

ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE JUSTIFICACIÓN

Javier Esteban de la FUENTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve referencia a la evolución de la teoría del error*. III. *La posición correcta*. IV. *Los efectos del error de prohibición en el Código Penal Argentino*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El problema del error sobre los presupuestos objetivos que sirven de base a una causa de justificación constituye uno de los puntos que mayores discusiones genera en la teoría jurídica del delito. Básicamente la cuestión se centra en determinar si en tales supuestos existe un error de tipo que excluye el dolo del autor o, por el contrario, estamos en presencia de un caso más de error de prohibición, cuyos efectos deben limitarse al ámbito de la culpabilidad.

Uno de los ejemplos más gráficos del tema que nos ocupa es el viejo caso resuelto por el Tribunal Supremo Español:¹

A las nueve, aproximadamente, de la noche del 28 de enero último se dirigía Manuel a su casa, y al llegar un poco más allá de la Plaza de Toros, frente a las casas números 81 y 83, en cuyo punto no había alumbrado público, oyó la voz de un hombre que a una distancia de unos ocho pasos le decía: “boca abajo, y entrega el dinero”, al oír lo cual Manuel le disparó inmediatamente dos tiros con una pistola. Acto seguido distinguió la voz de su amigo Miguel, que era el que le había hecho la intimi-

¹ STS, 17 de marzo de 1885, citado por Rodríguez Mourullo, G., *Legítima defensa real y putativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 13; transcrito también en Donna, Edgardo Alberto, *Casos y fallos de derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 385.

dación disimulando la voz, que le decía: “¡Hay, Manuel, que me has matado!”, y acudiendo en auxilio de Miguel, sostuvo su cuerpo, que se desplomaba diciéndole: “¡Miguel, Miguel, habla, por Dios, que me vas a perder!”, comprendiendo entonces que había sido objeto de una broma.

Obviamente, para entrar en la discusión acerca de si este caso constituye un supuesto de error de tipo o de error de prohibición es preciso aclarar primero que se adopta una concepción “dualista” sobre lo injusto, donde este no se fundamenta exclusivamente en el desvalor de acción, sino también en el de resultado.²

Por el contrario, una teoría subjetiva de lo injusto lleva necesariamente a aceptar que los casos de error inevitable sobre los elementos objetivos de justificación deben ser resueltos como supuestos de justificación real.

Al decir de Zielinski, “que el autor realice un acto de defensa o de salvamento, únicamente lo decide la intención de acción determinada por él”, ...la cual, tiende a la defensa o al salvamento de un objeto de bien jurídico aún cuando en realidad no exista ni un objeto de bien jurídico a salvar, ni un peligro para el supuesto objeto, ni sea apropiada la acción dirigida a la eliminación de este supuesto peligro, sólo mientras el autor crea emplear un medio idóneo para la eliminación de un peligro real para un objeto de bien jurídico efectivamente existente. Por ello, toda defensa necesaria putativa es *acción* de defensa necesaria en todo el sentido del concepto, y realiza el mismo valor de acción que la defensa necesaria consumada, dado que esta finalidad no se distingue de aquélla.³

² Véase Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1998, t. II, pp. 154 y ss.

³ Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 274. Desde su punto de vista, “si el disvalor de acción ya fundamentado no es suprimido ni por circunstancias objetivas de justificación ni por propósitos subjetivos, entonces, sólo puede ser compensado por un valor positivo comparable en la cualidad de valor, por un valor de acción” (*idem*). Es decir, “así como para el disvalor de acción y para el ilícito no importan las circunstancias *objetivas*, reales, sino únicamente la situación de acción representada por el autor y la meta de acción perseguida por él, así también, para el valor de acción y para la exclusión del ilícito, tampoco importan las circunstancias *objetivas*, reales, sino las representadas por el autor”. *Ibidem*, p. 313.

En igual sentido, Sancinetti expresa que “si la tentativa acabada es el prototipo del hecho punible —todo el ilícito posible—, también la tentativa de preservar el valor preponderante en la situación de conflicto de valores (para decirlo así: *tentativa de justifica-*

En el presente trabajo intentaré hacer una defensa de la teoría estricta de la culpabilidad, defendida por Hans Welzel, sin duda uno de los pensadores más relevantes de la dogmática penal, a quien hoy estamos homenajear. Es decir, aquella que considera que el caso propuesto debe ser resuelto como un supuesto de error de prohibición.

II. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR

El supuesto de error sobre los elementos objetivos de justificación ha recibido diferentes tratamientos:

1. *Error de hecho versus error de derecho*

En un primer momento, la doctrina y la jurisprudencia basaban todo el problema en la diferenciación entre error de hecho y de derecho.

Partiendo del principio *error iuris nocet*, previsto en la legislación civil,⁴ se pensaba que tan sólo el “error de hecho” podía eximir de responsabilidad o al menos eliminar la forma dolosa. Es decir, según esta concepción, la “conciencia del ilícito” no era un elemento de análisis en la

ción), tiene que determinar la exclusión del ilícito. Si el resultado disvalioso no puede agregar nada al contenido del ilícito, a la operatividad de la norma prohibitiva o imperativa, así también el resultado valioso del salvamento efectivamente concretado será incapaz de influir en absoluto en el contenido de la justificación, en la operatividad del precepto permisivo. Esto significa, básicamente, que una teoría del ilícito circunscripta al disvalor de acción tiene que dar una respuesta favorable al autor —ya en el ámbito del ilícito— si él obra guiado por una voluntad de protección de un bien jurídico preponderante; el valor de acción representado por el autor tiene que ser tan decisivo para la justificación, como el disvalor lo es en el ámbito de la realización del tipo” Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 531.

Desde una posición subjetivista, considera que, en los casos de error inevitable sobre los presupuestos objetivos de justificación, la conducta debe quedar justificada. Cuello Contreras, Joaquín, *El derecho penal español. Parte general*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 785 y ss., y 1107.

También entienden que cuando el error es inevitable, deben aplicarse las reglas de la justificación. Garibaldi, Gustavo E. y Pitlevnik, Leonardo G., *Error y delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 140.

⁴ El artículo 20 del Código Civil establece que “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por ley”.

teoría jurídica del delito. A los fines penales importaba únicamente que el autor haya conocido aquellas circunstancias descritas por la ley como acción u omisión punible, pero de ningún modo correspondía exigir la conciencia de antijuridicidad de la conducta.⁵

Obviamente esta posición resulta insostenible porque conduce a resultados sumamente injustos. Si un sujeto destruye o se apodera de una cosa, desconociendo por un “error jurídico” que aquélla es ajena, debería de todas formas ser castigado como autor doloso de daño o hurto, solución inadmisibles, dado que al fin y al cabo el autor no conoció uno de los elementos exigidos por el tipo objetivo.

Para evitar estos inconvenientes, dentro del error de derecho se comenzó a distinguir entre “error de derecho penal” y “error de derecho extrapenal”, considerándose que éste último podía llegar a excluir la responsabilidad por su semejanza con el error sobre los hechos.⁶

⁵ Una recepción de este principio puede verse en Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1972, t. I, p. 258. También la distinción entre error de hecho y de derecho fue utilizada por la doctrina argentina basándose en el artículo 34 del CP. Efectuando una referencia al desarrollo histórico del error de prohibición, Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*, Buenos Aires, Astrea, 1995, t. II, pp. 266 y ss., quien en este punto recuerda las opiniones de González Roura, Octavio, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Abeledo, 1922, t. II, p. 40, y Ramos, Juan P., *Curso de derecho penal*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1938, t. II, p. 106.

En Alemania, la jurisprudencia del Tribunal Superior Imperial también siguió en sus comienzos esta posición, considerando irrelevante el error sobre la punibilidad o la mera prohibición del hecho. Como lo expresa Frisch, “se argumentaba en forma marcadamente positivista: en el ámbito del error, la ley sólo conocería como causa de exclusión de la pena el error sobre las circunstancias del hecho”. Frisch, Wolfgang, “El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad”, *El error en el derecho penal*, trad. de Enrique Peñaranda, Buenos Aires, Ad-hoc, 1999, p. 17.

⁶ En España, hasta la reforma de 1983, el Tribunal Supremo mantenía la distinción entre error de hecho y error de derecho, atribuyendo eficacia excusante sólo al primero, y al segundo únicamente cuando versare sobre una norma extrapenal (error de derecho extrapenal), véase Jubert, Ujala Joschi, “El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, Fascículo III, septiembre-diciembre, MCMLXXXVII, pp. 699 y ss. En Alemania, el Tribunal Superior Imperial también adoptó la diferenciación entre el error de derecho penal y de derecho extrapenal, considerando, por ejemplo, relevante al error sobre la ajenidad de la cosa sustraída por desconocimiento de la regulación jurídico-civil, o al error sobre la existencia de un deber jurídico-tributario de contribuir (véase Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, nota 5, p. 20).

En Argentina, por ejemplo, se sostenía que el artículo 34, inciso 1, CP, únicamente admite el error o la ignorancia de hecho, considerándose como error de hecho “al recaído sobre las características jurídicas estructurantes del hecho delictivo” —error de derecho extrapenal—, pero dejando fuera de la regulación al error sobre el derecho penal.⁷

Este punto de vista tampoco resulta adecuado a la luz del principio de culpabilidad. Si aceptamos que uno de los presupuestos de la culpabilidad del autor es la consciencia de lo ilícito, el error sobre la misma anti-juridicidad de la conducta, en ciertos casos, puede excluir el juicio de reproche. Como hoy admite mayoritariamente la doctrina, para que el sujeto sea culpable debe haber tenido al menos la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su acción. Además de ello, como se ha puesto de manifiesto, la distinción entre error de derecho penal y extrapenal resulta muy confusa.⁸

Sin perjuicio de las fuertes críticas mencionadas, en lo que aquí nos interesa, está claro que los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación constituyen supuestos de *error sobre los hechos*, por lo que, quienes defendían estas posturas, aceptaban sin mayores inconven-

⁷ Véase Núñez, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, t. II, p. 106, quien sostenía que el obstáculo principal para admitir, con la eficacia de regla general, la eficacia exculpatoria del error de derecho, entendido como el que recae sobre la existencia del precepto incriminatorio de un hecho dado, sea que se ignore su vigencia o se yerre sobre su alcance real, es el artículo 20 del Código Civil, según el cual: ‘La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por ley’.

También Soler se refiere a este problema señalando que nuestra ley adopta la vieja distinción entre error de hecho y de derecho, procedente del derecho romano. No obstante, el autor alude a las críticas que merece esta solución, sobre todo en infracciones leves. Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Tea, 1970, t. II, p. 68.

Oderigo, por su parte, trae el siguiente ejemplo jurisprudencial: “la retención indebida por el hotelero, del equipaje del pensionista moroso, en ignorancia de la supresión de ese derecho, importa un error de derecho civil, condicionante de la pena, y, en consecuencia, equiparable al error de hecho” (C.C.C., L.L. 70-10). Oderigo, Mario A., *Código Penal Anotado*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 36.

⁸ Véase Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho penal parte general*, 7a. ed., trad. de Jorge Bofill Gensch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, t. I, p. 645; también con ejemplos Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 11a. ed., trad. de Juan Bustos Ramirez y Servio Yáñez Pérez, Santiago, Jurídica de Chile, 1993,

nientes la exclusión del dolo en el autor, dejando subsistente la posibilidad de castigar por imprudencia en caso de que el error haya sido vencible.⁹

En cambio, debía sostenerse la irrelevancia de otras clases de error como el que recae sobre la misma prohibición (error de prohibición directo) o sobre la existencia o límites de la causa de justificación (error de prohibición indirecto).¹⁰

2. Teoría del dolo

Advirtiendo los resultados a los que conducía la posición que negaba toda relevancia al error sobre la ilicitud de la conducta, la doctrina comenzó a sostener que no parecía adecuado castigar al sujeto que incurre, sin ninguna culpa, en un error sobre la antijuridicidad, naciendo así la llamada teoría del dolo.

Desde este punto de vista, el dolo, como elemento de la culpabilidad, no exigía sólo el conocimiento de los hechos, sino también la conciencia del ilícito.¹¹ Para obrar dolosamente no era suficiente con el conocimiento de los elementos del tipo, sino que el autor, además, debía saber que su conducta era antijurídica. Por otra parte, como elemento del dolo, la conciencia del ilícito debía ser actual y efectiva, no bastando con un

⁹ Núñez, Ricardo, *op. cit.*, nota 7, p. 114; Soler, Sebastián, *op. cit.*, nota 7, p. 76; Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal, Parte General*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, t. II, p. 328; Oderigo, Mario, *op. cit.*, nota 7, p. 36, con claros ejemplos de la jurisprudencia: “incurre en error de hecho el que da muerte a otro en la creencia justificada de que era víctima, a altas horas de la noche, en una habitación oscura, de una agresión ilegítima” (C.C.C., *Fallos*, I, 500; J.A., 22, 1193); “no es punible quien, derribado el sujeto al suelo por su agresor, hiere a una persona que se le aproxima, en la creencia de que se trata de un compañero de aquel” (J.A., 67, 664; L.L., 15, 993).

¹⁰ Esta última clase de error (error sobre la existencia o límites de una causa de justificación) no debe confundirse con el error sobre los requisitos de hecho o presupuestos fácticos de una causa de justificación que es el que aquí nos interesa.

¹¹ Siguiendo la teoría del dolo, por ejemplo, Antón Oneca, José, *Derecho penal parte general*, Madrid, 1949, p. 206, y Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Losada, 1963, t. 2, p. 470; Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, 18a. ed., Madrid, Dykinson, 1995, p. 461.

conocimiento meramente potencial,¹² lo que, sin lugar a dudas, reducía considerablemente el ámbito del dolo.¹³

Conforme a esta posición, entonces, la punición a título de dolo debía excluirse cuando el autor había incurrido en un error sobre la ilicitud de su comportamiento, subsistiendo una eventual responsabilidad imprudente para los casos de error evitable.¹⁴

Este punto de vista conduce a una rotunda equiparación del error de tipo con el de prohibición. Cualquier clase de error excluye el dolo, resultando indiferente que afectara el conocimiento de los elementos del tipo o la conciencia de lo ilícito. Fácil resultaba advertir que esta posición genera importantes lagunas de punibilidad, pues si el delito no prevé la forma culposa, todos los casos de error de prohibición “evitable” debían resolverse con la impunidad.¹⁵

Como claramente lo expone Welzel, “la teoría del dolo no puede poner en práctica seriamente su tesis. El dolo requiere una conciencia (percepción o representación) real, actual, de los elementos del tipo en el momento del hecho. El autor tiene, sin embargo, raras veces, una con-

¹² Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 646.

¹³ Como señala Welzel, “para la forma de conciencia del dolo no basta este *saber* inactual y sólo actualizable, sino únicamente una conciencia efectiva, presente y actual. Pero si se quiere exigir esta representación actual de la antijuridicidad en el momento de su ejecución, entonces apenas se darían hechos dolosos en este sentido. La teoría del dolo tendría que conformarse más bien con un *conocimiento* de lo injusto en el sentido de *saber* inactual, pero actualizable; mas ha de tener en cuenta que tal forma de conciencia no basta para el dolo de hecho (tipo)” Welzel, Hans, *ibidem*, p. 189.

¹⁴ Véase un análisis de esta posición en Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, nota 5, p. 18.

¹⁵ Esto es evidente en los sistemas como el del Código Penal Argentino o el nuevo Código Penal Español, que adoptan el principio de “*numerus clausus*” en materia de delitos culposos. Como afirma Cerezo Mir, “la teoría del dolo tropieza con graves inconvenientes desde un punto de vista político-criminal en los Códigos en que...rige el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, ya que se producen graves lagunas en la punibilidad. Por ello, el Tribunal Supremo alemán —tanto el Reichsgericht como, después de la segunda guerra mundial el Bundesgerichtshof— no la aplicó nunca. En España nuestro Tribunal Supremo pudo aplicarla porque hasta la entrada en vigor del Código de 1995 no se seguía aquel principio sino el del castigo de la realización por imprudencia, siempre que fuera posible, de todas las figuras delictivas, con excepciones, que se multiplicaron a partir de la Ley Orgánica de 21 de junio de 1989”. Cerezo Mir, José, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2001, t. III (Teoría jurídica del delito), p. 119.

ciencia de esta índole sobre la antijuridicidad...”.¹⁶ Es decir, “el dolo y el conocimiento de lo injusto requieren psicológicamente dos formas distintas de conciencia: aquel exige necesariamente la representación, o la percepción, *actual* en el momento del hecho; el segundo se conforma con un saber *inactual*”.¹⁷

Desde este punto de vista, Roxin señala, con razón, que “es incompatible con la función del derecho como ordenamiento objetivo el que la teoría del dolo ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios; basta sólo con no tomar conciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza penal”.¹⁸

Los propios defensores de esta teoría advirtieron el problema y trataron de restringir sus alcances:

- a) Uno de los caminos fue limitar, respecto de la conciencia de lo ilícito, la importancia del requisito de “actualidad” en el dolo, señalando que éste subsiste cuando el autor se comporta con notable indiferencia social, es decir, con una actitud de “enemistad frente al derecho”. Este ha sido el criterio seguido por Mezger quien, pese a sostener que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del

¹⁶ Welzel, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de José Cerezo Mir, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2001 (reimpresión de la 1a. ed. en castellano, Barcelona, Ariel, 1964), p. 163.

¹⁷ Sostiene el autor que “La teoría del dolo desconoce que el hombre tiene la responsabilidad de la corrección de su decisión, en la medida de su capacidad de conocimiento ético-social. Por ello, se le ha de reprochar su resolución de voluntad antijurídica no sólo cuando conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla... La teoría del dolo restringe este concepto de la culpabilidad: la mera creencia subjetiva del autor en la juridicidad de su conducta debe liberarle de toda culpabilidad (mientras no esté sancionada con pena la comisión culposa del hecho)”. *Ibidem*, p. 166.

¹⁸ Roxin, Claus, *Derecho penal parte general*, 2a. ed., trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 864. En forma contundente afirma: “ya no se castiga lo que el legislador conmina con pena, sino lo que el particular considera prohibido”.

No obstante, es cierto lo afirmado por Muñoz Conde, en el sentido de que “nadie podrá discutirle a esta teoría el mérito indiscutible de haber sido la primera en poner de relieve la necesidad, por consideraciones intrasistemáticas y políticocriminales evidentes, de exigir el conocimiento de la antijuridicidad como requisito indispensable para la imposición de una pena”. Muñoz Conde, Francisco, *El error en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blach, 1989, p. 26.

dolo, consideró que debía establecerse una excepción para los casos de “ceguera jurídica” o “enemistad hacia el derecho”.¹⁹

Pero dicha solución ha merecido fuertes reparos doctrinales. En primer lugar, se introduce un concepto vago e indeterminado en el ámbito de la culpabilidad, lo que resulta sumamente peligroso. Además de ello, esta tesis parte de una presunción irrefutable de que el error del autor era inexcusable, sin analizar el contenido de culpabilidad de cada caso particular.²⁰ Pero lo más grave es que impone el castigo a título de dolo, aunque en el caso no se haya demostrado la existencia de un “conocimiento actual” de uno de sus elementos.²¹

b) La otra vía ha sido propugnar la creación de un tipo penal que castigue como delito autónomo el obrar bajo error vencible de prohibición, o bien, agregar a cada tipo doloso un delito de perpetración bajo la forma de “culpa jurídica”. Es decir, en los supuestos en que el autor incurra en un error evitable sobre la ilicitud no podrá imponerse la pena del delito doloso realizado, pero sí la del mencionado tipo especial, con lo que se evitarían los casos de impunidad.²²

Pero dicha postura iba claramente en contra de la esencia misma de la teoría del dolo, al establecer un trato diferente para los supuestos de error sobre los elementos objetivos del tipo y de error sobre la ilicitud. Ade-

¹⁹ Véase Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1949, t. II, pp. 139 y ss.

²⁰ En palabras de Welzel, la fórmula propuesta infringe el principio de culpabilidad, pues “priva al autor de una causal de exculpación, al establecer la ficción irrefutable de que su error no es excusable”, es decir, “abre la posibilidad de una concepción jurídica autoritaria, para decretar como obligatoria una determinada visión en problemas jurídicos y de reprobar de modo irrefutable, como inexcusable, toda desviación de ella, incluso el error sobre la misma”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 16, p. 165.

²¹ Como señala Welzel de acuerdo a esta concepción “la conducta *hostil al derecho* no debe ser conducta dolosa; sin embargo, el autor que actúa como hostil al derecho (luego sin dolo) será castigado por hecho doloso en la sentencia. Esto es una ficción y una transgresión del principio constitucional *nulla poena sine lege*. Pues, cuando la ley impone pena sólo por conducta dolosa, no puede el juez sin autorización legal castigar *como* conducta dolosa una conducta no dolosa”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 190; en igual sentido, Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 16, p. 165.

²² Este criterio es defendido por Horst Schoröder y Torío López, véase Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 15, p. 120.

más, se oponía claramente al principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes²³ que, en rigor, constituye una consecuencia del principio constitucional de legalidad.

No obstante, con relación al caso que nos ocupa, está claro que para la teoría del dolo, el error sobre los presupuestos objetivos de justificación en cualquier caso debe excluir el dolo y eventualmente dejar subsistente la forma culposa, cuando ella esté prevista. Sin perjuicio de las tesis restrictivas de Mezger, Schröder y Torío López, en los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, la equivocación recae sobre los hechos y no sobre la ilicitud, por lo que la exclusión del dolo es una consecuencia evidente, debiendo analizarse sólo la posible responsabilidad imprudente.

En Argentina, los seguidores de la teoría del dolo han encontrado un límite claro en la propia ley penal, pues, conforme al artículo 34 inciso 1 del CP, es suficiente con que el autor “haya podido comprender la criminalidad del acto”, de modo que basta con una consciencia meramente potencial de la ilicitud. Es decir, basta con que el autor “pueda” comprender para aplicar la figura dolosa, aunque en el caso no lo haya hecho.²⁴

3. Teoría de la culpabilidad

Es la tesis basada doctrinalmente en Welzel,²⁵ y también fue adoptada por el Tribunal Supremo Federal de Alemania.²⁶ El punto central es la clara delimitación entre el dolo y la conciencia del ilícito. Aquél pertenece únicamente al tipo subjetivo y consiste exclusivamente en el conocimiento y la voluntad de los elementos objetivos del tipo penal.

²³ Véase Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 191; Cerezo Mir, Jose, *op. cit.*, nota 15, p. 120.

²⁴ Fontán Balestra expresa que “en la ley argentina, el error de derecho no tiene otra puerta de entrada que la falta de conciencia de la criminalidad del acto requerida por el artículo 34, 1o. como contenido del dolo”. Agrega el autor que “tal solución sólo es posible con la ‘teoría del dolo’; de suerte que de tener que optar por una teoría que ‘abra caminos’ en el Código Argentino, debe optarse por la del dolo”, Fontán Palestra, *op. cit.*, nota 9, p. 322.

²⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 194 y ss., y nota 16, p. 173.

²⁶ *BGHSt* 2, 194. Esta sentencia marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia. Se encuentra transcripta en Eser, Albin y Burkhardt, Björn, *Derecho penal*, trad. de Silvina Basigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Colex, 1995, pp. 285 y ss.

La conciencia de la ilicitud, en cambio, es un presupuesto de la culpabilidad, y representa un juicio acerca de la posibilidad que el autor concreto tiene de reconocer, en el caso dado, lo permitido de su actuar.²⁷ Como lo expresa Welzel:

...un hecho no es ya reprochable porque el autor conociera o pudiera conocer sus circunstancias que pertenecen al tipo, sino sólo si conocía, o podía conocer, también, su *antijuridicidad*. Al conocimiento o cognoscibilidad de la realización del tipo tiene que añadirse el conocimiento o la cognoscibilidad de la antijuridicidad.²⁸

A diferencia de lo que sucede en el dolo, a los fines de la conciencia del ilícito alcanza con un conocimiento meramente potencial. Basta con que el autor haya “tenido la posibilidad” de conocer la desaprobación jurídica de su conducta.²⁹ De acuerdo a ello, para que la culpabilidad se excluya, el error de prohibición debe ser inevitable. Si el error es evitable tan sólo se puede llegar a una disminución de la pena debido al menor contenido de culpabilidad.³⁰

De esta forma se logra una clara diferenciación entre el error de tipo (sobre los elementos del tipo) y el error de prohibición (sobre la ilicitud), abandonándose, por otra parte, el criterio de distinción entre error de hecho y de derecho.³¹

²⁷ Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 650.

²⁸ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 16, p. 160. Por otra parte, “objeto de reproche de culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 195.

²⁹ El Tribunal Constitucional Federal alemán ha sostenido que la solución de la teoría de la culpabilidad no resulta inconstitucional –BverfGE, 42, 121 (124 y ss.). Véase Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, nota 5, p. 38.

³⁰ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 195, y nota 16, p. 174.

³¹ *Ibidem*, pp. 196 y ss. Como señala Cerezo Mir, “el error sobre un elemento del tipo suele ser un error de hecho, pero no siempre es así. Será un error de derecho si versa sobre un elemento normativo del tipo que lleve implícita una referencia a conceptos o normas de otro sector del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el error sobre el carácter mueble o ajeno de la cosa sustraída en el hurto). El error de prohibición suele ser de derecho, pero puede ser también un error de hecho. Este será el caso en los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos que sirven de base a una causa de justificación”. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, pp. 116 y ss.

Ahora bien, respecto al caso que aquí nos interesa, dentro de la teoría de la culpabilidad existen dos variantes:

A. *Teoría estricta de la culpabilidad*

De acuerdo con la teoría pura de la culpabilidad, el error sobre los presupuestos objetivos que sirven de base a una causa de justificación constituye un supuesto más de error de prohibición. Como señala Welzel:

...sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causa de justificación o crea erróneamente que concurre una causal de justificación que no está reconocida como tal por el derecho, en todos estos casos incurre en error sobre la antijuridicidad de su realización dolosa típica.³²

Está claro que en dicha hipótesis el autor obra dolosamente, pues tiene el conocimiento y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. No se trata de un problema de ausencia del dolo, sino de conciencia de lo ilícito. El autor obra sabiendo que está realizando los elementos objetivos del tipo, aunque cree, por un error sobre los hechos, que en el caso concreto se encuentra autorizado por una causa de justificación.³³

En consecuencia, el error sobre los presupuestos objetivos de justificación debe resolverse conforme a las reglas del error de prohibición. Si es inevitable elimina completamente el juicio de culpabilidad y, por lo tanto, la pena; pero si es evitable, únicamente puede generar una atenuación de la sanción. A diferencia de la posición que veremos posterior-

³² Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 199, y nota 16, p. 181, con el siguiente ejemplo: “quien lesiona corporalmente a otro, porque se imagina agredido por él (legítima defensa putativa) o porque cree admisible herirlo con el fin de detenerlo (error sobre los límites del derecho de detención), o porque piensa que se puede corregir corporalmente al que injuria (suposición errónea de una causa de justificación no reconocida jurídicamente), comete en todos estos casos una lesión corporal dolosa en la creencia de estar autorizado para ello”.

³³ En el ejemplo del Tribunal Supremo Español, “Manuel” al realizar la acción entendía perfectamente que estaba matando, o al menos, lesionando a otra persona, aunque lo haya hecho en la creencia de que su conducta estaba justificada.

mente, aunque no se haya previsto para esa conducta un tipo penal culposo, está claro que el hecho no queda impune.

B. *Teoría restringida de la culpabilidad*

Un sector importante de la doctrina comparte los fundamentos básicos de la teoría de la culpabilidad, es decir, reconoce que el dolo no incluye la conciencia de lo ilícito, pues esta constituye un elemento propio de la culpabilidad, aceptando, obviamente, la clara diferenciación entre el error de tipo y de prohibición.

Sin embargo, estos autores, en lo que hace al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de justificación, no están conformes con la solución de la teoría estricta de la culpabilidad. El caso no se debe resolver aplicando el régimen del error de prohibición, sino las reglas del error de tipo. En los supuestos de error sobre la justificación se dice que la idea del autor acerca de lo lícito y lo ilícito coincide con el derecho; el sujeto es “en sí leal al derecho”,³⁴ de modo que darle a estos casos un tratamiento jurídico distinto “conduce a resultados incompatibles con el sentimiento de justicia”.³⁵

La diferencia práctica fundamental entre las teorías estrictas y restringidas de la culpabilidad se aprecia en materia de error “evitable”, especialmente cuando el delito no tiene prevista la forma imprudente. Mientras que para la tesis estricta, el autor, aun cuando se le imponga una pena atenuada, debe ser castigado, para la teoría restringida el hecho quedaría impune.

³⁴ Como señala Roxin, “lo que pretende es jurídicamente intachable no sólo según su opinión subjetiva —no decisiva—, sino también según el juicio objetivo del legislador”. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 18, p. 584; en el mismo sentido, Jakobs, Günter, *Derecho penal parte general*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 447.

³⁵ Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal parte general*, 5a. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, p. 498. Para criticar la teoría estricta de la culpabilidad, los autores aluden a los siguientes ejemplos: el soldado que dispara sobre un compañero al confundirlo imprudentemente con un enemigo, sería castigado por homicidio; el viandante que golpea en un ojo al ladrón a pesar de que habría podido darse cuenta de que un funcionario de policía le prestaba ayuda, tendría que ser castigado por una lesión corporal grave.

Para llegar a la aplicación del régimen del error de tipo se utilizan diversos caminos.

a. Teoría de los elementos negativos del tipo penal

Para esta posición, la tipicidad no debe ser entendida como mero indicio de antijuridicidad, sino que en el tipo penal debe completarse todo el juicio de antijuridicidad de la conducta. De ahí que —se afirma— corresponde distinguir un “tipo positivo”, integrado por el conjunto de elementos que fundamentan positivamente lo injusto (descripción de la acción contraria al bien jurídico), y un “tipo negativo”, configurado por la ausencia de causas de justificación.

En consecuencia, como señala Luzón Peña:

...si las causas de justificación son elementos negativos del tipo (global o completo) porque, al igual que los elementos positivos, son presupuestos —ahora negativos— de la prohibición, la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos, sean elementos descriptivos o normativos, de una causa de justificación es un error de tipo con todas sus consecuencias.³⁶

Desde este punto de vista, se ha sostenido que el error sobre los requisitos de justificación es “un error sobre elementos de la infracción” —previsto en el anterior artículo 6 bis, inciso *a*, I del Código Penal Español o en el actual artículo 14.1— que puede denominarse como “error de tipo”,³⁷ pues con esta expresión se abarca “tanto el error sobre el tipo positivo (o tipo en sentido estricto) como el error sobre el tipo negativo (que comprende la ausencia de los presupuestos de la justificación)”. Por otra parte, “en esta clase de error no se desconoce directa-

³⁶ Véase Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal*, Madrid, Universidad, 1996, pp. 464 y ss. También Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 34 y, aunque con otra terminología, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*, 4a. ed., Barcelona, 1996, p. 558. En Argentina se ha volcado a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo, véase Spolansky, Norberto, *Error, dolo y condiciones negativas del tipo penal*, en L.L., t. 150, p. 256.

³⁷ Jubert, Ujala Joshi, *op. cit.*, nota 6, p. 717.

mente la antijuridicidad, sino que se yerra sobre la presencia de elementos o hechos de la infracción”.^{38 39}

b. Teoría de la aplicación analógica del error de tipo

Otro sector sin defender la tesis de los elementos negativos entiende que estamos en presencia de un supuesto especial de error, que no constituye ni error de tipo ni error de prohibición. Sin embargo, teniendo en cuenta las semejanzas que existen, lo más adecuado es resolver el caso aplicando “analógicamente” las reglas del error sobre el tipo.⁴⁰

La consecuencia que genera esta posición es que al aplicar la solución del error de tipo llega al mismo resultado que la teoría de los elementos negativos del tipo, en el sentido de que en el caso analizado se debe excluir el dolo del autor.⁴¹ De este modo, si el error es invencible se excluye la tipicidad, mientras que si es vencible, el autor debe responder por imprudencia.⁴²

³⁸ *Ibidem*, p. 718.

³⁹ En contra de la teoría de los elementos negativos del tipo, fundamentalmente Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 96 y 200; Hirsch, Hans, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, L. Bonn, Röhrscheid, 1960 (traducción en preparación por Dirk Styma, Rubinzal-Culzoni), y Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 8, pp. 85 y ss.

⁴⁰ Stratenwerth pone el siguiente ejemplo: “la aptitud de un autor notablemente temeroso que, al regresar por la noche a su casa, se defiende con su pistola del *asalto* a un transeúnte inofensivo, coincide más con el comportamiento del que efectúa un disparo imprudente que con el de un delincuente violento que hace uso de su arma de fuego sin mayores reflexiones. Es decir, la mayor cercanía de estos supuestos se da con relación al error de tipo y no al de prohibición”. Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., trad. de Nancy Gladys Romero, Madrid, Edersa, t. I, p. 161). Este punto de vista ha tenido muchos adherentes en la doctrina: véase con amplias referencias, Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 18, p. 580.

⁴¹ Señala Roxin: “actúa dolosamente quien se decide por una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico (aún cuando no conozca esa prohibición). A quien, sin embargo, se guía por representaciones que también en un enjuiciamiento objetivo se dirigen a algo jurídicamente permitido, y produce un resultado indeseado por falta de atención y cuidado, le es aplicable el reproche de la imprudencia. Así sucede en el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, que en consecuencia hay que equiparar a un error de tipo”. *Ibidem*, p. 584.

⁴² Como señala Stratenwerth, “la suposición errónea de una situación justificante excluye la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso. Entra aquí en consideración, de acuerdo con el § 16 I, 2, solamente la sanción correspondiente a la comisión cul-

Como se ve, la diferencia con la tesis de la culpabilidad es muy grande. En los casos de error sobre los elementos objetivos de justificación ya no estamos ante un problema de culpabilidad sino de tipicidad.

c. Teoría de la aplicación analógica de las consecuencias del error de tipo

Para muchos autores, en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, el sujeto obra dolosamente, por lo que no es correcto considerar que existe error de tipo, como hace la tesis de los elementos negativos, ni tampoco resulta satisfactorio afirmar la existencia de un error de tipo “por analogía”.⁴³ En los supuestos analizados, el autor conoce plenamente los elementos objetivos del tipo penal, no resultando por ello acertado sostener que deba excluirse el dolo.

No obstante, tampoco coinciden con los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad, en el sentido de que el caso deba resolverse de acuerdo a las reglas del error de prohibición. Al igual que la opinión generalizada dentro de la teoría restringida de la culpabilidad, consideran que esa solución conduce a resultados sumamente injustos.

Desde este punto de vista, sostiene Dreher que es falso considerar que este supuesto deba ser necesariamente error de tipo o error de prohibición. Más bien estamos ante un error “propio”, como ocurre con el error sobre una causa de inculpabilidad, de modo que no resulta adecuado reducirlo al error de tipo o de prohibición.⁴⁴ Es decir, se trata de un supuesto especial de error, que no excluye el dolo, pero que al no estar regulado legalmente debe resolverse aplicando las consecuencias jurídicas del error de tipo.⁴⁵

posa del delito, en la medida en que el error reconozca su causa en la imprudencia del autor y la comisión culposa sea punible”, Stratenweth, Günter, *op. cit.*, nota 40, p. 161.

⁴³ Desde este punto de vista, sostiene Dreher que la afirmación de que los casos de justificación putativa (error sobre los presupuestos de justificación) constituyen un error de tipo sólo es posible ciñéndose a la doctrina de los elementos negativos del tipo. Dreher, Eduard, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, en Heintz-Fs. 1972, p. 223.

⁴⁴ *Idem*, quien expresa que estamos ante un supuesto de error “conceptualmente independiente”.

⁴⁵ Véase por todos, Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *op. cit.*, nota 35, p. 499; Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 660. También adopta una te-

Dicho de otra forma, en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, el autor obra dolosamente, pero, únicamente a los efectos de la pena, se deben aplicar las disposiciones sobre el error de tipo. Lo que se aplica no es el régimen del error de tipo, sino sólo sus “consecuencias” o “resultados”. El autor se exime de sanción, excepto que el error sea evitable, en cuyo caso recibe la pena correspondiente a la actuación por imprudencia, pues aquí se le reprocha la equivocada suposición de la situación que daría lugar a una causa de justificación.⁴⁶

Al reconocerse que subiste una actuación dolosa por parte del autor, se acepta tanto la tentativa como la participación, pues para esto basta con el dolo de realización del tipo.⁴⁷

El fundamento de este tratamiento privilegiado pretende explicarse afirmando que en los casos de error sobre presupuestos objetivos existe una doble reducción de injusto y de culpabilidad.⁴⁸ Por un lado —se sostiene—, es menor el desvalor de la acción, producto de la conciencia de justificación que tiene el autor. Pero, además, existiría una disminución de la culpabilidad, pues la motivación del sujeto no revela una actitud interna contraria al derecho.⁴⁹

sis similar Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 33, p. 452, quien afirma que “los marcos penales para el delito doloso han de reducirse, en caso de que exista la conminación penal de la imprudencia, al marco del delito imprudente”, aclarando que “no se trata de la remisión a la consecuencia jurídica del hecho imprudente, sino de la concreción del marco penal doloso”.

⁴⁶ Dreher, Eduard, *op. cit.*, nota 43, p. 225, quien señala que la imprudencia no es aquí simulada, sino que adquiere una nueva dimensión.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 224.

⁴⁸ Eser y Burkhardt sostienen que “el argumento de mayor peso a favor de la aplicación del § 16 I al error sobre el supuesto de hecho de permisión es que la concurrencia del elemento subjetivo de justificación compensa el incremento de desvalor de acción que distingue al hecho doloso del imprudente; sin embargo, no entra en consideración aplicar de *manera* directa el § 16 I, incluso aceptando la teoría de los elementos negativos del tipo, ya que el legislador expresamente sólo pretendía regular a través del § 16 I el error sobre las circunstancias del hecho y no el error sobre el supuesto de hecho de permisión. Por consiguiente, sólo queda la posibilidad de una aplicación *analógica*”. Eser, Albin y Burkhardt, Björn, *op. cit.*, nota 26, p. 327

⁴⁹ Jescheck, Hans-Heinrich y Weingend, Thomas, *op. cit.*, nota 35, p. 498. Desde su punto de vista, “cuando el autor acepta equivocadamente los presupuestos de una causa de justificación reconocida por el derecho, está ausente la apostasía de los valores de la comunidad jurídica característica de los delitos dolosos. El castigo sobre la base del tipo doloso no resulta justificado porque, como consecuencia del error, el dolo no se muestra

d. La ausencia de “dolo de lo injusto”

Con un razonamiento cercano a la tesis de los elementos negativos del tipo, un sector de la dogmática intenta solucionar los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, sosteniendo que para que lo injusto penal doloso se configure no basta con la presencia de un “dolo típico”, sino que debe existir una auténtica decisión por lo injusto o una especie de dolo de realizar la conducta no justificada (dolo de lo injusto o dolo del ilícito).⁵⁰

Desde este punto de vista, sostiene Frisch que:

...para que la decisión manifestada en el acto pueda ser caracterizada como un injusto actual de la decisión, como una decisión injusta puesta en obra y como una desviación de las máximas de decisión del ordenamiento jurídico, quien se decide por la conducta típica *no puede suponer al mismo tiempo la concurrencia de una situación que, en caso de existir realmente, daría lugar a que el ordenamiento autorizara su decisión*.⁵¹

Es decir,

...sería sencillamente inconsecuente permitir a alguien la realización de una determinada conducta (típica) cuando se presenta cierta situación y calificar al mismo tiempo como decisión a favor de una conducta incorrecta —o, por así decirlo, como un estilo injusto de decisión o como un

como portador del *desvalor de la actitud interna* propia de los hechos dolosos”. *Ibidem*, p. 499. Además, si bien existe una diferencia material frente al error de tipo, “el reproche dirigido al autor solo se refiere a su falta de atención con las circunstancias del hecho, aspecto éste que se corresponde en cuanto a su contenido de culpabilidad con el reproche de una conducta imprudente”. *Ibidem*, p. 500.

⁵⁰ Sostiene Grünwald que “todos los sostenedores de la teoría de la culpabilidad limitada están de acuerdo en que la punición por delito doloso presupone el dolo de tipo y la ausencia de la suposición de circunstancias justificantes = dolo de la situación de hecho del ilícito”. Es decir, “la suposición de circunstancias justificantes no afecta el dolo de tipo, pero hace caer el dolo de la situación de hecho del ilícito”. Grünwald, Gerald, “Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada”, trad. de Patricia S. Ziffer, *El error en el derecho penal*, *op. cit.*, p. 174). Críticamente respecto de esta posición, tenemos a Eser, Albin y Burkhardt, Björn, *op. cit.*, nota 26, p. 328.

⁵¹ Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, nota 5, p. 64.

modelo antijurídico de comportamiento— una decisión que tiene su origen en la suposición de que concurriría una situación semejante.⁵²

En estos casos, “en virtud de los datos que tiene en cuenta para tomar su decisión, el sujeto se decide —al igual que el autor cuya representación coincide con la realidad— con arreglo a las pautas establecidas por el derecho”.⁵³

Siguiendo este criterio se sostiene que en los casos de error de tipo permisivo no existe un auténtico injusto doloso, de modo que, únicamente puede admitirse la presencia de un injusto imprudente cuando el error haya sido evitable.⁵⁴

III. LA POSICIÓN CORRECTA

En rigor, no hay motivos para abandonar la coherencia de la teoría estricta de la culpabilidad. Lo más adecuado es, sin duda, tratar los casos en cuestión como supuestos de error de prohibición.

Contra las posiciones mencionadas anteriormente, puede decirse:

1. *La diferencia con el error de tipo y la conveniencia de otorgar un tratamiento jurídico diferente*

No es cierto que lo más justo sea —como sostienen los defensores de la teoría limitada de la culpabilidad— la equiparación al error de tipo. Como lo explica claramente Cerezo Mir, en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, el sujeto actúa con conciencia y voluntad de realización de los elementos del tipo penal, y esto lo debe

⁵² *Ibidem*, p. 65.

⁵³ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁴ Sostiene Frisch que “supone una contradicción interna declarar simultáneamente la existencia de una conducta subjetivamente fiel al derecho y la realización de un injusto doloso”. *Ibidem*, p. 67. En cambio, aclara, el error sobre el carácter prohibido de la conducta, la suposición errónea de normas permisivas o la errónea suposición de causas de exclusión de la culpabilidad, no afectan a lo injusto pues, “quien así actúa se decide, en el sentido específico tomado en cuenta en los delitos dolosos, según modelos de conducta que difieren de las pautas de decisión que el ordenamiento jurídico quiere preservar mediante la punición de las normas dolosas de comportamiento. Dichos errores solo podrían, eventualmente, afectar la culpabilidad”. *Ibidem*, p. 69.

“estimular” a tomar mayores precauciones en el sentido de cerciorarse bien —antes de actuar— de la real concurrencia de los requisitos de la eximente.⁵⁵

La situación de quien está obrando dolosamente no puede ser asimilada a la de quien ni siquiera tiene conocimiento de estar dañando el bien jurídico protegido por el tipo penal.⁵⁶ El autor que yerra sobre los elementos objetivos de justificación obra con dolo, lo que excluye la posibilidad de sostener una conducta típica imprudente. Como lo expone Paeffgen, “el autor de justificación putativa *quiere* agredir y lesionar al bien jurídico *y lo sabe*. Precisamente esto es lo que no sabe ni quiere el autor imprudente”.⁵⁷ Dicho de otra forma, en los casos de error analizados, el desvalor de acción propio del delito doloso sigue presente.

⁵⁵ Véase Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, t. II, p. 86 y T. III, p. 124. En palabras de Welzel, “el dolo del tipo —que está presente en el caso concreto— da o debió dar el impulso de comprobar la suposición de que concurría una situación justificante. Si se acepta la tesis de la teoría de la culpabilidad de que el dolo de tipo incita a reflexionar sobre la juridicidad y antijuridicidad del hecho, respecto de aquel que no tiene duda alguna sobre la prohibición penal, sino que cree, a causa de la existencia de una situación justificante, poder realizar el tipo de prohibición, con mayor razón tiene que regir la exigencia de comprobar los presupuestos objetivos de su suposición”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, p. 199. Defendiendo este punto de vista claramente Gössel, en Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 126.

⁵⁶ Bacigalupo expresa que “el hecho de quien obra en la creencia de que concurren ciertas circunstancias, que de darse justificarían su acto, también pertenece a los hechos en los que el autor produce un resultado querido. En efecto, el que se cree atacado quiere repeler la agresión y mata o lesiona, es decir, *quiere* el resultado que provoca”.

Bacigalupo, Enrique, *Tipo y error*, 3a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 889. Asu criterio, “en los casos de eximentes putativas, lo que realmente se da *es un error sobre los límites de la necesidad*, osea sobre la antijuridicidad” pues, “lo que se percibe en el hecho del que supone una circunstancia, que de concurrir justificaría la lesión, es una discordancia entre lo que el autor cree *necesario* (por ejemplo, la defensa) y lo que objetivamente es necesario (por ejemplo, porque se trata de una broma”, *op. cit.*, p. 90. También Zaffaroni, Alagia y Slokar expresan que “el esfuerzo por quitar el error vencible que radica en la falsa suposición de una situación objetiva de justificación del ámbito del error de prohibición, para resolverlo conforme a las reglas del error vencible de tipo, al igual que la teoría unitaria del error, choca con el inconveniente de que no puede llegar la voluntad dirigida a la producción del resultado”. Zaffaroni, Eugenio *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 700.

⁵⁷ Paeffgen, Han Ullrich, “Observaciones acerca del error de tipo permisivo”, trad. de Fernando J. Córdoba, *El error en el derecho penal*, *op. cit.*, nota 6, p. 194. Con razón, sostiene el autor que “ésta es una diferencia cualitativamente relevante. El derecho *pue-*

Es ampliamente reconocido que el tipo entraña por sí mismo un importante contenido de antijuridicidad. Como señala Cerezo Mir, “si una conducta está comprendida en un tipo de lo injusto será antijurídica, salvo que concurra una causa de justificación”.⁵⁸ Por ello, el obrar con conciencia de realización de los elementos típicos, necesariamente, debe producir determinados efectos jurídicos, y esa situación no puede equipararse al obrar imprudente donde el autor ignora la concurrencia de los elementos de la tipicidad. Desde este punto de vista, no resulta lógico que el derecho penal dispense un mismo tratamiento frente a situaciones notoriamente distintas.

Quienes defienden la tesis restrictiva de la culpabilidad afirman que en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación existe una “percepción defectuosa de los hechos” y no una “valoración errónea de hechos correctamente percibidos”, lo que acercaría el problema al error de tipo y lo alejaría del error de prohibición.⁵⁹ Sin embargo, esa distinción no siempre resulta satisfactoria, pues puede existir un error de tipo donde el autor haya incurrido en una errónea valoración de hechos correctamente percibidos (por ejemplo, en el hurto, quien sabe que se está apoderando de una cosa, pero por una valoración jurídica errónea cree que la cosa no es ajena),⁶⁰ así como también, error de prohibición pese a existir una percepción defectuosa de los “hechos”, como sucede precisamente en el supuesto de error sobre las circunstancias fácticas de justificación.

Como vimos al analizar la evolución de la teoría del error, a los fines de la diferenciación entre el error de tipo y de prohibición lo que importa es siempre determinar si el error está referido a algún elemento exigido

de, desde luego, pasarla por alto. Pero cuando no lo ordena expresamente, entonces debería tenerse en cuenta en los modelos de solución diferencias cualitativas de esta clase”.

⁵⁸ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, p. 97.

⁵⁹ Sobre estas dos categorías de error véase Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 655, quienes señalan: “Para el tratamiento jurídico-penal se debe partir de la básica experiencia general, en el sentido de que debemos distinguir entre una *percepción defectuosa* y una *valoración errónea* (de hechos correctamente percibidos). La percepción defectuosa de hechos proporciona una impresión incorrecta de los objetos de nuestro entorno de la que también en la vida cotidiana distinguimos con claridad las conclusiones y valoraciones falsas”.

⁶⁰ El dolo también exige el conocimiento, y, en su caso, la adecuada comprensión de los llamados elementos normativos del tipo, aún cuando para ello el autor deba efectuar alguna valoración jurídica.

por el tipo o, por el contrario, se relaciona con la licitud o ilicitud de la conducta típica.⁶¹

Es decir, la tesis restrictiva de la culpabilidad, en el fondo, pretende volver a la diferenciación entre error sobre las circunstancias de hecho o sobre el derecho. Según esta posición, como el error sobre los elementos objetivos de justificación constituye un supuesto de error sobre los hechos, se sostiene la exclusión del dolo o la aplicación de las consecuencias del error de tipo. Sin embargo, como explica Hirsch, este criterio es incongruente porque conduciría a que también deba afirmarse la exclusión del dolo en los supuestos de error sobre circunstancias de hecho, que dan lugar a causas de inculpabilidad o respecto de condiciones objetivas de punibilidad.⁶²

Como afirma Gössel, está claro que la tesis restringida:

...conduce a una insostenible presunción de culpa a partir de circunstancias de hecho justificantes: debido a la relación de exclusividad entre el dolo y la culpa, ninguna de las formas que adopta la teoría han demostrado el cumplimiento de los presupuestos del actuar culposo y de las consecuencias jurídicas previstas para éste, frente a casos de error acerca de los presupuestos constitutivos de las circunstancias de hecho de una causal de justificación.⁶³

Esto no significa que el derecho únicamente exija “atención” o “cuidado” a quienes saben que realizan los elementos objetivos del tipo penal,⁶⁴ pero es indudable que ese deber se incrementa considerablemente cuando el autor es consciente de la lesión del bien jurídico, es decir, cuando actúa dolosamente.

⁶¹ Con absoluta claridad Welzel señalaba: “La diferencia decisiva entre las dos clases de error no afecta al contraste: hecho-concepto jurídico, sino a la distinción: tipo-antijuridicidad... Error de hecho y error de derecho, por un lado y error sobre el tipo y error de prohibición, por el otro, son, por consiguiente, dos parejas de conceptos completamente diferentes. Hay errores de derecho que son errores sobre el tipo, como el carácter ajeno de la cosa; hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación”. Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 16, p. 179.

⁶² Hirsch, Hans, *op. cit.*, nota 39, § 30.

⁶³ Véase Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 127.

⁶⁴ En este punto tienen razón los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad, véase, entre otros, Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 18, p. 585; Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 33, p. 448 y Luzón Peña, *op. cit.*, nota 36, p. 476.

2. *No es adecuado el argumento de la “fidelidad” al derecho*

Como un argumento fundamental para defender su posición, los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad sostienen que, en los casos de error sobre los elementos objetivos de justificación, el autor es, en rigor, “fíel” o “leal” al derecho. Es decir, el sujeto, de alguna manera, actúa de acuerdo a los mismos parámetros que el orden jurídico, pues supone erróneamente una circunstancia fáctica que de haber existido efectivamente hubiera justificado su conducta.⁶⁵ En cambio, en el resto de casos de error de prohibición (error sobre la existencia, vigencia o alcances de la norma o sobre la existencia o alcances de la causa de justificación), el autor se representa algo que en realidad no coincide con el sistema jurídico.⁶⁶ Dicho de otra forma, en los casos de error sobre los elementos objetivos de justificación, el autor quiere algo que también quiere el derecho, en cambio en los otros supuestos de error de prohibición, el autor quiere algo que el derecho en realidad no quiere.

Sin embargo, este criterio no resulta satisfactorio y además es bastante confuso. En rigor, no se puede afirmar tan claramente que el autor que realiza una conducta típica y antijurídica, en la creencia de que concurren los elementos objetivos de justificación, se haya comportado de modo absolutamente fiel al derecho.

Contra esta posición podría objetarse que el derecho no quiere ni puede admitir que los individuos actúen y realicen conductas típicas sólo por la simple “suposición” de la concurrencia de los requisitos de una causa de justificación. Al derecho le interesa que los ciudadanos lesionen bienes jurídicos únicamente cuando concurren en la realidad los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

Por otra parte, al Estado también le interesa que, antes de actuar de manera típica, todo ciudadano se percate acerca de la real concurrencia

⁶⁵ En el ejemplo del comienzo, “Manuel” se representó la existencia de una agresión ilegítima, que de haber sido cierta, hubiera justificado su conducta, es decir, subjetivamente obró en la misma línea que el orden jurídico.

⁶⁶ Por ejemplo quien por error de prohibición cree que la portación de armas está permitida fuera de la ciudad (error de prohibición directo) subjetivamente no actúa en el mismo sentido del derecho. Lo mismo ocurre para los casos de error sobre la existencia o alcances de una causa de justificación, por ejemplo, quien cree que ante un incumplimiento contractual puede detener por la fuerza al deudor para exigirle el pago, tampoco actúa con un fin que coincide con el del orden jurídico.

de los elementos objetivos de justificación. Desde este punto de vista, no puede sostenerse que el sujeto que lesiona típicamente un bien jurídico, sólo porque se confundió y equivocadamente creyó que concurrían los elementos objetivos de justificación, se comporte en la forma que el Estado espera.

Únicamente podría sostenerse que, en los casos de error sobre los elementos objetivos de justificación, el autor es fiel al derecho si la cuestión se analiza desde un plano puramente “subjetivo”. Sólo por lo que el sujeto creyó o consideró, su conducta se amoldaría a los parámetros del orden jurídico.

No obstante, siguiendo un criterio subjetivo, también debería afirmarse la “fidelidad” al derecho en cualquier otro caso de error de prohibición directo⁶⁷ o indirecto,⁶⁸ pues, según la representación del autor, la conducta también respetaría las exigencias del orden jurídico. Pero, dicha fidelidad subjetiva al derecho en modo alguno puede alegarse para sostener que todos estos casos deben ser tratados como supuestos de error de tipo.

3. *El problema de las lagunas de punibilidad*

La teoría del error de tipo genera importantes lagunas de punibilidad. Cuando el error sobre los presupuestos objetivos de justificación es evitable, se deberá defender la existencia de un delito culposo, de manera que, de no encontrarse prevista la forma imprudente, se llegaría indefectiblemente a la impunidad.⁶⁹

En el Código Penal Argentino, un claro ejemplo de los resultados absurdos que provoca esta posición puede verse con el delito de aborto. Al no castigar la ley el aborto culposo,⁷⁰ la errónea suposición de que en el

⁶⁷ Quien cree que la tenencia o portación de armas o de drogas es lícita, subjetivamente también actúa con “fidelidad al derecho”, sólo que objetivamente su conducta es ilícita.

⁶⁸ El padre que cree que el derecho lo autoriza para lesionar mediante castigos físicos a sus hijos, en el fondo, también actúa “subjetivamente” de modo fiel al derecho.

⁶⁹ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, pp. 87 y ss.

⁷⁰ El artículo 87 del Código Penal Argentino regula únicamente una forma de aborto preterintencional.

caso se encuentran reunidos los requisitos de un estado de necesidad, por más imprudente que sea, conllevaría la impunidad del autor del hecho.⁷¹

Frente a esto, los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad sostienen que no existen tales lagunas de punibilidad, pues las mismas razones que llevan a no castigar legalmente la acción imprudente pueden alegarse para “soportar” la impunidad de los supuestos de error evitable sobre los presupuestos objetivos de justificación.⁷² En estos casos debería alcanzarse con la indemnización civil de los daños y perjuicios.⁷³

Sin embargo, el problema de la tesis del error de tipo es que va mucho más allá de la ley, al pretender aplicar el régimen y, en su caso, las consecuencias del delito imprudente, a hechos que son claramente dolosos. No se trata de alguien que “sin saberlo” ocasiona un resultado evitable, sino que en estos casos el autor obra con plena conciencia de las consecuencias de su acto.

Aunque no comparte la teoría estricta de la culpabilidad, Dreher considera que en los supuestos de error evitable en los presupuestos de justificación debería contarse con un sistema legal que permita castigar al autor, incluso en los casos en que la comisión imprudente no esté amenazada con pena.⁷⁴

⁷¹ Con respecto a los supuestos de error sobre las circunstancias objetivas previstas en las indicaciones del aborto, siguiendo la teoría estricta de la culpabilidad, Casabona, Romeo, “Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética”, *Estudios de derecho penal*, *op. cit.*, nota 5, p. 186. Lorenzo Copello, en cambio, considera que no se trata propiamente de un caso de error de prohibición, sino de error sobre una situación de no punibilidad derivada de la falta de merecimiento de pena de su conducta (responsabilidad por el hecho) pero, no obstante, debe resolverse aplicando análogamente las reglas sobre el error de prohibición. Copello, Lorenzo, *El aborto no punible*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 330. Sobre este tema, véase Abralde, Sandro y Fuente, Javier Esteban de la, “El aborto no punible en el sistema de las indicaciones”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, Rubinzal-Culzoni, pp. 163 y ss.

⁷² Según Roxin, “no se puede demostrar la necesidad político criminal de castigar el error de tipo permisivo también en los casos en que es impune la imprudencia típica”. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 18, p. 585.

⁷³ Jescheck, Hans-Heinrich y Weingend, Thomas, *op. cit.*, nota 35, p. 500.

⁷⁴ Dreher, Eduard, *op. cit.*, nota 43, p. 227. El autor propone la siguiente regulación legal del error sobre los presupuestos de justificación: “Error sobre las causas de justificación: 1. Quien realiza un tipo dolosamente, pero supone erróneamente las circunstancias por las cuales el hecho estaría justificado, no será penado por comisión dolosa. 2. Sin embargo, será penado por comisión imprudente cuando se pudo evitar el error, inclu-

Pero, además, no es cierto que la impunidad para los casos de error evitable sobre los presupuestos objetivos de justificación deba justificarse del mismo modo que se admite la impunidad de la imprudencia típica. Por las razones señaladas en el punto anterior, la “imprudencia” de quien produce un resultado evitable bajo error de prohibición —por entender que se hallaban reunidos los presupuestos de justificación— sin duda, es más grave, y, por lo tanto, merece mayor “reproche” que la “imprudencia” de quien realiza un tipo culposo. Esto justifica el diferente tratamiento de ambos supuestos; el error de tipo evitable puede generar impunidad cuando no está prevista la forma culposa, en cambio, el error sobre los presupuestos objetivos de justificación evitable siempre debe implicar una sanción.⁷⁵

4. *El error sobre los presupuestos de justificación en los delitos imprudentes*

Otra incoherencia de difícil solución que genera la teoría restringida de la culpabilidad se presenta cuando el error no se da en el ámbito del delito doloso sino imprudente. Es decir, puede suceder que el autor, al incurrir en error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, no realice un tipo penal doloso sino uno imprudente.

Si se reconoce la existencia de causas de justificación en el delito culposo, es obvio que también aquí pueden presentarse los casos de error que estamos analizando. Pensemos en el ejemplo del médico que al recibir un falso aviso de emergencia se dirige rápidamente al lugar, violando diversas normas de tránsito, y en el trayecto le ocasiona imprudentemente una lesión leve a un peatón. Se trataría de un supuesto de realización del tipo culposo de lesiones bajo error sobre los requisitos del estado de necesidad justificante.

so también cuando el actuar imprudente no esté antes amenazado con pena. En tales casos la pena es atenuada según el §49.1, previsto para la actuación dolosa”.

⁷⁵ De otra opinión Eser y Burkhardt, quienes consideran que con la teoría estricta de la culpabilidad se producen “contradicciones valorativas: quien daña de modo conscientemente imprudente una cosa ajena, quedaría impune. Quien, en cambio, comete un delito de daños porque supone —estando inmerso en un error evitable— que es preciso actuar de ese modo para evitar un peligro actual para una vida humana, seguiría siendo punible”. Eser, Albin y Burkhardt, Björn, *op. cit.*, nota 26, p. 326.

Aplicando la teoría restringida de la culpabilidad, el autor debe ser castigado con la pena prevista para el delito imprudente, sin posibilidad de aplicar una escala penal inferior. En el ejemplo, el médico será penado por lesiones culposas, de modo que el error sobre los presupuestos de justificación pasará prácticamente inadvertido. Por el contrario, con la tesis estricta de la culpabilidad se llega a resultados más adecuados, pues debe imperar el régimen de atenuación previsto para los casos de error de prohibición evitable.⁷⁶

5. *La situación del partícipe*

En materia de participación, como consecuencia del principio de accesoriidad limitada, sostenido mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia, de aceptarse para esos casos la exclusión del dolo, el partícipe que obra desconociendo la real ausencia de los presupuestos de justificación sólo podría ser castigado como autor mediato, con las consecuentes limitaciones del instituto de la autoría mediata (por ejemplo, su actuación sería impune respecto de los llamados delitos especiales o de propia mano).

De seguirse la teoría restringida de la culpabilidad, cuando el error del autor es inevitable, la imposibilidad de castigar al partícipe es evidente, pues ni siquiera existiría una acción típica principal. Pero tampoco resultaría posible la participación en los casos de error evitable, dado que mayoritariamente no se admite la participación en un hecho imprudente.

Quedarían fuera de esta crítica aquellos autores que únicamente pretenden la aplicación analógica de las “consecuencias” del error de tipo, pero reconociendo la subsistencia de dolo en el autor.⁷⁷

Sin embargo, esta posición resulta criticable por su incoherencia lógica. Si se acepta que en los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación el autor obra dolosamente, porqué motivo debe

⁷⁶ Como bien señala Gössel, “sólo parece sustentable la teoría estricta de la culpabilidad; aún cuando el autor pudiera suponer la existencia de una situación de hecho justificante, debido al elemento subjetivo de justificación presente, sólo puede afectarse la conciencia de la ilicitud, no así el tipo subjetivo (el desvío hacia una *culpa culposa* ya no es posible)”, véase Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *op. cit.*, nota 8, p. 210.

⁷⁷ Indicando la ventaja de admitir la participación punible en el hecho, Jescheck, Hans-Heinrich y Weingend, Thomas, *op. cit.*, nota 35, p. 500; también Dreher, Eduard, *op. cit.*, nota 43, pp. 224 y 228.

aplicarse el régimen o las consecuencias previstas para el delito imprudente. Si no se trata de un hecho “culposo”, lo lógico es asignarle una consecuencia jurídica distinta.

La contradicción que se produce con esta teoría es elocuente. Por un lado se sostiene que el autor que obra bajo error sobre los presupuestos objetivos de justificación no puede ser castigado como autor doloso porque no actúa con un “desvalor de acción” propio de esta clase de delitos. Sin embargo, pese a ello, se afirma que es posible la participación en el hecho, dejando a un lado la regla central de la accesoriedad en la participación, según la cual, para castigar al partícipe es imprescindible que exista un desvalor de acción en el hecho principal.⁷⁸

6. *El problema de la tentativa*

Otro inconveniente fundamental que presenta la teoría restringida de la culpabilidad se produce en aquellos casos en que el autor realiza un tentativa bajo error sobre los presupuestos objetivos que sirven de base a una causa de justificación.

En el ejemplo propuesto al inicio, supongamos que “Manuel” dispara su arma con intención de matar o lesionar al supuesto agresor, pero no da en el blanco. Si el caso se trata como un supuesto de error de tipo, por más vencible o imputable que fuera el error, nunca se lo podría castigar dado que no existe la tentativa culposa.⁷⁹

También se ha intentado solucionar este problema mediante la teoría de la aplicación de las “consecuencias” del error de tipo, pues, al reconocerse que el dolo subiste, ello permite afirmar la presencia de una tentativa.⁸⁰ No obstante, deben formularse aquí las mismas críticas expuestas en el número anterior. Nuevamente, se pretende sostener que existe “imprudencia” en el autor, pero se evita aplicar el régimen propio de la imprudencia o del error de tipo evitable, con todas sus implicancias.

⁷⁸ Véase Paeffgen, Han Ullrich, *op. cit.*, nota 62, p. 192, quien con razón afirma que “según este punto de vista, al hecho principal le falta el ilícito de acción. Si así y todo es posible la participación, este ilícito de acción proviene del acto de participación y, entonces, tenemos una forma mixta de autoría mediata y participación no prevista en la ley”.

⁷⁹ Véase Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 8, pp. 107 y 201.

⁸⁰ Dreher, Eduard, *op. cit.*, nota 43, p. 224.

7. Argumentos legales

En el Código Penal Español existen argumentos legales de peso para defender la teoría estricta de la culpabilidad.⁸¹ De seguirse la tesis del error de tipo, en caso de error vencible, cuando éste recae sobre un elemento no esencial de la causa de justificación, la escala penal del delito imprudente debería sufrir una atenuación adicional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21, inciso 1 del CPE, pues dicha atenuante —eximente incompleta— resulta aplicable tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, incluyendo los casos en que el autor incurre en error sobre el elemento no esencial de la causa de justificación.⁸² Dicha solución, además, resulta claramente contradictoria con el régimen del error de tipo, donde la atenuación aludida no resulta aplicable.⁸³

Pero la incoherencia es aún más evidente cuando el error se refiere a un elemento esencial de la causa de justificación (por ejemplo, agresión ilegítima). En palabras de Cerezo Mir:

...si se aplica en estos casos el apartado 3o. del artículo 14, que regula, con carácter general, el error de prohibición se llega a la misma solución que se deduce del número 1 del artículo 21, en relación a las causas de justifi-

⁸¹ Respecto del Código Penal Alemán, Paeffgen considera que la teoría limitada de la culpabilidad se aparta del texto legal. A su criterio, dicha concepción, “esforzada por conseguir una diferenciación, elabora primero una *laguna* motivada por consideraciones político criminales para cerrarla luego como mejor le parece. No obstante, en tanto haya prevista *en la ley* una regulación para estas situaciones de hecho, cuya inconstitucionalidad no pueda ser demostrada, habrá que poner en práctica esta regulación con independencia de la cuestión de si podrían imaginarse o no mejores soluciones”. Paeffgen, Han Ullrich, *op. cit.*, nota 62, p. 198.

⁸² Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, p. 89, quien señala: “La apreciación de una responsabilidad por imprudencia, a tenor del artículo 142, cuando el error sobre la necesidad racional del medio empleado fuera fácilmente vencible, sería contraria al espíritu o voluntad de la ley, pues debería ir acompañada de la aplicación de la eximente incompleta. La pena resultante sería ínfima, desproporcionada a la gravedad del delito”.

⁸³ Como afirma Cerezo Mir, en caso de error vencible sobre los elementos inesenciales de las causas de justificación se aplicaría la atenuación de la pena prevista en el número 1 del artículo 21, y en el artículo 68 para las eximentes incompletas; mientras que en el error vencible sobre los elementos que fundamentan lo injusto de la conducta delictiva no sería aplicable en ningún caso dicha atenuación. Casabona, Romeo, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, p. 764, citado en Cerezo Mir, José, *ibidem*, p. 91.

cación del artículo 20, para los supuestos de error sobre los elementos esenciales de la causa de justificación. En cambio, si se incluyeran en la regulación del error sobre un elemento del tipo (en los dos primeros apartados del artículo 14) los supuestos de error sobre los elementos (esenciales o inesenciales) que sirven de base a las causas de justificación se produciría una discordancia, una contradicción interna.⁸⁴

Distinta es la solución del Código Penal Argentino, donde además de no regularse el régimen del error de prohibición, no existe una disposición similar a las eximentes incompletas previstas en el artículo 21, inciso 1, del Código Penal Español. Por el contrario, la única regla cercana —el artículo 35 del Código Penal Argentino—, al regular los casos de exceso en las causas de justificación, impone la aplicación de la pena prevista para el delito imprudente.⁸⁵ Aquí, la tesis del error de tipo no generaría las contradicciones legales analizadas.

8. *Una aclaración adicional*

Es preciso señalar que el supuesto de error que estamos analizando constituye en realidad un defecto de congruencia que se presenta en las causas de justificación. Concorre sólo el aspecto subjetivo de la eximente (el conocimiento y la voluntad de defensa, de salvar el mal mayor o de ejercer el derecho) y no el objetivo.⁸⁶

Desde este punto de vista, en los casos de error sobre los elementos objetivos de justificación, la eximente debe hallarse realmente prevista en el ordenamiento jurídico, sólo que el autor erróneamente supone la

⁸⁴ Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, p. 92.

⁸⁵ Dice el artículo 35 del Código Penal Argentino: “el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

⁸⁶ El otro defecto de congruencia que puede presentarse en las causas de justificación es el inverso, es decir, cuando concurren los elementos objetivos de la eximente pero no se cumple con el requisito subjetivo de la causa de justificación. Sobre este problema véase especialmente Sanz Morán, Ángel, *Elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, Bosch, 1993; Valle Muñoz, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, PPU, 1994; Trapero Borreales, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Granada, Comares, 2000 y Gil Gil, Alicia, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Granada, Comares, 2002.

presencia de sus requisitos objetivos. Es decir, el error no recae sobre la “existencia” o sobre los “límites” de la causa de justificación, sino exclusivamente sobre sus requisitos fácticos.

Un error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación, que no se encuentra realmente prevista en el orden jurídico, no puede ser analizado bajo estos parámetros, sino como otro supuesto de error de prohibición indirecto: error sobre la existencia misma o sobre los límites de la causa de justificación. Así, por ejemplo, el médico que practica un aborto eugenésico en la creencia errónea de que existe una grave enfermedad en el feto, pero suponiendo equivocadamente que el ordenamiento jurídico justifica esa clase de abortos⁸⁷ (error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación inexistente), no debe ser analizado como un supuesto de error sobre los elementos objetivos de justificación, sino como un problema de error sobre la existencia misma de la eximente.

Se trataría de un caso de error indirecto de prohibición (error sobre la existencia de la causa de justificación), originado en una acumulación de error de hecho —el médico cree que existe una grave enfermedad en el feto— y de derecho —supone que existe una causa de justificación que el ordenamiento jurídico no contempla—.

Por otra parte, cuando el autor yerra sobre los requisitos o presupuestos fácticos de una causa de justificación, si el error es inevitable, debe excluirse la culpabilidad del sujeto, aun cuando equivocadamente considere que su conducta es ilícita, porque ignora que el orden jurídico contempla dicha eximente. Siguiendo con el ejemplo del aborto, el caso podría ser el siguiente: si un médico erróneamente diagnostica un peligro para la vida de la madre y como consecuencia de ello practica un aborto, habrá actuado en error de prohibición —evitable o inevitable—, según el caso, incluso cuando equivocadamente haya pensado que el ordenamiento jurídico no permite ni autoriza la práctica del aborto terapéutico. En estos casos la creencia por parte del autor de que su conducta es ilícita no le quita relevancia al error sobre los presupuestos objetivos de justificación pues, en rigor, estamos en presencia de un mero delito putativo o imaginario impune.⁸⁸

⁸⁷ Es importante aclarar que, a diferencia de otros ordenamientos, el Código Penal Argentino no ha previsto la indicación eugenésica en el aborto.

⁸⁸ Con otra opinión encontramos a Hirsch, quien sostiene que el error sobre los presupuestos objetivos de justificación sólo puede producir efectos excluyentes de la culpa-

IV. LOS EFECTOS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Una vez aceptada la solución adoptada por la teoría estricta de la culpabilidad, el problema que queda por resolver es determinar qué efectos jurídicos debe producir el error de prohibición en el caso concreto.

No hay duda, si el error de prohibición es inevitable debe excluirse la culpabilidad del autor y, por lo tanto, no corresponde imponer pena. En cambio, el error de prohibición evitable únicamente produce una reducción de la culpabilidad y de la pena, discutiéndose, en este caso, si la atenuación debe ser obligatoria o meramente facultativa.

El inconveniente es que el Código Penal Argentino no regula el error de prohibición, por lo que no existe un mecanismo o criterio legal para atenuar la pena.

Sobre el punto existen dos posiciones encontradas:

1. Para algunos, la pena debe atenuarse teniendo en cuenta los parámetros establecidos en los artículos. 40 y 41 del CP, es decir, el juez debe tener en cuenta el error en que ha incurrido el autor, y en función de su mayor o menor evitabilidad graduar la pena que resulte adecuada dentro de la escala prevista en el tipo. Siguiendo esta posición, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que “en el código vigente no resta otra solución que hacer uso de los criterios y límites señalados en el artículo 41, sin perjuicio de que, en los supuestos en que los mínimos legales resulten desproporcionados respecto del grado de culpabilidad por el hecho, deba imponerse una pena por debajo de ese mínimo”.⁸⁹
2. De acuerdo con otra posición, en cambio, es preciso encontrar algún sistema de atenuación que permita imponer una pena por debajo del mínimo legal. Desde este punto de vista, Bacigalupo sostiene que en los casos de error de prohibición evitable, la pena debe atenuarse

bilidad cuando el autor obre sin conciencia de ilicitud, es decir, creyendo que está actuando jurídicamente. Hirsch, Hans, *op. cit.*, nota 39, § 31.

⁸⁹ Zaffaroni, Eugenio *et al.*, *op. cit.*, nota 56, p. 698. A su criterio el mínimo legal “siempre se ha de considerar indicativo, a efectos de acatar las leyes de mayor jerarquía (constitucional e internacional) que prohíben la imposición de penas que excedan las cuantía señalada por el grado de culpabilidad por el hecho”.

conforme a lo dispuesto en el artículo 35 CP (aplicación de la pena prevista para el delito por culpa o imprudencia). No obstante, si para el delito imputado no se encuentra tipificada la forma imprudente, “la atenuación deberá practicarla el juez, dentro de la escala penal del delito doloso, y *teniendo en cuenta las proposiciones que, en general, guarda el legislador en estas escalas respecto de las más leves* (culpa) y en especial las del artículo 44 del Código Penal”.⁹⁰

Desde mi punto de vista, como consecuencia de la ausencia de una regulación legal sobre el error de prohibición en nuestro sistema penal, no es obligatorio ajustarse estrictamente a alguna de estas soluciones, sino que el juez debe aplicar, en el caso concreto, la pena que se ajuste al verdadero contenido de culpabilidad del autor. Dicho de otra forma, de acuerdo a la naturaleza del error y a su mayor o menor evitabilidad, el juez deberá graduar la pena que resulta más adecuada para el caso.

Cuando el error es grosero y más bien demuestra un absoluto desprecio por las normas, puede que ni siquiera resulte adecuada la reducción de la pena.⁹¹ Fuera de estos casos, la sanción debe atenuarse dentro de la misma escala penal o buscando algún mecanismo que permita una mayor disminución —el artículo 35 para los casos en que se encuentre prevista la forma imprudente o la escala de la tentativa o de la complicidad secundaria para el resto de los supuestos— si la naturaleza del caso así lo exige.

En el fondo, toda la aplicación del instituto del error de prohibición implica cubrir una laguna legal recurriendo a la analogía en favor del imputado. El error de prohibición no es más que una consecuencia del principio de culpabilidad (artículo 18 CN). Como lo expresa Donna, en el derecho argentino, la base normativa del error de prohibición debe extraerse de la Constitución Nacional, “habida cuenta que no es posible exigir la motivación al autor en la ley previa si antes no hay un conocimiento de lo prohibido. De ahí que la base del error de prohibición está

⁹⁰ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, nota 56, p. 101. También oportunamente ha seguido esta posición Donna, Edgardo, *op. cit.*, nota 5, p. 283.

⁹¹ En algunos sistemas como el alemán (§ 17), la atenuación de la pena para los supuestos de error evitable es facultativa. En cambio, en otros como el español se contempla una reducción obligatoria de la pena (artículo 14.3). Esta última solución es definida por Cerezo Mir, pues resulta “más acorde con el principio de culpabilidad”. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota 2, p. 129.

en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los tratados sobre derechos humanos incorporados a ella”.⁹² Además, “la aceptación del error de prohibición es esencial para el principio de culpabilidad, tanto para poner un límite al Estado, como para sentar las bases de una pena justa”.⁹³

Por ello, en nuestro sistema, el juez no está obligado a seguir estrictamente ninguno de los criterios para reducir la pena en los supuestos de error de prohibición evitable, sino que la única exigencia constitucional es imponer una pena adecuada y proporcional a la gravedad del hecho y a la mayor o menor culpabilidad del autor.

De todas formas, es imprescindible introducir en nuestro código una regulación legal del error de prohibición estableciendo claramente el criterio de atenuación de la pena para los supuestos de error evitable, permitiendo —según la naturaleza del error— imponer una pena por debajo del mínimo de la escala aplicable.

V. CONCLUSIÓN

Conforme al desarrollo precedente, puede concluirse que el caso de error sobre los presupuestos objetivos de justificación constituye y debe ser tratado como un supuesto de error de prohibición que afecta la conciencia de licitud, aun cuando la equivocación tenga origen en una defectuosa valoración de los hechos.

Si el error es inevitable no puede efectuarse un juicio de reproche contra el autor, eliminándose la culpabilidad y la pena. Cuando el error es evitable existe un menor contenido de culpabilidad y la sanción debe ser atenuada.

En el Código Penal Argentino, pese a la falta de regulación del error de prohibición, el juez se encuentra obligado a respetar el principio de culpabilidad, imponiendo una sanción que refleje el verdadero contenido de la culpabilidad del autor. En los casos de error evitable, según las circunstancias del caso y de acuerdo a la mayor o menor evitabilidad, la re-

⁹² Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, nota 5, p. 278, quien expresa que “desde esta perspectiva, como también la carta magna ha incorporado el principio de libertad, basado en la autonomía de la voluntad (artículo 19 CN), es obvio que sólo es posible castigar a alguien si se le ha advertido previamente de tal posibilidad. De lo contrario, el sujeto estaría libre de actuar conforme a sus principios”.

⁹³ *Ibidem*, p. 279.

ducción puede efectuarse dentro de la escala penal respectiva, según las pautas de los artículos 40 y 41, o por debajo del mínimo legal, cuando ello sea conveniente, aplicando analógicamente la atenuante prevista en el artículo 35 o, en los artículos 44 y 46, cuando el delito no tenga prevista la forma imprudente.

La teoría estricta de la culpabilidad, defendida por Hans Welzel, no sólo resulta la posición dogmáticamente más coherente, sino que, además, permite resolver de manera adecuada los casos, evitando las lagunas de punibilidad que genera la teoría limitada de la culpabilidad.