lo relevante para el derecho penal sería “el juicio sobre la concreta extensión del ejercicio de la libertad” (bastardilla en el original), que en definitiva hace a la exigibilidad²⁰.

Con cierta ironía, aunque con razón, HASSEMER nos pregunta: “¿cuáles son las circunstancias, de acuerdo con su experiencia vital, en las que un ser humano puede asumir la responsabilidad de formular un <<juicio de conciencia en representación>> acerca de otro ser humano y qué es lo que el primero ha de saber sobre ese otro ser humano para que al primero le sea lícito reprocharle al segundo que habría tenido la posibilidad de actuar de otro modo, y que la habría malbaratado? ¿Basta un año, basta una vida? ¿Puede hacerse esto en una audiencia pública?”²¹. Y nos responde que la culpabilidad en derecho penal no es una función cerebral, sino la conclusión de un proceso en el que intervienen muchos; proceso que está marcado por la cultura de la convivencia social, razón por la que ejercemos un reconocimiento mutuo y no constatamos responsabilidad, sino que la atribuimos²².

En este sentido, HASSEMER estima que no existe un conocimiento suficiente que pueda justificar la realización de un juicio sobre una persona que determine si ésta pudo actuar de otro modo en la situación concreta del hecho, y que tal “posibilidad” de constatación es “una mentira vital de los penalistas” que ellos son los primeros en creer²³. Por otro lado, critica a las teorías –en este caso, neurocientíficas- que niegan

¹⁶ Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, “La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual”, discurso de ingreso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 2018, p. 22.

¹⁷ *Ídem*, p. 23.

¹⁸ *Ídem*, p. 24.

¹⁹ *Ídem*.

²⁰ *Ídem*.

²¹ HASSEMER, Winfried, “¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 198.

²² *Ídem*, p. 199.

²³ Cfr. HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”, InDret, Barcelona, 2011.

que los seres humanos puedan ser responsables de lo que hacen, ya que vulneran el fundamento normativo de nuestro trato social y el reconocimiento mutuo como persona; reconocimiento que se traduce en la “expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción”²⁴.

Sin lugar a dudas, la libertad de voluntad que tuvo un individuo al momento del hecho, es decir, la posibilidad que tuvo de realizar una conducta conforme a Derecho, o bien de actuar de otro modo, no es empíricamente demostrable, puesto que los pensamientos y la disposición individual de la persona escapan a nuestro conocimiento. Es por esta razón, que la “libertad” no se constata, sino que se atribuye normativamente.

Ya en WELZEL podemos encontrar este tipo de referencias cuando advierte que –aquí– la experiencia empírica plantea especiales dificultades, porque el objeto a estudiar (la libertad de voluntad y la consecuente capacidad de culpabilidad del sujeto) no es susceptible de percepción (ajena)²⁵. En tal sentido, afirma que “[t]odo conocimiento científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto algo que por principio no es susceptible de objetivación, esto es, la subjetividad del sujeto”. Y continúa: “[a]quel acto por el cual el hombre se eleva del mundo de los objetos de la experiencia para convertirse en sujeto autorresponsable, escapa a toda posibilidad de objetivación”²⁶.

En efecto, la subjetividad de la persona –su libertad de voluntad– no es pasible de constatación empírica, y menos aún la subjetividad manifestada en el concreto momento del ilícito. Sí, en cambio, estamos habilitados a inferirla de las circunstancias del hecho (como sucede con la tipicidad dolosa y culposa!) y atribuir normativamente al sujeto la posibilidad de haber actuado de otra manera.

El fundamento de ello radica en que la persona humana debe ser concebida como un ser racional, digno y trascendente, que merece ser tratado y reconocido como tal por la comunidad. Esta noción es –en definitiva– lo único relevante para el derecho penal, y el objeto a considerar al momento de determinar la culpabilidad.

En palabras de YACOBUCCI, “lo relevante para la ciencia penal es el reconocimiento comunitario de la persona como agente que se autodetermina, que resulta responsable ante los otros, pues tiene en sí el principio de su decisión y gobierno frente a lo evitable. Por tanto, al momento de la responsabilidad penal, lo que resultara decisivo, una vez comprobada la normalidad del sujeto, es la valoración –censura– del uso de esa capacidad de orientación en el marco concreto de su elección y el nivel de condicionamiento interno y externo, esto es, la exigibilidad” (bastardilla en el original)²⁷.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ Cfr. WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán. Parte General”, 11ª edición, 4ª edición castellana, Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 181.

²⁶ *Ídem*, p. 182.

²⁷ YACOBUCCI, “La cuestión de la culpabilidad...”, p. 30.

Todas estas consideraciones apuntan a la siguiente idea: como no es posible constatar de forma empírica que la persona efectivamente haya podido actuar de otro modo en la situación concreta, es decir, que haya tenido la capacidad de motivarse conforme a la norma²⁸, para que ésta pueda atribuírsele al autor, se precisa de un parámetro distinto que la legitime. Aquí es donde entra en juego la concepción del “hombre medio” como medida del juicio de culpabilidad.

Señala CÓRDOBA en su obra que además está decir que la figura del hombre medio (o “promedio”) no existe en la vida real, sino que es una abstracción²⁹, me animo a decir que una ficción. El hombre promedio, dice el autor, “es un modelo de lo que se espera de una persona en una sociedad determinada”, por ello –continúa- si la sociedad espera que los intervinientes en el intercambio social se motiven a seguir la norma penal, entonces “la capacidad de formar una motivación acorde con la norma se le imputa al autor del caso concreto”. Ahora bien –explica- parece evidente que el Derecho parte de la base de que quien pueda conocerlo, “también puede motivarse a seguirlo”, razón por la cual se considera que “el hombre promedio siempre se motiva de manera dominante a seguir el Derecho”³⁰. En definitiva, no se sabe a ciencia cierta si el autor pudo motivarse a seguir la norma en el caso concreto, pero sí se esperaba que así lo hiciera³¹.

Comparto este punto de vista. En verdad, la medida del juicio de culpabilidad sólo puede ser proporcionada por la ficción del “hombre medio”, entendida como la capacidad de seguir la norma penal que una persona promedio habría tenido en la concreta situación de hecho; capacidad que se presume. Como dice JAKOBS, los seres humanos estamos definidos “por el hecho de tener suficiente voluntad de acatar la norma”³², y esto es así porque somos seres racionales, libres y estamos gobernados por el principio de dignidad humana, que nos eleva y obliga a respetarnos recíprocamente. En efecto –como enseña JESCHECK- “[l]a actitud interna respetuosa con el Derecho constituye una cualidad indispensable del ciudadano para la conservación efectiva del orden social”³³; orden social que espera que así nos comportemos, puesto que de otro modo la convivencia no podría ser garantizada.

En este sentido, cabe aclarar que este parámetro de hombre medio no es una cuestión estadística, sino que debe ser entendido en el sentido “de una conducta esperada por la comunidad jurídica en condiciones normales”, es decir, lo que se espera de “una persona a medida, vinculada con los valores jurídicamente protegidos”³⁴. Por tanto, sólo se le reprocharía su conducta a quien se hubiera

²⁸ Cfr. CÓRDOBA, Fernando Jorge, “La inevitabilidad del error de prohibición”, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 39 y stes.

²⁹ *Ídem*.

³⁰ *Ídem*, p. 41.

³¹ *Ídem*, p. 43.

³² JAKOBS, Gunther, “Culpabilidad en Derecho penal. Dos cuestiones fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003, p. 61.

³³ JESCHECK, p. 457.

³⁴ *Ídem*, p. 459.

mantenido “alejado de la actitud interna favorable al Derecho y de la fuerza de voluntad que se espera por parte de un ciudadano a medida”³⁵.

Así, aún cuando la concepción del hombre medio como parámetro para delimitar la medida del juicio de culpabilidad suene antipática y –con razón- se escuchen voces que dejan entrever sus dudas acerca de si éste no podría llegar demasiado lejos³⁶, creo que es absolutamente necesaria, para el derecho penal y para la sociedad entera, al menos si lo que buscamos es un Estado que asegure las condiciones mínimas que den lugar a una convivencia pacífica.

No obstante, deben remarcarse dos cuestiones: primero, que el parámetro del hombre medio no puede ir más allá de la medida del “hombre normal psíquica y físicamente”³⁷; y segundo, que éste emerge de la misma naturaleza del Derecho, pues las leyes no se hacen “ni para los héroes, ni para los pusilánimes”, sino para una persona media que –en efecto- no posee tales caracteres. La conducta que habría tenido esa persona media al momento del hecho sería entonces el criterio o parámetro correcto para determinar la medida del juicio de culpabilidad, la exigibilidad³⁸.

4. CONSCIENCIA DEL ILÍCITO (O DE LA ANTIJURIDICIDAD).

Sabido es que ya superada la Teoría del dolo, fundamentada en sus inicios por BINDING, que suponía a la consciencia del ilícito como un presupuesto del dolo y no de la culpabilidad³⁹, hoy en día es opinión absolutamente dominante que ésta consciencia es un elemento autónomo de la culpabilidad⁴⁰, debiéndose analizar en el estrato de la culpabilidad, no de la tipicidad. En este sentido, se entiende –en lo sustancial- que el sujeto bien pudo tener conocimiento de los elementos del tipo penal pero no de la ilicitud de su obrar, circunstancia que admitiría, por ejemplo, la existencia de un ilícito penal doloso no culpable por ausencia de la consciencia de la antijuridicidad (error de prohibición inevitable). Partimos –entonces- de la consciencia del ilícito como elemento de la culpabilidad; consciencia sin la cual no podríamos atribuirle al sujeto culpabilidad por el hecho.

³⁵ *Ídem*, p. 460.

³⁶ Ver, por ejemplo, SANCINETTI, Marcelo A., “Casos de Derecho Penal. Parte General. 2”, 3ª edición, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, p. 100. Allí el autor se pregunta: “¿debe juzgarse la imputabilidad del error por lo que el sujeto concreto ha podido de hecho en el caso, p. ej., porque ha tenido alguna duda o sospecha sobre la antijuridicidad, o, en cambio, hay que evaluar la situación conforme a criterios normativos, o sea, poniendo en el lugar del autor la exigencia que el derecho espera de una persona promedio?; y si se acepta esto último, hasta qué punto y bajo qué condiciones se puede fingir en el autor la culpabilidad que en verdad habría tenido otro? ¿Tiene, en suma, el principio de culpabilidad, algún límite estructural en la libertad de voluntad del hombre (libre albedrío)?”.

³⁷ SÁINZ CANTERO, José Antonio, “La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal”, B de F, Buenos Aires, 2018, p. 134.

³⁸ *Ídem*, p. 135.

³⁹ Por todos, ROXIN, “Derecho Penal...”, pp. 863 y stes.

⁴⁰ Cfr. JESCHECK, pp. 486 y stes.

Según la opinión dominante, la consciencia del ilícito alude al conocimiento de la infracción del ordenamiento valorativo material del Derecho, que se vincularía con la prohibición en sí misma, es decir, aquella consciencia “de la concreta afectación de ciertos valores o intereses y de que éstos gozan de protección a través del Derecho”⁴¹. Se entiende –así– que la consciencia de afectar la concreta norma penal o bien de conocer la punibilidad que tal precepto estipula no es necesaria para poder afirmar que el sujeto tuvo consciencia del ilícito y, en consecuencia, atribuir culpabilidad por el hecho cometido. En definitiva se trataría de conectar “el desvalor social o prejurídico del hecho a la existencia de una norma jurídica prohibitiva o preceptiva”⁴².

Por ello, se entiende que la consciencia “de contravenir normas sociales o éticas supone a lo sumo un medio para acceder al conocimiento de la prohibición [y con ello un indicio de la evitabilidad del error de prohibición], pero no es este mismo conocimiento”, puesto que “las valoraciones sociales y morales son tan cambiantes en una sociedad pluralista que el Derecho no puede exigir la orientación incondicional por ellas, sino que por regla general sólo puede formular el reproche íntegro de culpabilidad cuando el sujeto desatiende conscientemente prohibiciones y mandatos jurídicos”⁴³. Se suele rechazar –también– su identificación con la consciencia de la “dañosidad social”, ya que no todos los comportamientos socialmente lesivos estarían prohibidos⁴⁴.

En definitiva, la atribución de culpabilidad por el hecho requiere “que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley”⁴⁵, esto es, que tenga consciencia del ilícito, en alusión al conocimiento que una persona común (un “lego”) pudo haber tenido de la “antijuridicidad material” del hecho, entendida ésta como la creencia de “estar infringiendo una norma penal, civil o administrativa”⁴⁶.

Ahora bien, si el derecho penal, a través de la norma penal y su fuerza motivadora, cumple la función de protección de bienes jurídicos, entonces éste “sólo puede prohibir aquellos comportamientos que puedan evitarse mediante la motivación”. Empero, “para que el sujeto pueda ser motivado por una norma penal que protege un bien jurídico-penal determinado, es preciso que dicho sujeto pueda saber que se encuentra frente a un tal bien protegido por el Derecho”⁴⁷.

En efecto, la consciencia del Derecho subyace a la denominada “consciencia del ilícito”. Sin admitir su existencia no podríamos siquiera hablar de la consciencia de que una determinada conducta no estaba permitida por el ordenamiento jurídico, y por ello su ilicitud. Esta consciencia del Derecho, de que existe un ordenamiento jurídico que debe ser respetado (muy en especial, en lo que compete a los derechos básicos),

⁴¹ FELIP I SABORIT, David, “La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad. Una aportación al estudio del error de prohibición”, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p. 124.

⁴² *Ídem*, p. 125.

⁴³ ROXIN, “Derecho Penal...”, p. 866.

⁴⁴ Cfr. FELIP I SABORIT, pp. 123/124.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 7ª edición, BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 540.

⁴⁶ JESCHECK, pp. 487/488.

⁴⁷ MIR PUIG, p. 547.

nace de la experiencia de la vida en comunidad y es incorporada a nuestra individualidad gracias a ésta, a muy temprana edad. Por ello, es que al ingresar a analizar a la consciencia del ilícito propiamente dicha, debemos posicionarnos desde este lugar: todos somos conscientes, por experiencia, que existe un ordenamiento jurídico que estipula normas con el fin de asegurar la convivencia en sociedad.

En cuanto a los bienes jurídicos fundamentales –concretamente-, cualquier persona psíquicamente normal y medianamente socializada –entiéndase: el “hombre medio”- recoge de la experiencia de la vida en sociedad el conocimiento de que existen valores inmanentes al ser humano (bienes jurídicos fundamentales), que hacen a su dignidad –con todo lo que ello implica-, y que son esenciales para la convivencia, pues hacen al desenvolvimiento y desarrollo de la persona humana en comunidad. Y es –en principio- consciente de ello.

Dicho esto, cabe apuntar que la consciencia del ilícito puede ser *eventual* (límite mínimo de atribución plena de culpabilidad), o *potencial* (error de prohibición evitable).

Sucintamente, cuando nos referimos a la potencialidad de la consciencia estamos hablando –justamente- de la posibilidad que tuvo el sujeto, al momento del hecho, de haber tomado consciencia de la ilicitud de su comportamiento, o bien “en la posibilidad de acceder al conocimiento del injusto”⁴⁸. Así como la consciencia del ilícito es la contracara del error de prohibición, la consciencia *potencial* alude de antemano a la presencia de semejante error, que será evitable en razón de esa misma potencialidad, pero que seguirá siendo error de prohibición, condicionando así el juicio de atribución de culpabilidad: esta no será plena, sino que estará disminuida, circunstancia que facultará al juez a atenuar la pena por el delito cometido. En definitiva, la consciencia potencial no es más que el piso mínimo de atribución de culpabilidad. Sin potencialidad de la consciencia sólo queda inevitabilidad de conducta, y con ella, ausencia de responsabilidad penal.

En cambio, para que exista consciencia *eventual* del ilícito el sujeto se tuvo que haber representado, al momento del hecho, el carácter prohibido de su comportamiento –al menos- como posible y dudar al respecto. En este caso, la consciencia, aunque eventual, existió al momento del hecho, motivo por el cual nos convencemos sobre la pertinencia de atribuir al sujeto culpabilidad plena por su comportamiento, pues –ciertamente- no hay razones que aboguen por disminuirla, como bien sucede con el error de prohibición evitable y aquello que le subyace: la consciencia potencial de la ilicitud.

5. OFENSIVIDAD SOCIAL Y EXIGIBILIDAD.

Es unánime la opinión que considera que el error de prohibición –en principio- carece de relevancia en el ámbito central del derecho penal⁴⁹ (en nuestro caso, este ámbito estaría delineado por las afectaciones a la vida, la libertad y la integridad –física

⁴⁸ ROXIN, “Derecho Penal...”, p. 878.

⁴⁹ Por todos, JAKOBS, “Culpabilidad...”, p. 28.

y sexual-). Pero a veces no es del todo claro si tal “irrelevancia” hace referencia a la existencia de una consciencia plena del ilícito o ya al tratamiento del error de prohibición, que –siguiendo esta lógica- sería la mayoría de las veces evitable⁵⁰.

Por lo visto, y más allá de esta advertencia, parecería que la dogmática penal reserva la distinción de los casos en que se afecta el “ámbito central” vs. el “ámbito disponible” del derecho penal, y sus consecuencias jurídicas, para el tratamiento de la evitabilidad del error de prohibición. Empero, vale la pena señalar que la afirmación de que el error en el ámbito central del derecho penal es “irrelevante”, puesto que –la mayoría de las veces- este sería evitable, no es muy acertada. Recordemos, que la constatación de un error de prohibición vencible o evitable tiene consecuencias: la atenuación de la pena establecida para el delito cometido, que –me animo a decir- por imperio del principio de culpabilidad, será –al menos, en el orden legal argentino (cfr. art. 18 de la Constitución Nacional)- obligatoria, no facultativa⁵¹.

Aclarado ello, antes de ingresar al fondo del asunto, conviene ilustrar un poco la cuestión relativa a la distinción referida. En este orden, es categórico JAKOBS cuando diferencia el “error sobre los fundamentos” del “error sobre el ámbito disponible”, en el entendimiento que –frente al primero- “[s]i al autor le falta la consciencia de la antijuridicidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo se pueden revocar mediante un acto de revolución estatal o social, la inevitabilidad de este error sólo cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas” y añade que “[e]n todo caso, no es el error sólo lo que fundamenta la

⁵⁰ La mayoría de los autores, aun admitiendo que en estos casos el ciudadano promedio no podría desconocer las normas que regulan y protegen el “ámbito central” del derecho penal, es decir, los derechos indisponibles de la persona humana, dan por sentado que el error, aunque evitable, debe tener favorable acogida. Así –incluso- exponen sus consideraciones al respecto ya cuando se abocan al tratamiento de la evitabilidad del error de prohibición y no antes (al delimitar su reverso: la consciencia del ilícito). Esto es al menos curioso y merece atención. Por ejemplo, en JESCHECK se advierte como el autor admite la existencia de un error de prohibición, aunque vencible, cuando “el hecho no sólo constituye una infracción jurídica sino también un atentado insoportable contra el orden moral (...) pues la valoración normativa se origina directamente del sentimiento jurídico y por ello es *reconocible* a través de un *esfuerzo de conciencia*” (p. 493). También en ROXIN, “Derecho Penal...”, se puede apreciar: “un error de prohibición es vencible cuando el sujeto es consciente de que perjudica a otros o a la colectividad”, en alusión a la infracción de “normas sociales elementales”, y continúa “[e]n el terreno del Derecho penal nuclear es poco frecuente un error de prohibición invencible, porque el conocimiento de las circunstancias del hecho la mayoría de las veces incluye aquí sin más el dolo de perjudicar” (p. 887). Por último, en STRATENWERTH también se puede ver como el autor incluye a la consciencia “de *infringir normas sociales elementales*” dentro del error de prohibición y la determinación de su evitabilidad cuando afirma que “si bien la consciencia de que la conducta es contraria a normas morales no puede sustituir la consciencia del ilícito, sí puede conducir a considerar evitable al error de prohibición. Pero dado que derecho y moral no son congruentes, el autor sólo tendrá motivo para suponer la existencia de una prohibición jurídica correspondiente cuando sepa que es una norma social *fundamental* la que él infringe, y cuando esto suceda de un modo grave” (“Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible”, Traducción de la 4ta edición alemana, totalmente reelaborada, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 307).

⁵¹ En este mismo sentido, ROXIN, “Derecho Penal...”, pp. 892/893. Según el autor, “se ha de interpretar la atenuación potestativa en concordancia con el principio de culpabilidad, en el sentido que por regla general (...) la aplicación del marco penal atenuado sea obligatoria. La no rebaja del marco penal precisa siempre por ello de una especial fundamentación en la sentencia”.

inculpabilidad: Se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la socialización <<exótica>>) de modo que éste no puede servir de norma”. De este modo, el autor concluye que –en definitiva- este se trataría “de un caso extremo de inimputabilidad” pues “el autor está motivado de modo diferente a cualquiera”⁵².

Siguiendo esta misma línea, CÓRDOBA explica que en cuanto al contenido normativo de la base de conocimiento, hay que diferenciar “según que el error haya recaído sobre normas fundamentales o de contenido disponible”, refiriéndose a las primeras como aquellas “cuya derogación significaría un acto revolucionario, porque reflejan en su contenido las decisiones valorativas fundamentales de una sociedad”⁵³; contenido que “se halla también institucionalizado en normas morales, culturales, religiosas, etc., en diversos ámbitos de la sociedad y, como tales, son aprendidos cotidianamente en el trato social”. De allí –señala- “que un error sobre el núcleo de estas normas sólo sea concebible en personas con una socialización exótica”⁵⁴. Sin perjuicio de ello –destaca- lo que sí podría concebirse, incluso en una persona socializada, “es un *error sobre el ámbito marginal* de una norma fundamental que, como tal, es conocida en su núcleo”⁵⁵, es decir, admite la existencia de un error de prohibición en estos casos.

Como contrapartida –continúa- las normas de contenido disponible “no reflejan principios fundamentales del orden social, sino que tienen contenidos contingentes porque están destinadas a regular ámbitos de la sociedad que están permanentemente abiertos a los cambios y a la evolución de la valoración social”, ello “en función de los fines y las necesidades cambiantes de la sociedad”⁵⁶. Y por esta razón –concluye- “no se transmiten *quasi*automáticamente por mera socialización”⁵⁷.

Retomando el pensamiento de JAKOBS –claramente desde una perspectiva funcionalista del derecho penal- puede decirse que uno de los fundamentos de esta palpable distinción radica en que las normas esenciales de una sociedad son representativas de su cotidianeidad, razón por la que “no pueden ser dejadas a un lado o desplazadas, sin que se extravíe sin más toda orientación social”⁵⁸. En efecto –explica el autor- “en aquel ámbito en que la sociedad muestra su forma cotidiana, el desconocimiento de una norma por parte de una persona imputable y socializada es, como regla, imposible, dado que, debido a las vinculaciones que sirven de base a las normas entre sí, un desconocimiento individual convertiría la imagen del mundo social en manifiestamente confusa e incorrecta”⁵⁹. Así, concluye que conocimiento de la norma es “conocimiento de la realidad social, conocimiento de lo cotidiano de la sociedad”⁶⁰. Y finalmente, remarca que en la sociedad moderna, caracterizada por la libertad, las relaciones jurídicas entre las personas no están reguladas –sin más- por el

⁵² JAKOBS, “Derecho Penal...”, p. 659.

⁵³ CÓRDOBA, p. 110.

⁵⁴ *Ídem*, p. 111.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ *Ídem*, p. 111/112.

⁵⁷ *Ídem*, p. 113.

⁵⁸ JAKOBS, “Culpabilidad...”, p. 63.

⁵⁹ *Ídem*, p. 64.

⁶⁰ *Ídem*, p. 65.

derecho positivo, sino que derivan “del orden de la vida cotidiana, de las costumbres”, pues, “en caso contrario, la sociedad no sería propiamente de libertad, sino una organización de violencia”⁶¹.

Utilizando estos mismos presupuestos como punto de partida, MANSO PORTO, defensora de una concepción funcional del derecho penal, o mejor dicho, de una teoría de la prevención general positiva “que define la función de la pena como el mantenimiento de las normas que determinan la identidad de la sociedad”⁶², estima que “[l]a culpabilidad no se determina según el sentir individual, sino en la comunicación social, tal y como ésta se haya conformado”⁶³. En tal sentido, remitiéndose a los postulados de su maestro JAKOBS, precisa que el análisis del sentido comunicativo del comportamiento debe ser subjetivado, cuestión que no comprende el estudio de un sujeto aislado, “sino que la subjetividad se crea a través del entorno social” y “cumple también una función de cara a la estabilización social que se persigue con la pena”; ello “sin olvidar que la persona no se puede concebir aisladamente, sino dentro de la sociedad, que es la que le aporta sus rasgos definidores”⁶⁴.

Bajo estos lineamientos, la autora –remitiéndose a las consideraciones de SCHÜTZ y LUCKMANN⁶⁵- enseña que todas las personas participan de un ámbito de la realidad que es común a todos, es decir, un “mundo (o entorno) vital cotidiano”, que “constituye la realidad social que a cada uno le viene dada de antemano” y que es aceptada “como algo dado”: un mundo en el que “se encuentran también otros hombres que además de ser de carne y hueso poseen una conciencia que, en lo esencial, es similar a la propia”⁶⁶. Este mundo vital cotidiano –continúa- sienta las bases del entorno comunicativo “al que pertenecen no sólo los objetos materiales sino también el mundo cultural y social en el que cada uno se halla inmerso, y que ha correspondido históricamente”⁶⁷.

Desde esta perspectiva, destaca que toda persona que integra una sociedad dispone de una reserva de conocimientos relativos a su mundo vital, incuestionables, y cuya “fiabilidad viene proporcionada en gran parte de manera social”. Sin estos conocimientos –continúa-, que una vez aprehendidos no pueden ser olvidados, “la persona no podría desenvolverse en la sociedad”⁶⁸. Puntualmente, explica que estos conocimientos, que incluye dentro de la denominación “conocimiento de lo cotidiano”, forman parte de los “caracteres determinantes de cada persona que interacciona en dicha sociedad”, y da un ejemplo –por cierto, muy gráfico- de esta reflexión, que remite a la noción de la co-conciencia: “[q]ue no se mate a nadie, ni se

⁶¹ *Ídem*, p. 69.

⁶² MANSO PORTO, Teresa, “Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 22.

⁶³ *Ídem*, p. 38.

⁶⁴ *Ídem*, pp. 44/45.

⁶⁵ *Ídem*, p. 83. Ver cita nº 146 y stes., de SCHÜTZ, Alfred y LUCKMANN, Thomas, “*Strukturen der Lebenswelt*”, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1988.

⁶⁶ *Ídem*.

⁶⁷ *Ídem*, p. 84.

⁶⁸ *Ídem*.

produzcan lesiones corporales, ni se insulte, ni se amenace, que no se emplee la fuerza contra nadie y que nadie se quede con una cosa que le pertenece a otro, ni la dañe, ni la destruya [...] son todos imperativos que en cada una de las experiencias correspondientes siempre son conocidos, aunque no se produzca una reflexión consciente de los mismos”⁶⁹. Sin embargo, advierte que “pueden aparecer nuevas experiencias que no se adaptan exactamente al esquema que hasta ahora se aceptaba como incuestionable y que, por tanto, lo modifican a través de un proceso de interpretación”⁷⁰.

Como lógica conclusión, afirma que “el desconocimiento de la norma no puede darse en situaciones estereotípicas de la vida cotidiana”, no –al menos- bajo la forma de inexistencia u olvido de ese conocimiento, pero sí como “desconocimiento selectivo”, es decir, “un saber que por desinterés no se actualiza”⁷¹. Sostiene –así- que la única excepción posible a esta regla es el caso de la inimputabilidad por socialización exótica⁷², ya que “[s]ólo un enfermo mental que experimenta una realidad completamente distinta a los demás, o acaso alguien que pertenezca a una cultura ajena a la de referencia, podría tener una imagen de la sociedad totalmente distinta”⁷³.

Ciertamente, las normas fundamentales conforman la identidad de una sociedad determinada, y se ven reflejadas en la cotidianeidad del intercambio social en el que participan las personas que forman parte de ella. Son aprendidas por la experiencia de la vida en sociedad e integradas a la consciencia (base de conocimientos) a poco de tomar contacto con ella. Y su desconocimiento sólo se justificaría –en principio- con la comprobación de que el sujeto no se encuentra socializado, o bien socializado “exóticamente”. La pregunta de si aquí también pueden incluirse a quienes manifiestan indiferencia u hostilidad al derecho, o –incluso- una consciencia disidente (o “por convicción”) es una cuestión trataremos luego. Pero primero debemos responder a lo siguiente: ¿no es acaso esta idea demasiado abstracta a los efectos de dar un correcto tratamiento a la consciencia del ilícito y su contrapartida, el error de prohibición? ¿Se encuentran estas “normas fundamentales” legitimadas por los bienes jurídicos fundamentales tal como aquí fueron delimitados?

En primer lugar, vale la pena hacer una aclaración. Cuando la doctrina se refiere a las “normas fundamentales” hace alusión a las normas que regulan el ámbito “central” o “nuclear” del derecho penal, y no a los bienes jurídicos fundamentales de la persona humana, tal como fueron aquí definidos. Este no es un dato menor, porque los bienes jurídicos fundamentales –objeto de este trabajo- aunque bien constituyen los rasgos definitorios de una sociedad (su identidad), no encuentran allí la fuente primera de su legitimación, como sí –por el contrario- la encuentra la opinión que defiende la agrupación de los bienes jurídicos más básicos y conocidos (que, por cierto, aquí también ingresan los bienes jurídicos fundamentales, pero se le adicionan otros, como v. gr. la propiedad) en una categoría a la que denominan “central” o “nuclear”

⁶⁹ *Ídem*, p. 85.

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ *Ídem*, p. 87.

⁷² *Ídem*.

⁷³ *Ídem*, p. 86.

del derecho penal, y que –dice- hacen a dicha identidad. Los bienes jurídicos fundamentales hacen a la dignidad humana y encuentran allí su fuente primera de legitimación, razón por la que su desconocimiento implica desconocer –primero- la dignidad humana y –luego- la identidad de la sociedad, en ese orden. En cambio, parecería ser que según la opinión de los citados autores, desconocer a los bienes que conforman el ámbito “central” del derecho penal, y con ellos, a las normas fundamentales de la sociedad, implica desconocer la “realidad social”, a la “identidad de la sociedad” y, en consecuencia, atentar contra los pilares que sustentan la convivencia social. Esta marcada diferenciación, además de ser muy importante a los efectos de trazar los límites entre la consciencia del ilícito y el error de prohibición, también deja entrever las desventajas que una teoría funcional de la culpabilidad puede generar en el pensamiento penal.

En este punto, al sólo efecto de sentar postura y así poder ingresar al análisis de la exigibilidad evitando cualquier tipo de malinterpretación, creo que la teoría funcional de la culpabilidad, originada en JAKOBS, que en el caso de la consciencia del ilícito y su contracara, el error de prohibición, intenta determinar “qué grado de ignorancia del autor se puede aceptar por parte del Estado y de la sociedad sin que se resienta la respectiva función de prevención general del Derecho Penal”⁷⁴, olvida en sus fundamentos la piedra angular del derecho penal: la persona humana, ya sea parte damnificada o imputada en un proceso penal. Sólo desde esta perspectiva, es decir, de una posición que sea funcional a la persona y no a la sociedad en sí misma, es posible concebir un derecho penal justo y equilibrado, que proteja primero a los individuos y luego –por efecto inmediato- a la sociedad (a la convivencia social), y no al revés. Como podrá apreciarse en las líneas que siguen, esto que parece una completa abstracción teórica sin fundamento práctico, en verdad sí lo tiene: una correcta delimitación de la consciencia del ilícito remitirá ineludiblemente a una concepción de la culpabilidad funcional a la persona y no a la sociedad; al principio de culpabilidad y no a la prevención general.

Ahora bien, esto no significa que para resguardar el principio de culpabilidad deberán desoírse las exigencias básicas de la prevención general, sino tan sólo que en el caso concreto, teniendo en cuenta tales exigencias sociales, será imprescindible enjuiciar la culpabilidad del sujeto de forma *personal* y no de manera abstracta, pues específicamente en el marco de afectaciones a “normas fundamentales” ello podría derivar en el –ya sepultado⁷⁵- principio *error juris nocet*⁷⁶. Es decir, que aun en los

⁷⁴ JAKOBS, “Derecho Penal...”, p. 673.

⁷⁵ Antiguamente, se presumía que toda persona psíquicamente normal, es decir, imputable, conocía la ley penal. Así, por ejemplo en FEUERBACH puede leerse: “[d]ebe presumirse jurídicamente que toda persona dotada de razón conoce en general las leyes penales, puesto que el hombre está dotado por la naturaleza, por un lado, de arbitrio y, por otro, de poder de conocimiento y, por ende, para reconocer tanto la relación de su determinación de voluntad con la ley, como para reconocer también la conexión de su acción con sus consecuencias” (FEUERBACH, Anselm v., “Tratado de Derecho Penal”, Traducción al castellano de la 14^a edición alemana, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 100). Explica STRATENWERTH que esta regla, conocida como “error juris nocet”, estaba –en cierta medida- justificada, porque el Derecho penal se limitaba a sancionar “las infracciones más elementales de las normas sociales” y prácticamente cualquiera podía tener conocimiento de estas. No obstante –destaca- desde que la ley penal extendió sus límites “mucho más allá del ámbito nuclear de las normas sociales elementales, y

casos en que se vulneren “normas fundamentales” deberán valorarse tanto las circunstancias de hecho como la concreta situación personal del individuo al momento de su obrar, verificando –principalmente- que este no haya estado condicionado por motivos internos o externos. Esta visión, además está decir, no se contrapone al parámetro del “hombre medio” como medida del juicio de culpabilidad, cuya aplicación no es dispensable.

Aclarado ello, e ingresando –ahora sí- al fondo del asunto, estimo que los bienes jurídicos fundamentales impactan en la determinación de la consciencia del ilícito de una forma muy particular. El conocimiento de estos bienes, esto es, la vida, la libertad y la integridad (física y sexual), que hacen a la dignidad del ser humano, forma parte de la consciencia de toda persona que vive en sociedad, o bien que tomó contacto con ella, circunstancia que no requiere de un lapso temporal demasiado extenso, ya que estos bienes jurídicos están presentes y pueden verse reflejados en cualquier intercambio social. Basta para ello comunicarse con otros individuos.

Desconocerlos implica desconocer el valor de la dignidad humana como principio trascendente de la persona humana. Y aquí radica la diferencia con cualquier teoría funcional de la culpabilidad: aunque –ciertamente- desconocerlos también signifique desconocer las normas fundamentales e identificadoras de una sociedad que reclama preservar la eficacia de su ordenamiento jurídico, el fundamento de su exigibilidad no alude a esto, sino al reconocimiento del ser humano como un fin en sí mismo, como un ser que tiene dignidad, que goza de igualdad con sus semejantes, y que debe ser respetado.

No reconocer a los bienes jurídicos fundamentales y –en efecto- a la persona humana como un ser trascendente que tiene dignidad, constituye una ofensa a la sociedad entera, puesto que se estarían desconociendo los valores más importantes de la comunidad, que –ciertamente- hacen también a su identidad y desarrollo.

Precisamente, existe un ámbito indisponible del derecho penal, que está dominado por aquellos bienes jurídicos que son inmanentes a la persona humana, pues hacen a su dignidad. Estos bienes jurídicos, que denominamos bienes jurídicos fundamentales, gozan de la más alta protección estatal porque son esenciales al ser humano: lo definen como un ser digno y trascendente, garantizando su desarrollo en comunidad. En resumidas cuentas, posibilitan la convivencia pacífica en sociedad, conformando –de forma subsidiaria- su identidad como tal.

que el atravesar fronteras culturales forma parte de lo cotidiano”, la regla quedó obsoleta (Cfr. STRATENWERTH, “Derecho Penal...”, pp. 295/96).

⁷⁶ Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., “Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino”, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 21. Aquí es muy interesante ver como el autor muestra su escepticismo en descubrir cuál es el punto justo que, frente a afectaciones de normas fundamentales, encuentre el equilibrio entre la prevención general y el principio de culpabilidad. En concreto, afirma que “[n]inguna sociedad podría condicionar la eficacia de sus normas fundamentales a una duda bien concreta sobre la posibilidad de su infracción; pero, si, a su vez, el juicio es nada más que abstracto, renacerá de nuevo el principio *error jurisnocet*. 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”.

Por tener cualidades semejantes, los bienes jurídicos fundamentales conforman un grupo selecto de bienes (vida, libertad, integridad –física y sexual) que se distinguen del resto y que merecen sus propias reglas. Frente a este tipo de afectaciones el grado de exigibilidad –en principio- no varía, sino que se mantiene estable en un punto elevado del estrato de la culpabilidad penal. Digo “en principio” porque parto de la presunción de que una persona que fue consciente que con su comportamiento estaba vulnerando un bien jurídico fundamental, también lo fue en cuanto a la ilicitud de su obrar, porque cualquier persona medianamente socializada integra a la base de sus conocimientos previos el conocimiento relativo al carácter trascendente de este tipo de bienes jurídicos, cuya *actualidad* (del conocimiento) se manifiesta, indistintamente, en la consciencia del individuo al momento del hecho, en virtud de ese mismo carácter, intrínseco a los bienes jurídicos fundamentales. En esto radica la presunción.

En este punto, debo aclarar que cuando hablo de “presunción” me refiero a una hipótesis que promete resultados positivos y que debe ser corroborada mediante elementos externos a sus propias premisas. En substancia, la presunción requiere de un juicio de comprobación sin el cual pierde todo el contenido valorativo que sustentaba –al inicio- esta hipótesis tan prometedora. Y efectivamente, cuando digo que corresponde partir de la presunción de que el sujeto que fue consciente que con su conducta estaba afectando un bien jurídico fundamental –que bien puede traducirse al conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal (dolo)-, también fue consciente del ilícito, no hago más que admitir la existencia de una presunción, que requiere comprobación.

Por ello, no es correcta la opinión que, sobre la base de esta presunción, y sin efectuar el juicio de comprobación correspondiente, construye la afirmación de que frente a afectaciones de bienes jurídicos fundamentales, el conocimiento de los elementos del tipo penal (el dolo) “no podría separarse del conocimiento de que tal conducta es contraria a la norma”⁷⁷, auspiciando –incluso- el retorno a la Teoría del dolo en los supuestos en que los elementos típicos permitan “reconocer el significado de injusto del hecho de la conducta”⁷⁸. En efecto, es esta misma ausencia de constatación la verdadera razón de por qué no es factible retornar, en estos casos, a la ya superada Teoría del dolo.

Dejando esto a un lado, y retomando el asunto, ¿cuál es, en estos casos, la medida (específica) de esta exigibilidad? Es decir, ¿qué comportamiento podemos esperar de un “hombre promedio” y, en consecuencia, cuánto es lo que podremos exigirle al sujeto en la concreta situación de hecho? Sucintamente, estimo que la medida adecuada de la exigibilidad en este tipo de casos viene dada por el criterio de la *ofensividad social*. Así, el sujeto que fue consciente que con su conducta afectaba un bien jurídico fundamental, y además fue consciente de la ofensividad social de su comportamiento (entiéndase: que con su conducta ofendía al orden social, a la comunidad), entonces podemos decir que tuvo consciencia de la ilicitud al momento del hecho. Si el sujeto fue consciente de la afectación a semejante bien jurídico, y

⁷⁷ FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal”, InDret, Barcelona, 2009, p. 17.

⁷⁸ *Ídem*, p. 18.

además consideró que su conducta posiblemente ofendería al orden social, es decir, que tuvo dudas al respecto, entonces tuvo consciencia eventual (plena) del ilícito. En cambio, si fue consciente de tal afectación, pero no de la ofensa, corresponde –entonces- tratar el caso bajo las reglas del error de prohibición y su evitabilidad. En los primeros dos ejemplos, la ofensividad social como medida de la exigibilidad conlleva a la adscripción de plena consciencia del ilícito; en el tercero, únicamente exige la realización de una conducta conforme a Derecho cuando el sujeto, de haber sido diligente, hubiera tomado consciencia de ella (error de prohibición evitable).

En definitiva, ¿a partir de qué momento, más allá de la presunción que utilizamos como punto de partida (el sujeto que fue consciente que con su comportamiento estaba vulnerando un bien jurídico fundamental, también lo fue en cuanto a la ilicitud de su obrar), podemos afirmar que realmente este tuvo consciencia del ilícito? A partir de que verificamos que este fue consciente de la ofensividad social de su conducta. Esta es la medida de la exigibilidad, y el criterio –por excelencia- a tener en cuenta por el intérprete, en estos casos, al momento de efectuar el juicio de determinación de la consciencia del ilícito.

Empero, ¿cómo verificamos la existencia de consciencia de ofensividad social? De la misma forma que verificamos la existencia del dolo: la inferimos de las circunstancias objetivas y subjetivas que enmarcan el caso traído a estudio. En esta labor, será de suma importancia efectuar un juicio de valoración, contrastando las circunstancias de hecho (objetivas) y aquellas personales del autor (subjetivas) con el parámetro del hombre medio, y así intentar determinar si el sujeto infractor se encontró en una posición idónea para relacionar la afectación al bien jurídico con la vulneración de la dignidad humana de la persona damnificada, y –finalmente- el impacto que dicho atentado importaría al orden comunitario, es decir, a los presupuestos mínimos de la convivencia pacífica en sociedad. En otras palabras: si fue consciente, al menos eventualmente, de la ofensividad social de su comportamiento.

¿Por qué la ofensividad social de la conducta es la medida adecuada de la exigibilidad? Porque la protección de los bienes jurídicos fundamentales no encuentra su génesis allí donde impera la norma prohibitiva o preceptiva de derecho penal, producto de la regulación del intercambio social, ni se legitiman con ella, sino a la inversa. Los bienes jurídicos fundamentales, valores esenciales de la persona humana y de la vida en comunidad, nacen de la supremacía de la dignidad humana como cualidad elemental de los individuos, encuentran allí su legitimación, y en el ordenamiento social, su protección. El precepto legal prohibitivo o preceptivo del derecho penal, a diferencia de lo que ocurre con los demás bienes jurídicos protegidos, no tiene otra función más que la de estabilizar una realidad preexistente y presupuesta. De este modo, entendiendo que su fundamento es social y no jurídico, puede concluirse que es el único criterio capaz de corroborar la presunción enunciada al comienzo.

Ciertamente, el sujeto que, al momento del hecho, no consideró que con su conducta posiblemente ofendería al orden social, no fue consciente del ilícito, y su comportamiento deberá ser analizado bajo las reglas del error de prohibición. Esta inferencia se apoya en esta misma idea: si el sujeto no sopesó –si quiera- la posibilidad

de que su conducta podía ofender al orden social <<aqueel orden social que magnifica a los bienes jurídicos fundamentales junto al principio que reposa tras ellos: la dignidad humana>>, tampoco fue consciente, en el caso concreto, que tal afectación era ilícita en sentido penal. Si, en cambio, obviáramos el criterio de la ofensividad social como medida justa de la exigibilidad de conducta (y como baremo a utilizar por el intérprete al momento de efectuar el juicio de valoración) en este tipo de casos, reclamando, para la determinación de la consciencia plena del ilícito, que la persona haya sido consciente, por ejemplo, de la antijuridicidad material de su conducta (léase: de la prohibición, sin importar que haya o no sido consciente de la ofensividad social), es muy probable que en la práctica cotidiana nos encontremos con problemas de difícil solución.

En particular, dos son los grupos de casos que demuestran la pertinencia de utilizar el criterio de la ofensividad social como medida de la exigibilidad y –a su vez– como punto de apoyo del juicio inferencial de determinación de la consciencia del ilícito.

El primer grupo está conformado por los delincuentes “hostiles” o “indiferentes” al Derecho. En estos casos, si bien es opinión dominante que el sujeto hostil o indiferente al Derecho es capaz de acceder al conocimiento del ilícito, razón por la que debería excluirse el error de prohibición en la gran mayoría de los casos⁷⁹, lo cierto es que esta posición no advierte que la utilización de un criterio rígido para englobar el universo de casos posibles puede resultar inconveniente a la luz del principio de culpabilidad, y yerra en consecuencia al no admitir que pueda existir –en el caso en concreto– una ceguera tal frente a los hechos que haga imposible, a través del juicio inferencial, comprobar que el sujeto fue consciente del ilícito al momento del hecho⁸⁰. Pero, sin perjuicio de ello, aun admitiendo esta posibilidad, el criterio correcto para determinar la consciencia del ilícito es la ofensividad social como medida de la exigibilidad de conducta, porque existirán casos en que la indiferencia manifestada por el sujeto al momento del hecho será tanta que impedirá al intérprete comprobar la presunción de que este fue consciente de la antijuridicidad material (entiéndase:

⁷⁹ Por todos, ROXIN, “Derecho Penal...”, p. 883. Aquí el autor refuta la idea que fue inicialmente construida por el BGH en relación a los casos de “hostilidad al Derecho”, frente a los cuales –se decía– que el delincuente habitual, insensibilizado, había perdido la capacidad de acceder al conocimiento de la antijuridicidad mediante la “extensión de la conciencia”. Se lo culpaba, entonces, por “la conducción de la vida”. En respuesta a ello, afirma ROXIN que esto supone “una construcción ajena a la realidad”, porque, en tal caso, los delincuentes habituales “deberían entonces, con una buena fe sin escrúpulos, ejecutar sus delitos a los ojos del público y no pensárselo en absoluto”. En efecto –señala el autor– “los delincuentes habituales no se hallan en absoluto en error de prohibición al ejecutar sus hechos”, ya que “[d]e lo contrario no procederían sigilosamente y no intentarían escapar a las instancias encargadas de la persecución penal”.

⁸⁰ En este punto, resulta muy interesante la opinión de JAKOBS, que estima que el “desconocimiento de la norma” en el ámbito central del derecho penal es, sencillamente, imposible, excepto en tres supuestos: que el sujeto este socializado exóticamente, que sea un débil mental, o bien tenga indiferencia por el Derecho. Así, afirma que “[ú]nicamente en esta razón, en la ceguera de hecho selectiva que se basa en la indiferencia, se podrá fundar, en el ámbito de la sociedad practicada cotidianamente, el desconocimiento de una persona imputable y socializada en sociedad. En los demás casos tales personas tienen conocimiento de lo que sucede” (“Culpabilidad...”, p. 63).

prohibición, ilícito) de su conducta si no es con ayuda del criterio propuesto. En efecto, en tales casos no será posible inferir que el sujeto tuvo consciencia, al menos de forma eventual, de la prohibición penal, porque el Derecho para él no existe: no cumple ninguna función motivadora en su psiquis. Sin embargo, de lo que sí será consciente es que existe una sociedad en la que él mismo se desenvuelve; una sociedad que tiene reglas básicas que protegen a la persona humana en su calidad de ser digno por naturaleza; y que estas reglas garantizan la convivencia de estas en comunidad.

Por ello, este individuo tan “indiferente” seguramente sea consciente de que con su comportamiento ofende al orden social, es decir, que su conducta conlleva ofensividad social, por más que, técnicamente, no sea posible decir que fue consciente de la antijuridicidad material, que haría a la “prohibición” en estos casos. En síntesis, marcamos aquí una corrección de forma y no de fondo, que propicia la utilización del criterio de la ofensividad social como baremo a considerar durante el juicio valorativo (inferencial) de determinación de la consciencia del ilícito, con el fin de evitar fundamentos desacertados –más que conclusiones incorrectas- en la evaluación del intérprete.

Un tanto más paradigmático es lo que sucede con el segundo grupo de casos: los llamados “delincuentes por convicción”. Aquí, partimos de la base de que el Derecho no puede hacer depender la obligatoriedad de sus normas a la admisión de estas por parte de la consciencia del individuo, pues, en tal caso, “sería imposible no sólo mantener la integridad de un orden supraindividual, sino también la protección que con él se concede a los bienes jurídicos”⁸¹, y esto es indiscutible. Sin embargo -explica JESCHECK-, a pesar de que “la vigencia de las normas jurídicas no depende de la aprobación del individuo sino que se fundamenta en un acto de afirmación de la comunidad”, en otras palabras, que el ordenamiento jurídico tiene carácter vinculante, bien puede el sujeto “sentirse forzado a realizar un comportamiento contradictorio con aquél”⁸².

En este sentido, advertimos que pueden aparecer casos en que la convicción del sujeto (léase: consciencia disidente) sea tan fuerte, y –en efecto- origine una motivación interna tan influyente en su comportamiento, que no sea posible exigirle una conducta conforme a Derecho, aún cuando verifiquemos que este conocía la antijuridicidad material de su obrar. Sintéticamente, no será posible atribuirle al sujeto culpabilidad por su hecho, porque no sólo careció este de consciencia del ilícito en los términos aquí expuestos, sino que –además- su error fue inevitable. En otros casos, en cambio, puede suceder que su grado de convicción sea también bastante elevado, y que por tal motivo no sea posible inferir que tuvo consciencia de la ilicitud de su conducta, pero que sí estemos en condiciones de exigirle un comportamiento distinto y atribuirle culpabilidad en consecuencia, afirmando que su error fue evitable. Finalmente, amén de evitar confusiones, en otros casos (posiblemente, la gran mayoría de ellos) el grado de convicción del sujeto no será tan relevante, motivo por el cual corresponda inferir que el individuo fue consciente del ilícito, al menos de forma eventual.

⁸¹ WELZEL, p. 209.

⁸² JESCHECK, p. 444.

Pero, ¿qué quiero decir con todo esto? Que frente a estos casos paradigmáticos de conciencia disidente, el criterio de la ofensividad social como medida de la exigibilidad –y, reiteramos, como baremo a considerar durante el juicio valorativo (inferencial) de determinación de la conciencia del ilícito- cobra suma relevancia. En efecto, el “delincuente por convicción”, en razón del poder que genera en su interior esta misma “convicción”, pudo haber sido consciente de la prohibición al momento del hecho, pero no de la ofensividad social de su comportamiento, puesto que él estaba convencido –por decirlo de algún modo- que su conducta era justa para sí mismo y para el mundo (la sociedad) que lo rodea. También, puede que no, es decir, que no sea correcto inferir tal cosa porque la naturaleza de su conciencia “disidente” no tuvo la fuerza motivacional suficiente, pero lo cierto es que esto no puede descartarse sin más.

Ahora, ¿qué sucede en este caso, en que el sujeto fue consciente de la prohibición, de la antijuridicidad material, pero no de la ofensividad social de su conducta? Deberá el intérprete confirmar su juicio valorativo de forma negativa, desechando la existencia de conciencia del ilícito, y analizar el comportamiento bajo las reglas del error de prohibición, que será –me permito adivinar- la mayoría de las veces evitable, salvo casos extremos. El fundamento se remite a las consideraciones ya explicitadas: el gran valor de los bienes jurídicos fundamentales encuentra su origen en la dignidad humana como cualidad trascendente de la persona, la que –a su vez- se legitima no ya en el ordenamiento jurídico sino en el orden social que le precede. En suma, así como del supuesto de quien fue consciente de que con su conducta afectaba un bien jurídico fundamental y ofendía al orden social, podemos inferir que también fue consciente del ilícito, frente a quien no fue consciente de la ofensividad social de su comportamiento sólo podemos admitir la presencia de un error de prohibición, cuanto mucho evitable.

Piénsese, a modo de ejemplo, el caso del aborto y el bien jurídico que le subyace: la vida misma de la persona por nacer. Aquí, cuanto menos por ahora, el orden legal argentino, a través de sus normas, protege al bien jurídico en cuestión de la misma manera y con la misma intensidad que ya lo hacía años atrás, pero sucede que, hoy en día, su legitimación social ha sido puesta en crisis por un amplio sector de la comunidad, y esto es un hecho de la realidad social. Entonces, ¿a qué voy con esta reflexión? Que puede suceder, en un determinado caso, que la mujer que causó su propio aborto con el dolo que caracteriza a este delito, consciente de la afectación a un bien jurídico fundamental y también consciente de la prohibición, bien pudo no haber sido consciente de la ofensividad social de su comportamiento, circunstancia que sometería al caso bajo las reglas del error de prohibición, normalmente evitable, aunque posiblemente inevitable.

Un comentario final merece la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. En estos casos, que entiendo pueden ser considerados de los más complejos de derecho penal, sea cual fuere la teoría elegida para su tratamiento –teoría de los elementos negativos del tipo (ya superada), teoría estricta o limitada/restringida de la culpabilidad- y, en función de ello, las consecuencias derivadas de su aplicación, en especial frente a la comprobación de un

error de prohibición evitable⁸³, estimo que el criterio propuesto es aquí también de gran ayuda para determinar si el sujeto fue o no consciente del ilícito al momento del hecho, siempre que se trate –demás está decir– de afectaciones a bienes jurídicos fundamentales. Así, previo a ingresar en el análisis de la evitabilidad del error, le será útil al intérprete tomar el criterio de la ofensividad social como punto de apoyo al momento de efectuar el juicio inferencial de determinación de la consciencia de la ilicitud. De este modo, sólo cuando considere que el sujeto no fue realmente consciente de que con su conducta ofendía al orden social, podrá valorar si el error fue evitable o no. Pero, en todo caso, la problemática de este tipo de errores excede el objeto de estudio.

6. PALABRAS FINALES.

Antes de terminar, quisiera remarcar que el criterio de la “ofensividad social”, aquí propuesto, no es más que eso: un criterio que puede ser tomado o dejado por el intérprete al momento de valorar el caso llevado a su conocimiento.

Sin perjuicio de ello, estimo que la “ofensividad social” es la medida justa de la exigibilidad, porque su comprobación, es decir, la verificación de que el sujeto fue consciente –al menos, potencialmente– de que su comportamiento era ofensivo hacia la sociedad (en los términos aquí expuestos), define el momento a partir del cual podemos exigirle a un hombre medio que se comporte de otro modo. A su vez, resulta ser –a mi entender– el criterio correcto para efectuar el juicio valorativo de determinación de la consciencia del ilícito, en tanto nace del verdadero fundamento legitimante de los bienes jurídicos fundamentales: la dignidad humana y su acogimiento social, ya no como valor “ético-social” o “moral” imperante en la sociedad, y tampoco como valor –en esencia– jurídico (protegido por el Derecho), sino como cualidad trascendente del ser humano, que –efectivamente– impacta en la identidad de una sociedad concreta.

Por último, cabe poner de resalto que el criterio valorativo de la “ofensividad social” se vincula estrictamente con el concepto de dignidad humana y sus repercusiones, en los términos expuestos, es decir, con la magnitud de la ofensa que una conducta violatoria de bienes jurídicos fundamentales representa para la sociedad. En razón de ello, resulta evidente que esta no se conecta con la noción de consciencia de la “dañosidad” o “perturbación” social como fundamento de la consciencia del ilícito, tan criticada por la doctrina, pues allí se engloba a la totalidad de los casos penales, sin distinguir grados de relevancia, incluyendo –de este modo–, en su propia definición, a cualquier comportamiento potencialmente lesivo en sentido penal, e identificando a la consciencia del ilícito con la consciencia que el sujeto pudo haber tenido respecto del daño que dicho comportamiento le generaba a la sociedad, lo que, a la luz del principio de culpabilidad, no es suficiente para determinar si el sujeto fue o no consciente del ilícito al momento del hecho.

⁸³ Para más abundamiento, ver, en especial, JESCHECK, pp. 497 y stes; y ROXIN, “Derecho Penal...”, pp. 580 y stes.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CIGÜELA SOLA, Javier, “El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal”, InDret, Barcelona, 2017.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge, “La evitabilidad del error de prohibición”, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad – Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho penal”, InDret, Barcelona, 2009.
- FELIP I SABORIT, David, “La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad. Una aportación al estudio del error de prohibición”, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997.
- FEUERBACH, Anselm v., “Tratado de Derecho Penal”, Traducción al castellano de la 14ª edición alemana, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- HASSEMER, Winfried, “¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HASSEMER, Winfried, “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”, InDret, Barcelona, 2011.
- JAKOBS, Gunther, “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Gunther, “Culpabilidad en Derecho penal. Dos cuestiones fundamentales”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, Comares, Granada, 2002.
- KINDHÄUSER, Urs, “Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1996.
- MANSO PORTO, Teresa, “Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 7ª edición, BdeF, Buenos Aires, 2004.
- PAWLIK, Michael, “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?”, InDret, Barcelona, 2016.
- ROXIN, Claus, “Derecho Penal Parte General Tomo 1. Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal”, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5 (2004).
- ROXIN, Claus, “¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?”, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales Nº 5 (2004).

- SÁINZ CANTERO, José Antonio, “La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal”, B de F, Buenos Aires, 2018.
- SANCINETTI, Marcelo A., “Casos de Derecho Penal. Parte General. 2”, 3ª edición, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires.
- SANCINETTI, Marcelo A., “Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino”, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal”, Atelier, Barcelona, 2018.
- STRATENWERTH, Günther, “Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible”, Traducción de la 4ta edición alemana, totalmente reelaborada, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- WELZEL, Hans, “Derecho Penal Alemán. Parte General”, 11ª edición, 4ª edición castellana, Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- YACOBUCCI, Guillermo J., “El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal”, Ábaco, Ciudad de Buenos Aires.
- YACOBUCCI, Guillermo, “La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual”, discurso de ingreso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 2018.