

Comentario al fallo Pistorius

Implicancia práctica de las distintas teorías sobre el error que recae en los presupuestos de hecho de una causa de justificación.

Delfina Guardarucci

I. Síntesis del caso [\[arriba\]](#)

El atleta olímpico y paraolímpico Oscar Pistorius nació el 22 de noviembre de 1986 en la ciudad de Sandton, Johannesburgo, Sudáfrica. A la corta edad de once meses sufrió la amputación de sus dos piernas por padecer deficiencia fabular longitudinal (falta del peroné en ambas piernas por una malformación degenerativa).

Para poder trasladarse ágilmente, como también para competiciones deportivas, Oscar Pistorius utiliza unas prótesis trastibiales removibles.

El 14 de febrero del año 2013 a la madrugada Pistorius disparó mortalmente a su novia Reeva Steenkamp, quien se encontraba encerrada en el baño de la casa del atleta. Luego de efectuar los disparos el atleta abrió la puerta del baño a golpes con un palo de cricket, encontrando allí tendido el cuerpo de su novia. Intentó vanas tareas de resucitación e inmediatamente llamó al 911 y a sus guardias de seguridad. Los testigos declararon haberlo visto seriamente conmovido por los hechos.

Los informes periciales concluyeron que Reeva Steenkamp falleció tras haber sido alcanzada por cuatro tiros -uno de ellos en la cabeza- mientras se encontraba en una posición defensiva, con sus manos cubriéndole la cara.

A raíz de tales hechos, Oscar Pistorius fue acusado como autor penalmente responsable del delito de homicidio premeditado, el que según la legislación sudafricana conlleva una pena que va desde los 25 años de prisión hasta la cadena perpetua.

En el marco de dicha acusación, la Fiscalía sostuvo que la noche del homicidio el atleta paraolímpico había discutido con su novia, que ella se encerró en el baño huyendo de su ira y que Pistorius le disparó a conciencia.

Por su parte, la defensa no negó el supuesto fáctico en relación a la autoría de Oscar Pistorius en tales hechos, pero sostuvo que los disparos obedecieron pura y exclusivamente a un accidente. Que esa noche Pistorius creyó que un intruso había ingresado a su casa y que presa del temor efectuó cuatro disparos contra la puerta del baño, sin imaginar que quien se encontraba dentro era su novia.

II. Algunas aclaraciones conceptuales sobre las teorías del error [\[arriba\]](#)

El caso “Pistorius”, más allá de su trascendencia mediática, abre nuevamente un clásico debate del Derecho Penal vinculado a cómo deben ser resueltos estos supuestos en los que un sujeto comete un ilícito influenciado por un error.

La falibilidad del ser humano es una de las características que, por el momento, nos distinguen de las máquinas y de varias creaciones humanas. El derecho no es ajeno a dicha falibilidad, y a partir de ello se han desarrollado a lo largo de los años múltiples posturas y teorías vinculadas a la materia. Desde cómo clasificar los distintos errores, hasta qué consecuencias debería acarrear cada uno de ellos.

Hoy en día la principal forma de clasificar los errores, jurídicamente hablando, es distinguiendo entre error de tipo y error de prohibición, según el error recaiga sobre alguno de los elementos del tipo objetivo o sobre el contenido de las normas jurídicas.

El error de tipo podría definirse como aquel que recae sobre alguno o todos los elementos del tipo[1]. Los distintos tipos penales describen conductas que el derecho considera disvaliosas, y cuando el error recae en alguna de éstas descripciones típicas, nos encontramos frente a un supuesto de error de tipo.

En estos casos, cuando el error de tipo sea invencible, se excluirá tanto el dolo como la imprudencia, mientras que los supuestos de errores de tipo vencibles acarrearán la inaplicabilidad de la punibilidad prevista para la figura dolosa pero permanece intacta la imprudencia[2]. Lo que sucede en estos casos, más precisamente en el derecho penal argentino, es que nuestro Código Penal aborda los delitos culposos a través de un sistema de *numerus clausus*, lo cual conlleva en la mayoría de los casos a la impunidad de tales conductas por atipicidad.

El error de prohibición, a diferencia del error de tipo que excluye el dolo, se vincula directamente con la culpabilidad. En estos supuestos no se trata de si el sujeto confundió una circunstancia de hecho o un elemento normativo del tipo, sino que nos encontramos frente a individuos que incurrieron en una conducta típica pero con desconocimiento de su carácter de tal. Es decir, el dolo se encontraba presente en su accionar, pero el desconocimiento de la norma hace que nos cuestionemos sobre la culpabilidad que puede recaer sobre el mismo.

Cuando dicho error sea invencible implicará la ausencia de la culpabilidad, debido a que el sujeto no supo ni pudo saber que lo que él estaba realizando era una conducta típica disvaliosa para el derecho penal. Distinta será la solución cuando el error alegado por el sujeto sea vencible. En estos casos la culpabilidad no será doblegada, pero sí disminuida según las circunstancias particulares del caso en concreto.

Cuando hablamos del error sobre el presupuesto de hecho de una causa de justificación, nos encontramos frente situaciones en las que un sujeto cree que se están dando los presupuestos para que él pueda hacer uso de una causa de justificación, pero en realidad está errado, puesto que nada de ello estaba sucediendo realmente.

En torno a este instituto del Derecho Penal se han desarrollado vastísimas teorías, que no sólo definen la naturaleza dogmática del mismo, sino que proponen distintas consecuencias jurídicas para estos tipos de hechos. A grandes rasgos puede decirse que las mismas se dividen en dos grandes grupos. Por un lado las que entienden que esta clase de error debe ser resuelto del mismo modo en que son resueltos los errores de prohibición -Teoría Estricta de la Culpabilidad-, y por el otro las que lo identifican con las consecuencias jurídicas

propuestas para el error de tipo -Teoría del Dolo, Teoría Limitada de la Culpabilidad y Teoría de los Elementos Negativos del Tipo, entre otras[3]-.

Teoría del dolo: Los partidarios de esta teoría consideran el conocimiento de la antijuridicidad del hecho como necesario para que concurra el dolo, el cual se contempla en la culpabilidad.

Conciben al dolo como un *dolus malus*, el cual comprende tanto la voluntad consciente del hecho como también su significado antijurídico[4]. Debido a ello otorgan un tratamiento unitario al error, por lo cual se limitarán a distinguir si el error es vencible o invencible. De considerar que el error de Pistorius fue vencible le imputarán un homicidio imprudente por entender que, si bien el error excluyó el dolo, no hizo lo mismo con la culpa, la cual deja una vía de reproche a Pistorius en el marco de la imprudencia. Pero si el error hubiese sido invencible, no se le imputará ningún delito por entender que obró sin dolo pero también sin culpa. Nada podría haber hecho que lo aparte del error, por lo que nada puede serle imputado[5].

Teoría estricta de la culpabilidad: esta teoría -mayoritaria a nivel nacional[6]- vincula esta clase de error con el error de prohibición, por entender que el sujeto llevó a cabo su conducta creyendo que la ley lo amparaba, es decir que no estaba prohibida.

Los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad dirán que nos encontramos más precisamente ante un error de permisión ya que el error no recae sobre lo que se está haciendo sino sobre si eso está prohibido o no. En este caso afirmarían que Pistorius sabía lo que estaba haciendo -defendiéndose de un intruso- pero no sabía que estaba prohibido -por no darse los presupuestos que dan lugar a la legítima defensa-. Él supo y quiso dispararle al supuesto intruso pero no sabía que en realidad estaba prohibido por no existir “tal intruso”.

En caso de error invencible, el cual excluye completamente a la culpabilidad, la solución implicaría la consecuente exclusión de todo tipo de pena. Mientras que el error vencible si bien afecta a la culpabilidad no la excluye, por lo que condenarían a Pistorius por el delito de homicidio doloso, teniendo en cuenta el error -y solo de manera facultativa- al momento de graduar la pena[7].

Teoría limitada o restringida de la culpabilidad: Esta postura, dominante en Alemania, aplica a esta clase de error el tratamiento que propugna la teoría del dolo: en los supuestos de errores invencibles se estará por la impunidad mientras que los errores vencibles se imputarán a título de imprudencia[8].

Sancinetti refiere que dicha teoría se sustenta al evidenciar las analogías que tiene el error sobre presupuestos justificantes, tanto con el error de prohibición, por un lado, como con el error de tipo, por el otro. Así, refiere que se trata de un caso análogo al error de prohibición porque el autor, al saber que realiza el tipo, ya conoce “algo” que para el derecho no es indiferente, lo cual debería sugerirle al autor que no debe realizar esa conducta; pero que, desde otro punto de vista, este error es similar al error de tipo, porque el autor se comporta de modo “fiel al derecho”: “la motivación que ha conducido a la formación del dolo no se basa en una falta de actitud jurídica sino en un examen descuidado de la situación”[9].

Roxín la define como la teoría correcta y destaca que la idea politicocriminal que la sostiene no debería perderse mediante complicadas construcciones. Agrega que, quien supone circunstancias cuya concurrencia justificaría el hecho, actúa en razón de una finalidad que es completamente compatible con las normas del Derecho[10]. No puede equipararse a quien dolosamente efectúa una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico, con quien cree estar efectuando algo permitido pero que finalmente produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado. En estos últimos casos, lo más adecuado sería un reproche por imprudencia, por lo que la equiparación de estos supuestos con el error de tipo resulta imprescindible.

Es por ello que tratándose de un error vencible lo condenarían por un homicidio imprudente, y en caso de tratarse de un error invencible se hará a un lado tanto al dolo como a la imprudencia, acarreando ello la impunidad de la muerte ocasionada por Pistorius.

Teoría de los elementos negativos del tipo: esta teoría parte de la premisa de que el tipo del injusto (el tipo total del injusto, así es como lo llaman) está compuesto por un tipo positivo, que sería la prohibición contenida en el tipo objetivo, más un tipo negativo, el cual supone la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación. Es decir que el tipo del delito no describe por completo el hecho antijurídico sino sólo los elementos que lo fundamentan positivamente. El hecho antijurídico completo requiere además la ausencia de los presupuestos típicos de una causa de justificación[11].

Ello así, la suposición errónea de que concurren aquellos presupuestos supone un error sobre el tipo negativo, y por tanto, relativo al tipo total de injusto. Por todo ello, según esta teoría, no podría otorgársele tratamiento distinto al del error de tipo.

III. Veredicto del tribunal de Pretoria [\[arriba\]](#)

El 3 de marzo de 2014 comenzó el juicio en la ciudad de Pretoria, Sudáfrica -el cual se extendió durante seis meses-, dándose lectura al veredicto el 11 de septiembre. La sentencia del mismo será dada a conocer el día 13 de octubre.

El Tribunal absolvió a Pistorius por el delito de homicidio premeditado por entender que no hay pruebas suficientes para concluir que Pistorius disparó intencionalmente a su novia Reeva Steenkamp la noche de San Valentín. La Fiscalía no pudo acreditar que haya existido una discusión previa entre Oscar y su novia Reeva, ni que a raíz de esa discusión ella se haya escondido en el baño y luego él le efectuara los disparos.

Por el contrario, el sudafricano fue hallado culpable del delito de homicidio culposo. En la lectura del veredicto, la jueza Thokozile Masipa sostuvo que el atleta no asesinó a su novia sino que actuó influenciado por un error. Sostuvo que el acusado disparó el arma deliberadamente y no por accidente, pero que éste no podía prever que acabaría con la vida de la persona que se encontraba detrás de la puerta del baño.

La jueza señaló que fue la conducta de Pistorius inmediatamente posterior a los disparos la que la ayudó a formar opinión en relación a que debía ser absuelto del delito de asesinato. En ese sentido sostuvo “él actuó con prontitud en la búsqueda de ayuda poco después del incidente, llamó a un amigo, llamó al 911, llamó a la seguridad aunque casi no podía hablar por el llanto, incluso fue visto haciendo maniobras de resucitación sobre el cuerpo”. Afirmó

que su actuar luego de haber efectuado los disparos es contradictorio con el de alguien que pretende cometer un asesinato, agregando que “de todo ello, no puede asegurarse que el acusado tuviera la certeza de que quien estaba en el baño no era un intruso”.

Sin embargo, y más allá de entender que la conducta desplegada por Pistorius estuvo direccionada por la errónea creencia de que un intruso había ingresado a su casa, la jueza Masipa entendió que dicho error fue vencible.

Sin decirlo expresamente, al momento de narrar el modo en que se acontecieron los hechos la representante del organismo jurisdiccional dejó en claro que el accionar de Pistorius no fue producto de un error invencible, sino que el mismo se podría haber evitado de haber obrado prudentemente.

Para llegar a tal conclusión, recurrió al test por el cual se determina cómo habría actuado un “hombre razonable”, es decir, cómo se supone que debería haber actuado una tercera persona en su mismo lugar y bajo las mismas circunstancias.

En ese sentido, la magistrada sostuvo que “no hay duda de que actuó de forma ilegal al disparar a través de la puerta” y que “su comportamiento fue negligente”. Agregando finalmente que “los disparos no fueron razonables y que hizo uso de una fuerza excesiva la noche en cuestión”, lo que conlleva la aplicación de cargos por homicidio culposo.

Creo que por cómo se dieron los hechos, y coincidiendo con lo relatado por la jueza Masipa, el error en el que incurrió Oscar fue vencible. Ello es así puesto que si hubiese efectuado un control adecuado de las circunstancias podría haber salvado dicho error.

Si bien es cierto que todo ocurrió de noche, y que lo que se transmite en un largo relato sucedió en unos pocos segundos, no menos cierto es que una persona que se encuentra en su casa y escucha un ruido lo normal hubiese sido verificar que ese ruido no haya sido ocasionado por el tercero que también se encontraba en ese lugar, es decir, su novia. Aun en caso de verificar dicho extremo, y en un segundo momento, se hubiese esperado de Pistorius que antes de disparar y estando el supuesto intruso encerrado en el baño, tome las mínimas precauciones para asegurarse de que el mismo era un intruso y no su temerosa novia.

Lo cierto es que no hay baremos útiles que nos digan exactamente ante qué clase de error nos encontramos, por lo que será necesario analizar en cada caso en concreto las circunstancias y características no sólo del hecho sino también de los sujetos que participen del mismo. Por ejemplo, en el caso de Oscar Pistorius, no es un dato menor el hecho de que padeciera una discapacidad motriz desde los once meses de vida y que al momento de hecho se encontrara sin las prótesis puestas. Ello lo colocó en un grado de indefensión mayor, lo cual hizo que las decisiones por él tomadas sean más apresuradas y radicales. Probablemente de otro sujeto se hubiese esperado una defensa menos dañina o que primero corra a su pieza a ver a su novia y que luego vuelva corriendo a la escena del baño y ahí si defenderse. Pero ello no puede serle exigido a Pistorius. Su situación fue distinta, su perspectiva fue distinta, sus miedos fueron distintos, y por ende su respuesta fue distinta.

Más allá de las particularidades del hecho, y que lo salvan de ser tenido como un error burdo, no puede negarse que de haber puesto el cuidado debido Pistorius no hubiese

incurrido en tal error[12]. Pero ello no fue así, por lo que el no haber salido del error es imputable a su persona, no a título de dolo pero si de imprudencia.

En este punto debo hacer la aclaración correspondiente en relación que el presente no es un supuesto de exceso en la legítima defensa sino, como dijera anteriormente, que se trata de un caso de legítima defensa putativa. Mientras que las primeras presuponen la existencia de una causa de justificación en la cual el sujeto se excede en los límites de la misma, en las eximentes putativas -en este caso la legítima defensa putativa- nos encontramos frente a un supuesto de una causa de justificación sino que en realidad fue el efecto de un error lo que nos hizo creer que sí lo era.

De todo ello se desprende que el homicidio acaecido la noche del 14 de febrero fue producto de un error vencible de los presupuestos de hecho de una legítima defensa.

Como ya fuera dicho anteriormente, la doctrina está dividida respecto al modo en que deben resolverse estos casos. Por un lado, los partidarios de la Teoría estricta de la culpabilidad condenarían a Oscar Pistorius como autor de un homicidio doloso, teniendo en cuenta el error -y solo de manera facultativa- al momento de graduar la pena. Por el otro, los defensores de la Teoría de dolo, de la Teoría limitada de la culpabilidad y la de los Elementos negativos del tipo entienden que el hecho imputable a Oscar Pistorius es el de un homicidio culposo. Él supo que estaba disparando mortalmente contra otro pero creyó que no estaba efectuando un homicidio, sino que se estaba defendiendo legítimamente de un agresor. Es decir, que dentro de lo que él pudo haber percibido actuó conforme al derecho, más allá que luego se demuestre lo contrario. No hubo un desprecio por la norma, ni una conducta dolosa por parte de Pistorius.

Dicho ello, se desprende que la solución propuesta por la jueza Masipa, de condenar a Oscar Pistorius como autor del delito de homicidio culposo, evidencia una toma de postura que se identifica con la solución propuesta por estas últimas teorías, y no con la solución propuesta por la Teoría estricta de la culpabilidad .

IV. Toma de postura [\[arriba\]](#)

Empezando primero por las exigencias prácticas para luego abocarme a las dogmáticas, debo decir que la Teoría limitada de la culpabilidad -junto a las demás teorías que de un modo u otro llevan al mismo resultado- otorga soluciones más justas para estos supuestos, respetando los principios de proporcionalidad y pro homine.

Con ello quiero destacar que a partir de la misma y aun en los supuestos de errores vencibles, se puede dejar de lado la imputación a tipo doloso de un delito el cual fue llevado a cabo en un contexto errado, no deseado, por lo que la figura dolosa resultaría excesiva.

En ese sentido sostiene Jesús María Silva Sánchez que “si el establecimiento de una pena menos grave o incluso la despenalización de determinadas conductas no redundan en una menor eficacia preventiva, debe procederse a ello sin mayores dilaciones”[13].

Es que no debe olvidarse que detrás de toda imputación penal hay un sentido de orden social, el cual debe ser tenido en cuenta al momento de optar por las distintas soluciones que ofrece el amplio abanico de posibilidades.

En estos casos, en los que se pretende dilucidar qué tipo de pena le corresponde a un sujeto que víctima de un error vencible cometió un delito, tienen singular importancia las cuestiones de política criminal.

En ese sentido Roxin refiere que “si a un sujeto se le reprocha un delito como doloso o incluso -como hace la Teoría estricta de la culpabilidad- se le somete al marco penal establecido para delincuentes dolosos, se borra la diferencia básica entre el dolo y la imprudencia”[14]. Es por ello que no parecería correcto que al momento de calificar dicha conducta se hable sin más de un delito doloso, equiparándolo a los demás casos en los que el acto homicida se conoce, se busca, se entiende y se concreta.

El principio de proporcionalidad indica que los fines que persigue el Derecho Penal no pueden desentenderse del hecho cometido por el delincuente, por lo que debe rechazarse el establecimiento de conminaciones penales o la imposición de pena que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos[15]. Por lo que una valoración del hecho contemplativa de su contexto general impide una imputación de tamaña severidad para los delitos cometidos en el marco de una legítima defensa putativa.

Por otro lado, y siguiendo dentro de lo politicocriminalmente correcto, debo hacer mención al principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana, más conocido como principio pro homine. En ese sentido, Hassmer y Muñoz Conde señalaron que “el principio de humanidad correctamente entendido debería ser el principio rector de la política criminal”[16].

El principio pro homine es una guía de interpretación y aplicación de los institutos Derecho Penal, recordándonos a cada paso que el fin perseguido por el mismo no es la aplicación de modo indiscriminado de penas absurdas, innecesarias o excesivas, sino que el centro y la causa de todos los postulados del Derecho Penal tienen como dirección final el respeto por la dignidad humana.

El caso que nos convoca es uno más de aquellos a los cuales los principios de proporcionalidad y pro homine deben circunscribir. De nada sirve imputar a un sujeto por un delito doloso cuando se ha demostrado que su conducta fue errada. Y no solo hablamos de errores inevitables sino también de los evitables.

Es cierto que los errores inevitables excluyen absolutamente la tipicidad o la culpabilidad según hablemos de error de tipo o de prohibición, y que con los errores evitables no sucede lo mismo. Aun así, sea de un modo u otro el sujeto actuó producto de un error; por lo que más allá de las construcciones teóricas que intenten los dogmáticos, una interpretación respetuosa de los ya citados principios indica que la solución propuesta por la Teoría limitada de la culpabilidad es la que mejor se ajusta a lo que la sociedad pretende del Derecho Penal.

El motivo por el cual escogí a la Teoría limitada de la culpabilidad como la más adecuada, siendo que otras tantas conducen a los mismos resultados, se debe a la construcción teórica y sistemática de la misma la cual, a diferencia de otras, respeta los institutos del Derecho Penal sin efectuar deformaciones forzosas o creaciones innecesarias para fundamentar su contenido.

Como dijera anteriormente, la Teoría limitada de la culpabilidad sustenta su fundamento en base a la analogía que hace inicialmente con el error de prohibición -el sujeto sabe que está llevando a cabo una conducta prohibida-, y finalmente con el error de tipo -independientemente del yerro en el que recae el autor, éste cree que su comportamiento es conforme a derecho, y actúa en consecuencia-.

En otras palabras, el accionar desplegado por quien se defiende no se basa en una falta de actitud jurídica, es decir, en un desprecio por el ordenamiento jurídico, sino que se basa en un “examen descuidado de la situación”.

Por todo ello, y volviendo al fallo que nos convoca, entiendo que el fallo por el cual se condena a Oscar Pistorius como autor del delito de homicidio culposo no sólo es correcto por ajustarse a derecho, sino también y sobretodo por ser respetuoso de los principios de proporcionalidad, pro homine, y acorde a los lineamientos politicriminalmente establecidos en ese sentido.

[1] Cfr. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, B de F Montevideo Buenos Aires, 9na Edición Reimpresión, 2012, p. 278.

[2] Cfr. Maurach Reinhart, Heinz, Zipf, Derecho Penal. Parte general, Traducción de la séptima edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, 404.

[3] Vale la aclaración al respecto de que estas teorías no tienen las mismas bases dogmáticas, ni proponen idénticas consecuencias, pero todas ellas coinciden en efectuar un reproche por imprudencia en los casos de errores sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación. Entre otras pueden mencionarse la Teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica, la Teoría de la culpabilidad dependiente, la Teoría de la culpabilidad independiente en cuanto a las consecuencias jurídicas, la Teoría de las normas y la Teoría de la exclusión del ilícito doloso.

[4] Cfr. Mir Puig, 553.

[5] Cfr. Mir Puig, 555

[6] Que tiene como principales defensores de la misma a los Dres. Enrique Bacigalupo y Eugenio Raúl Zaffaroni.

[7] Cfr. Mir Puig, 556. Citando a Welzel, Nuevo sistema del Derecho Penal, p 117 ss.

[8] Cfr. Mir Puig, 556.

[9] Cfr. Sancinetti, Marcelo A., Sistema de la teoría del error en el Código Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 13-14, citando a Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Dunker & Humblot, Berlin, 3ra edición, 1978, 375..

[10] Cfr. Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La estructura de

la teoría del delito, Traducción de la 2da. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 583-584.

[11] Cfr. Mir Puig, 428 y 556.

[12] Cfr. Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte General, Tomo IV, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 253.

[13] Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Segunda edición ampliada y actualizada, Editorial BdeF Montevideo Buenos Aires, Buenos Aires, 2012, 388.

[14] Roxin, 584.

[15] Cfr. Silva Sánchez 413-414.

[16] Ídem 415-416. Citando Hassemer y Muñoz Conde “Introducción a la criminología”.