

PUNIBILIDAD Y RESPONSABILIDAD CRIMINAL*

LUIS RODRIGUEZ COLLAO
Universidad Católica de Valparaíso

I

La noción de *punibilidad* es uno de los puntos más debatidos en el campo de la dogmática penal. La polémica, en verdad, no es nueva: aparece con los primeros intentos por sistematizar el concepto de delito y ha estado presente a largo de toda la evolución de la teoría elaborada en torno a él. Si bien el debate se ha extendido a todos los países de nuestro medio cultural, éste indudablemente cobra mayor intensidad en aquellas naciones, como España y Chile, cuyo ordenamiento jurídico incluye, dentro de la definición de delito, la exigencia de ser una *conducta penada por la ley*.

Las dudas que suscita el tema de la punibilidad van desde su denominación hasta si es procedente conferirle un lugar específico dentro del sistema. Por su parte, entre quienes le dan cabida en sus construcciones dogmáticas, tampoco hay unanimidad de pareceres acerca de su ubicación, de su contenido y de la función que está llamada a desempeñar en el concierto de las instituciones penales.

Contrariamente a lo que algunos sostienen¹, la discusión sobre el tema de la punibilidad no carece de valor. En verdad, las consecuencias que derivan de la adopción de una postura definida, particularmente en lo que atañe a la naturaleza de aquel elemento, son de gran interés, entre otras cosas, para llegar a una adecuada conceptualización, e incluso para pronunciarse sobre la admisibilidad de varias figuras que normalmente se asocian con él, cual es el caso de las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad*.

Siendo muy ajeno a nuestro propósito el desarrollar aquí una verdadera teoría sobre el tema de la punibilidad, sólo nos anima la idea de explicar por qué dicho elemento resulta ser una categoría insoslayable en cualquier elaboración dogmática

* El presente trabajo deriva del proyecto de investigación "Formulación de una teoría general de la responsabilidad penal" ejecutado, con el patrocinio de FONDECYT, durante los años 1993 y 1994.

¹ Es el caso de CREUS (*Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 276), quien califica de *dogmáticamente inútil* el prolongado debate surgido en relación con el tema de la punibilidad.

que tome como base el ordenamiento jurídico chileno, para exponer enseguida cuál es, en nuestra opinión, su contenido; cuáles sus fundamentos y cuál, en fin, el papel que desempeña dentro del sistema del derecho penal.

II

La oscuridad que reina en torno al tema de la punibilidad se debe en gran medida a razones semánticas. Hay, en efecto, dentro del bagaje conceptual de nuestra disciplina, varios términos afines, tanto en su significado como en su forma de expresión, cuyo sentido -para hacer más confuso aún el panorama-, varía de un idioma a otro, generalmente con matices extremadamente sutiles.

Entre los términos que alguna similitud guardan con la idea de punibilidad, cabe mencionar los conceptos de penalidad, penabilidad, merecimiento de pena y necesidad de pena. Todos ellos tienen, sin embargo, un significado muy diferente al de aquella expresión. El término *penalidad*, en efecto, según el criterio más difundido en nuestros días, alude al marco penal abstracto señalado en la ley para cada hipótesis delictiva², si bien algunos autores aún lo utilizan como sinónimo de punibilidad³. El término *penabilidad*, por su parte, que figura en algunas traducciones de textos alemanes, carece de un sentido concreto y específico en idioma castellano, motivo por el cual no corresponde atribuirle un referente entre las instituciones propias del derecho penal⁴. Las expresiones *merecimiento de pena* y *necesidad de pena*, también derivadas de la lengua alemana, pero cuyo uso está muy difundido en la doctrina española e iberoamericana, aluden, más que a instituciones penales específicas, a determinados caracteres que algunas de ellas revisten y que dicen relación con los fundamentos de la reacción punitiva estatal.

III

El término *punibilidad*, por su parte, suele ser entendido, ya como posibilidad abstracta de imponer un castigo, ya como posibilidad *concreta* de aplicarlo. En el primer sentido, alude al delito y a la pena en su momento normativo, esto es, como instituciones estrictamente jurídicas. En el segundo, en cambio, hace referencia al hecho delictivo y a la sanción en un plano fáctico, es decir, como fenómenos que se materializan en el mundo real.

2 Cfr. RIVACOBA, *Función y Aplicación de la Pena*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 7-8.

3 Esta forma de proceder, actualmente minoritaria, la encontramos en los textos de ANTON ONECA (*Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Akal, 1986, p. 261) y MUÑOZ CONDE (*Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis, 1990, pp. 5 y 171-172). Entre nosotros, también, en NOVOA: *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo I, 2ª ed., Santiago, Ediar Conosur, 1985, pp. 231-233 y 239.

4 Cfr. la explicación que, al respecto, ofrece ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1988, pp. 16-17.

Como acertadamente advierte Zaffaroni⁵, los autores suelen pasar por alto esta dualidad de significados, abanderizándose por uno solo de ellos. En este contexto, prima de modo indiscutible el criterio que concibe la punibilidad en términos concretos; siendo éste, precisamente, el sentido en que dicho concepto es explicado por la mayor parte de los autores contemporáneos⁶, aun por aquellos que le niegan su condición de categoría dogmática autónoma.

La verdad, sin embargo, es que, al menos en idioma castellano, no hay inconveniente para llamar punibilidad tanto a la cualidad de ser sancionable penalmente una conducta, que en abstracto va implícita en todo delito, como a la concreta posibilidad de imponer pena al autor de un hecho delictivo.

Desde una perspectiva jurídica, por su parte, esos dos significados no sólo son perfectamente conciliables, sino que, además, se encuentran en una relación de mutua dependencia.

Precisado lo que hemos de entender por punibilidad, veamos ahora cuáles son las opiniones que registra la doctrina acerca del papel que aquélla está llamada a desempeñar dentro del sistema del derecho penal. Los pareceres se orientan en cinco direcciones bien definidas:

a) Unos estiman que la punibilidad no cumple una función específica en la fundamentación de la ilicitud o de la culpabilidad, ni tiene una materialidad propia, de modo que ninguna razón existe para erigirla como componente autónomo dentro de la estructura del concepto de delito. Si sería, en cambio, una referencia conceptual necesaria para definirlo, y, según algunos, para diferenciarlo de otras clases de infracciones.

b) Otros, en cambio, consideran que la punibilidad es un elemento que debe agregarse a los caracteres constitutivos del ilícito penal, esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Su materialidad estaría constituida por todos aquellos requerimientos de necesidad y oportunidad exigidos para la imposición de una pena, y su función específica sería la de conferir un sustento sistemático a todas aquellas situaciones en que la ley libera de castigo por ser éste innecesario o inoportuno (por ejemplo: incumplimiento de una condición objetiva de punibilidad o concurrencia de una excusa legal absolutoria). La punibilidad sería, entonces, lo que "otorga relevancia jurídico-penal a la conducta"⁷, gozando sobre el resto de los elementos de una cierta prioridad lógica, y relacionándose con la tipicidad y con la antijuridicidad por el hecho que la conminación legal se actualiza cuando el sujeto incurre en una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico y descrito en el tipo correspondien-

5 ZAFFARONI (n. 4), p. 16.

6 En la doctrina nacional, entienden la punibilidad según el sentido expresado en el texto, CURY: *Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 97 y GARRIDO: *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 25-27. Disienten de este parecer, LABATUT (*Derecho Penal*), tomo I, 8ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 98-99 y 179) y NOVOA (n. 3, pp. 231-233 y 239), quienes la conciben como el hecho de estar penalmente sancionada una conducta en la ley.

7 JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 131 ss.

te⁸. Algunos partidarios de este criterio sostienen, asimismo, que como la estructura de la norma penal está formada por la hipótesis o precepto y por la sanción, y como esta última debe estar siempre presente e íntimamente ligada a la hipótesis, queda de manifiesto la necesidad de conferir a la punibilidad un lugar, en lo posible preferente, dentro de la estructura del delito⁹.

c) Una tercera opinión concibe también la punibilidad como un componente de la estructura del delito, pero no le reconoce autonomía, sino que la vincula específicamente con la tipicidad. Quienes siguen este camino, lo hacen con el propósito de brindar a las condiciones objetivas de punibilidad una ubicación sistemática que salve el reparo, dirigido en contra de ellas, de no ser compatibles con las exigencias que impone el principio de culpabilidad. Al incorporarse al tipo, dichas condiciones tendrían que quedar cubiertas por el dolo, al igual que el resto de los elementos objetivos, con lo cual se entiende superado el reparo.

d) Otra corriente de opinión concibe la punibilidad no como un componente del delito, sino como una consecuencia de su configuración. Puesto que la aceptación de este criterio supone marginar la punibilidad del concepto de delito, como alternativa se propone ubicarla sistemáticamente dentro de la llamada *teoría de la pena*.

e) Por último, un importante sector de la doctrina simplemente niega a la punibilidad cualquier función dentro del sistema del derecho penal. Este criterio se funda básicamente en el hecho de ser aquél un concepto difuso, desprovisto de un referente en el plano de la realidad, y que no desarrolla otra función que no sea la de permitir agrupar bajo esa denominación una serie de elementos ajenos a lo injusto y a la culpabilidad. Si bien nadie podría poner en duda -razonan los partidarios de esta posición- que la punibilidad opera como juicio de relación entre el delito y la pena, examinando el asunto desde una perspectiva jurídica, aquélla desempeñaría un papel meramente referencial y no instrumental, pues no aporta un nuevo elemento de valoración sobre el hecho o el autor. La simple necesidad de dar acomodo a una serie de instituciones dispersas -concluyen- no es motivo suficiente para concebirla como categoría dogmática autónoma¹⁰. Con todo, algunos autores, a pesar de reconocer que la punibilidad tiene un contenido propio, sostienen que la improcedencia de asignarle un lugar dentro del sistema obedece a la circunstancia de ser demasiado excepcionales las situaciones en que ella resulta excluida¹¹.

⁸ ARILLA BAS, *La punibilidad*, en *Criminalia*, México, 1957, N° 3, p. 197.

⁹ DEL ROSAL: *Derecho Penal Español*, tomo I, Madrid, Aguirre Torre Impresor, 1960, p. 488.

¹⁰ Precisamente, en este sentido, se ha pronunciado MAPELLI CAFFRENA: *Estudio Jurídico-dogmático sobre las Llamadas Condiciones Objetivas de Punibilidad*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, pp. 50-57.

¹¹ En este sentido, CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal Español*, tomo I, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1985, pp. 255-256.

Para determinar cuál de las posiciones que acabamos de reseñar es la que mejor se aviene con las particularidades del ordenamiento jurídico chileno, es preciso referir, aunque sea someramente, las disposiciones que por lo general son propuestas como sustento dogmático de la noción de punibilidad.

En primer término, se menciona un número reducido, pero no por ello menos significativo, de preceptos que supeditan el castigo de determinados delitos al cumplimiento de una *condición objetiva de punibilidad*, es decir, a la verificación de un hecho ajeno al tipo y cuya concurrencia no depende de la voluntad del hechor.

En segundo lugar, se hace referencia a un grupo también reducido de situaciones en las cuales el ordenamiento jurídico opta por excluir, respecto de ciertas personas, el castigo de un delito ya configurado, en virtud de consideraciones político-criminales. Son las llamadas *excusas legales absolutorias*, cuya presencia en el ordenamiento jurídico prácticamente nadie discute.

Enseguida, se suele mencionar también aquellos preceptos que consagran situaciones de privilegio, igualmente de carácter personal, pero basadas en consideraciones de índole política, tanto de orden interno como externo. Es el caso de las *inmunidades* reconocidas en favor de los gobernantes y representantes diplomáticos de otros países.

Se menciona, en fin, un grupo de disposiciones que supedita la aplicación de la pena al cumplimiento de ciertos presupuestos de índole procesal, como lo es, por ejemplo, el ejercicio de la acción en aquellos delitos que sólo pueden ser perseguidos a requerimiento de la víctima. Es decir, las llamadas *condiciones de perseguibilidad* del hecho delictivo.

VI

Todas las situaciones que acabamos de reseñar tienen en común el hecho de resultar excluida la pena, a pesar de concurrir los requisitos exigidos para la configuración del delito. Por decirlo con otras palabras, en estos casos el autor queda liberado de castigo, a pesar de haber ejecutado cuanto el tipo exigía de su parte y de haber actuado, también con voluntad y conocimiento respecto de todo lo que era susceptible de ser aprehendido por su mente al momento de realizar la conducta delictiva.

Es cierto que aquellas situaciones tienen un contenido muy vasto y heterogéneo, sin embargo, la presencia de un denominador común, cual es su ajenidad respecto de lo injusto y de la culpabilidad, no sólo justifica plenamente su estructuración como categoría dogmática autónoma, sino que además nos alerta sobre la improcedencia de remitir ese material normativo a cualquier otra de las instituciones que integran el sistema del derecho penal.

Ahora bien, entendida la punibilidad como la posibilidad concreta de imponer una pena, no existe inconveniente para que la estructuración dogmática de las situaciones referidas en el acápite anterior se realice con base en dicho concepto. Todo ese material normativo, en efecto, atiende al delito en un plano real, y supone un juicio acerca de la procedencia de castigar un hecho delictivo ya configurado. En otros términos: supone un pronunciamiento acerca de si es o no *punible* una conducta delictiva en particular.

Más aún, como no existe en el bagaje conceptual de nuestra disciplina un término que exprese con mayor exactitud la idea que subyace en esas disposiciones, y salvo que se pretenda excluirlas del sistema, el recurso a la noción de punibilidad no sólo es un asunto de conveniencia, sino una verdadera necesidad.

VII

Ya hemos insinuado que el contenido de la noción de punibilidad es vasto y heterogéneo. De hecho, el examen acerca de si un determinado delito es o no punible, debería hacerse extensivo a consideraciones procesales y de derecho penal sustantivo y, por otra parte, tanto a factores de índole personal (cuales los que se tienen en cuenta respecto de las *excusas legales absolutorias*) como material (así los que sirven de base a las *condiciones objetivas de punibilidad*).

Sin embargo, no obstante la heterogeneidad de su contenido, todos los criterios que subyacen en la idea de punibilidad, entendida en términos concretos, giran en torno a dos ideas centrales: la *oportunidad* y la *conveniencia* del castigo. Por su parte, en los textos doctrinales más recientes, ambas ideas suelen aparecer reunidas bajo el concepto genérico de *necesidad de pena*, el cual, a su vez, por lo general es confrontado con el de *merecimiento de pena*.

Puesto que el delito es, en esencia, un acto punible, se acostumbra a afirmar que por el solo hecho de reunir una conducta las notas distintivas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, puede afirmarse que ella es, al menos en abstracto, *merecedora de pena*.

Sin embargo, la circunstancia de que una conducta sea merecedora de pena no quiere decir que ella, en lo concreto, deba ser siempre sancionada. Esto último dependerá de razones ajenas a las que se tienen en cuenta al formular los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las cuales tienen que ver, fundamentalmente, con la función utilitaria que suele reconocerse a la pena y que determinan la *necesidad* de aplicarla en cada caso concreto.

Así concebido su fundamento, la punibilidad, examinada desde una perspectiva concreta, tiene su razón de ser en que la ilicitud y la culpabilidad, en su condición de elementos estructurales del delito, no siempre justifican por sí solos la imposición de una pena. Esto es así, porque la aplicación efectiva de esta última, y a fin de hacer posible el cumplimiento de metas preventivas, especialmente preventivo generales, debe considerar otros factores -específicamente, razones de política criminal vinculadas con la utilidad y con la oportunidad de la reacción estatal- que justifiquen el recurso al principal instrumento coactivo con que cuenta el Estado para la protección del orden social¹².

Si bien la doctrina ha visto surgir otros intentos por conciliar la idea de *necesidad de pena* con las categorías dogmáticas tradicionales, y especialmente con el tema de la culpabilidad¹³, la opinión mayoritaria se inclina por introducir ese com-

12 Cfr. MAPELLI CAFFARENA (n. 10), pp. 50-53.

13 Es el caso de GIMBERNAT (*Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, pp. 140-161), quien ha llegado a sugerir la supresión de la categoría de la culpabilidad, por ser, en su concepto, una exigencia que se basa en un presupuesto de imposible constata-

ponente de contenido primordialmente extrajurídico en la esfera del elemento *punibilidad*, camino que es seguido tanto por quienes lo incluyen dentro de la estructura del delito, como por quienes lo consideran una consecuencia de éste. Es, también la posición que cabe adoptar frente a un ordenamiento jurídico como el nuestro, que ve en la culpabilidad un juicio de reproche fundado exclusivamente en factores de índole personal.

VIII

Concebida la punibilidad como categoría dogmática que tiene su razón de ser en los requerimientos de conveniencia y oportunidad insertos en la idea de necesidad de pena, cabe preguntarse ahora cuál es la ubicación que corresponde atribuirle dentro del sistema del derecho penal.

Como es sabido, para la mayor parte de quienes le dan cabida en sus construcciones dogmáticas, la punibilidad debe ser tratada como un componente de la noción de delito. Esta posición es plenamente concordante con el criterio que concibe aquel elemento en términos abstractos, porque, desde esta perspectiva, el hecho de ser penalmente sancionable es una nota distintiva de todo delito, tanto del que efectivamente es castigado como del que no lo es. Sin embargo, de concebirse la punibilidad en términos concretos, es decir, como la posibilidad efectiva de imponer una pena, aquélla no puede ser situada al interior de la estructura del delito.

En efecto, si la punibilidad, así concebida, formara parte de la estructura del delito, éste no alcanzaría a configurarse -o desaparecería-, en caso de estar ausente aquélla. Pero muy bien sabemos que el propio ordenamiento jurídico reconoce que, bajo determinados supuestos, la concurrencia de una situación excluyente de la punibilidad deja a salvo el delito, como sucede, por ejemplo, ante una excusa legal absolutoria.

Lo que en verdad sucede es que la punibilidad, mirada desde una perspectiva concreta, se origina en la comisión de un delito, y en esta virtud sólo cabe considerarla como una consecuencia de éste¹⁴. En tal sentido, nos parece que la ubicación correcta para aquel elemento es el lugar que cualquier elaboración dogmática respetuosa del contenido del ordenamiento penal debiera destinar al tema de la responsabilidad criminal¹⁵.

En efecto, conforme a su costumbre de polarizar el campo del derecho penal, la doctrina distribuye su contenido entre la teoría del delito y la llamada *teoría* de la

ción, y la sustitución de tal requerimiento por el de necesidad de pena. Es en cierto modo también, aunque con matices diferentes, la idea que sobre este punto inspira el pensamiento de ROXIN (*Política Criminal y Estructura del Delito*, trad. Bustos - Hormazábal, Barcelona, PPU., 1992, pp. 115-143). En general sobre el tema, Cfr. CORDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 33-35.

14 Cfr. ANTOLISEI: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., actualizada por Luigi Conti, trad. Guerrero - Ayerra, Bogotá, Temis, 1988, pp. 523-524.

15 Basta, en efecto, un examen superficial del articulado de nuestro Código, como así también de la mayor parte de los textos de origen hispánico, para advertir que muchas de las instituciones penales aparecen referidas al concepto de responsabilidad criminal, el cual, sin embargo, no ha sido objeto hasta ahora de una adecuada sistematización.

pena, sin advertir que entre ambos extremos el propio ordenamiento jurídico ha previsto un importante nexo, cual es el concepto de responsabilidad criminal.

Frente a cualquier ordenamiento que presuma la inocencia de las personas, no procede afirmar que un individuo es penalmente responsable mientras no exista un juicio de condena en su contra. Tal pronunciamiento supone, por una parte, que el órgano jurisdiccional constate la efectiva configuración del delito y, por otra, que determine la correspondiente punibilidad del hecho delictivo. Desde esta perspectiva, la punibilidad asume la condición de presupuesto para el surgimiento de responsabilidad criminal, y es con este carácter que aquélla ha de ser incluida dentro del sistema del derecho penal.

Así como no es correcto vincular la punibilidad con el delito -en cuanto éste puede existir sin aquélla-, tampoco nos parece acertado relacionarla sistemáticamente con la pena. La sanción penal, en efecto, puede resultar excluida, sin que por ello deje de ser *punible* el hecho delictivo, como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que opera una causal de extinción de responsabilidad penal antes de que comience a hacerse efectiva la condena. Por decirlo con otras palabras, y siguiendo la explicación que sobre este punto ofrece Zaffaroni¹⁶, "una conducta típica, antijurídica y culpable a la que el derecho penal impide la aplicación de pena, no deja de ser digna de pena, sino que no se le aplica la pena de que es digna."

Queda de manifiesto, en consecuencia, que la responsabilidad penal es lo único que inevitablemente cobra realidad en caso de ser punible un determinado delito, y lo único, también, que indefectiblemente resulta excluido en caso de no serlo. De ahí, no sólo la conveniencia, sino también el imperativo de vincular el tema de la punibilidad con el de la responsabilidad criminal.

IX

Puesto que la punibilidad, apreciada en un sentido abstracto, es una nota inherente al delito, el hecho de ser delictiva una conducta concreta constituye un indicio acerca de que ésta también es punible. En otras palabras, la punibilidad no precisa ser demostrada en cada caso, correspondiendo a los jueces únicamente la misión de investigar la posible concurrencia de algún factor que pudiera excluirla.

Esta forma de concebir la punibilidad lleva necesariamente a tener que reconocer que los factores de los cuales depende sólo pueden operar en un sentido restrictivo de la punición. Es decir, frente al marco sancionatorio previsto para cada delito, las consideraciones relativas a la necesidad de la pena sólo pueden conducir a una disminución o a una exclusión del castigo establecido de modo abstracto en la ley¹⁷.

¹⁶ ZAFFARONI, *Tratado*, V (n. 4), p. 16.

¹⁷ Recordemos que si bien hay *atenuantes* cuya única razón de ser son consideraciones de política criminal -como aquellas que consisten en hechos, o en simples antecedentes, anteriores o posteriores al delito-, todas las *agravantes* tienen su fundamento en razones vinculadas a lo ilícito o a la culpabilidad.

Lo que acabamos de decir está estrechamente vinculado con uno de los puntos que más debate ha generado en torno al tema de la punibilidad: el del conocimiento de los presupuestos fácticos que la determinan o excluyen. Como es sabido, para la configuración del delito se requiere que el sujeto conozca los diversos elementos que integran la faz objetiva del tipo y, además, la antijuridicidad de la conducta ejecutada. Por el contrario, en caso de faltar ese conocimiento, el delito se ve excluido por ausencia de dolo (error de tipo) o de culpabilidad (error de prohibición), respectivamente. Junto a estas dos formas de conocimiento y, por consiguiente, de error, es posible concebir una tercera, esta vez referida a la *punibilidad*, cuyo contenido serían, fundamentalmente, los presupuestos fácticos de las excusas legales absolutorias, de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas personales de exclusión de la pena.

La tesis dominante -al menos, en la doctrina alemana, española e iberoamericana- niega efecto excusante al error que versa sobre la punibilidad¹⁸, tomando como base que el contenido de este último elemento es independiente, tanto de lo injusto como de la culpabilidad, planteamiento que es acogido por quienes sitúan la punibilidad dentro de las categorías estructurales del delito, y también por quienes la consideran una consecuencia de su configuración.

En España, además, se sostiene que esta clase de error no tiene cabida dentro de la fórmula del artículo 6 bis a), párrafo primero del Código Penal, que al tratar la falta de conocimiento sobre las circunstancias incorporadas al tipo, alude a los *elementos esenciales integrantes de la infracción penal* y a aquellos que *agravan la pena*, categorías que, indudablemente, no logran captar el contenido de la punibilidad.

Si bien, en términos generales, la doctrina reconoce que a la luz de la preceptiva vigente sólo es posible afirmar la irrelevancia del error que versa sobre la punibilidad, varios autores plantean, de *lege ferenda*, que lo deseable sería que el conocimiento exigible a quien delinque se haga extensivo también a dicho extremo. Este planteamiento se funda en que la ineficacia del error sobre la punibilidad iría en desmedro del concepto de dignidad personal, lo cual obviamente debería mover a reformular aquellas soluciones legislativas que pugnen con tal principio. Desde la óptica de la función preventivo-especial, se funda también en que la falta de conciencia sobre los efectos penales del comportamiento delictivo impide que la sanción pueda desarrollar un cometido resocializador¹⁹.

Esporádicamente han surgido, especialmente en Alemania, opiniones que proclaman la necesidad de extender los requerimientos cognitivos a la punibilidad, fundándose algunas de ellas en que la irrelevancia de esta clase de error sería incompatible con la plena vigencia del principio de culpabilidad.

En fecha más reciente, esta posición ha sido defendida, aunque en un sentido diverso, por Bacigalupo, quien afirma que la antijuridicidad material resulta insuficiente para caracterizar la desaprobación jurídico penal del hecho, la cual depende

18 Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, *Las Condiciones Objetivas de Punibilidad*, Madrid, Edersa, 1989, pp. 120-125.

19 Cfr. MAPELLI CAFFARENA (n. 10), pp. 121-125; MARTÍNEZ PÉREZ (n. 18), p. 122.

sustancialmente de la amenaza de pena para su realización. Es decir, de su punibilidad. De ahí que el error que pue la recaer sobre esta última ha de merecer la misma solución que el desconocimiento acerca de la ilicitud del acto ejecutado. Advierte, eso sí, que el conocimiento de la punibilidad no ha de hacerse extensivo a la gravedad de la amenaza, es decir, a la cuantía específica de la pena; pero que a partir del conocimiento de la ilicitud puede perfectamente deducirse el conocimiento acerca de la punibilidad²⁰.

También en contra de las tesis dominante, se ha manifestado Bustos, quien tras admitir que el error sobre la punibilidad no puede quedar comprendido en la fórmula española relativa al desconocimiento de los elementos del tipo, sostiene que aquél sí puede llegar a producir algún efecto a nivel de culpabilidad. A pesar de que discrepa de Bacigalupo, -afirma, a diferencia de éste, que tal creencia errónea no puede ser asimilada al error invencible sobre la ilicitud del obrar-, pero plantea que sí podría postularse una fórmula análoga a la del error de prohibición vencible (aunque no por una menor conciencia de la ilicitud, "sino más bien en razón a una exigibilidad disminuida de otra conducta"), fundándose en que si los elementos incorporados a la punibilidad se basan en razones de oportunidad o necesidad de pena, la circunstancia que un individuo crea estar amparado en una causal que excluye la punibilidad del hecho -pese a tener conciencia de su ilicitud general-, debiera ser tomada en cuenta, no como un caso de error de prohibición, sino como una situación que determina una menor necesidad de pena respecto del autor concreto²¹.

En nuestro concepto, está en lo cierto la tesis dominante cuando niega efecto excusante al error que versa sobre la punibilidad del hecho realizado. Este planteamiento supone considerar, en primer término, que dicho elemento, al menos en el ordenamiento jurídico chileno, es independiente tanto de la ilicitud como de la culpabilidad, y, enseguida, que, a diferencia de éstos, posee un efecto restrictivo de la punición, operando, como es obvio, en favor del delincuente. En otras palabras, frente a un mandato general de castigo de determinada conducta, el propio legislador opta por excluir de este efecto determinadas situaciones respecto de las cuales operan factores político-criminales vinculados con la necesidad u oportunidad de la pena. En estas circunstancias, los antecedentes en que se funda la punibilidad no quedan comprendidos por los requerimientos cognitivos inherentes al principio de culpabilidad, precisamente porque éstos se orientan a encauzar la actividad sancionatoria, rodeándola de un mínimo de garantías, entre las cuales se cuenta la de que no se vuelva en contra del individuo una circunstancia que éste no tuvo la posibilidad de prever. Pero no puede decirse lo mismo respecto de aquellos factores que cumplen una función restrictiva de la punición, como es el caso de aquellos que integran el contenido de la punibilidad.

20 BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, pp. 269-271.

21 BUSTOS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. puesta al día por Hornazábal Malarée, Barcelona, PPU., 1994, pp. 409 y 517-518.