

Agustín Texo Denes

Facultad de Derecho, Universidad de la República (UdelaR)

Uruguay

Procurador. Universidad de la República. Estudiante de Abogacía. Aspirante a Profesor Adscrito de Derecho Privado II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

Inicio > núm. 42 > Texo Denes

<http://dx.doi.org/10.22187/rfd2017110>

Artículos estudiantiles

Ignorancia y opacidad: una mirada al derecho penal

Ignorance and opacity: a view to criminal law

Ignorância e opacidade: um olhar sobre o direito penal

Agustín Texo Denes¹

¹Procurador. Universidad de la República. Estudiante de Abogacía. Aspirante a Profesor Adscrito de Derecho Privado II y III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

agustintexd@hotmail.com

Resumen:

El presente trabajo pretende ser una exposición general sobre la problemática en torno a la ignorancia y la opacidad del Derecho -como dos fenómenos de distinta naturaleza-, llevado al ámbito del Derecho Penal, en el cual pretendo enfocarme. Es en la referida rama del saber jurídico donde el Estado ejerce el ius puniendi de la forma más directa y dura, limitando la libertad de los sujetos. Por esta razón, el desconocimiento e incompreensión del Derecho, más allá de ser un problema de suma importancia en todas las ramas, cobra en el Derecho Penal un lugar de relevancia, sobre todo en la teoría del error.

Palabras clave: derecho, derecho penal, ignorancia, opacidad, error.

Abstract:

This paper intends to be a general exposition on the problematic about ignorance and opacity of the Law -as two notions of different nature-, taken to the scope of Criminal Law, in which I intend to focus.

It is in the aforementioned branch of legal knowledge, where the State exercises the ius puniendi in the most direct and hard way, limiting the freedom of people. For this reason, ignorance and incomprehension of the Law, beyond being a problem of paramount importance in all branches, charges in the Criminal Law a place of relevance, especially in the theory of error.

Keywords: law, criminal law, ignorance, opacity, error.

Resumo: Este artigo é uma discussão geral dos problemas que cercam a ignorância e a opacidade da direito-como dois fenômenos da natureza diferente-, liderou o domínio do direito penal, no qual pretendo focar.

É no referido ramo do conhecimento jurídico, onde o Estado detém o ius puniendi do modo mais direto e duro, que limita a liberdade dos indivíduos. Por esta razão, a ignorância e incompreensão da direito, além de ser uma questão de importância primordial em todos os ramos, as taxas do direito penal um lugar de relevância, especialmente na teoria do erro.

Palavras-chave: direito, direito penal, ignorância, opacidade, erro.

Recibido: 20161216

Aceptado: 20170313

Introducción

El Derecho Penal constituye, como se sabe, la más fuerte invasión por parte del Estado a la esfera de libertad de las personas que lo integran. Y es que la pena es vista como una “amarga necesidad”, en tanto férrea sanción que solamente debe servir para salvaguardar los bienes jurídicos que son considerados indispensables para la convivencia social. Es por ello que el ejercicio del ius puniendi debe ser acotado en sus márgenes de acción por los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad. En torno a este último principio mencionado -el de culpabilidad- se teje la problemática de uno de los viejos apotegmas heredados del Derecho Romano: el error iuris nocet, que se traduce en que la ignorancia de la ley no excusa; el error de lo jurídico, visto no como una causa de inculpabilidad, sino como un error que se presume iure et de iure como voluntario y, por lo tanto, no exculpante.

Se tratará de desmitificar las bondades de tal arcaico principio, mostrando las devastadoras consecuencias que llevan a su aplicación, sobre todo en el campo del Derecho Penal en el mundo actual, marcado por la globalización y por otros tantos rasgos del postmodernismo.

Ferrajoli, distinguiendo grandes aspectos en la crisis actual de lo jurídico, nos dice, por un lado, que acudimos a una “crisis de la legalidad”, una crisis del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos, que lleva la implicancia del control y la ilegalidad del poder, la corrupción y un desplazamiento del Estado a sendas extra-legales; y por otro lado, que estamos frente a la “inadecuación estructural de las formas del Estado de Derecho a las funciones del Estado de Bienestar”, agravada con la acentuación de su carácter selectivo y desigual, lo que se manifiesta en la inflación legislativa, la creciente producción de leyes-acto y

el desarrollo de una legislación fragmentaria, sobre todo en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción (García Inda, 2001). Es de capital importancia tomar cuenta el fenómeno del desconocimiento y no comprensión del Derecho para la interpretación de lo jurídico y para la implementación de políticas públicas que traten de forjar un acercamiento de la ley a las personas. Y por lo que se dijo, y se dirá, la cercanía debe experimentarse aún más en cuestiones de Derecho Penal.

El trabajo está dividido en nueve grandes partes. En él se presentará una noción general sobre la teoría crítica argentina, dado que en esta obra se parte de las enseñanzas de Carlos María Cárcova; se proseguirá a exponer nociones generales sobre norma y norma penal, la teoría comunicativa del Derecho, los efectos de la teoría del error y el principio error iuris nocet respecto al principio de culpabilidad, llegando a las soluciones de legeferenda aportadas por la dogmática nacional y extranjera, hasta arribar a unas breves reflexiones finales.

Un acercamiento a la teoría crítica argentina

El tema que nos convoca ha sido ampliamente desarrollado, a través de diversos trabajos, por el jurista argentino Carlos María Cárcova. El referido autor forma parte de un movimiento conocido como “teoría crítica argentina”, que nace, como dice Pérez Lledó, tras la influencia de teoría la francesa (Critique du Droit). Así, se concibe al Derecho como una “práctica social de naturaleza discursiva”, como una “producción social de sentidos”, y que tiene a sus máximos exponentes en las figuras del propio Cárcova y de Entelman, Ruiz, Marí y Warat, entre otros (Pérez Lledó, 1996).

El profesor Meliante (quien si bien ha manifestado su adhesión a la corriente en la versión argentina convocada, pertenece a la Doctrina uruguaya) nos dice que cabe hablar de dos sentidos cuando nos referimos a “crítica”: uno en sentido amplio y otro en sentido estricto.

En sentido amplio, “teoría crítica” es “todo aporte discursivo que en uso de la libre expresión y la honesta contribución académica, refiera a toda disidencia o innovación que ponga en cuestión algún aspecto del statu quo teórico, en un área determinada del Derecho” (Meliante, 2014).

Mientras que en sentido estricto, Meliante nos dice lo siguiente: podrá entenderse por Teoría Crítica o Teorías Críticas del Derecho, a aquella que, partiendo de la filosofía fundacional de la escuela de Frankfurt y de las concepciones filosóficas que de ella han derivado, con la confluencia del pensamiento de otras filosofías aunque sea parcialmente afines; entienda que la realidad socio-jurídica de las formaciones políticas latinoamericanas es transformable en uso de un intercambio social claramente democrático, dialógico, pacífico y humanista, motivando que se arbitren por el Derecho en una relación inter y transdisciplinaria, mecanismos para

una debida articulación de la praxis y el discurso aplicable en todos sus instrumentos; haciendo efectiva la traducción abierta y posible de las demandas insatisfechas de los actores sociales colectivos, buscando dar solución a las mismas (Meliante, 2014). Así, la teoría crítica argentina se enmarca en discusiones en torno a considerar el discurso jurídico como “discurso del poder”, desvelándose su escasa homogeneidad (Marí), estudiándose su estructura (Entelman), criticándose las ficciones centrales -como la de “sujeto de derecho”- (Ruiz), viendo su “función paradójica” -de que al mismo tiempo el Derecho es conservador de las relaciones de poder, pero a la vez alude y legitima las aspiraciones de resistencia y transformación social- (Cárcova), entre otras cuestiones (Pérez Lledó, 1996).

El tema que nos ocupa se presentará al lector partiendo de estos postulados y metodologías de trabajo. Esto, porque es importante que los conceptos jurídicos que nos vienen dados sean expuestos a su crítica y revisión, que no sean aceptados por sí, que se discutan y se abra el debate para llegar a un diálogo acerca de qué trata el Derecho, y así tramitar los desacuerdos con rigor teórico y ganancia de comunicación.

Como se dijo, esta exposición se centrará en la temática relacionada con la ignorancia y la opacidad del Derecho, en tanto uno de los más interesantes tópicos tratados por la teoría crítica argentina, poniendo el foco, en especial, en el Derecho Penal. Aquí interesará ver cómo juega el problema del “error de Derecho” y del “error de prohibición” como eximente de responsabilidad penal, en relación franca con la ignorancia iuris y la no comprensión del Derecho.

Teoría de las normas

Para la mejor comprensión global del presente trabajo, entiendo conveniente comenzar por breves nociones acerca de la norma, y presentar, a su vez, la teoría de la visión comunicacional del Derecho y las funciones atribuidas a la norma, particularmente a la norma penal.

a. La norma en la teoría comunicativa

La norma, desde un punto de vista etimológico, significa, al decir de Luzón Peña, medida, regla o regulación de algo (Luzón Peña, 1996). Así, la norma se constituye como una pauta de conducta que debe observarse para la resolución de conflictos. La norma apunta a regular, a través de mandatos, prohibiciones y permisos, la conducta de todo ser humano en su vida social.

Siguiendo esta perspectiva, la norma se expresa en un lenguaje prescriptivo, en tanto está dirigida a influenciar, modificar o dirigir el comportamiento de las personas,

distinguiéndose del lenguaje descriptivo (aquél cuya función es la de formular y transmitir información y conocimiento) (Guastini, 1999). Para lograr tal aspiración, la norma presupone la motivabilidad de las personas, esto es, la capacidad de motivarse conforme a la misma (Muñoz Conde, 1985).

La norma puede ser vista, además, como un acto comunicativo, como un “mensaje implicado en el acto lingüístico, conformando un diálogo entre el transmisor y el receptor”. La norma, al decir de Fernández, “constituye una proposición lingüística expresiva, dirigida (por su sentido) a orientar o dirigir la acción humana”. Porque, en puridad, las disposiciones “no son sino textos, dotados de cierto significado semántico, al igual que las normas que pueden derivarse o deducirse de la...” disposición (Fernández, 2010).

La norma aspira a motivar a sus destinatarios y a entablar una función dialogal y persuasiva con ellos, con la misión de proteger valores esenciales y reconocibles para la convivencia social, como lo son los bienes jurídicos (Fernández, 2004).

La función comunicacional del Derecho, estima que cualquiera de los procesos sociales tienen como esencia o valor fundamental la comunicación. Y esto es así porque todo grupo humano únicamente puede constituirse como tal, sobre la base de la interacción entre sus diversos integrantes, respecto de ciertas ideas y creencias y para adoptar determinadas pautas sociales, llevando adelante procesos de institucionalización y de cambio social. Todo ese entramado puede entenderse como fenómenos de comunicación (Robles, 1993).

Desde la perspectiva comunicativa, el Derecho es un lenguaje, expresado en forma escrita. El signo del Derecho son las palabras, y tal carácter escrito le otorga una nota de superioridad (Fernández, 2010), una connotación solemne frente al resto de los órdenes sociales. El Derecho, mediante la escritura, pretende tornarse cognoscible de modo universal e inmediato, con una supuesta certeza.

Robles, expresa que el Derecho “es el gran texto de comunicación social que ‘leen’ y ‘actúan’ todos los integrantes de la sociedad” (Robles, 1993).

Por su parte, Jürgen Habermas nos dice que el elemento explicativo supremo del ordenamiento social se halla en el lenguaje y en la comunicación lingüística. Al comunicarse entre sí, las personas “hacen” sociedad, coordinándose a través de un lenguaje compartido intersubjetivamente (Habermas, 1987).

El autor aludido, quien otorga el gran sustento a la teoría comunicativa del Derecho, argumenta que aquella persona que lleva a cabo una emisión lingüística le propone a sus receptores o interlocutores, una “oferta de entendimiento”, envuelta en una pretensión de validez. Luego, dicha pretensión se dirige a lograr plausibilidad y acuerdo (Habermas, 1987).

Cuando la coordinación y la integración social se quiebran por falta de acuerdo es preciso, por un lado, que el consenso se reestablezca, y por otro, que se evite un clima de rupturas y enfrentamientos. En esta perspectiva, estriba la importancia de las normas, en tanto necesarias por la potencial presencia del conflicto. El Derecho, para Habermas, “tiene la función de encauzar de tal suerte los conflictos abiertos, que no sufra quebranto el fundamento de la acción orientada al entendimiento y, con ello, la

integración social del mundo de la vida” (Habermas, 1987). Una norma tiene validez, nos dice Habermas, en la medida de que tenga en cuenta los intereses de todos los afectados (Habermas, 1987).

Así, la visión comunicativa del Derecho permite distinguir un emisor (el legislador), un receptor (el destinatario), un mensaje (la prohibición, mandato o permiso), un canal de transmisión (la disposición), y un código compartido (lenguaje en común entre emisor y receptor). En este modelo básico se encuentra presente, en la fase emisiva, el marco discursivo de la decisión judicial, transitado extensamente por la Teoría Crítica, en sus múltiples versiones.

b. Funciones de la norma penal

La presente exposición tiene por fin abocarse a la problemática de la ignorancia y opacidad del Derecho, enfocado en el Derecho Penal patrio, sin perjuicio de que las ideas aquí esbozadas sirvan para el Derecho todo. Es por ello que es importante tener en cuenta las funciones que han sido asignadas a la norma penal como tal.

Así, es clásico el debate acerca de entender la norma penal como norma de valoración o como norma de determinación.

La posición que entiende a la norma penal como norma de valoración fue la tesis mayoritaria durante tiempo prolongado, que entiende a la norma como juicio y no como imperativo. La norma penal, para esta postura, expresa un juicio de valor negativo sobre determinadas acciones o sus resultados, sin que esto implique ningún imperativo dirigido a su destinatario. Las normas jurídico-penales son, pues, reglas de deber ser impersonales, que constituyen normas de valoración objetivas, en tanto no se dirigen al ciudadano concreto, sino que son normas generales, que se limitan a designar hechos como esperados o no esperados (Luzón Peña, 1996).

La principal consecuencia de considerar a la norma penal conforme a esta postura, es que la antijuridicidad está configurada externa y objetivamente, como una lesión a la norma de valoración, lo que lleva a que el objeto de la norma pueda serlo todo: la conducta de los capaces e incapaces, de los culpables o no culpables, de los hechos y estados del mundo circundante (Fernández, 2010).

La otra postura, esto es, considerar a la norma con naturaleza imperativa o de determinación, preconiza la idea de reconocer que la norma contiene una declaración de voluntad del legislador que reclama determinada conducta al ciudadano concreto. La determinación es expresión de un deber ser que es dirigida a cada uno como imperativo. El mandato es percibido como tal por los súbditos del Derecho (Fernández, 2010).

No obstante, corresponde por dar como definitivamente superada la antinomia juicio de valor/imperativo, admitiendo lo que la doctrina llama “la teoría de la doble función de la norma penal”. A toda norma subyace un juicio de valor previo, no agotándose en ese contenido meramente valorativo, sino que al ser prescriptiva, tiene

vocación de “imperium”: la norma penal ordena realizar o abstenerse de realizar una conducta.

Pero además de esta noción, y esto realmente interesa para el presente trabajo, una función primordial de la norma es la función motivadora. Esto parte de la idea de que todo individuo es un sujeto motivable conforme a fines, y que la norma penal, como toda norma jurídica, puede ser interiorizada o internalizada por éste. En el caso de la norma penal, además, la coacción jurídica que implica la pena conminada es un medio muy eficaz para motivar el comportamiento (Fernández, 2010).

Entonces, la norma trata de persuadir a las personas, teniendo como base las ideas del “libre arbitrio” de Kant (Kant, 1993) y de la “racionalidad del querer” de Hegel (Hegel, 1937). El destinatario es motivable por la propia naturaleza de la acción humana, que es capaz de realizarse de acuerdo a metas o fines.

La norma penal, como el resto del Derecho, es un texto dirigido a la comprensión de otros. La posibilidad de comprensión va ligada, pues, a la capacidad de motivación y autodeterminación según los dictados de la norma (Fernández, 2010). Esto implica que la motivación se logra si la persona la conoce y la comprende, si puede internalizarla, hacerla parte del propio dispositivo psíquico para estar en condiciones de asumir que una determinada conducta es o no antijurídica, requisito indispensable para que la acción de un sujeto sea considerada culpable.

De la teoría del delito

El delito es definido por la doctrina penal como la acción típica, antijurídica y culpable. La misma es una fórmula sintética que tiene como misión apelar al recurso metodológico de descomponer diversos elementos estructurales de valoración, cuya simultaneidad en la concurrencia determina que la conducta del agente sea considerada como delito, como un hecho punible, generador de responsabilidad penal (Fernández, 2013).

La fórmula técnica surge montada sobre el eje de la acción, que sirve de elemento nuclear y soporte de los predicados de valor (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Tomando como punto de partida el trabajo de Cárcova, “La opacidad del Derecho”, se estima propicio analizar desde una óptica crítica la cuestión de la teoría del error en el Derecho Penal uruguayo.

Como sabemos, para que una persona sea tenida como agente del delito, y para que sea condenada a sufrir una pena (especial sanción que da nombre al Derecho Penal), debe haber incurrido en una conducta que encarte en un tipo penal (un modelo abstracto de comportamiento punible), que no se halle justificada por un tipo permisivo y que dicha conducta pase el test positivo de culpabilidad.

Ésta última, la culpabilidad, definida como la reprochabilidad personal que se formula al autor de un hecho típico y antijurídico, por no haberse motivado conforme

a la norma (por haber desarrollado, en cambio, una conducta alternativa contraria a Derecho) (Langón Cuñarro, 2006), posee tres grandes elementos que se constituyen a la vez en requisitos indispensables para que pueda estarse frente a este predicado de valor; los mismos son: la imputabilidad (capacidad de conocer lo injusto de la conducta y determinarse según ese conocimiento, arts. 30 y siguientes del Código Penal), la conciencia de la antijuridicidad (posibilidad de comprender lo injusto del acto concreto) y la exigibilidad de una conducta distinta (posibilidad concreta de auto-determinarse según las exigencias del Derecho) (Cairolí, 2000). Es respecto al elemento “conciencia de la antijuridicidad” que entra a tallar la teoría del error.

Un acercamiento al concepto y clases de error

Lo que califica, en general, al error no es la carencia de conocimiento, a diferencia de la ignorancia, sino la falsedad del mismo.

El error es algo así como el asentimiento firme del entendimiento a una cosa que es falsa, pero que es tenida por verdadera. Supone una actividad del entendimiento, que no es la correcta: la estimación del intelecto no se adecua a la realidad del objeto, lo que ocurre sin tener conciencia de tal falta de adecuación. Observando el proceso del acto humano, el error se sitúa propiamente en la última parte del juicio, en la esfera de la actividad estimativa del entendimiento.

Siguiendo la tradicional clasificación, nuestro Código Penal regula, en sus artículos 22 y 24, al error de Hecho y al de Derecho, respectivamente.

El Código Penal vigente no reconoce el esquema “error de tipo” – “error de prohibición”, sino que mantiene la clásica dicotomía entre error de hecho y error de derecho. Cuando el autor interpreta de forma equivocada los elementos fácticos de determinada situación, dando por concurrente un elemento objetivo que no es tal, se configura un error de hecho, conforme al art. 22 C.P., que tiene incidencia sobre las circunstancias constitutivas del delito. La disposición de marras, siguiendo la vieja teoría del dolo, edicta que el sujeto quedará exento de pena, salvo que para dicho delito la ley castigare la simple culpa (Fernández, 2015). Pero no es del error de hecho del que nos interesa ocuparnos en este trabajo, sino del error de derecho.

El error de derecho, dice nuestro Código, “se presume voluntario sin admitirse prueba en contrario”. El error es de derecho cuando versa sobre la misma regulación jurídica del suceso; trata sobre las condiciones exigidas por el ordenamiento para tal acto. La doctrina y las legislaciones modernas recogen la clasificación del error en error de tipo y de prohibición. El primero supone un error o desconocimiento de los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, en tanto que el segundo recae sobre la existencia misma de la norma prohibitiva como tal, diciendo relación con la conciencia de la antijuridicidad, inexistente a raíz del desconocimiento de la existencia de la norma prohibitiva (Fernández, 2015).

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el error de tipo invencible excluye el dolo, y el vencible fundamenta una responsabilidad por culpa. Mientras que el error de prohibición invencible excluye la culpabilidad, y el vencible permite atenuarla, pero no afecta el tipo de injusto del delito que se ha cometido (Cairolí, 2000) (Langón Cuñarro, 2006).

La vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad. Todos los ciudadanos tienen el deber de no cometer delitos, el cual es exigible en tanto dispongan realmente del consecutivo derecho a comprender la naturaleza de tales delitos, sin que interese el hecho de si han o no utilizado ese derecho de comprensión. Y esto porque la culpabilidad no se funda en el conocimiento efectivo -y menos aún en la efectiva comprensión- de la criminalidad de la conducta, sino en la mera posibilidad (Zaffaroni, 2002).

Siguiendo a Zaffaroni, la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades, por lo que la evitabilidad del error exculpante presenta, al menos, tres aspectos que deben ser analizados para su correcta valoración:

(a) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la conminación penal de su conducta, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; (b) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del período de que disponga para la toma de decisión, de la posibilidad de reflexión en la circunstancia dada, etc.; y (c) si al autor le era exigible que imaginase la criminalidad de su conducta, lo que no sucede cuando, conforme a su capacidad intelectual, a su instrucción o entrenamiento, y con un standard mínimo de prudencia, no hubiera tenido motivos para presumirla (Zaffaroni, 2002).

Habiendo tenido ya una exposición muy general de los conceptos claves en materia penal, creo necesario adentrarnos en la relación existente entre el principio de culpabilidad en materia penal y el principio error iuris nocet.

Error iuris nocet

El principio error iuris nocet es el que proclama que la ley se presume conocida por todos, originada en el Derecho Romano, y que tiene un claro fundamento: de otro modo, la ley, perdería su carácter obligatorio conforme las personas aleguen su desconocimiento para librarse de su deber. Por ello, el error de Derecho no puede ser presentado ni como vicio de la voluntad ni, prima facie, como causa de inculpabilidad (art. 1270 inc. 1 Código Civil y art. 24 inc. 1 Código Penal).

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 del Código Civil uruguayo, propugnando que el desconocimiento del derecho no sirve de excusas.

Enfocándonos en el Derecho Penal, esto quiere decir que una persona no podrá excusarse por haber llevado adelante una conducta delictiva activa u omisiva,

argumentando que no sabía de la existencia de una norma jurídica o que no la comprendió cabalmente. Ideas éstas que se refuerzan por lo prescripto en el inciso 1 del artículo 24 del Código Penal.

Cárcova nos dice que este principio, que en nuestro sistema tiene el carácter de ser una presunción *iure et de iure*, esto es, absoluta, fue inaugurado en la modernidad, basado en la universalidad, generalidad y abstracción de las leyes, dado que tal esquema de pensamiento no podría funcionar sin apelar al principio romano de *marras*.

Este presupuesto ha implicado -desde siempre- enormes injusticias, nos dice el profesor argentino, profundizados por la postmodernidad. Al respecto Cárcova indica: al ideal iluminista de la generalización y uniformización del mundo de la vida le ha correspondido, en la modernidad tardía, el fenómeno de la globalización y de sus consecuencias económicas, políticas y sociales. Pero, como es sabido, la globalización ha resultado paradójica, porque nos ha traído en sus ijares (...) la fragmentación social, el particularismo, la desintegración, la segmentación (...) que ha permitido a algunos estudiosos (...) caracterizarla como un proceso progresivo de neotribalización (Cárcova, 2006).

De la ilusión de una ley penal clara que cualquiera pudiese conocerla, dice Zaffaroni, se ha pasado a una situación en que la ley no es conocida por casi nadie e incluso quienes la interpretan técnicamente se encuentran con enormes dificultades. Ya no se puede sostener el ideal de un limitado conjunto de conductas relativamente conocidas por todos, sino que estamos ante un “abigarrado conjunto de disposiciones sin transparencia” (Zaffaroni, 2011).

Siguiendo estas interesantes ideas, el penalista argentino expone los siguientes temas relativos al no conocimiento de la gente común y de los profesionales jurídicos: los protagonistas cumplen ciertos rituales conforme a la asignación normativa de un rol, pero con escasa o nula percepción de sus significados y alcances, lo que se agudiza cuando el derecho logra una capacidad de abstracción, formalización y racionalización que impide cualquier criterio diferenciador (...), se pretende ejercer el poder punitivo montado sobre el desconocimiento causado por el entramado legislativo confuso, múltiple y enmarañado que produce (Zaffaroni, 2002).

Queda claro que este principio no nos permite hacer un justo juicio de valor de la conducta del sujeto agente de una conducta típica y antijurídica, dado que si el sujeto incurre en desconocimiento o incomprensión de la ilicitud de su conducta, no estará actuando con “conciencia y voluntad” al momento de llevar adelante su acción. Pero para entender mayormente la cuestión, es necesario adentrarnos en otros conceptos que son propios del Derecho Penal.

Principio de culpabilidad vs. error *iuris nocet*

En un Derecho Penal democrático, de culpabilidad, nos dice la doctrina, la esencia de

la imputación se funda en el conocimiento de lo prohibido (Langón Cuñarro, 2006). La culpabilidad es, al decir de Langón, el fundamento, límite y medida de la pena, en tanto ésta es “culpabilidad cristalizada” (Langón Cuñarro, 2006).

Como lo indica Zaffaroni, quien no puede saber que la acción que realiza está penada, no puede comprender su carácter criminal, por lo que no puede ser reprochado judicialmente sin que se violen reglas elementales de racionalidad (Zaffaroni, 2011). Guiándonos por el principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena, sine previa lege stricta et scripta), (Fernández, 2010) la idea de que exista una ley previa tiene por finalidad que los habitantes de un Estado puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta, antes de su realización. El principio de culpabilidad, como consecuencia forzosa del de legalidad, debería impedir el ejercicio del ius puniendi cuando tal comprensión fuese imposible.

Durante mucho tiempo se ha dicho que el error de derecho no es óbice para responsabilizar penalmente a un individuo, en abierta violación, dice Zaffaroni, al principio de culpabilidad. A favor del principio error iuris nocet, propio de un Estado de policía, se argumentaba que las prohibiciones penales eran obvias para todos (Zaffaroni, 2011) y que si se sostuviera lo contrario, el sistema carecería de seguridad o certeza jurídica, llevándonos a una situación de inestabilidad.

Siguiendo estas exposiciones, Cárcova nos relata un caso que tuvo lugar en la justicia argentina, por la que un juez de la nación, con competencia en el fuero penal económico, exoneró de responsabilidad a una mujer que no había dado cumplimiento a una disposición del organismo impositivo argentino y que alegó que no conocía la existencia de tal disposición. El juez proclamó que la ficción del derecho conocido por todos era funcional para la antigüedad, dado que las leyes eran pocas y claras. Pero, continuaba expresando el juez, en la actualidad, además de las leyes parlamentarias, existen numerosas resoluciones, ordenanzas, decretos, edictos, etc., muchos de ellos carentes de publicidad, y que por su cantidad y complejidad técnica nadie conoce. Es por ello que considera que tal ficción, es “tremendamente injusta e hipócrita”, en tanto que fue creada para mantener un principio de seguridad jurídica que, ante tanta producción legislativa, su aplicación sin distinciones atentaría contra el propio principio de seguridad jurídica (Cárcova, 2006).

Bidart Campos, alabando el fallo comentado precedentemente, ha dicho que: solamente la repetida estupidez de que por una presunción iure et de iure las leyes son conocidas por todos, puede colaborar a la miopía de aplicar el axioma rígida y fríamente. Más bien la realidad nos dice que no son conocidas por nadie o que lo son por muy pocos. Y normas hay tan engorrosas, tan mal redactadas, tan confusas, de tanta exuberancia reglamentarista, de tan mala técnica, que hasta los especialistas de la más alta calidad o pericia se rompen la cabeza para entender lo que el autor quiso decir. ¡Como para que el común de la gente las conozca, las comprenda y las cumpla! (Cárcova, 2006).

Sin dudas este principio hace que nos cuestionemos por dos grandes axiomas que parecen estar en franca tensión: la justicia y la seguridad jurídica. Una persona que no conoce, sea por la causa que fuere, ya la existencia, ya el contenido de una

formulación normativa, llevaría a una responsabilidad penal por demás injusta, defendiendo un ideal de certeza que no puede tenerse como aquél que fue defendido al momento de la creación del principio de que la ignorancia de la ley no excusa. Piénsese en las numerosas leyes, los numerosos decretos que emanan de los órganos del Estado en el que se establecen mandatos y prohibiciones de muy difícil conocimiento y comprensión. Un ejemplo claro son los delitos y figuras expuestos en artículos perdidos de Leyes de Presupuesto para un período de gobierno. Puesto que comprender una norma, como nos dice Zaffaroni, no implica sólo conocerla, sino aprehenderla e internalizarla (Cárcova, 2006), al común de la gente, abocada a sus cuestiones cotidianas, y hasta a los juristas que no cultivan determinadas áreas del saber normativo, se le puede hacer muy problemático tomar conocimiento acerca de la existencia de la ley o de la disposición de que se trate, dificultad que aumenta si de comprensión y entendimiento de tal disposición hablamos.

Zaffaroni, siguiendo a Foucault, altamente considerado en la teoría crítica argentina, nos dice que el ocultamiento normativo es una “técnica autoritaria” que permite el ejercicio del poder mediante el camuflaje de sus modos operativos. Esto revela, dice el penalista, “que una teoría del error fuertemente respetuosa del principio de culpabilidad debe ser la valla infranqueable que oponga el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable la normación legislativa” (Zaffaroni, 2011).

Por una delimitación del campo de actuación del error iuris nocet

Ante los efectos adversos que tiene la aplicación sin más del principio de que el error de derecho no es excusa, se hace necesario delimitar una zona por la cual dicha directriz transcurra, acotando los márgenes de la misma, haciendo un progresivo destierro de tal principio de nuestro ordenamiento positivo.

Para que el principio error iuris nocet no constituya una forma de ir contra el principio de culpabilidad en el Derecho Penal, y para que no implique, además, desatender a un ordenamiento jurídico cada vez más complejo, con todos los caracteres y preocupaciones señaladas por la teoría crítica argentina, se han ensayado algunos posibles criterios para determinar casos en que el error es o no inevitable. De la inevitabilidad del error depende, pues, la reprochabilidad de la conducta del autor de un hecho típico y antijurídico; el error que verse sobre cuestiones jurídicas de carácter inevitable, hace que la conducta del agente nunca llegue a ser culpable, y en tanto la teoría del delito reclama concurrencia de los tres predicados de valor, tal comportamiento del sujeto no constituirá, por tanto, delito.

a. Delitos “mala in se” y delitos “mala quia prohibita”

Algunos doctrinos penalistas han sostenido que el error de prohibición no podría ser invocado respecto de los denominados delitos *mala in se*, esto es, aquellos delitos “naturales”, que se explican por principios básicos de ética social, de los que ninguna persona imputable podría ser capaz de desconocer, como lo es, por ejemplo, el homicidio o el hurto. Estos delitos pertenecerían a una conciencia jurídica universal, dado que trata de delitos, por decirlo de alguna manera, de carácter ontológico, o como dice Fernández, conformantes de un derecho penal nuclear (Fernández, 2014). Ese tipo de delitos *mala in se*, se contraponen a los denominados delitos *mala quia prohibita*, a los que el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusas o que el error de derecho no obstaculiza un reproche personal, no sería aplicable. Por lo que, para reprochar a los sujetos que cometen un delito *mala quia prohibita*, no deben haber caído en error o deben haber conocido y comprendido la disposición que contiene tal tipo penal.

Los delitos *mala quia prohibita* son los delitos de creación artificial. Se incluyen en estos ilícitos, aquellos que son fruto de estricta política legislativa, que dependen de cada ordenamiento en particular y que no son atinentes a proteger bienes jurídicos considerados como indispensables para la convivencia humana, sino que se encuentran sancionados por pura creación política, lo que ha conducido al fenómeno de la inflación penal (Fernández, 2013) y de la administrativización del control penal (Zaffaroni, 2002) en los tiempos que corren, a través de una legislación profusa, oscura y muchas veces altamente discrecional y hasta arbitraria.

Dicha división para la aplicación del principio en los delitos “naturales” y su no aplicación en los delitos “artificiales”, nace de una concepción que entienda que los primeros son imposibles de ser desconocidos o incomprendidos por los sujetos, y que los segundos, por las características apuntadas, son pasibles de un no conocimiento y sobre todo, de una no comprensión.

Sin embargo, tal nota diferencial ha sido criticada. Piénsese en casos de diversidad cultural, en donde una determinada conducta que es vista como delito en nuestro derecho penal, no lo sea en otros ordenamientos jurídicos, fruto de una cultura dicotómica a la nuestra. Por ejemplo, dice Fernández (Fernández, 2014), la costumbre de ablación del clítoris femenino entre los musulmanes o el coqueo entre los pueblos indígenas, son conductas que no se consideran delictivas en aquellas culturas, pero que sí lo son en la nuestra, donde cualquier integrante de la cultura occidental puede entender tales acciones como prohibidas.

Fernández nos ilustra que la evolución de las costumbres y el pluralismo ético pueden propiciar cuestiones verosímiles de desconocimiento de una prohibición de un delito *mala in se*, pensando, sobre todo, en el caso de extranjeros procedentes de otros ordenamientos jurídicos situados ante el nuestro. Existen, dice el profesor uruguayo, determinados territorios resbaladizos, en donde muchos tipos penales en derecho comparado no coinciden plenamente con las concepciones ético-sociales más establecidas, como lo es, por ejemplo, la temática relativa a las drogas, el aborto, la

homosexualidad, la pornografía, etc. (Fernández, 2014).

b. Inexigibilidad de otra conducta

Frente a las dificultades que tendría considerar la distinción entre delitos mala in se y mala quia prohibita para implementar o descartar, respectivamente, el principio cuestionado en este trabajo, la doctrina ha ensayado un criterio alternativo.

El mismo dice relación con que la aplicación del principio tiene lugar únicamente ante situaciones de error vencible o evitable. Para saber cuándo estamos ante un error vencible y cuándo ante un error invencible, debemos manejarnos con la noción de poder de actuación alternativa. Esto significa que por más que no podemos preconizar un prevalecimiento de la perspectiva individual del autor por sobre el standard del hombre medio, no se debe admitir como absoluto la idea de que exista un deber general de información, en base al cual le es exigible a cualquier persona un cierto grado de reflexión o información (Fernández, 2014). Por lo que estos extremos deben ser contrastados según las dimensiones personales de aptitud.

No puede ser exigido a ninguna persona que permanentemente esté consultando acerca de la legalidad de su comportamiento. Si no estamos frente a ningún motivo por el cual la persona tenga que estar cerciorándose acerca de su conducta y si, además, el sujeto no conoce y/o no comprende la prohibición o mandato, estaremos, pues, ante un error invencible o inevitable, y por lo tanto, frente a una no culpabilidad del individuo.

Solamente ante situaciones que motiven el nacimiento del deber de información y los deberes accesorios de consulta e información según recursos disponibles, es que puede decirse que el comportamiento cae en un error que es vencible o evitable, dado que en esa postura el sujeto estuvo en condiciones de conocer o comprender la disposición y, por tanto, de plegarse a ella (Fernández, 2014).

c. Error condicionado culturalmente

Zaffaroni ha elaborado la categoría dogmática que denomina “error condicionado culturalmente”. La comprensión, en tanto estadio superior al conocimiento, no debe haber sido impedida por razones culturales, dado que, en caso contrario, el reproche penal no podrá realizarse.

Zaffaroni distingue entre “error por desconocimiento de la prohibición”, del “error de comprensión”.

Se produce el error por desconocimiento de la prohibición no solo cuando el autor desconoce la existencia legal de un mandato o prohibición, sino también cuando el autor, conociéndola, no sabe que su conducta colide con la prohibición en razón de un

error en la interpretación de la norma, sea porque se la entienda incorrectamente, sea porque crea que la misma no es válida por razones de jerarquía (por ejemplo, porque la crea inconstitucional), por razones de inadecuación al ámbito espacial, o por razones de índole temporal (Zaffaroni, 2011).

Otra forma que puede asumir este error viene dado en el caso que el sujeto conoce la prohibición y sabe que la misma es válida, pero que la sanción no corresponde al Derecho Penal, sino a otra rama del ordenamiento jurídico, por lo que espera recibir una sanción más leve, sea administrativa, civil, laboral, etc.; a esta forma de error Zaffaroni la denomina “desconocimiento de la relevancia penal” (Zaffaroni, 2011).

La otra forma que el autor argentino individualiza es el error de comprensión. El mismo es aquel que abarca el caso en el cual, pese a conocer la norma, al autor no puede exigírsele la comprensión. Está constituido por aquellos casos en los cuales es inexigible al sujeto la introyección o internalización como parte de su equipo valorativo; situaciones estas muy frecuentes cuando el agente pertenece a una cultura o subcultura diferenciada, donde ha internalizado valores distintos y hasta incompatibles con los que el Derecho prescribe (Zaffaroni, 2011).

Para Zaffaroni no debe recurrirse a las nociones de “inexigibilidad de otra conducta” o de “estado de necesidad”, sino que se debe recurrir a la idea de “error condicionado culturalmente”. Idea que se presenta cuando el sujeto no puede internalizar la norma por razones culturales, constituyéndose en regla general la cuestión de que no se le puede reprochar la falta de internalización (Zaffaroni, 2011).

d. En definitiva

De esta forma quedan, pues, expuestas algunas de las respuestas que la dogmática ha tratado de brindar para acotar el marco de actuación del tan criticado principio error iuris nocet.

Cabría afirmar que, en términos generales, el fantasma del error de derecho y la maquinaria de la presunción ficcional del conocimiento de la ley, deben ceder ante la presión de las exigencias sociales, y lo que es más, ante las presiones de la teoría del delito, elaboradas por la dogmática penal universal. La legislación penal moderna y el proyecto del nuevo Código Penal uruguayo, intentan repeler tal principio, inclinándose por la consagración positiva del error de prohibición.

En la actualidad, el instituto del error de prohibición -que tampoco se corresponde estrictamente con la vieja figura del error de derecho- ha adquirido su lugar en la dogmática penal, en la legislación comparada y un tratamiento jurisprudencial.

Así, respecto al tema del error de prohibición, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° turno, en sentencia interlocutoria N° 334/2014, ha dicho:

No sólo se obvió todo trámite judicial con respecto a los actos de apoderamiento del bien, sino que siendo asesorado por dos profesionales del derecho, un abogado y una escribana, no se percataron de advertirle tal suceso infeliz, lo que parecería razonable

hasta para cualquier hombre medio e ignorante de la normativa vigente, sin perjuicio que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

Lo anteriormente referido refleja cómo el recién citado instituto constituye una defensa al principio que en este trabajo se trata de limitar

Aportes de la dogmática penal nacional, tendientes a la abrogación del artículo 24 del Código Penal vigente

Por otro lado, se ha entendido que la redacción del artículo 24 del Código Penal constituye un obstáculo para que en nuestro Derecho vigente penetre la figura del “error de prohibición” (Langón Cuñarro, 2006).

Cuando una persona sabe lo que hace, pero no sabe que lo que hace está prohibido, o cree erróneamente que está permitido, incurre, como dijimos, en error de prohibición. Al respecto, en sentencia N° 332/2007, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° turno, ha expresado:

La ficción de que ignoratia iuris non excusat obstruye el desarrollo sistemático del error de prohibición es una realidad insoslayable (...)

Enseña el Prof. Gonzalo D. Fernández que el error de prohibición parte de reconocer que la imputación subjetiva reclama la conciencia del injusto, del disvalor, del significado antijurídico (real o potencial).

Y hay error de prohibición cuando el autor cree actuar ilícitamente (creencia errónea) o cuando por ignorancia de la norma no se plantea la licitud o ilicitud del hecho.

Empero sólo si es invencible quita el reproche de culpabilidad que impide cualquier invocación de ignorancia sobre la materia prohibida y el disvalor jurídicos del hecho.

El juicio de evitabilidad debe ser trazado a partir del sujeto en el caso concreto ya que el error de prohibición equivale a conocimiento de la antijuridicidad y será evitable cuando se le pueda exigir al autor su superación, entre ellos, el esfuerzo de conciencia del autor: grado de reflexión e información exigibles al agente, que varía de acuerdo al status socio-económico-cultural (...)

El error de prohibición no dice relación al tipo sino que atañe a la culpabilidad a diferencia del error de tipo que afecta al dolo es causa de atipicidad (no debe identificarse al error de hecho con el error de tipo porque hay algunos errores que son de prohibición, como por ejemplo, el que recae sobre una causa de justificación). Tampoco puede confundirse error con ignorancia ya que el error constituye la más importante causa de ausencia de culpabilidad: conocer equivocado y falso.

La ignorancia es ausencia de conocimiento; es claro que todo error supone ignorancia porque quien yerra desconoce, total o parcialmente, el objeto de conocimiento.

Pero quien, como el imputado, ejecuta un hecho con conciencia y voluntad no puede alegar imprudencia o negligencia; y quien realiza un hecho delictivo, con conciencia y voluntad de realizarlo pero creyendo, con error vencible que no es antijurídico no

puede exclamar que lo ejecutó por imprudencia (...)

Como expresa la sentencia del Tribunal alemán del 18 de marzo de 1952: ‘el conocimiento de la antijuridicidad no importa el conocimiento de la punibilidad del comportamiento ni el de la disponibilidad legal que contiene la prohibición’

No basta, sin embargo, con que el sujeto sea consciente de que su obrar es reprochable moralmente. El sujeto si bien no debe realizar una valoración técnica-jurídica, si debe conocer o poder conocer, con esfuerzo debido a su conciencia, en un juicio general correspondiente a su esfera de pensamiento, el carácter injusto de su obrar.

Cairolí, en nuestro medio, comenta la disposición del art. 24 del Código Penal, diciendo que las proyecciones de la formulación normativa son muy graves, dado que basta que una persona haya violado una ley penal, aunque ignore su existencia, para hacerlo incurrir en responsabilidad penal. Dice Cairolí: “esa persona no podrá decir en su descargo ‘yo no sabía que eso era delito’ porque el art. 24 supone que debía saberlo y no puede probar lo contrario” (Cairolí, 2000).

Únicamente una razón de política legislativa puede justificar “tamaño disposición”, dice el profesor uruguayo (Cairolí, 2000). No es posible aceptar que todas las personas que viven en Uruguay conozcan todas las leyes, dado que algunas de ellas son de muy difícil entendimiento, no solo para el público general sino para los propios juristas. No se puede comparar la comprensión de alguien que no sabe leer ni escribir, o que aun sabiendo no tiene ninguna otra institución, con la de un sujeto experimentado que ha estudiado, aunque no sea en la rama jurídica del saber.

Claramente, la presunción absoluta del art. 24 está en abierta contradicción con la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, por lo que “de lege ferenda debe pensarse seriamente su sustitución”, tal y como lo patrocina Cairolí (Cairolí, 2000).

Sin embargo, debemos recordar que en nuestro medio, el principio general del error iuris nocet tiene sus excepciones: cuando el error recae sobre una falta (generalmente justificado en que las transgresiones son leves o en la convicción del agente que cree que lo que hace no es ilícito, cuando lo hace reiteradamente y sin embargo no es reprimido) y cuando recae sobre una ley no penal (error referido a una ley civil, comercial, laboral, etc., vinculada con la ley penal a la que le otorga contenido).

Como se ve, el art. 24 ha sido duramente criticado y puede sostenerse que el mismo no debe sobrevivir en nuestro ordenamiento en base a dos grandes lineamientos: por los principios y derechos inherentes a la condición humana, por un lado, y por una primacía del artículo 18 del Código Penal como canon principal del principio de culpabilidad, por otro.

Respecto a los derechos inherentes a la naturaleza humana que se proclaman en el artículo 72 de nuestra Constitución, se ha preconizado que de ninguna forma puede reprocharse penalmente a un sujeto que no es consciente que su conducta configura un ilícito jurídico-penalmente relevante (González Stella, 1990). Esto sería atentar contra el principio de libertad, por el cual toda persona es libre de llevar adelante cualquier conducta que sepa no está prohibida expresamente por la ley (art. 10 de la

Constitución).

El principio de legalidad, derivado del principio de libertad, exige que la ley sea previa, escrita y estricta; esto es, que la ley sea anterior a la conducta del sujeto para que aquél la pueda conocer y comprender, idea corroborada con la necesidad de que sea escrita, pero fundamentalmente es el requisito de ser estricta, lo que obliga al legislador (genéricamente considerado) a plantear el mandato de determinación lo más precisamente posible, en tanto restricción a la libertad de las personas.

Por otro lado, se ha manejado que del vigente art. 18 del Código Penal (al reclamar conocimiento de la antijuridicidad como contenido básico de la imputación subjetiva, estableciendo cómo debe ser entendido el principio de culpabilidad) se desprende la incompatibilidad con el art. 24, pudiéndose interpretar la irremediable abrogación tácita de esta última norma, como corolario de una interpretación sistemática del principio de culpabilidad, visto ut supra. (Fernández, 1995).

En esta línea, Cairoli menciona que la Ley No. 16.707, al agregar al art. 18 C.P. la necesidad de conciencia y voluntad del delito, se opone triunfalmente sobre un art. 24 del Código que prevé el error de derecho presumiéndolo siempre voluntario. No es posible, dice el autor, que se tenga como voluntaria una conducta si no se cometió sabiendo que era un hecho ilícito (Cairoli, 2000).

En síntesis, sea por la primacía natural -en tanto asienta el principio de culpabilidad-, sea porque sufrió una modificación por ley posterior en el tiempo (Ley No. 16.707 de 1995), se podría considerar que el art. 24, en cuanto a la presunción absoluta del error de derecho (y del de prohibición), ha quedado abrogado.

Aquí se ha visto una tarea de la dogmática “reconstructiva del derecho”, tendiente a sortear las indeterminaciones, lagunas y contradicciones de un ordenamiento jurídico que carece de completitud y coherencia perfecta (Nino, 2005).

Ignorancia y opacidad del derecho

Llegando al final de la presente exposición, es capital delinear con mayor profundidad las ideas de la ignorancia y la opacidad del Derecho; buscar sus causas y tomar conciencia acerca de los posibles medios para su solución o, al menos, para tratar de que ambos fenómenos tengan un menor impacto en la sociedad.

Ambas nociones deben distinguirse. La ignorancia entraña una carencia, falta o privación de conocimiento. La carencia puede surgir porque simplemente no se sabe (nesciencia) o porque no se sabe lo que se debería saber (ignorancia propiamente dicha). La ignorancia puede contemplarse en dos momentos: con anterioridad a toda iniciativa del entendimiento en relación con la verdad, o en concomitancia con un estado del entendimiento en relación con esa misma verdad.

Estamos frente a la ignorancia del Derecho, pues, cuando un individuo no conoce la existencia misma de una norma.

Para distinguirla del error, éste no es carencia de conocimiento, sino la falsedad del

mismo. Supone, pues, una actividad incorrecta del entendimiento.

Dicho desconocimiento, que afecta a la sociedad en su conjunto, se puede deber a numerosas causas, y puede tener sus efectos más profundos cuanto mayor sea, en el grupo que lo padece, el grado de vulnerabilidad social, cultural, laboral, económica, etc.

El desconocimiento se puede presentar, entonces, en varias escalas y con varios matices. La ignorancia puede ser plena, aquejando a un individuo o a un grupo, que por diversas cuestiones sufre una situación de aculturación o marginalidad absolutas; o también puede presentarse de una forma semiplena o parcial, tanto al común de la gente como a un operador jurídico calificado, fruto de un ordenamiento jurídico complejo y cambiante (Cárcova, 2006).

La comprensión, como ya se ha dicho, implica un grado posterior al conocimiento de la norma, un surplus que lleva a que el individuo aprehenda a la norma, la tome y entienda todas las implicancias que la disposición arroja en la sociedad de la cual él es parte.

Dado que el conocimiento es un grado anterior a la comprensión, ésta última implica estar en condiciones de internalizar la norma, de hacerla parte del propio dispositivo psíquico, y si en términos de Derecho Penal hablamos, implica estar en condiciones, al menos, de asumir la antijuridicidad de la conducta, como nos recuerdan Cárcova y Zaffaroni (Cárcova, 2006).

La no comprensión del Derecho se vincula más que nada con factores relativos a la profusión normativa, a la complejidad técnica de los institutos, a factores ético-estructurales, a mecanismos de ocultación y ocultamiento, a contenidos ficcionales del Derecho y al multiculturalismo, marginalidad, desempleo y pobreza, entre otros. Ahondando en las causas de opacidad, es menester mencionar que tiene una heterogénea composición, en la medida que los sujetos desconocen por distintas razones “el estatuto jurídico de los actos que realizan”, según palabras del propio Cárcova, sea por no comprensión, por desconocimiento u opacidad, dependiendo ello de aspectos históricos, socio-culturales y socio-económicos, pero también ideológicos y hegemónicos, sobre todo estos dos últimos.

Zagrebelky argumenta que en la época actual se produce el fenómeno de la “pulverización del derecho legislativo”, originado por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, que llega al extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas. Esto lleva, dice el autor, a la desaparición de las características “clásicas” de la ley, donde “la creciente vitalidad de (los) grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas ad hoc (...), destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades” (Zagrebelky, 2011).

Continuando con su línea de pensamiento, Zagrebelky nos dice que la ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se ha convertido en un medio y causa de inestabilidad. “El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas -dice el autor italiano- que reclaman protección mediante el derecho, exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas” (Zagrebelky, 2011).

Respecto a la profusión normativa, ya fue señalado el fenómeno de la “inflación penal” o la “administrativización penal”. La denominada represividad excedente se canaliza, en una de sus vertientes, en el exceso represivo que dice relación con la legislación penal inflacionaria, con la expansión del derecho penal a través de la incesante tipificación de nuevos delitos y particularmente con el endurecimiento de las penas (Fernández, 1988).

Un tema también recurrente es el de la complejidad técnica de los institutos. Tal fenómeno ha sido acusado por Kirchmann en su famosa conferencia de Berlín de 1848, destacando la provisoriedad y contingencia del saber jurídico, para denegarle “status científico” al Derecho (Fernández, 2013).

El Derecho regula la vida social a través de normas jurídicas, las cuales construyen institutos a aplicar en caso de que se presente la necesidad de hacerlo, ante los casos concretos. Sucede que muchos de dichos institutos pecan de una complejidad tal que los hacen distanciarse de los destinatarios. Destinatarios entre los que no solo se encuentra “el pueblo”, la gente sin versación jurídica, sino también profesionales y operadores del Derecho. Como ya fue apuntado, muchas de las normas jurídicas están plegadas de una mala técnica legislativa, problemas de indeterminación, vaguedad, ambigüedad y contradicciones. Una de las tareas de la dogmática jurídica (la ciencia del Derecho), es justamente reducir la incerteza por esas cuestiones complejas (Bovino; Curtis, 2001).

A la vez, la no comprensión es fruto de importantes problemas que aquejan sobre todo a estas latitudes, tales como la marginalidad, la pobreza, el desempleo, etc., que llevan a una situación de grave aculturación y anomia, profundizada por la migración, la multiculturalidad y el pluralismo (Cárcova, 2006).

Existen también otras causas apuntadas por Cárcova, que llevan a un “aumento incesante de opacidad”, acompañado a un incremento también incesante de complejidad, y es la mayor diferenciación del subsistema jurídico, la variabilidad en aumento de sus posibilidades internas, la especialización constante de sus prestaciones y la singularización permanente de sus comunicaciones (Cárcova, 1998). La sociedad debería estar en condiciones de poner en funcionamiento recursos tanto económicos, como humanos, orgánicos y tecnológicos, con tal de llevar adelante la divulgación necesaria y fundamental acerca de los derechos y sus garantías, así como de las obligaciones entre todos los habitantes.

Conclusiones

El propósito de este trabajo fue reflexionar acerca de un tema que se ha ganado su lugar en la teoría crítica, desarrollado particularmente en Argentina, pero que sus notas reciben aplicación casi plena en Uruguay. Pese a no mostrar un profundo multiculturalismo -por no decir que es nulo-, las cuestiones de marginalidad y pobreza pueden mostrar cercanías con las causas de ignorancia o desconocimiento de

la ley en general, y lo que parece fundamental, de la ley penal, en tanto expresión de la intromisión más férrea del Estado en la esfera de libertad personal de cada uno de los que conformamos el país.

Estas ideas han tratado de officiar de criterio unificador de algunas pautas a llevar adelante para que el principio error iuris nocet no reciba una ciega aplicación, sino que su ámbito esté acotado para la protección estricta de bienes jurídicos indispensables y para llevar adelante un Derecho Penal mínimo, guiado por los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad.

El fenómeno del no conocimiento y de no comprensión -que varía de individuo en individuo- está presente en todas las personas, en las de "a pie" y en los juristas, acentuado por notas de pobreza. Es por esas razones que Cárcova ve planteado los fenómenos de ignorancia y opacidad como un subproducto de la anomia y de la marginación social, que ven su más cruda realidad cuanto más se hagan profundas las situaciones de falta de trabajo y de contención social, la falta de confianza en las instituciones y en los gobiernos, la corrupción generalizada, etc.

Ante tales problemas es menester tratar de buscar otras formas de distribución del saber jurídico, por más básico y esencial que sea, entre los juristas, en pos de una promoción de mayor conocimiento de las normas, como instrumento para asegurar una mejor protección de los derechos. Se debe poder acercar el contenido de la ley a las personas, a través de medios de comunicación masiva y de educación jurídica en todos los ámbitos de la enseñanza.

Como creen Aseff y Cárcova (Aseff, 1998), no es éste un problema menor en tanto y en cuanto contribuye a la manipulación de los sujetos y a la consolidación de aquellos que ejercen el poder, dado que la ley -dice Cairoli (Cairoli, 2000)- es creada por grupos de poder, que no se identifican en absoluto con la mayoría de la sociedad en la que viven, que tienen intereses por hartos distintos y concretos que para nada se relacionan con los de los demás y que en gran medida obedecen a grupos políticamente influyentes, que logran que se legisle una sanción para la protección de uno de sus propios valores, que no siempre coinciden con los de la sociedad.

A su vez, tampoco es este un tema ajeno a la Filosofía y a la Teoría General del Derecho, por cuanto la misma contribuye a la operatividad de lo jurídico, así como a sus formas de aplicación, donde el Derecho supone una norma jurídica conocida por todos, mientras que muchas veces es desconocida, sea por la mayoría, sea por una minoría que enfrenta problemas de difícil solución.

Referencias:

- Aseff, L. (1998). La teoría crítica en la Argentina. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21), 21-32. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/la-teora-critica-en-la-argentina-0/>
- Bovino, A. Courtis, C. (2001). Por una dogmática conscientemente política. En Courtis, C. *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

- Cairolí, M. (2000). El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales. Tomo I. Montevideo: FCU.
- Calvo García, M. (1986). La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (3), 113-127. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142373.pdf>
- Cárcova, C. (1998). Complejidad y Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (21), 65-78. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/complejidad-y-derecho-0/>
- Cárcova, C. (2006). La opacidad del Derecho. Madrid: Trotta.
- Fernández, G. (1995). Acerca del error de prohibición. *Revista de Ciencias Penales*, (1), 319-325.
- Fernández, G. (2004). Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: BdeF.
- Fernández, G. (2014). Cuestiones Actuales de Derecho Penal: papeles para el debate. Montevideo: FCU.
- Fernández, G. (1988). Derecho Penal y derechos humanos. Montevideo: IELSUR-Trilce.
- Fernández, G. (2013). Dogmática Penal y Teoría del Delito: una introducción. Montevideo: La Ley Uruguay.
- Fernández, G. (2015). El elemento subjetivo de justificación en Derecho Penal. Montevideo: BdeF.
- Fernández, G. (2010). La Teoría de las Normas en el Derecho Penal. Montevideo: FCU.
- García Inda, A. (2001). Cinco apuntes sobre Derecho y Postmodernidad. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 237-238. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/cinco-apuntes-sobre-derecho-y-postmodernidad-0/>
- González Stella, M. (1990). Relevancia de la ignorancia inevitable en el derecho penal, desde el punto de vista constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, (1-2), 225-232.
- Guastini, R. (1999). Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa.
- Habermas, J. (1987). Teoría de la Acción Comunicativa. Volumen I. Madrid: Taurus.
- Habermas, J. (1987). Teoría de la Acción Comunicativa. Volumen II. Madrid: Taurus.
- Hegel, G. (1937). Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Claridad.
- Kant, I. (1993). La Metafísica de las costumbres. Barcelona: Altaya.
- Langón Cuñarro, M. (2006). Manual de Derecho Penal Uruguayo. Montevideo: Ediciones del Foro.
- Luzón Peña, D. (1996). Curso de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Madrid: Universitas.
- Meliante Garcé, L. (2014). La crítica jurídica Latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional. *Revista de la Facultad de*

Derecho, (36), 153-183.

Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria de Jerez.

Nino, C. (2005). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Pérez Lledó, J. (1996). *Teorías Críticas del Derecho*. *El Derecho y la Justicia: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta.

Robles, G. (1993). *Sociología del Derecho*. Madrid: Civitas.

Ruiz, A. (2001). *Idas y Vueltas por una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Suárez Llanos, M. (2006). *El sueño de la codificación y el despertar del Derecho*.

Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, (29), 219-248. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/el-sueo-de-la-codificacin-y-el-despertar-del-derecho-0/>

Zaffaroni, E. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Zaffaroni, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Normas:

Uruguay. Ley N° 9.155, Código Penal. Diario Oficial, 13 de diciembre de 1933.

Uruguay. Ley N° 16.707, Ley de Seguridad Ciudadana. Diario Oficial, 19 de julio de 1995.

Jurisprudencia:

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno. Sentencia Definitiva N° 332/2007, 18 de octubre de 2007. Corujo, W. (Redactor), Balcaldi, J., Gomez, A. (Firmantes).

Uruguay. Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno. Sentencia Interlocutoria N° 334/2014, 23 de setiembre de 2014. Torres, S. (Redactor), Reyes, A., Vomero, R. (Firmantes).